”LA ESTAFA MEDIANTE TITULO MERCANTIL ABSTRACTO (ART. 250.1.3 CP): UN ESTUDIO DE LA REPERCUSION DEL DERECHO PENAL SOBRE EL CIUDADANO”

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

A Montse

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

"¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples"

Cesare Beccaria

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

"Si algo ha quedado comprobado es que la autocomprensión cientifista, que tan a menudo acompaña al quehacer de la dogmática, no es sino un velo que oculta a los ojos del penalista el objeto de su reflexión"

Tomás S. Vives Antón

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

Abreviaturas utilizadas:

AAMN	Anuario de la Academia Matritense del Notariado
ACP	Anterior Código penal (de 1973)
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AIA	Actualidad Informática Aranzadi
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP	Actualidad Penal
Art.	Artículo
ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS	Auto Tribunal Supremo
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código penal vigente
LC	Ley cambiaria
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
Ob. cit.	Obra citada
O.u.c.	Obra últimamente citada
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial
R	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia

RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDP	Revista de Derecho Privado
RFDUG	Revista Facultad Derecho Universidad Granada
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
V.	Véase

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

INTRODUCCION

Desde Sócrates una importante corriente de pensamiento (intelectualismo moral) defiende que el delincuente debe de ir a la escuela en vez de a la cárcel a fin de que pueda aprender los valores necesarios que le permitan vivir pacíficamente en sociedad, y de esa fuente bebe (parcialmente) nuestra Constitución cuando establece la reeducación y reinserción social del delincuente, por más que éstas sean referidas precisamente con ocasión de las las penas privativas de libertad (y medidas de seguridad). Pero sirva lo anterior a modo de inicio introductorio y para situar el objeto de la presente tesis o, mejor dicho, de lo que no va a ser objeto de la misma, ya que si lo dicho hasta ahora tiene por finalidad el trato a dispensar al delincuente, el estudio que el lector tiene en sus manos tiene como propósito su antesala, es decir, el iter hasta la consideración del justiciable como delincuente, y ello al hilo de un supuesto delictivo específico, cual es el regulado en el art. 250.1.3 CP. No se aborda, pues, en esta tesis, el trato específico que deba darse al condenado por un delito de estafa mediante título mercantil abstracto, por más que se trate de un interesante aspecto que, aunque susceptible de estudio aislado, entiendo que debería

tratarse en conjunto con el resto de penas a fin de conseguir la necesaria armonía del trato penológico de nuestro Derecho Sancionador, asignatura que sin duda ha quedado pendiente en la promulgación del Código Penal de 1995.

Se establece con dicho precepto, pues, una doble línea de estudio. Una es la aportación o estudio específico de la agravante en sí, mientras que la otra línea viene determinada por el iter penológico hasta llegar a la citada agravante. El precepto se convierte así en objetivo, pero a la vez en la excusa que permite analizar las figuras penales, de la parte general y también procesales, que envuelven lo que debe considerarse una adecuada aplicación del mismo.

En esta doble línea el método utilizado no es único. La búsqueda de la coherencia y el sentido común, o incluso la honestidad necesaria para no esquivar los problemas prácticos en la aplicación de la agravante, además de objetivos en sí mismos, se convierten también en medios o métodos de estudio, si bien su importancia es ciertamente limitada. Pero junto a los anteriores debe destacarse un método ortodoxo, clásico por excelencia como método de estudio, cual es el método inductivo. En efecto, en un estudio tan parcial y concreto de la parte especial como el del precepto que da título a esta tesis, las lógicas extracciones de lo particular a lo general y del efecto a la causa que lo origina son casi inevitables.

De la misma manera que sólo en la pista de pruebas es posible advertir muchos de los defectos de un coche tras salir de la cadena de montaje y que de otra manera podrían resultar inadvertidos, el análisis de un precepto de la parte especial del Código Penal permite advertir los desajustes provocados por deficiencias de la Parte General, cuyo banco de pruebas viene dado por la propia casuística, no del todo coherente en ocasiones, contradictoria en otras, que obliga al planteamiento sobre las causas de tales distorsiones.

En esta tesitura, el presente estudio se asienta sobre las tres partes en que se divide el mismo. En la primera parte se analiza el bien jurídico protegido, cuyo primer capítulo introduce el análisis y denuncia el solapamiento existente entre el derecho penal y otros segmentos o ramas del Ordenamiento jurídico en la protección de los bienes jurídicos, algo que también se manifiesta en la protección del fraude, así como en la interpretación de la llamada homogeneidad delictiva y provoca, en definitiva, sentencias dispares cuando no contradictorias en supuestos iguales, situando este estudio la causa de tal anomalía en la falta de definición y delimitación de los bienes jurídicos (o fragmento de ellos) que el Derecho penal debe proteger. En el segundo capítulo se aborda cuál sea el bien jurídico protegido por la agravante objeto de estudio mediante una doble aproximación sistemático-literal, mediante la cual se llega al bien jurídico efectivamente protegido, no sin

antes denunciar algunos desajustes entre esa distribución y algunos tipos en ella contenidos.

En la segunda parte se entra ya en el análisis del precepto en sí, censurando el error sistemático de la ubicación de la llamada estafa informática. Ya en la estafa propia, se engarza este delito con el Derecho Civil, donde la agravante específica que estudiamos deviene engaño en el cumplimiento contractual. Se realiza un análisis en profundidad de diferentes aspectos de la agravante desde el punto de vista constitucional y de técnica legislativa, y se aborda finalmente la ineludible relación entre estafa y falsedad.

Y en la parte tercera, en fin, se acomete la cuestión de la culpabilidad, en primer lugar, sobre la base del dolo, estudiando el llamado dolo eventual, continuando con el estudio de la figura del error del autor para, finalmente, tratar de las incidencias del impago del título sobre la culpabilidad del justiciable.

PARTE PRIMERA:

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

CAPITULO I:

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO. CARENCIAS DEFINITORIAS Y DELIMITADORAS.

1.- Introducción

1.1. Sociedad, valores o bienes jurídicos, y medios de protección.

Se dice que el Derecho Penal tiene como finalidad la represión de las conductas que lesionan aquellos bienes jurídicos establecidos como básicos para el funcionamiento de una sociedad determinada. Dentro de cualquier dinámica social podemos establecer diferentes objetivos, en función de la finalidad perseguida, y también diferentes medios para conseguir esos objetivos marcados, en función del diferente valor que se asigne a estos. Así, el Derecho Penal representa el instrumento más enérgico de protección con el que una determinada sociedad va a asegurar y garantizar que las relaciones entre las personas que la componen se mantengan dentro de los límites de su óptimo funcionamiento y reproducción. De esta manera podemos establecer una esquemática relación entre los conceptos de: sociedad, valores sobre los que ésta se asienta, y medios para asegurarlos.

En esta relación el Derecho Penal no representa sólo este último concepto, es decir, los medios de que se sirve la sociedad para preservar sus valores fundamentales, sino que participa de los otros dos al tratarse de una norma fundamental del llamado bloque de constitucionalidad que, además de establecer los medios (básicamente sancionadores, aunque no de forma exclusiva [1]), participa de la modelación de dicha sociedad y de los valores que la informan, al establecer unas pautas claras (o al menos con intención de serlo) de conducta de toda la sociedad y fijar también en el mismo sentido los valores o intereses (bienes jurídicos, desde nuestra óptica forense) que se pretenden proteger.

1.2.- Nuestra Constitución.

Sobre la anterior relación esquemática, y descendiendo al terreno de nuestra realidad concreta, tenemos que:

a) Sociedad: Cualquier organización de personas tiende a regular las relaciones entre ellas, desde una simple asociación recreativa, que en sus estatutos puede disponer sanciones a sus miembros en caso de infracción de sus normas de funcionamiento, hasta el Estado moderno, con funciones más complejas [2].

[1] Piénsese en aquellos mandatos de la ley penal en los que no se impone ninguna pena (ver el art. 479 o incluso los arts. 513 y 515, esencialmente diferentes por ejemplo del simple definitorio art. 248).

[2] V. Quintero Olivares en D. Penal, Parte General, Barcelona, 1986, p. 85, en que cita a Welzel diciendo que el

En el caso de la sociedad española, nuestra Constitución establece un modelo de sociedad determinado, definido en su artículo 1.1 al decir que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho", tres esencias de nuestro Estado a las cuales nuestra Norma Fundamental no define, en parte porque se trata de categorías abstractas que gozarán de la concreción que cada época política determinada le vaya imprimiendo, siempre y cuando permanezcan dentro del marco que la propia Constitución impone [3]. Así, la interpretación y puesta en práctica del Estado social irá variando en función de la composición política de los poderes legislativo y ejecutivo, así como también de la concreta realidad social del tiempo en que el poder judicial aplique la norma (art. 3 C. Civil), pero garantizando, por ejemplo y siempre dentro del marco referido, el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33.1) y subordinando toda la riqueza del país, cualquiera que sea su titularidad, al interés general (arts. 33.2 y 128) [4].

---

objeto del derecho penal es la protección de los valores elementales de la vida comunitaria, y que el cumplimiento de los preceptos jurídicos es el mínimo ético-social para la convivencia, significando que las leyes penales, antes de su actividad represora ejercen una función esencial, pues de ella se deduce cuáles son las reglas ético-sociales de comportamiento.

[3] Véase la queja de Vives Antón acerca de la falta de concreción de que adolece nuestra Constitución en multitud de aspectos, en "Derecho penal y Constitución", Comentarios a la legislación penal, Madrid, 1982, ps. 44 y ss.

[4] Ver a Bajo Fernández en "Derecho Penal y Constitución", Comentarios a la legislación penal, Madrid,

También el concepto de democracia es susceptible de variar con el tiempo en su concreta aplicación, puesto que, aparte de la subjetiva apreciación política de respeto de la voluntad de los ciudadanos en el cumplimiento de un programa electoral, es dable esperar una democracia más directa que la representativa actual, facilitada por la cada día más avanzada tecnología. Asimismo en el ámbito del Derecho Penal también es dable esperar normas asequibles y claras que permitan avanzar en la democracia material, cuestión que es objeto de atención del presente estudio, como se verá.

Y en fin, el concepto de Estado de Derecho va a resultar imprescindible para la realización de los otros dos (social y democrático) por cuanto es el Derecho establecido en la Carta Magna y el que del mismo deriva el que establece los cauces que van a permitir la vida en común a los ciudadanos de nuestro país, el concepto y la gran herramienta que va a permitir la realización de los valores fundamentales que proclama.

b) Valores sobre los que se asienta:

También establece nuestra Constitución una serie de principios y valores sobre los que se asienta todo nuestro sistema jurídico, destinado a regular todas las relaciones entre las personas, físicas y jurídicas, que componen e integran nuestra sociedad, con vocación de Derecho Natural o de gentes.

1982, p. 255.

Propugna en concreto como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art. 1.1 C.E.).

A estos valores hay que añadir el del Derecho a la vida proclamado en el art. 15, sustento sobre el cual operan los otros y sin el cual no es posible su existencia [5]. Tal visión lo es obviamente conforme al mandato global ("todos") de dicho art. 15 de la Constitución, puesto que la pena de muerte selectiva, de determinados ciudadanos, no pone forzosamente en peligro el funcionamiento de una sociedad, e incluso ésta puede llegar a adoptar tal medida para preservar paradójicamente lo que entienda por su normal funcionamiento, y ejemplos haylos, pasados y presentes. Pero para los ojos de nuestra Constitución, lo que atentaría contra el normal funcionamiento del Estado español sería precisamente dicha eliminación selectiva de sus ciudadanos, y ese es su mandato fijado en el citado artículo. Este imperativo se complementa con otro precepto básico de política criminal, contenido en su artículo 25.2, referente a la reinserción del delincuente. De esta importante concepción constitucional se deduce que nuestra sociedad y por ende nuestro diseño constitucional, a

[5] El Auto del Tribunal Constitucional de 28-10-1996 afirma que es el de la vida un derecho de singular fuerza expansiva, en cuanto derecho troncal al ser el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. No se entra aquí en la polémica sobre el nasciturus, donde a efectos civiles deviene persona conforme a los arts. 29 y 30 CC, y a efectos penales interviene el conflicto entre el concebido y la madre y la propia sociedad, dando lugar a la protección establecida en el Título II del

diferencia de otros, cree en la recuperabilidad social de todos los ciudadanos, propios y extraños.

Y asimismo "garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, y la seguridad jurídica" (art. 9.3). También establece nuestra Constitución expresamente que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social" (art. 10.1).

Tales son los valores y principios y valores fundamentales que propugna expresamente nuestra Norma Principal. Pero en su articulado aparecen otros intereses tutelados por la misma que tienen el carácter de básicos y que deberán ser respetados por las demás normas que de ella se deriven y, en concreto y en cuanto a nuestro estudio respecta, también por la Ley orgánica que es el Código Penal de 1995.

c) Medios para asegurar los valores sobre los que se asienta nuestra sociedad:

Hemos de partir de la consideración del Derecho en su más alto y completo significado como el medio de que se vale cualquier sociedad avanzada para tutelar y restablecer la convivencia entre sus miembros.

Libro II CP.

También hemos de advertir por otra parte que este estudio no tiene por objetivo tratar de los medios de tutela de los valores de la convivencia situados en el extrarradio de la coerción jurídica, como pueda ser el de la educación [6], al que consideramos verdadera herramienta para asegurar y potenciar la convivencia por propio convencimiento del ciudadano, sin tener que llegar a la amenaza del Derecho situado precisamente allí donde se acaban los efectos de esos otros medios como el citado.

BIBLIOTECA VIRTUAL

1.3.-Bienes protegidos y diseño legislativo de la política criminal: Constitución y código penal.

La Constitución establece en sí una serie de bienes jurídicos, unos explícitos y otros implícitos, sobre los cuales se tiende el manto protector del ordenamiento jurídico, bien sea la legislación derivada, bien sea por invocación directa de sus preceptos [7].

La legitimidad de la legislación penal derivada deviene de la propia Norma Fundamental. Como dice la S. del T. C. de 11-12-1987 (Repertorio Aranzadi –en adelante R.- nº 196), "teniendo en cuenta que la persecución y castigo

[6] Ambito secundario de tutela por oposición al primario o directo de la ley. Ya Cesare Beccaria (en "Los delitos y las penas", Capítulo 41) advertía que "el método más difícil, pero el más seguro de prevenir los delitos es el perfeccionamiento de la educación".

[7] Ver Sentecias del T. C. de 28-4-1982, 20-12-1982,17-2-1984 y 23-3-1984, Rs. nºs. 16. 80, 22 y 42, respectivamente. También a Serrano-Piedecasas en "La estafa de contrato de

de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos constitucionalmente en los artículos 10.1 y 104.1 de la Constitución y, por tanto, constitucionalmente protegidos".

Y en palabras ahora del Auto de dicho Tribunal de 29-10-1996 (R. 319), corresponde a la potestad exclusiva del legislador configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que se pretenden evitar y las penas con las que se intenta conseguirlo -SSTC 65/1986 [RTC 1986\65] fundamento jurídico 3; 160/1987 [RTC 1987\160] fundamento jurídico 6 b); ATC 949/1988-. De modo que en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanan de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también

---

seguro", Barcelona, 1991, p. 84.

que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de una plena libertad. En esta materia, la función de control de este Tribunal frente a la acción del legislador, lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, ... (ha) de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadre constitucional.

El poder legislativo elabora las leyes sancionadoras igualmente por mandato de la Norma Básica al establecer su artículo 25.1 la reserva de ley para todo delito, falta o sanción administrativa. Tal es la interpretación constitucional de la palabra "legislación" (SSTC 15/1981 y 34/1996).

A la anterior misión del poder legislativo de configurar los bienes protegidos penalmente no obsta que la propia Constitución ordene al legislador expresamente en algunos supuestos dicha forma de tutela. Este es el caso de los bienes jurídicos medio ambiente y patrimonio histórico, que se establecen por la propia Carta Magna como dos intereses generales fundamentales y de la máxima protección.

En el primero de ellos, comprendido en su artículo 45.3, se preceptúa que "se establecerán sanciones penales o, en su caso administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado". Y en consonancia con dicho

mandato constitucional nuestro código penal establece, en su artículo 325 y siguientes, los tipos penales y las sanciones correspondientes a la lesión de dicho bien, a los que, en cuanto a la reparación del daño causado, les será de aplicación los tipos generales comprendidos en los artículos 109, 110.2, 112, y 126.1.1° CP.

E igualmente los atentados contra el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran serán sancionados por la ley penal por voluntad expresa de nuestra Constitución, materializada en su artículo 46.

Pero a pesar del reflejo en el código Penal de este expreso mandato del Poder Constituyente, resulta que no todos los bienes jurídicos explicitados por nuestra Constitución tienen su acomodo en la legislación penal, y viceversa. En efecto, aquella dispone el diseño de los valores fundamentales con vocación de estabilidad sobre los que se asienta el Estado, a los que les dispensa la tutela de la invocación directa de lo en ella establecido e incluso el amparo constitucional por los propios ciudadanos ante la vulneración de sus derechos fundamentales; y ésta diseña la tutela de aquellos intereses jurídicos que responden a necesidades de la convivencia y la paz social que, aunque también con vocación de permanencia, son más coyunturales que los establecidos por la Constitución. En esta tendencia de flexibilidad axiomática se sitúa en último término la sanción que pueda imponer el poder

ejecutivo, situado en el último eslabón de lo que resulta, en fin, lo que se puede considerar una escala gradual de emisión de normas que deviene más somera en la incidencia de los valores sociales cuanto más modificables y efímeras sean dichas normas [8].

Continuando en esta línea configuradora y a la vez diferenciadora de los diferentes valores según sea el poder destinado a tutelarlos -constituyente, legislativo, ejecutivo-, podemos establecer ya un primer nivel aproximativo de comparación entre los bienes protegidos expresamente por la Constitución y los que lo son por el legislativo y plasmados en el código penal, representado en el cuadro siguiente. En el mismo se sigue un orden en sede de los títulos del Libro II del Código Penal, aunque situándose éste en segundo término después de la Constitución por razón de jerarquía normativa, repitiendo cuando es necesario los artículos de ésta cuando coincide el bien jurídico protegido con el título de aquél. Debe advertirse que esta relación no tiene pretensión de exhaustividad, sino simplemente de ayudar a reflejar el primer nivel de engarce de la protección, que se establece entre Constitución y Código Penal, y que es complementario del siguiente nivel que se tratará más adelante y que

[8] A ello contribuye el grado de facilidad en orden a llegar a acuerdos sobre el interés a tutelar. Véase a López Garrido y García Arán, en "El Código Penal de 1995 y Voluntad del Legislador", ob. cit., sobre los niveles de acuerdos políticos a la hora de elaborar el código.

relaciona de la misma manera a este Código con el resto de legislación protectora.

CONSTITUCION.	CODIGO PENAL (libro II)
Artículos [9]	Título
15.	Vida. T. I a V
1.1, 17.	Libertad i seguridad. T. VI
10.1,15.	Integridad moral. T. VII
15.	Llibertad sexual. T. VIII
45.2, 156.1, 158.	Deber de socorro. T. IX
18.	Intimidad, imagen y domicilio. T. X
18.1 i .4, 20.4.	Honor. T. XI
18.1, 39.	Relaciones familiares. T. XII
33, 38, 51, 129.2.	Patrimonio y orden socioeconómico. T. XIII
45.2,156.1,158 (solidaridad -y los de contra	Contra Hacienda y seg. Social. T. XIV

[9] Los artículo que no están seguidos de bienes entre paréntesis reflejan el mismo bien jurídico protegido que el del correspondiente título del Código. Y los bienes constitucionales entre paréntesis, aunque más generales, son los que a mi juicio dan cobertura al correspondiente título del Código, y a falta de coincidencia concreta.

el patrimonio y el orden socioeconómico-).	
7,28,35,37,40.2,42,129.	Contra trabajadores. T. XV
33.2,47,45, 46 (los dos últimos con mandato penal).	Ord. territorio, patrimonio histórico, medio ambiente. T. XVI
45.2, 156.1,158 (solidaridad), 9.3,17, 51.1, 104 (seguridad), 10.1 (paz social).	Contra la seg. colectiva. T. XVII
45.2, 156.1,158 (solidaridad), 9.3,17, 51.1, 104 (seguridad), 10.1 (respeto a la ley, paz social).	Falsedades. T. XVIII
45.2, 156.1,158 (solidaridad), 9.3,17, 51.1, 104 (seguridad), 1.1 (Estado de Derecho), 10.1 (Respeto a la ley, dignidad humana, paz).	Contra Administración Pública. T. XIX
Igual que el anterior.	Contra Administración Justicia. T. XX
Rebelión (alzamiento públ.) contra Instituciones funda_ mentales del Estado (Consti_ tución, Monarquía, Parla_ mento, Secesión,Gobierno), contra la persona del Rey, sin rebelión contra las insti_	Contra la Constitución. T. XXI

tuciones del Estado usurpa_ ción atribuciones públ., con_ tra ejercicio derechos funda. y libertades garantizados por la Constitución, contra la o_ bligación de defender Espa_ ña, de los funcionarios contra garantías individuales consti_ tucionales, ultraje a España.	
10.1 (paz social, orden político), 16.1 (libertad ideológica y religiosa), 21 (reunión), 45.2, 156.1,158 (solidaridad), 9.3,17, 51.1,104 (seguridad).	Contra el orden público. T. XXII
30.1,105, b.	Contra la paz, independencia o defensa del Estado. Traición. T. XXIII
10.1 (paz social, dignidad humana), 28.1 (sindicación), 39.4 (protección infancia)	Contra la Comunidad Internacional. T. XXIV

Esta relación directa entre los bienes protegidos por la Constitución y los que lo son por el Código Penal denota de una forma gráfica lo que antes decíamos sobre la diferente configuración de los mismos en uno y otro texto y, en definitiva, los valores más permanentes en aquella -

obsérvese la tabla- y los que son fruto de la coyuntura político-criminal existente cuando se facturó éste. De hecho, y a diferencia de lo que ocurre con el texto constitucional, el Código Penal será objeto de múltiples modificaciones con el fin de ir adecuando la respuesta penal a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [10], lo que no deja de ser una similitud con lo establecido por el Código Civil en su art. 3.1 en cuanto a la interpretación de las normas, pero con la peculiar rigidez propia del Derecho Penal en cuanto a la modificación legal a que obliga el principio de legalidad para la aplicación del mismo.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

1.4.- El Bien Jurídico y su relación con otros principios informadores del ordenamiento.

A diferencia del resto de las categorías penales tradicionales y básicas, nuestro código penal no dedica ninguna atención a lo que, como luego se vera, va a significar el esqueleto sobre el que se asientan los diferentes tipos penales y a los cuales da su sentido y su

[10] En este sentido el Grupo Parlamentario mayoritario del legislador de 1995 manifiesta en los debates de elaboración de nuestro actual Código, que "Puede parecer una obviedad, a estas alturas de debate, afirmar que el Código Penal regula el uso de la fuerza por parte del estado y de que si hay un texto legal que sea reflejo de los principios y valores vigentes en un momento determinado en la sociedad, es el Código Penal por antonomasia" (Sra. Pelayo Duque, Diario de Sesiones de 5-6-1995, p.15566).

razón de ser. Nos estamos refiriendo a la categoría de Bien Jurídico Protegido.

Así, nuestro Código Sancionador, que en su Título Preliminar establece los principios de legalidad, irretroactividad desfavorable, ejecutoriedad, tipicidad y de culpabilidad, olvida sin embargo establecer otro principio básico de funcionamiento, cual es que no habrá pena sin lesión del Bien Jurídico Protegido por la norma [11].

Esta categoría es de naturaleza finalista y tiene, siguiendo a Hormazábal Malarée [12] funciones limitadoras y a la vez legitimadoras del ius puniendi del Estado, además de interpretativas de la norma y de garantía para el destinatario de la misma.

De la relación recíproca que media entre numerosos principios de nuestro Derecho (v. STC de 29 -11-1988, R. 227) no se escapa el llamado de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho Penal, el cual va especialmente ligado al de legalidad, seguridad jurídica y mínima intervención penal.

[11] No se pretende la imposición de ningún enunciado sino que valga como ejemplo de positivización del referido principio.

[12] Hernán Hormazábal Malarée. Bien Jurídico y Estado

1.4.1.- Legalidad .

A) Concepto.

Sobre el principio de legalidad establece nuestro Intérprete Constitucional [13] que, en cuanto plasmación del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho sancionador, se vincula tanto con el imperio de la Ley como presupuesto de la intervención estatal en los bienes constitucionalmente protegidos de los ciudadanos (...), con la interdicción de la arbitrariedad y con el derecho a la objetividad e imparcialidad de los Tribunales que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 de la Constitución, y que a su vez forma parte muy principal del principio más amplio de la juridicidad acogido en aquellos preceptos, muy numerosos, donde se invocan la Ley y el Derecho (art. 103 C.E.) o el ordenamiento jurídico.(...) Exige también la tipicidad, o descripción estereotipada de las acciones o de las omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 2/1981 [RTC 1981\2], 37/1982 [RTC 1982\37], 62/1982 [RTC 1982\62], 182/1990 [RTC 1990\182], 102/1994 [RTC 1994\102] y 120/1994 [RTC 1994\120]) que a su vez veda la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva (SSTC 89/1983 [RTC 1983\89],

---

Democrático de Derecho. Barcelona, 1991, págs. 7-11.

[13] Véase, además de la doctrina citada en los textos transcritos, el Auto de 25-3-1996 (R. 68) y la Sentencia de 11-3-1996 (R.34).

75/1984 [RTC 1984\75], 133/1987 [RTC 1987\133], 119/1992 [RTC 1992\119] y 111/1993 [RTC 1993\111]), analogía y extensión cuya proscripción opera tan sólo para el Derecho Penal material y en perjuicio del acusado, in malam partem. Un paso adelante, con un rumbo más sustantivo que formal, nos lleva de la mano a las cualidades predicables de la norma penal, desde una concepción más profunda de la legalidad o legislación, en su acepción constitucional, que deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar lex certa y también académicamente, taxatividad sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador [14] (STC 105/1988 [RTC 1988\105]). Finalmente, cabe anotar en el inventario del contenido real del principio de legalidad penal, tal y como se configura constitucionalmente, la proscripción de ne bis in idem (STC 2/1981).

A la anterior conceptualización del principio de legalidad no se opone la existencia de un margen de apreciación (STC de 15-10-1982 (R. 62). Pero este margen de apreciación del intérprete no deja de ser un mal menor ante la necesidad de ciertos tipos de acudir a esos conceptos

[14] Esta limitación que impone el principio de legalidad al juzgador no puede por otra parte ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta, ni crea nuevas figuras ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento (STC de 25-3-1993, R. 11).

más abstractos a fin de tipificar infracciones que de otro modo quedarían impunes. En la Sentencia referida se trataba de los ya casi desaparecidos conceptos de pudor, buenas costumbres, moral y decencia pública, conceptos ciertamente trasnochados en la actualidad por ser considerados atentatorios de un mínimo nivel socialmente aceptable de seguridad jurídica, habiéndose mantenido solamente el primero de ellos y en una sola ocasión en el código actual (art. 612.3). No obstante, no está de más decir aquí que aún se acude a esos conceptos abstractos con demasiada frecuencia, como en el supuesto del artículo 185 CP, donde quedará al arbitrio del Juzgador decidir, por ejemplo, cuándo un acto de exhibición adolecerá de obscenidad y cuándo no, con independencia de la posiblemente diferente apreciación del justiciable sobre el hecho (no es lo mismo un desnudo para un naturista que para una persona de costumbres más púdicas, siendo que en esa diferencia puede residir la criminalización del acto [15]).

[15] En la Sentencia referida del T. C. de 15-10-1982 la vaguedad de aquellos conceptos mueve al Alto Tribunal a considerar dicho defecto en clave de culpabilidad ("ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal").

B) Bien jurídico y tipo penal [16].

Dentro del principio de legalidad debemos detenernos, en esta sede introductoria, en el más concreto principio de tipicidad, al ser obvio que la ley (penal) protege bajo sanción el bien jurídico establecido negativamente por el tipo. Pero para abordar esta relación es necesario tener presente la estructura básica del tipo penal, sirviéndonos para ello del ejemplo que sigue:

Cuando una madre advierte a su hijo pequeño de que si toca el jarrón le pegará en los dedos, está exteriorizando un doméstico y básico tipo penal [17], del que se distinguen claramente tres fases o dimensiones: La primera viene configurada por su tenor literal y consiste en atribuir una consecuencia o castigo a una determinada acción, llevando implícita una advertencia del emisor (la madre) a un destinatario (el hijo). La segunda fase, que sigue

---

[16] Este epígrafe tiene como finalidad establecer una primera aproximación a la relación entre tipicidad y bien protegido, por lo que debe ponerse en relación con el apartado 4.1.1 del capítulo siguiente ("penalizar, permitir o tolerar, proteger").

[17] Naturalmente es muy discutible el mantenimiento del adorno doméstico a costa de la represión del menor en vez de quitar el objeto del medio. Valga no obstante el ejemplo a efectos pedagógicos nuestros, aunque él en sí pueda no serlo. Véase por otra parte a Vives Antón (en "Fundamentos del sistema penal. Valencia, 1996, ps. 483 y ss.) en lo que él llama "las pretensiones de validez que frente a la acción humana ejercitan las normas penales", siendo aquellas pretensiones básicamente cuatro: De relevancia (la acción realizada es de las que interesan al Derecho penal), de ilicitud (realización de lo prohibido o no realización de lo mandado), de reproche (sobre el autor culpable), y de

cronológicamente a la anterior, escapa del ámbito de la explícita exteriorización de la voluntad del emisor y entra dentro del ámbito deductivo del receptor de la advertencia, y consiste en la prohibición como deducción. La tercera fase o dimensión pertenece al ámbito de la finalidad de la advertencia y consiguiente prohibición, estando presente en la mente de emisor y receptor y dando sentido a las dos fases anteriores; viene configurada por la protección de un bien (en nuestro ejemplo, la integridad del jarrón). Y dependiendo de la edad de su hijo, la madre podrá informarle, junto a la advertencia sancionadora, acerca de la justificación de la misma, de tal manera que si el hijo aún no entiende la razón de simple adorno y no de juego del jarrón, será objeto de reprensión sin asimilación de finalidad ni justificación alguna, absteniéndose de ejecutar la acción prohibida después de la primera experiencia dolorosa o después de verla en algún hermano si es el caso, sin que sea esperable que la curiosidad y viveza natural del menor sea vencida por la simple negación del progenitor. En la medida en que el hijo sea mayor y pueda comprender la necesidad de la madre en conservar tal objeto de adorno podrá ser luego cabalmente informado de la justificación y finalidad de la advertencia.

Este ejemplo introductorio, que por notoriamente inteligible no necesita de justificación más especializada, nos sirve para ver lo que entendemos como estructura básica

---

necesidad de pena.

Típica de nuestro Derecho Penal, es decir, acción ligada a una consecuencia, prohibición como deducción, y la finalidad de la protección como informadora, soporte y razón de ser del tipo penal en sí. Asimismo nos sirve también para aseverar lo enraizada que se halla la protección mediante castigo o pena en nuestra cultura y educación, y nos sirve también, finalmente, para hacernos reflexionar sobre la incoherencia que supone el hecho de que al ciudadano adulto y responsable penalmente de sus actos no se le explique la razón de las advertencias vertidas en el código penal, recibiendo el mismo trato justificativo que el menor de los menores de nuestro ejemplo. Queda aquí una asignatura pendiente en el llamado código penal de la democracia porque -y no creo exagerar con lo que digo- mantiene al ciudadano infantilizado penalmente privándole de la dimensión justificativa de la norma sancionadora [18]. Es cierto que a esta justificación puede llegarse realizando las correspondientes deducciones, pero éstas no serán producto legal sino subjetivo del

[18] Naturalmente que la referida infantilización no es un resultado premeditado por el legislador, pero entiendo que es el resultado político de la carencia de la determinación de la justificación o razón de ser del tipo penal, léase exteriorización del bien jurídico destinado a proteger. Y tal determinación pudiera ser moralmente exigible en virtud del carácter representativo del legislador de tal manera que éste debiera dar explicaciones de la gestión que se le ha encomendado, sobre todo cuando la ley penal cuya elaboración se efectúa por encargo de la sociedad a quien representa va dirigida a esa misma sociedad, no siendo aceptable que el mandatario se abstenga de justificar a su mandante el encargo realizado, no sólo a nivel general -que sí lo está en su exposición de motivos- sino en cada una de las situaciones individualmente consideradas que pueden llevarlo incluso a la

intérprete. Así, el menor de los menores de nuestro ejemplo [19] no sabrá si la madre protege bajo sanción el jarrón porque es necesario para la buena marcha doméstica, o en cambio tal protección responde a intereses que no estaba en la mente de la madre proteger (p.e., el simple tacto del jarrón que no puede deteriorarlo en absoluto), quizá indignos incluso de protección. Y no olvidemos ahora, volviendo al mundo forense, que el bien jurídico protegido ha de tener contenido material [20], más allá del simple formal, que responda al verdadero interés de la sociedad que lo protege, exigiendo nuestro Tribunal Constitucional que el tipo sancionador esté precisamente justificado por la exclusiva protección del bien jurídico (SSTC 270/1994 de 17 de Octubre, 203/1996 de 9 de Diciembre, 111/1993 de 25 de marzo, 24/1996 de 13 de febrero, 252/1994 de 19 de septiembre, 34/1996 de 11 de marzo, 55/1996 de 28 de marzo, y 53/1994 de 24 de febrero) [21], erigiendo así

---

cárcel -que esas no están justificadas-.

[19] El cual no sabe la ratio porque no puede entenderla, a diferencia del ciudadano adulto, que no lo sabe (al menos con certeza) porque no se le dice.

[20] Ver la STC 53/1994 de 24 de febrero en la que se declara la inconstitucionalidad de dos preceptos penales (de la ley de Pesca fluvial de 20-2-1942) porque "el tipo penal definido en dichos conceptos no se configura en atención a una concreta conducta que puede lesionar un bien jurídico protegido, sino que se limita a describir el ilícito mediante un criterio formal -la comisión de la cuarta infracción en materia fluvial-".

[21] La Sentencia del TC 55/1996 citada establece que "debemos precisar en primer lugar cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma". Y

constitucionalmente a dicho principio como requisito imprescindible para integrar el tipo penal.

Y no sólo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho Penal adquiere así expresa relevancia constitucional, sino que además el propio legislador, aunque no le haya dado a esa protección carta de garantía fundamental [22], sí que la recoge de diversas formas en el Código Penal de 1995: En primer lugar, en sede interpretativa en su exposición de motivos, cuando expone

---

entroncando con la anterior, la sentencia de la A.P. de Madrid (Sección 15ª) de 30-1-1995 (ARP 495) manifiesta que "para empezar, conviene tener presente que la interpretación teleológica inspirada en la finalidad de la norma concreta es considerada como el criterio rector decisivo en la hermenéutica de los tipos penales, de modo que ha de darse prioridad a las interpretaciones teleológicas y sustantivas sobre las meramente formalistas. Y ya dentro de las primeras, parece razonable adoptar como directriz determinante para conocer el fin de la norma penal atender al criterio del bien jurídico protegido. Entre otras razones, porque si el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos constituye uno de los ejes esenciales del derecho penal, en cuanto que lo legitima en sus fundamentos y contribuye de manera determinante a fijar sus límites, resulta coherente con ello ubicar el fin de la norma en el propio bien que pretende tutelar con la imposición nada menos que de una pena". En su consecuencia, esta sentencia absolvió al acusado por "concluir que no se ha evidenciado en el presente caso la vulneración del bien jurídico que ampara el tipo penal que se le atribuye al acusado ("De ahí que no pueda afirmarse que concurran los elementos del tipo de lo injusto del art. 497. bis del texto punitivo, ni, por tanto, que la conducta del acusado sea penalmente antijurídica").

[22] Omisión desafortunada, aunque como manifiesta J. Córdoba Roda ("Ejercicio de la Abogacía y garantías penales", Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya, Barcelona, 1997, p.20), "Esta exigencia, que no aparece expresada en el Código Penal de 1995, sí que fue expresada a manera de garantía fundamental en determinados anteproyectos de Código Penal. Ha de entenderse, empero, que esta exigencia, por el hecho de ser obvia, es también vigente en el nuevo Código Penal, aunque no se encuentre formalizada entre las garantías previstas en el

que los criterios en que se inspira el nuevo Código "ha sido, como es lógico, el de la adaptación positiva a los valores constitucionales", y refiriéndose expresamente al concepto que nos ocupa cuando, al hablar del sistema de penas, manifiesta que se amplía la posibilidad de sustituir las privativas de libertad "por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos", o cuando al hablar de la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual manifiesta que "se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido", evidenciando así en la sede interpretativa la voluntad del legislador acerca del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como eje fundamental del Código de 1995.

En segundo lugar, se observa también en su articulado. Tal ocurre cuando su artículo 11 considera que existe omisión delictiva, y "A tal efecto se equiparará la omisión a la acción ... Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente", situando así de forma expresa al bien jurídico protegido en el centro y razón de ser de dicho texto [23]. En el mismo sentido queda también en

---

Código Penal de 1995".

[23] Este texto, que no existía en el proyecto presentado al Parlamento, fue presentado como enmienda por el Grupo Parlamentario Vasco y fue hecho suyo por el resto de los Grupos, quedando recogido en el texto definitivo. La justificación a esta enmienda no tiene desperdicio y tiene sentido recordarla en esta sede, al decir que "Dejar este punto crucial de los delitos de comisión por omisión en la indefinición sólo es fuente de inseguridad jurídica y podría ser contrario al principio de legalidad, que exige que sea el

descubierto este principio fundamental en el artículo 20, en sede de legítima defensa (agresión ilegítima) y de estado de necesidad, en el artículo 74.3 al tratar de la excepción a apreciar delito continuado en ofensas a bienes eminentemente personales, en el artículo 339 cuando habla expresamente de "la protección de los bienes tutelados en este Título" y, finalmente, en la Disposición Transitoria séptima cuando a efectos de reincidencia entiende la ley penal que la tienen los delitos de igual denominación y "ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico".

Decir, para acabar con este repaso de la presencia explícita del principio que nos ocupa en relación con la ley penal, que también en tramitación parlamentaria de elaboración del Código aflora el citado principio a pesar de no tener reflejo final en el mismo. Así, el Grupo de Coalición Canaria manifestó su voluntad de solicitar la supresión de un artículo determinado del Proyecto por no considerar adecuada su ubicación sistemática en relación con el bien jurídico protegido por dicho artículo [24].

Legislador y no los Jueces quien se pronuncie acerca de cuándo existe un deber específico de obrar".

[24] Diario de Sesiones de 5-6-1995, p. 15548. La pretensión de este Grupo era la de incluir el artículo 416 del Proyecto, actual 438, en el Capítulo de las defraudaciones (VI del definitivo T. XIII), por entender "que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico jurídico". Esta apreciación del Grupo Canario sobre el bien jurídico protegido en el Capítulo de las defraudaciones (donde quería incluir el anterior tipo penal) difiere claramente de la confianza como bien jurídico protegido según el Grupo Socialista (ver el apartado 2 del capítulo siguiente), o al menos difiere lo suficiente como para confundirse con otros bienes jurídicos protegidos en otros

1.4.2.- Seguridad.

El denominador común de las anteriores manifestaciones del principio de legalidad se encuentra en la seguridad jurídica, que ha de guiar la actividad de los poderes públicos [25].

Hemos de señalar, con la Sentencia del Alto Tribunal de 12-12-1994 (R. 325), que no cabe confundir las tres acepciones de seguridad que maneja la Constitución. La primera corresponde al principio que estamos tratando y que se establece en su artículo 9.3, mandato dirigido a los poderes públicos sin configurar derecho directo alguno en favor de los ciudadanos, mientras que la segunda corresponde a la seguridad ciudadana, que en sede de su artículo 104 se configura como bien jurídico colectivo, no individual, cuya función corresponde igualmente al Estado, y, en fin, la tercera corresponde al bien jurídico eminentemente individual de la seguridad personal, ubicado en su artículo 17 y, a diferencia de los otros dos, protegible directamente a través del recurso de amparo.

Sin perjuicio del valor que de por sí tiene como principio general del ordenamiento, la seguridad jurídica es, según doctrina constante del Intérprete Constitucional

---

Títulos –vg. las falsedades-, lo que, sin juzgar ahora cúal sea el acertado, denota la falta de acuerdo del propio legislador sobre aquello que protege con la norma que está elaborando.

[26], "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad", lo que redunda aún más en la idea antes apuntada de estrecha relación entre muchos de los principios jurídicos de nuestro ordenamiento y en especial entre el de legalidad y el de seguridad jurídica, como queda reflejado en las sentencias aquí transcritas.

Pero además, el principio de seguridad jurídica tiene una importancia fundamental en lo que va a ser el desarrollo de uno de los objetivos principales del presente estudio, puesto que es el destinado a permitir en definitiva que el ciudadano sepa las consecuencias de una determinada conducta o acción con anterioridad a su comisión y permita por ende su libre y consciente elección, siendo necesario para ello que el legislador se haga eco del mandato constitucional a él dirigido a través de dicho principio.

En este sentido el propio Tribunal Constitucional manifiesta [27], a pesar de referirse al derecho sancionador administrativo (concretamente en el ámbito tributario), que "los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué

---

[25] V. STC de 11-3-1996, citada.

[26] Ver, por todas, las Sentencias de 31-10-1996 (R.173) y de 4-10-1990 (R.150) y las que en ellas se citan.

[27] Sentencia de 4-10-1990, ya citada.

atenerse ante la misma [28]. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo crecientes en la gestión y aplicación de los tributos. Resulta inexcusable en este contexto el esfuerzo del legislador, tanto estatal como autonómico, por alumbrar una normativa tributaria abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia". Y si esto lo dice el Tribunal constitucional respecto del ámbito tributario, qué no deberá decir del penal, como más esencial aún sobre los derechos de esos mismos ciudadanos!.

El Alto Tribunal, en la misma sentencia anterior, precisa que Sólo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generan en

---

[28] Ver en idéntico sentido pero ampliándolo a los operadores jurídicos, la STC de 31-10-1996 (R.173).

sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica.

La Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio, de actualización del anterior código penal y derogada casi en su totalidad [29] por el actual Código Penal, responde a esta necesidad y despenaliza algunas de las faltas hasta entonces vigentes del Libro III de aquél código por ser "exponentes de la confusión entre moral y derecho plasmados en elementos valorativos con la inseguridad jurídica".

1.4.3.- Mínima intervención penal.

Si el Bien jurídico protegido es la razón de ser de la norma sancionadora, penal y administrativa, así como de la de resarcimiento civil, la mínima intervención penal nos marca el límite entre la sanción penal y el resto de dichas normas.

La Ley Orgánica 3/1989 recién citada, dedica gran parte de su preámbulo a este principio, destacando el carácter fragmentario del derecho penal sancionador y reservando el fragmento superior o de más dureza represiva

[29] Excepto dos de sus disposiciones adicionales, con lo que puede considerarse atendible todavía el criterio del legislador de 1989, y no sólo por la referida vigencia parcial de aquella Ley Orgánica, sino también por su

al derecho penal como "última ratio" a aplicar frente a las conductas más extremas y que lesionen los bienes jurídicos considerados esenciales para la convivencia social, señalando asimismo dicha Ley que el intervención mínima ocupa un lugar destacado entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno y justificando su razón de ser (de la propia ley) por el desequilibrio producido "entre las penas y el sistema de reacciones jurídicas no penales" y en definitiva a "ajustar el sistema penal positivo al mencionado principio de mínima intervención" [30].

La misma filosofía expresa, dentro de las facultades que le son propias y ante un caso de fraude y prevaricación cometida por funcionario público, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1992 (R. 5961) [31] al decir que "El Derecho tiene medios para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, también menos lesivos para el ciudadano (en este caso el ciudadano-funcionario público) y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable una

---

proximidad temporal y política con el legislador de 1995.

[30] Aunque la ley sigue diciendo que este objetivo pasa evidentemente y, ante todo, por la reducción del libro III del código penal, establece como una posibilidad a sopesar la supresión de todo el Libro III, lo que nos muestra la duda acerca de la necesidad de mantener dentro del ámbito punitivo los llamados "delitos veniales". Véase en este sentido a Díaz Valcárcel en "Acerca de la posible supresión del Libro III del Código Penal" en RJC 1984.

[31] Véase también más adelante, en el apartado que trata de la aparente contradicción de este principio con la

estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregada, en primera instancia, al derecho penal".

Nos situamos, con las anteriores transcripciones, en un intento de fijar el límite concreto del principio de mínima intervención penal [32], de las que la primera corresponde a la elaboración de la norma, y la segunda a su aplicación.

Como dice González Rus [33], se trata de un principio dirigido al legislador y su desarrollo y desenvolvimiento se asienta en dos postulados: el entendimiento del Derecho Penal como la última ratio del ordenamiento y la afirmación del carácter fragmentario del mismo, siendo su uso progresivo, de manera que la lesión de un mismo bien jurídico merecerá sanciones civiles (indemnización o reparación), administrativas o penales, según sea la entidad de la conducta lesiva.

---

preferencia penal, la STS de 16-2-1996 (R.882).

[32] Intervención mínima que no es ajena a su vez a la actuación de la actividad sancionadora de la Administración en relación con otras vías de protección que no presentan tal característica (v. S. del T. Superior de Justicia de Galicia -Sección 3ª- de 18-7-1996, R. 2104), aunque tal listón diferenciador no será objeto de nuestra atención por no referirse al ámbito penal.

[33] "Los intereses económicos de los consumidores: protección penal", Madrid, 1986, ps. 63 y 65. Véase también a Mir Puig en "Sobre el principio de intervención mínima del

2.- Solapamiento de la ley penal con los demás ámbitos protectores de nuestro Derecho: Primer nivel de carencia.

2.1.- Complementariedad y principio de fragmentariedad: Preferencia penal en su segmento.

Las diversas ramas de nuestro ordenamiento jurídico tienen su razón de ser en función de la materia que están destinadas a regular [34]. De esta manera tenemos los cuatro órdenes jurisdiccionales básicos [35], donde sabido es que uno de ellos es el contencioso-administrativo, que regula todas aquellas relaciones en que intervenga una administración pública como tal, en las cuales prima tal carácter por razón de la intervención forzosa de al menos un ente con funciones públicas, y en que existe protección de los

---

Derecho penal en la Reforma penal", RFDUG n° 12, 1987.

[34] Orillamos aquí el ámbito constitucional, tanto el acceso al Alto Tribunal que tiene el ciudadano cuando se lesionan sus derechos fundamentales, como los propios recursos que en materia constitucional pueden disponer los poderes del Estado.

[35] Desde la perspectiva de la jurisdicción entramos a analizar los diferentes ámbitos de protección de los intereses individuales y colectivos protegidos por el ordenamiento jurídico, perspectiva que nos permite agrupar las leyes sustantivas y adjetivas (que mejor debieran llamarse adverbiales) o, lo que es lo mismo, el qué y el cómo de esa protección, y perspectiva que además aúna la visión del derecho sustantivo y procesal, íntimamente relacionados, como relacionadas y determinantes en muchos casos se encuentran las diferentes disciplinas jurídicas unas con otras, lo que obliga a no perder de vista lo que ya desde ahora se impone como tratamiento interdisciplinar en el estudio que nos ocupa.

derechos de los intervinientes, personas físicas o jurídicas en las normas que componen esta rama del Derecho. Otro orden lo constituye el social, que tutela las relaciones entre las fuerzas de producción, básicamente trabajador y empresa, que son relaciones privadas pero con trascendencia social y tuición de aquél como parte más débil en la misma. El orden civil es el tronco común del que se han desarrollado los demás, pues es evidente que la relación entre dos personas individuales es la primera que se dió entre los hombres y la que permitió las otras relaciones más complejas.

Los tres órdenes referidos hasta ahora tienen sus propias normas protectoras de la convivencia y de los valores en que se asienta nuestra sociedad. Así, el ámbito administrativo tiene sus normas, sustantivas y adjetivas, que establecen los derechos y sus limitaciones tanto de la administración como de los administrados, los cuales (básicamente éstos, en virtud de la ejecutividad de los actos administrativos) tendrán que acudir a las normas adjetivas procesales para exigir el respeto a los mismos y en último término, acudir a la tutela judicial. En el mismo sentido y salvando las distancias sobre las peculiaridades de los sujetos intervinientes, los otros dos ámbitos u órdenes citados disponen de sendos grupos de normas para evitar la lesión de los derechos que protegen y para hacerlos valer [36].

[36] Las exigencias de cada orden jurídico respecto al

El orden penal se configura como el cuarto de los ámbitos básicos a que hacemos referencia, pero con la peculiaridad añadida de que es de aplicación prioritaria a los demás [37]. Nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial es clara en este sentido al establecer dicha preferencia (art. 44), sin perjuicio de las cuestiones prejudiciales y a pesar de que aquí también se muestra la preferencia penal (art. 10), y en idéntico sentido las normas procesales del resto de aquellos órdenes mantienen, en general, preceptos de remisión de naturaleza subsidiaria hacia el Derecho penal. Así, conforme a esta relación de subsidiariedad tenemos, por ejemplo, que la vigente ley (R. Decreto legislativo) sobre tráfico prohibe (art. 12) y sanciona la circulación para todo aquel conductor que supere los niveles máximos permitidos de alcohol, sanción administrativa que cede sus fueros a la penal cuando, además de la impregnación alcohólica, resulta afectada la conducción de manera que ésta se realiza bajo su

---

grado de intención de resolución previa del conflicto entre personas variará de menor a mayor según estemos en el orden civil, social o administrativo y en definitiva del carácter público de éstos. Véase a modo de ejemplo el artículo 110.3 de la actual Ley de Procedimiento Administrativo 30/1992 de 26 de Noviembre, que exige la comunicación de la interposición del recurso al órgano que dictó el acto impugnado, o los arts. 69 y ss. de la ley de procedimiento laboral en el mismo sentido de reclamación ante un ente público o el artículo 63 de la misma ley, que exige intento previo de conciliación. En cambio en el ámbito civil, el intento de arreglo previo al litigio se concibe en términos generales como una facultad y no como obligación (v. art. 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

[37] Con la característica especialidad penal militar (art. 9.3 LOPJ).

influencia, integrando el tipo penal del art. 379. E igual ocurre en relación al ámbito social, donde prevalecerá el Derecho penal por ejemplo ante la lesión, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, de un derecho de los trabajadores, reconocido por ley, convenio o contrato (art. 311.1), frente a la sanción tipificada en el número 9 del artículo 7 de la Ley de 7-4-1988 de infracciones y sanciones en el orden social, consistente en establecer condiciones de trabajo inferiores a las reconocidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de su estatuto [38].

[38] Artículo 4. Derechos laborales.
1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:
a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio.
b) Libre sindicación.
c) Negociación colectiva.
d) Adopción de medidas de conflicto colectivo.
e) Huelga.
f) Reunión.
g) Participación en la empresa.
2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:
a) A la ocupación efectiva.
b) A la promoción y formación profesional en el trabajo.
c) A no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites marcados por esta Ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.
d) A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.
e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

Y en el ámbito civil, la prevalencia se da, por ejemplo, cuando el dolo [39], indemnizable por daños y perjuicios conforme al art. 1101 del Código Civil, alcanza un plus de intensidad que hace entrar en juego la represión penal [40]. En la práctica entendemos que no será fácil dilucidar cuál de los dos ámbitos tendrá que aplicarse, ya que, en el ámbito de la estafa y concurriendo los elementos objetivos, el animus decipiendi tendrá siempre tintes difusos a efectos de dilucidar el fraude civil del penal puesto que a fin de cuentas estaremos siempre ante un fraude, y el animo de lucro también puede estar igualmente presente tanto en el fraude civil como en el penal [41].

---

f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.
g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.
h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.

[39] Para algunos el dolus bonus, propio de las simples exageraciones, es una expresión desafortunada por más que sea tolerado en el comercio, puesto que dichas exageraciones se compadecen mal con la bondad o la buena fe (v. SSTS de 14-10-1988, R. 7917, y de 11-5-1993, R. 5078). Véase por contra a Muñoz Conde ("Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios", en "Falsedad y defraudaciones", CDJ n° XI, CGPJ, Madrid 1995, p. 139), que considera perfectamente admisible este tipo de dolo.

Véase también la Sentencia del TS -Sala 1ª- de 5-12-1995 (R. 9260), cuando expresa la doctrina jurisprudencial acerca de la existencia del dolo civil (refiriendo las SSTS de 9-3-1962, R. 1230, y de 19-5-1973, R. 2339), declarativa de que a tal efecto "basta con la coincidencia de que con un hecho propio se realiza un acto antijurídico haciendo lo que no debe hacerse".

[40] V. la citada sentencia de 11-5-1993.

[41] Sin embargo no es ésta la apreciación de la STS de 4-10-1985 (R. 4621), que afirma que "en la práctica no resulta difícil ante un caso de estafa diagnosticar si se halla

Es de resaltar que nuestro derecho positivo establece como hemos visto no sólo la preferencia de la ley penal en la protección del bien jurídico [42], sino que además sanciona de nulidad las actuaciones judiciales que no pertenezcan al ámbito -léase fragmento- de protección predeterminado. Así, en el ámbito administrativo, la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común n° 30/1992 de 26 de Noviembre estable en su art. 62 letra d, la nulidad de pleno derecho los actos administrativos que se dicten como consecuencia de infracción penal. La Ley de Procedimiento Laboral establece en su artículo 213 letra a, que de estimarse la falta de jurisdicción, la incompetencia o la inadecuación del procedimiento, se anulará la sentencia y se dejará a salvo el derecho de ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado. Y, en fin, en el orden civil, véase la STS de 22-6-1989 (R. 4777), Sala 1ª, que declara la nulidad de oficio de una reclamación indemnizatoria en vía civil prescindiendo del orden jurisdiccional penal, al juzgar de un hecho reservado a éste [43], o ya en una esfera propia de nuestro estudio, véase

---

dentro del derecho Civil o en el ámbito penal, ateniéndose a la tipicidad del hecho enjuiciado y a la magnitud y culpabilidad o reprochabilidad de la conducta del inculpado", elementos que resultan insuficientes, como se verá.

[42] Dicha preferencia en la protección venía dada con anterioridad a la Ley Orgánica del poder Judicial de manera seccionada en cada una de las normas procesales de cada ordenamiento, como muestran las leyes de enjuiciamiento civil (arts.362 y1804) y criminal (arts. 111 y 114).

la remisión que el artículo 1305 del Código Civil realiza al Código Penal cuando la nulidad de un contrato sea debida a la ilicitud de la causa no sólo si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes [44], sino que también "esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta por parte de uno de los contratantes", pudiendo obviamente luego el contratante "no culpado" reclamar lo que hubiese dado.

Y dejando la perspectiva anterior y tomando la de la legitimación en la imposición de la sanción [45], vemos que nuestro Derecho establece diferentes niveles de protección de los intereses o bienes jurídicos, en función del grado de amparo que merezca su lesión. Desde la zona nula en el plano sancionador, propia del simple resarcimiento [46] del ámbito civil y ante la general imposibilidad de imposición de sanciones por parte de particulares [47] -imposibilidad que

---

[43] Esta sentencia trataba de la lesión al Honor, materia posteriormente modificada en cuanto a la preferencia penal, de cuya crítica me ocupo más adelante

[44] Dice textualmente el precepto que "se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código penal respeto a los efectos o instrumentos del delito o falta".

[45] Lo que procesalmente hablando significa cambiar la competencia objetiva por la funcional.

[46] Utilizo aquí este término en el sentido literal que le da nuestro diccionario oficial, esto es, en el más amplio de reparación del daño, perjuicio o agravio.

[47] Esta imposibilidad cede ante supuestos muy concretos que deben considerarse como excepción. Tal es el caso de las sanciones leves que los empresarios pueden imponer a los trabajadores (art. 58 del Estatuto de los Trabajadores) y

se extiende incluso a la realización del propio derecho fuera de los cauces legales-, pasando por la limitada sanción administrativa, impuesta ya por Autoridad, hasta llegar a la sanción penal, que es la más enérgica y que puede llegar, a diferencia de la anterior, a restringir o incluso privar el derecho fundamental a la libertad deambulatoria.

2.2.- Doctrina Constitucional acerca de la vía de protección del bien jurídico lesionado.

Pero la complementariedad no siempre es la tónica dominante en las relaciones entre los diferentes ámbitos de protección, sino que existe en la práctica un solapamiento que atenta contra la seguridad jurídica consagrada en la Constitución [48].

Esta graduación en la respuesta a la lesión de los intereses tutelados viene impuesta explícitamente por la propia Constitución, que establece en su art. 25.3 que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que,

---

esta facultad se acerca más a la función de colaboración de las empresas en la estructura socioeconómica del Estado (piénsese por ejemplo y en este sentido, en la colaboración que las mismas efectúan en materia de recaudación de cuotas de la seguridad social del trabajador, o en la de recaudación de ciertos impuestos, como el IVA o las retenciones del IRPF) que a la relación estrictamente civil entre ambos.

[48] Véase por ejemplo a Sánchez Carrión en "Problemas que plantea la incidencia del ámbito socio-laboral en la delimitación y enjuiciamiento de los delitos contra los trabajadores", en AJA nº 397 de 1-7-1999, y en concreto su queja sobre "la indefinición del bien jurídico protegido" (p.

directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad", así como por el principio de mínima intervención penal, recogido en la exposición de motivos del código penal [49] a pesar de que no lo esté en el articulado y carezca de reconocimiento expreso. Finalmente, el principio ne bis in idem prohibe que un mismo hecho pueda ser objeto de doble sanción -penal y administrativa-, aunque no impide la complementariedad entre ambas [50].

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones, si bien indirectamente, sobre la fragmentación de la protección con ocasión de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que supondría el peregrinar del justiciable para obtener la defensa de su derecho frente a las diferentes vías posibles de protección, aunque sometiendo tal vulneración a lo que dispongan las leyes procesales. Así, la Sentencia de 30 de Marzo de 1981 (R.7) establece que "el art. 24.1 de la Constitución debe aplicarse en cada caso según la naturaleza y fines de cada tipo de procedimiento".

En este sentido de necesidad de previo encauce procesal se pronuncian, entre otras, las Sentencias del

---

5).

[49] Dice en concreto que "En segundo lugar, se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja". No obstante, no debemos olvidar que lo dispuesto en la exposición de motivos de una norma no tiene ningún valor normativo (STC de 19-12-1996, R. 212).

Tribunal Constitucional de 13-1-1986 (R.2) y de 18-1-1993 (R.20) cuando dicen que "Ciertamente, el art. 24.1 de la CE no incluye un derecho fundamental a procesos determinados; son los órganos judiciales los que aplicando las normas competenciales o de otra índole han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora", si bien a continuación la última de ellas salva obviamente el derecho a la tutela efectiva y proscribe el peregrinar innecesario del ciudadano manteniendo que "Pero si el seleccionado por el demandante objetivamente cumple el presupuesto de la adecuación, no puede imponerse un cauce procesal distinto".

Esta misma idea es tratada por la Sentencia de 22-7-1985 (R.90), que establece además que "el mandato contenido en el art. 24.1 de la C.E. encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos (...) Por ello, siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes, la privación o denegación de la misma, si fuere injustificada, había que estimarse que equivale a una privación o denegación de tutela judicial efectiva".

Dos cuestiones desata, en lo que ahora interesa, la anterior transcripción. Una es sobre la elección de la vía por el justiciable; la otra es sobre qué debemos entender por "vía procesalmente correcta".

---

[50] STS -Sala 4ª- de 20-12-1988, R. 10169.

Sobre la primera debemos preguntarnos si el particular que ve lesionado uno de sus derechos puede prescindir de la vía penal cuando el supuesto de hecho integre un tipo de esa naturaleza, y ello no sólo debido a la existencia de la preferencia de esta vía establecida legalmente por norma vigente (LOPJ), sino también debido al interés público del propio Estado -sociedad- en la persecución y castigo de los delitos -como medio de preservar sus valores fundamentales-, lo que se refuerza con la obligación de todo ciudadano -conminada también bajo sanción (art. 258 Lecrim)- de denunciar los hechos constitutivos de delito, y que a su vez se compadece mal con la libertad, llevada a sus extremos, de elección de la vía procesal prescindiendo de las leyes que regulan el acceso a dichas vías, siendo la citada Ley Orgánica la más importante de aquéllas desde el punto de vista jerárquico. Es por ello que no estamos ante un derecho absoluto y que esa libre elección lo será en tanto no estemos ante un interés público como es el de la sociedad frente al hecho delictivo. La propia doctrina Constitucional es clara sobre la titularidad del "ius puniendi", al establecer en la Sentencia del TC de 10-3-1997 (R.41) que "El particular, en efecto, no ostenta ningún derecho a castigar, pues el ius puniendi, es de titularidad estatal (SSTC 157/1990, fundamento jurídico 4.| y 31/1996, fundamento jurídico 10). Es más: pese a que, por disposición de la ley, puede ejercitar la acción penal y debe, por tanto, obtener una respuesta jurídicamente

fundada, carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legítimo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica, por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación." Debemos entender, pues, que la elección de la vía de protección por parte del justiciable está limitada a lo que determinen las leyes procesales.

Pero los límites se presentan menos claros a la hora de determinar qué debemos entender por "vía procesalmente correcta" o, en palabras de aquella Sentencia transcrita, cuándo debemos tener por objetivamente cumplido el presupuesto de la adecuación procesal.

En esta cuestión la doctrina del Intérprete Constitucional (ver la S. de 14-1-1987, R.1) [51] establece que "el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable para el derecho fundamental, de forma que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, especialmente en los supuestos en los que el legislador no lo determina de manera taxativa". Y que asimismo este derecho fundamental (v. la STC de 16-12-1991, R.241) "también se satisface con una resolución motivada de inadmisión o de extinción del

[51] Esta sentencia no considera vulnerada la tutela judicial efectiva y por tanto deniega el amparo ante un supuesto en el que "una vez examinado el objeto del proceso, se ha declarado el carácter inadecuado del procedimiento elegido, no tanto por el contenido del 'petitum', sino sobre todo, por la calificación del régimen legal y, consecuentemente procesal, aplicado al contrato".

proceso que impida llegar al fondo del asunto, si se funda en una causa establecida por el Legislador, aplicada de modo proporcionado en relación con los fines constitucionalmente protegibles que los requisitos procesales pretenden atender".

De esta manera, nuestro Tribunal Constitucional remite a la legalidad ordinaria a efectos de establecer el cauce procesalmente adecuado para la defensa de los derechos, pero al mismo tiempo garantiza el acceso a la tutela judicial efectiva a fin de que el Tribunal al que acude el ciudadano no le exija formalismos desproporcionados.

Precisamente por tratarse de una cuestión de legalidad (procesal) ordinaria serán los Tribunales de esa naturaleza los que decidirán a cada momento cuándo se cumple objetivamente la adecuación procesal del procedimiento elegido por el ciudadano, que luego podrá recurrir en amparo por vulneración del repetido derecho fundamental.

Esto es lo que ocurre en la última Sentencia transcrita, ante un caso de vulneración del derecho al Honor y la Intimidad [52] en el que el actor eligió la vía civil y al final el Tribunal Supremo, en sentencia de 23-2-1989 (R.1394) anuló todas las actuaciones por considerar preferente la vía penal. Dice aquella sentencia que "La Sentencia impugnada, al deslindar el ámbito de las acciones civil y penal que la legislación vigente (art. 1 de la Ley

[52] Sobre la despenalización parcial del ataque al derecho al honor, véase también a Morales Prats en "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", RFDUG

Orgánica 1/1982) ofrece en orden a la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 C.E., ha interpretado la norma aplicable en el sentido más restrictivo y menos favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. y, en última instancia, de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del recurrente, con un debilitamiento o restricción de la acción civil de defensa de los mencionados derechos de la persona en favor de la vía penal, que ha de estimarse desproporcionada respecto del fin perseguido por la norma legal y que pugna con el principio de intervención mínima que preside el orden penal, llevando, en el caso, a un resultado lesivo de derechos fundamentales y constitucionalmente inaceptable consistente en obligar al justiciable a recorrer, en defensa de su honor, intimidad y propia imagen, toda la vía penal para, una vez finalizada ésta, volver a iniciar de nuevo la civil, que ya había ejercitado."

Este pronunciamiento determinó sin duda la modificación [53] que del apartado 2° del art. 1 de la Ley

---

n° 12, 1987.

[53] Dicha sentencia significó un cambio en la doctrina constitucional existente hasta entonces, que incidió no sólo en la modificación a que hacemos referencia sino también en las resoluciones del Tribunal Supremo, como muestran por ejemplo las sentencias de dicho Tribunal de 14-6-1995 (R.4853), 24-7-1993 (R.6478), 27-5-1993 (R.4076), 20-2-1993 (R.1001) -esta resolución es la nuevamente dictada por el TS tras la anulación de la anterior que dió causa para el pronunciamiento de la sentencia del TC que nos ocupa-, 26-1-

Orgánica 1/1982, de Protección del Honor i la Intimidad, realizó nuestro Código Penal en su disposición final cuarta, consistente en modificar la prelación a favor de la vía penal, existente hasta entonces, por la validez protectora de la vía civil.

Pero discrepo humildemente de la solución dada en este caso concreto por el Tribunal Constitucional y seguido obviamente por el Tribunal Supremo y por el Legislador, en primer lugar, porque no se lesiona forzosamente la tutela judicial efectiva si no hay resolución de fondo, según la propia doctrina de aquel Tribunal (v. la STC de 16-12-1991, R. 241, citada, o el Auto del mismo Tribunal de 21-5-1997, R. 175 y la jurisprudencia que en él se cita), máxime cuando se puede luego ejercitar la vía civil si no hay condena penal, siendo además que tampoco se vulnera el repetido derecho fundamental si no existe dicha condena (v. por todas la STC de 21-4-1997, R. 74). Y en segundo lugar porque dicho pronunciamiento abre una brecha y una tendencia a la prorrogabilidad de la jurisdicción, con claro peligro de extensión de idéntica solución al resto de supuestos (si éste sí, ¿por qué los otros no?), lo que comportaría un riesgo de mal uso por parte de los justiciables (el procedimiento penal como arma negociadora y coacción en manos del particular) con la elección a voluntad de la vía penal y el consiguiente olvido de que la

---

1993 (R.503), y de 4-4-1992, R.5033 (esta última deniega adecuación del procedimiento elegido por el justiciable "por existir ahora proceso penal pendiente sobre la misma

titularidad del ius puniendi no es del justiciable sino del Estado, y dejar en manos del particular la facultad de poner en marcha la maquinaria penal significa en la práctica el efectivo señorío sobre la misma.

Ciertamente la tutela judicial efectiva proscribe el peregrinar del ciudadano por la administración de justicia en busca de tutela de sus derechos, pero entiendo que la solución al llamado "peregrinar de procedimientos" no puede venir por llevar al extremo la libertad de elección de la vía jurisdiccional, al ser las normas procesales, igual que el ius puniendi del Estado citado, de titularidad pública que, aunque sean susceptibles de proteger intereses privados, no son en cambio modificables en virtud de dichos intereses, los cuales ceden sus fueros ante los generales o públicos.

En definitiva, el pronunciamiento dado en la Sentencia que comentamos abunda a mi juicio el conflicto entre la preferencia del orden penal frente a cualquier otro, por un lado, y la tutela judicial efectiva, por otro. Obsérvese, ahora desde otro perfil, que en el caso sometido al TC se estaba ante una demanda civil que había obtenido pretensión de fondo, primero en el Juzgado y después en la Audiencia Provincial, y que fue finalmente en casación, después de años de tramitación, cuando se anularon todas las actuaciones, con lo que cabría preguntarse si esta cuestión no hubiera podido tener solución en sede de funcionamiento

---

materia)".

anormal de la Justicia, y cabría hipotéticamente preguntarse también si la respuesta del TC hubiera sido la misma si la incompetencia de jurisdicción decretada por el Supremo hubiera sido efectuada de entrada por el Juzgado de 1ª Instancia. No olvidemos que la propia ley civil remitía al Código Penal cuando la intromisión fuera constitutiva de delito y que el Tribunal Constitucional entra a valorar una cuestión de legalidad ordinaria, esto es, si el hecho concreto es merecedor de tal reproche, deduciendo finalmente que no lo es ("recorrer toda la vía penal para, una vez finalizada ésta, volver a iniciar de nuevo la vía civil").

2.2.1.- La dicotomía entre preferencia penal y tutela judicial efectiva.

Y es que existe en muchas ocasiones una seria indefinición a la hora de determinar cuándo la lesión de un bien jurídico merece protección penal y cuándo no, para determinar así el punto a partir del cual va a superarse el listón exigido por el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Esta indefinición afecta y es padecida en primer lugar por el justiciable, que deberá decidir si el hecho es constitutivo de delito o no. Posteriormente será el órgano jurisdiccional quien, de oficio (por ser cuestión de derecho público) o a instancia de parte, deberá analizar lo

propio, y si el tribunal ordinario decide que existe inadecuación del procedimiento seguido por el justiciable, éste podrá reclamar amparo constitucional por vulneración de tutela judicial. Al anterior "iter" se añade el hecho de que el principio de mínima intervención es una categoría jurídica carente de positivación legal concreta. En el supuesto de la Sentencia constitucional que comentamos existe uno de los escasos pronunciamientos concretos en este sentido, que además no procede del legislador, difuminando la potestad de éste a efectos de configurar la política criminal, atribuida también constitucionalmente al mismo [54]. En efecto, el Alto Tribunal manifestó que la exigencia de tutela penal del derecho fundamental al Honor y la Intimidad atentaba contra el principio penal de intervención mínima, confirmando el derecho del justiciable a la protección civil y provocando luego la modificación del legislador plasmada en la Disposición final cuarta del Código penal de 1995. A esa deficiente plasmación legal del citado principio se añade la natural subjetividad propia de cada operador jurídico (desde el ciudadano hasta los tribunales superiores) a la hora de su apreciación, por lo que ésta puede variar en cada estadio del "iter" a que hemos hecho referencia.

En este marco mediatizado por su intervención mínima, la preferencia penal responde a un interés general,

[54] Ver el Auto del TC de 29-10-1996 (R.319) y la jurisprudencia que en él se cita.

materializado en el propio Estado, de reprimir las conductas lesivas que atenten de manera grave a la convivencia de sus miembros y en definitiva a su normal y aceptable [55] funcionamiento. Dicho interés es, desde el punto de vista constitucional, susceptible de ser encuadrado en el marco global de prevalencia del interés general o público sobre el particular o individual. Y la tutela judicial efectiva, derecho constitucional expreso, responde en lo que ahora interesa a la necesidad de evitar el peregrinar del ciudadano que no coincide en su primer intento con el órgano judicial sobre la elección de la vía de protección de su derecho.

El delicado equilibrio entre estos dos intereses obliga a buscar una salida en la que ninguno de los dos salga perjudicado (ver más adelante el apartado 2.6).

2.3.- La aparente contradicción entre la preferencia penal y el principio de intervención mínima.

Pero antes de abordar esta cuestión hemos de tomar en consideración otro delicado equilibrio, ya apuntado en el anterior apartado, consistente en que si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial exige la aplicación prioritaria de la protección penal, el principio de mínima intervención de la ley penal en la protección de los bienes jurídicos

[55] No olvidemos que el funcionamiento aceptable de cada momento vendrá determinada por el legislador de turno en su concreta política criminal.

pugna con la anterior afirmación en el sentido diametralmente opuesto, haciendo difícil al menos a primera vista la conciliación de ambos postulados.

Debemos advertir previamente de la doble acepción, sustantiva y adjetiva (que se pretende combatir para dejarla a la primera de ellas), que representa el principio de mínima intervención. La primera de las cuales compete al legislador y va dirigida a reservar al Derecho penal sólo la fracción más enérgica del Derecho sancionador, dejando para las sanciones administrativas o el resarcimiento civil las conductas que no lesionan la convivencia básica. La segunda es especial objeto de las reflexiones que siguen y se concreta sobre su influencia en la opción procesal elegida para la protección de los derechos.

Entrando ya en materia, observemos que la fuente de la que proviene la preferencia penal es una Ley Orgánica, de igual rango que nuestro vigente Código Penal, mientras que la mínima intervención proviene de un principio del Derecho penal no positivizado por norma alguna.

Pero a pesar de no estar contenido este principio en ninguna ley, la Doctrina toda lo acoge como uno de los ejes básicos de nuestro sistema penal. La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 16-2-1996 (R. 882) destaca que "el principio de intervención mínima, que debe estar presente en el ámbito del Derecho Penal, como última 'ratio' de la aplicación de sus normas, alcanza su punto crítico, con los límites que luego se dirán, en supuestos

como el ahora enjuiciado en el que la actuación de un órgano administrativo genera un acto que, por presentar caracteres de ilegalidad, se cuestiona si debe o no criminalizarse". Obviamente, este supuesto es extensible a los demás ámbitos jurídicos, de los que, en el ámbito civil, destaca el ya conocido posicionamiento acerca del negocio jurídico criminalizado al que más adelante me referiré. Pero sigue diciendo la anterior Sentencia que "el principio de intervención mínima antes mencionado no opera aquí indiscriminada y arbitrariamente como podría desprenderse de la aplicación a ultranza de las teorías que preconizan su absoluta prevalencia, sino que se sustenta en una escueta aunque suficiente invocación a la convicción del Tribunal, el cual, como soberano que es a la hora de evaluar globalmente los elementos probatorios determinantes de la decisión, ha plasmado así una conclusión valorativa". Observemos que esta resolución defiende la aplicación del principio de intervención mínima de forma ponderada por el órgano judicial "como soberano que es" y que lo hace lógicamente enjuiciando el hecho sometido a su decisión y en virtud de la prueba practicada, sin olvidar que se trata de una sentencia penal, lo que significa que para llegar a la misma se ha respetado la preferencia de protección por esta vía. Con este ejemplo puede concluirse que, en el estado actual de nuestro derecho Penal es posible armonizar ambas exigencias sin que entren en contradicción, pero dicha armonización requiere que primero se siga esa

preferencia penal impuesta legalmente y que luego, el órgano judicial decida si el justiciable es merecedor de reproche penal o no en virtud de dicho principio. Ahora bien, esta diferenciación no se presenta tan nítida cuando a priori no es clara la incriminación penal por la lesión de un bien jurídico, con lo que la elección de una u otra vía de protección puede quedar al arbitrio del actor o denunciante o querellante y ser indebidamente utilizada como arma negociadora por el particular, como ya se dijo, con vulneración de la improrrogabilidad de la jurisdicción [56]. Naturalmente que en este caso estaríamos ante un abuso de derecho por parte del que reclama tutela del interés lesionado, sin duda reprochable (civil o penalmente, cuya dudosa opción se suma a su vez al objeto de estas líneas).

En virtud de lo expuesto existe lógica confusión acerca de la relación entre los dos conceptos que dan título a este apartado. Por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 14-3-1995 (R.1124) manifiesta, despues de aseverar sobre el principio de mínima intervención penal, que "es usual que la simultánea protección de éstos, en otro ámbito (civil, administrativo, laboral, etc.: derecho al honor, libertad de expresión o información, a modo de ejemplo) haga o reclame, caso de conflicto, la prioridad de estos órdenes jurisdiccionales

[56] De aquí a solicitar recompensa o precio para no denunciar el hecho sólo hay un paso, pudiendo integrar luego un delito de amenazas conforme al art. 171 CP (véase a Córdoba Roda, ob. cit., p. 14).

frente a su incardinación directa en el ámbito punitivo". Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7-9-1995 (R.972), en un supuesto de impago de prestaciones alimentarias, absolvió del delito del artículo 487 bis ACP por ser "excesivo que el primer contacto para hacer cumplir la obligación sea el proceso penal" y que el Derecho penal "no debe intervenir si la satisfacción de los derechos puede obtenerse con facilidad por el amparo que ofrecen otros ámbitos del ordenamiento jurídico"

Vemos en los anteriores ejemplos lo que a mi juicio y siempre con el debido respeto a las resoluciones judiciales, representa la inversión en la relación de los conceptos que nos ocupan. Y es que aquí se está obviando lo ya dicho de que la tutela penal obedece y tiene su razón de ser en un interés general, superior constitucionalmente [57] al individual y particular de cada ciudadano, destinado a reprimir las conductas gravemente antisociales, interés general preferente que es coadyuvado por la conminación que la ley (procesal) realiza sobre todo aquel que presencie un hecho delictivo a fin de ponerlo en conocimiento del propio Estado, y obvia en definitiva que si el legislador considera oportuno reprimirlas mediante su tipificación penal, a ello habrá que atenerse dada la preferencia penal que, además de por las anteriores razones, resulta obligada por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[57] Véase la STC de 10-3-1997 citada (ponente: Vives Antón), sobre el papel del Estado y del ciudadano en el "ius puniendi".

Entiendo pues, que el requisito de procedibilidad no debería ser nunca materia en la que intervenga el principio de mínima intervención penal, sino que es precisamente la obligada preferencia del orden penal en la tutela de los intereses que tengan asignada tal protección mediante los diferentes tipos penales la que debe intervenir en dicha opción previa sobre la vía de protección.

Dicho de otro modo: debe ser el legislador quien debe utilizar el principio de mínima intervención penal de acuerdo con la primera de las acepciones a que hacíamos referencia al principio de este apartado, y establecer luego tipificaciones que definan y delimiten el bien jurídico protegido para evitar en lo posible que sean, el ciudadano primero y los técnicos jurídicos después, los que tengan que llevar el lastre de la confusión arriba denunciada, y ello a pesar de que la total concreción de los tipos es hoy por hoy irrealizable, lo que no impide que sea mejorable.

2.4.- Recursos de la Ley penal para establecer el límite mínimo de su intervención.

La propia ley penal no permanece insensible a este problema y establece en algunos de sus tipos diferentes elementos que denotan ese plus de antijuridicidad merecedor

de sanción penal y que intentan diferenciarlo de conductas reprochables y resarcibles administrativa [58] y civilmente.

Uno de esos elementos identificadores es el uso de coacción, amenaza, violencia o intimidación en las personas, ya de por sí merecedores de sanción penal pero claramente indicadores de reacción penal en tanto integrantes de esos supuestos que, sin ellos, serían ciertamente dudosos, y ello aparte de su función diferenciadora del grado de reproche ante la gravedad o levedad de la misma (delito en el primer caso, falta en el segundo). Piénsese por ejemplo en la ocupación de inmueble del artículo 245.2 CP, en la realización arbitraria del propio derecho del art. 455.1 CP, en la influencia sobre un interviniente en proceso judicial del art. 464.1, o la realizada para impedir el culto religioso del art. 522 CP, si bien en muchos de los casos no delimitan el reproche penal sino que lo agravan, como en los supuestos del art. 315.2 CP o del 470.2 CP.

Es interesante en este aspecto recordar que la Ley Orgánica 3/1989 ya citada, en su actualización del código penal anterior mantuvo las faltas de amenazas y coacciones o vejaciones injustas, "siendo en importante medida unas figuras penales dotadas de un cierto carácter valorativo, comprensible en atención a los diferentes elementos personales y circunstanciales que contribuyen a dificultar

[58] Recuérdese que aquí la sanción administrativa lo es en su sentido amplio, es decir, la impuesta por cualquiera de sus ámbitos.

una concreción legal de la gravedad exacta", pero lo hace como un mal menor, y en concreto, "por ser imposible construir semejante idea con criterios apriorísticos". Y tiene razón, al menos por ahora.

Otro elemento diferenciador, de uso más generalizado que el anterior, es el de la gravedad del hecho [59]. Encontramos dicho parámetro, dentro de la parte especial del código, en los artículos 146 (aborto), 157 (lesiones al feto), 159 (alteraciones del genotipo con finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades), 195 (socorro de persona), 196 (profesional que desasiste), 265 (daño a instalaciones militares), 281.1 y 282 (perjuicio a los consumidores), 314 (discriminación en el empleo), 316 (peligro de los trabajadores), 321 (alteración de edificios históricos), 325 y 328 (perjuicio de los sistemas naturales), 330 (daño de espacio natural protegido), 332 (alteración de flora amenazada), 346 (perturbación con explosivos o similares), 357 (perjuicio de espacio natural en incendio de bienes propios), 365 (alteración nociva para la salud), 368 (sustancias que causan daño a la salud), 409 (perjuicio causado por abandono de servicio por parte de autoridad o funcionario), 434 (perjuicio causado por autoridad que da uso privado a bien público), 550

[59] Es significativa en este sentido la manifestación del Grupo Parlamentario mayoritario, Sr. de la Rocha Rubí en la discusión en el Congreso (Diario 512, de 6-5-1995, p. 15631) cuando refiriéndose al primero de los delitos contra la seguridad del tráfico afirma que "la palabra 'grave' delimita la sanción penal de la administrativa".

(resistencia activa a la autoridad), 554 (resistencia a fuerza armada), 556 (desobediencia a la autoridad), 558 (perturbación en actos públicos), 559 (perturbación del orden público impidiendo el ejercicio de derechos cívicos), 560 (daño para la circulación ferroviaria), 609 (poner en peligro la vida de persona protegida en conflicto armado), y 610 (también en conflicto armado, daños al medio ambiente que además sean extensos, duraderos y comprometan la salud de la población).

La imprudencia tiene también carta de elemento diferenciador del reproche penal, sobre todo después de la entrada en vigor del actual código y el importante avance técnico y de seguridad jurídica que ello representa. Aquí debemos citar de nuevo la Ley Orgánica 3/1989 por su tarea en orden a despenalizar conductas que en materia de imprudencia se solapaban con las leyes civiles hasta su entrada en vigor [60].

A efectos internos del código la imprudencia tiene por misión en algunos casos diferenciar el grado de reproche penal según la gravedad o no de dicha imprudencia. Así, la muerte y lesiones causadas por imprudencia grave serán

[60] Dicha ley también denuncia en su preámbulo que "la intervención del Derecho Penal comienza prácticamente a la vez que la culpa extracontractual. cuya reclamación puede fundarse en el artículo 1902 del Código civil, precepto que de hecho contempla, entre otras, las mismas situaciones que son subsumibles en el código penal como faltas culposas de daños a tenor del artículo 600 del mismo".

constitutivas de delito, y la que sea leve lo será de falta [61].

En lo que ahora importa, nuestro código hace uso de la imprudencia grave para delimitar la respuesta penal de las demás existentes. En concreto la utiliza en los artículos 146 (aborto), 158 (lesiones al feto), 159 (alteraciones del genotipo con finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades), 220.5 (sustitución de un niño por otro en centro hospitalario), 267 (daños superiores a 10 millones de ptas., previa denuncia del ofendido), 317 (peligro de los trabajadores), 324 (daño en patrimonio artístico), 347 (estragos), 358 (incendios), 367 (salud pública), 391 (falsedad de funcionario público), 447 (prevaricación), 467 (perjuicio de abogado a su cliente), y 532 (lesión de la libertad individual por funcionario público).

Pero todas las anteriores categorías referidas adolecen de una gran indefinición. De ellas hemos de referirnos expresamente al concepto de gravedad del hecho como principal elemento determinante de reproche en nuestro código penal. Y cáigase en la cuenta de que es precisamente la gravedad del hecho la esencia que integra el principio de mínima intervención penal y, repitiéndolo una vez más, que el Derecho Penal sólo interviene cuando estamos ante una lesión grave de los intereses y valores de convivencia

[61] Recuérdese que con el nuevo Código no cualquier entidad de la lesión es incriminable a título de imprudencia, ni siquiera grave, sino sólo aquellas que sean constitutivas de delito (v. art. 621.3), siendo éste el nuevo límite a la incriminación por lesiones a título de imprudencia.

social. Con lo que acudir al concepto de gravedad para delimitar el de mínima intervención significa no movernos de donde estamos.

Es también por esta misma razón que resultará asimismo estéril en estos casos establecer el límite de la criminalización en lo que no resulte de la aplicación de la propia tipicidad, puesto que la abstracción del concepto de gravedad no lo permite.

A la redundancia que representa acudir básicamente al impreciso concepto de gravedad [62] para intentar establecer el límite del igualmente impreciso principio de mínima intervención penal hay que añadirle el mismo defecto en los otros conceptos menos utilizados, esto es, la imprudencia grave, por cuanto también bebe del concepto de gravedad, y el grupo de las coacciones, amenazas, intimidación y violencia, por cuanto que, además de tratarse de conceptos igualmente imprecisos [63], su comisión ya representa la integración del tipo correspondiente, siendo además escasos los tipos que utilizan de este parámetro que, por otra parte, si no fuera utilizado reconduciría la lesión del bien que sea a los tipos básicos que regulan estas figuras.

---

[62] En idéntico sentido se expresa la circular de la Fiscalía General del Estado de 26-9-1990, cuando después de preguntarse si todos los atentados contra el medio ambiente deben ser objeto de intervención por parte del ministerio Público, contesta que "lo condicionante es siempre la gravedad. Sin embargo **los factores que conducen a la gravedad y a la estimación como delictiva de la conducta son indeterminados y de difícil concreción**".

[63] Ver al respecto la S. de la A.P. de La Coruña de 12-9-1996 (R. 692) y la jurisprudencia del T. Supremo que cita.

De manera que, a fin de cuentas, poco ayuda la referida técnica utilizada por la ley penal en esa diferenciación que andamos buscando.

Otras veces, en fin, lo que hace la ley es relativizar el principio de no disposición de las normas de derecho imperativo, como cuando permite el perdón del ofendido y con él la facultad de disposición sobre el procedimiento penal, en las faltas perseguibles a instancia del ofendido y en los delitos de revelación de secretos, calumnias o injurias, y daños causados imprudentemente [64]. O en el caso de la protección del Honor o la Intimidad, modificando asimismo la rigidez en la prohibición de elección de la vía protectora por parte del perjudicado -D. Final 4ª C.P.-, sobre cuya crítica me remito a lo dicho más arriba.

2.5.- El solapamiento en las defraudaciones.

De la dificultad discernidora sobre el camino procesal de protección del bien jurídico no están exentos los delitos basados en el fraude, siendo necesario que veamos cómo se da la carencia a que nos hemos referido, ahora ya en la materia objeto de nuestro estudio.

---

[64] La Ley Orgánica 3/1989 tantas veces referida, alterando el régimen de perseguibilidad de las faltas de imprudencia con vehículo de motor, abandonando la persecución de oficio, intenta evitar una actuación de los Tribunales "innecesaria por no requerida, no dándose un interés general suficiente que aconseje mantener el sistema hasta ahora vigente".

Las serias dudas sobre el procedimiento, civil o penal, a seguir ante las lesiones del patrimonio quedan de manifiesto en la disparidad de criterios jurisprudenciales que padecen los justiciables al respecto. Nos estamos refiriendo en concreto a la lesión intencionada del patrimonio ajeno que tiene como elementos fundamentales, y diferenciadores del resto de delitos contra el patrimonio, las maquinaciones y argucias intelectuales del sujeto agente, que integran los delitos defraudatorios donde el de estafa, basado en el engaño, es el más claro exponente. Y es que el ánimo de lucro guía siempre las operaciones mercantiles y la mayoría de las veces las estrictamente civiles, quedando en zona de arenas movedizas la intensidad del fraude a efectos de su inclusión en uno u otro medio de protección.

2.5.1.- La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.-

Así, nuestro Alto Tribunal dispone de los más variados pronunciamientos en este aspecto, de los que la mayoría se refieren al delito de estafa y en menor medida al delito de apropiación indebida, y por extensión, al concepto de los delitos contra la propiedad que daba nombre al Título donde se insertaba esta figura en el anterior Código, transformado ahora en el más amplio de patrimonio.

Una de sus posturas mantiene que son válidas indistintamente cualquiera de las dos vías, penal o civil [65], y que corresponde al justiciable la elección de la misma. Esta postura tiene gran similitud con la establecida por el Tribunal Constitucional para el supuesto de la protección del derecho a la intimidad y al honor, valiendo aquí la crítica vertida en aquel supuesto. Claro exponente de la postura a la que aludimos lo es la Sentencia de 16-1-1987 (R. 391) cuando dice en un supuesto de apropiación indebida que "quien recibe de otro dinero u otra cosa mueble en depósito, comisión o administración, y no cumple el mandato recibido, apropiándoselas, puede dar lugar a una acción civil de devolución o resarcimiento, pero también puede ejercitar la acción penal correspondiente, pues consiguió un lucro por medio, que el legislador ha estimado ilícito penal".

Otra postura del Tribunal Supremo viene configurada por admitir la dificultad en la distinción que nos ocupa, aunque tal dificultad no obste a la determinación judicial procesal, solución sin duda forzada por la obligación ineludible de los Tribunales de administrar justicia, sin que les esté permitido excusarse en la oscuridad de la ley. La Sentencia de 3-11-1988 (R. 8960) afirma que "La proximidad de no pocos supuestos de hecho denunciados como

[65] No se distingue aquí, ni tampoco en lo sucesivo, entre la indemnización civil de daños y perjuicios y las acciones de nulidad de la relación contractual, puesto que éstas llevan igualmente aparejada dicha indemnización y resarcimiento, que es lo que aquí nos interesa a los efectos

estafas a meros ilícitos civiles o mercantiles ha generado frecuentes dudas para su diferenciación del dolo penal", y la Sentencia 23-9-1988 (R. 6989), en un caso de apropiación indebida, manifiesta que "pese a la dificultad que supone establecer la línea fronteriza entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra la propiedad, es imprescindible cuando, dándose el denominador común del engaño, abuso de confianza o de la lealtad debida, se desborda la esfera del incumplimiento contractual (...) examinar si concurren o no los elementos que conforman el delito [66] ", afirmación similar a la pronunciada por la Sentencia de 13-5-1994 (R. 3696), cuando sobre el propósito del defraudador manifiesta, en el sentido que ahora interesa, que es un "propósito difícil de demostrar".

La anterior postura choca frontalmente con aquella caracterizada por la negación de la dificultad en el discernimiento del ámbito de protección aplicable, de la que es fiel reflejo la Sentencia de 4-10-1985, R.4621, ya citada anteriormente ("en la práctica no resulta difícil ante un caso de estafa diagnosticar si se halla en el derecho Civil o en el ámbito penal"). Esta sentencia acude luego, para establecer la distinción, a la tipicidad y a la

---

de la relación de la protección civil con la penal.

[66] Esta sentencia aprecia que "en este caso hubo recibimiento de dinero en comisión para su entrega al banco, apropiación del mismo, con conciencia de incorporarlo a su patrimonio y ánimo de lucro, es decir, hubo infracción delictiva y no un simple incumplimiento contractual", con lo cabe deducir que es el plus de intensidad de los elementos comunes entre uno y otro fraude lo que hace "saltar" su

culpabilidad o reprochabilidad del inculpado, al igual que hace la Sentencia de 9-7-1991 (R. 5712) con respecto a la tipicidad, en un supuesto de apropiación indebida del antiguo art. 535 CP, aunque sin echar las campanas al vuelo, cuando afirma que "es también doctrina de esta Sala que el dolo penal se diferencia del dolo civil, en que el primero presupone la inclusión de la conducta en un tipo penal, en el caso, en el descrito en el artículo 535 del Código Penal".

Y en el mismo sentido las Sentencias de 1-4-1985 (R. 2054) y de 13-5-1994 (R. 3696) manifiestan que "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra la propiedad se halla inmersa dentro del concepto de la tipicidad". La primera de ellas, también en un caso de apropiación indebida, completa su inicial afirmación diciendo que "sólo cuando el engaño, el abuso de confianza, o el quebrantamiento de la lealtad debida rebase el ámbito civil para encuadrarse en los tipos penales podrá cuestionarse la consumación del delito (...) de manera que si las actuaciones ejecutadas por el procesado revelaran el claro propósito criminal antes dicho, con intensidad suficiente como para cualificar un abuso de confianza tendente, de medio a fin, al logro de un beneficio económico, se estaría en presencia de un injusto penal, mas si los actos o maniobras únicamente reflejan distintas incidencias de un negocio civil o mercantil, serían

---

calificación del ámbito civil al penal.

entonces meras manifestaciones derivadas del cumplimiento, normal o anormal, aun existiendo mala fe en alguna de las partes, no encajable en el Código Penal y conformada exclusivamente en asechanza dirigida contra el consentimiento de la contraparte".

Llegamos con la anterior transcripción al meollo del tratamiento jurisprudencial en la diferenciación objeto de nuestra atención y que viene representado, ad exemplum, por las Sentencias de 13 -5-1994 y de 1-4-1985 recién citadas, o las de 8-7-1983 (R. 4127), 4-11-1977 (R. 4266), o de 10-4-1979 (R. 1632). Esta última sentencia es significativa por esquemática [67] al abordar esta espinosa cuestión, y que

[67] Dice así: "1.° La distinción es puramente circunstancial, obligando en cada caso y supuesto a ponderar cuantos factores concurran, para concluir sobre la presencia del dolo civil o del dolo criminal. 2.° Desde el punto de vista objetivo, la frase palabras o maquinaciones insidiosas del Código Civil, tiene una mayor extensión y generalidad que cada una de las formas del dolo criminal, que ha de encajarse perfectamente en los supuestos contemplados por los arts. 528 y sigts. del C. P. 3.° En cuestiones puramente dudosas, esto es donde la acción del sujeto activo no se encuentre perfectamente encajada en los tipos previstos en el Código Penal ha de citarse al Código Civil, teniéndolo como dolo civil. 4.° En cuanto al tiempo, el dolo penal necesariamente ha de ser anterior al delito y preordenado al mismo, en tanto que el civil aunque suele ser también anterior, puede surgir posteriormente con un incumplimiento voluntario, perfeccionado el contrato. 5.° En cuanto a la entidad del engaño es infinitamente mayor lo del dolo criminal, tanto en lo psicológico, como en lo ético, puesto que supone un engaño reflexivo y deliberado al servicio del fraude. 6.° En cuanto a la finalidad, así como el dolo civil es una acechanza al consentimiento, en el dolo criminal es una acechanza al patrimonio ajeno de tal forma que lo que se pretende en esto es el perjuicio mediante el engaño, en tanto que en el civil la acechanza es al consentimiento y puede suponer alguna ventaja en las contraprestaciones recíprocas. 7.° En lo puramente subjetivo, el estafador, desde el comienzo de su actuación dolosa no tiene propósito serio de cumplir sus prestaciones, o cumplirla solo parcialmente y muy al

según la misma dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, la mayor extensión del fraude civil respecto del penal, la aplicación de la tutela civil frente a la penal en los casos dudosos, la posibilidad de sobreviniencia en el dolo civil a diferencia del penal, la mayor entidad del engaño del dolo penal (este elemento es considerado fundamental para la mayoría de las sentencias), la acechanza al consentimiento del dolo civil frente a la del patrimonio en el dolo penal, y la existencia de voluntad contractual del autor en el dolo civil frente a su inexistencia en el penal.

Este acervo es recogido, al menos parcialmente, por la mayoría de las sentencias de nuestro Alto Tribunal e incluso resulta completado con la acuñación del concepto de negocio civil criminalizado, en el que el contrato es el instrumento del fraude en sí, totalmente desnaturalizado hasta el punto de ser utilizado sin voluntad alguna de contratar (SSTS de 28 junio 1983, R. 3597, 27 septiembre

---

principio, para dar mayor apariencia de verdad al engaño, obteniendo así la contraprestación del perjudicado y enriqueciéndose con ella. 8.° En el orden contractual, en la estafa se centra en el contrato toda la intención maliciosa del defraudador, siendo el ardid puesto a la otra parte para despojarla de sus bienes, con ánimo de lucro, siendo el contrato civil una ficción al servicio del fraude, naciendo así un negocio vacío o captatorio, carente de realidad y de seriedad, como acechanza al patrimonio ajeno, y viciando así la voluntad del perjudicado, mientras que en el orden civil, el contrato es una realidad vigente, con contenido de obligaciones recíprocas, nacido exclusivamente por la inducción -SS. de 5 marzo, 1 abril, 14 marzo, 4 y 17 diciembre 1974 (RJ 1974\1215, RJ 1974\1589, RJ 1974\1329, RJ 1974\5080 y RJ 1974\5228), 14 marzo y 9 diciembre 1975 (RJ 1975\1166 y RJ 1975\4733), 9 febrero 1976 (RJ 1976\371), 23 enero y 8 abril 1978 (RJ 1978\98 y RJ 1978\1298)-".

1991, R. 6628, y 24 marzo 1992, R. 2435), con la graduación (además del engaño) del abuso de confianza o de la falta de lealtad (SSTS de 16-6 y de 16-10 de 1992, R. 5397 y 8018 respectivamente) y con el recurso al articulado de la ley civil para concretar las diferencias (SSTS de 13-5-1994, R. 3696, y de 11-5-1993, R. 5078).

Es necesario destacar aquí que la intensidad y cualidad del engaño es utilizado como una punta de lanza por el T. Supremo en la diferenciación de ambos tipos de dolo [68].

Y un elemento más en la diferenciación jurisprudencial del dolo civil y el penal lo aportan, entre otras, las Sentencias de 11-5-1993 (R. 5078) y de 26-10-1981 (R. 3884), y consiste en considerar que el engaño accesorio o accidental no debe incluirse en el ámbito penal. La primera

---

[68] Ver p.e. la STS de 13-5-1994 ya citada cuando literalmente dice que "Como dicen las Sentencias de 16 de Junio y 16 de Octubre de 1992, los requisitos acabados de referir son los que constituyen la figura delictiva del art. 528 CP. De ellos el engaño es el que causalmente propicia los demás (...) Ocurre al respecto que la calidad del engaño es lo que configura la diferencia entre la estafa y el ilícito civil. No vale acudir a la existencia del perjuicio, lo fundamental es la actitud del sujeto activo".

La Sentencia de la A. P. de Tarragona de 20-1-1995 (R. AP 202) nos lo explica diciendo que "el engaño, factor desencadenador del "iter criminis", es la maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado o de los perjudicados, haciéndoles creer y aceptar lo que no es verdadero". Y se cita lo anterior porque, aunque no proveniente del alto Tribunal, nos está prestando un relato gráfico perfectamente encuadrable en infinidad de supuestos cotidianos en los que la actitud del vendedor recién descrita carece de frontera (al menos definida) entre el denominado dolos bonus (recuérdese las citadas en nota anterior SSTS de 14-10-1988, R. 7917, y de 11-5-1993, R. 5078) y el penal.

de ellas manifiesta que "Parece admisible una cierta inexactitud en las cualidades de la cosa vendida, pero siempre limitada a características accesorias o accidentales que no alteren sustancialmente la esencia del bien objeto del tráfico. Ahora bien, para que el engaño adquiera trascendencia penal es necesario que adquiera un plus de intensidad de tal manera que afecte de manera decisiva a la calidad de la cosa y que tenga tal naturaleza que por sí sólo haya servido para producir el error". También son significativas ambas sentencias porque no consideran que exista dolo penal a pesar de existir cuantificación del perjuicio causado y por ende su existencia en virtud del incumplimiento. Así, la primera de ellas reconoce una "minusvaloración que ha sido estimada en el 5,78% del valor escriturado (de la vivienda), lo que nos revela una situación de inexactitud en las características de la cosa vendida que nos sitúa en el plano de un incumplimiento contractual que tendrá que ser solventado por la vía civil", y la segunda manifiesta que "no aparece probado que los procesados al concertar con los adquirentes de las viviendas de los inmuebles por ellos contraídos, tratasen de abusar de la buena fe de éstos, con el avieso propósito de defraudarlos en parte del precio de la compraventa, sustituyendo determinados elementos de la obra a construir, por otros más baratos, para beneficiarse con la diferencia, pues basta con considerar el importe de la misma 294.485 pts. con la del precio total de la obra

31.491.480 pts. para comprender que tan exiguo beneficio extra, no pudo determinar una actividad dolosa con intención defraudatoria".

2.5.2.- Crítica.

Mínimamente situados los pronunciamientos del Tribunal Supremo en la diferenciación que nos ocupa, vayamos ahora a remarcar lo que modestamente entiendo como incongruencias de sus aristas más salientes que, como se verá, no son pocas [69].

No debemos olvidar que estamos ante una cuestión de índole básicamente [70] procesal y además con la mirada puesta en los principales destinatarios de las normas (después del que las incumple), esto es, el justiciable que acude a la Administración de Justicia para la tutela de sus derechos y por ende los del Estado [71].

Tampoco podemos perder de vista que las afirmaciones de las Sentencias referidas en el anterior apartado se

[69] Obviamos la crítica a la primera de las posturas del Tribunal Supremo en esta cuestión (libre elección del justiciable de la vía de protección), sobre lo que nos remitíamos a lo dicho más arriba (vulneración de la preferencia penal en la protección).

[70] Y no decimos "totalmente" procesal en atención a la influencia mutua entre el derecho sustantivo y el adjetivo.

[71] En el procedimiento civil podemos afirmar la existencia de la prevalencia del derecho privado del particular frente al secundario del Estado, a diferencia de lo que ocurre en el penal, en que el orden de preferencias se conmuta en favor del principal interés tutelable público de éste en detrimento de aquél.

efectúan, procesalmente hablando, desde el conocimiento y fallo Tribunal sentenciador, y que es precisamente en el acto del juicio donde va a poder discutirse, contradecirse y en definitiva verse en toda la amplitud el hecho susceptible de lesionar el bien jurídico protegido por la norma. Como dice la Sentencia del TS de 17-5-1990 (R. 4139), la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica al sumario el Libro II, y al juicio Oral el Libro III, indicando que el juicio oral es el verdadero proceso penal, donde han de esclarecerse y dilucidarse, con las debidas garantías, las responsabilidades de los procesados. Esta Sentencia [72] casa y anula un Auto de sobreseimiento, ordenando la apertura del juicio oral "dentro del cual podrá valorar debidamente los elementos de juicio contradictorios".

Sin dejar el procedimiento general, debemos citar el artículo 299 de la LECrim. que establece que la instrucción sumarial está constituida por "las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".

Sin necesidad de continuar con el análisis en este punto, podemos ya deducir que nuestro procedimiento

[72] Ver también la STS de 8-5-1980 (R. 1829), sobre la estrechez de la fase instructora para la práctica de diligencias encaminadas a evidenciar la inocencia del encartado, lo que redunda en definitiva en la limitación de esta fase procesal en cuanto al juicio provisional sobre el

instructorio general no permite, por su limitación enjuiciadora, dilucidar el fraude civil del merecedor de reproche penal precisamente porque la diferencia es de matiz, esto es, la intensidad del engaño, cuestión que sólo podrá intentar dilucidarse en la fase procesal destinada a ello, el juicio oral, como hemos visto.

Pero si aún queda alguien a quien le parezca que una instrucción como la de nuestro procedimiento general puede permitir dilucidar el fraude civil del penal en fase instructora, es decir, aún en el relativo inicio de la maquinaria judicial (más que nada por la mención de la ley a la averiguación de todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, o a la culpabilidad de los delincuentes), deberá recordar que nuestra ley procesal establece, en el Título III de su Libro IV (de los procedimientos especiales), el procedimiento abreviado para determinados delitos [73] según el cual "el proceso regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración", en el que la instrucción judicial ha de ir encaminada a reunir los elementos necesarios para formular acusación.

---

supuesto de hecho.

[73] Y tal procedimiento será el aplicable el nuestro hasta que no se modifique bien la ley procesal (rebajando el límite actual) bien el Código penal (aumentando la penal de modo que

Como dice la Circular de la Fiscalía General del estado de 8-3-1989, "el fin de las Diligencias previas en el procedimiento abreviado es, fundamentalmente, no preparar el enjuiciamiento, como en el sumario, sino preparar la acusación como se deduce de la reiteración de esa expresión en una serie de preceptos (art. 781, último inciso; art. 789.2, 4 y 5; art. 790.1 y 2)", a lo que debemos añadir, como elemento evidenciador de la mayor celeridad aún del procedimiento abreviado respecto del general y con ello su imposibilidad de discernimiento alguno en la materia que nos ocupa, entendiendo suficiente como norma general lo practicado en el atestado policial cuando le hubiere, el propio artículo 789. 3 (no citado aquí por la Fiscalía) cuando preceptúa que "sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado o por querella, el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado, y el órgano competente para su enjuiciamiento [74] ", con lo que

---

rebase aquel límite).

[74] V. la Sentencia del T. Constitucional de 15-11-1990, n° 186/1989, que establece al analizar el procedimiento abreviado que "El contenido de la instrucción judicial (o Diligencias Previas) ha de responder a la finalidad perseguida que no es otra que la prevista en el art. 789.3 LECrim (...), entre las cuales hay que incluir, no sólo las necesarias para formular acusación, sino también las que,

entendemos que la criba diferenciadora es totalmente inexistente en la primera fase del procedimiento penal, debiendo aguardarse hasta la celebración del acto del juicio para dilucidar la naturaleza (civil o penal) del fraude, y con la consiguiente posibilidad de peregrinación por un proceso (el penal) con un final susceptible de frustrar las expectativas que se pusieron en él, ya sea el propio Estado o el mismo justiciable beneficiario de la reparación de los efectos del delito.

Ciertamente es indiscutible que todo aquello que no integre el tipo penal con todos sus elementos no podrá incardinarse en el ámbito criminal, y por tanto no puede haber desatino en las Sentencias del Tribunal Supremo cuando reconducen al concepto de tipicidad penal la diferenciación entre el dolo civil y el penal en la cuestión defraudatoria.

Pero a pesar de ello, debemos añadir a renglón seguido que la tipicidad establecida por la ley penal no resulta en la mayoría de los casos ni mucho menos suficiente para el discernimiento a priori que necesitamos [75]. En efecto, se

---

apreciada su esencialidad por el juez, puedan favorecer al imputado los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el artículo 789.5". Esta complementación del Intérprete Constitucional del precepto legal no amplía a nuestro juicio las posibilidades de la instrucción, puesto que la característica principal de este precepto, al objeto de nuestro estudio, es la de la facultad del Juez instructor de ordenar el archivo de la causa si no considera el hecho constitutivo de infracción penal (regla primera), aunque con el control de tan trascendental actuación por parte de la superioridad a través del correspondiente recurso de apelación (regla cuarta).

hace imposible establecer, sin los elementos (probatorios y de contradicción) que sólo permite el juicio oral, el punto en que la cualidad e intensidad del engaño civil debe criminalizarse, así como saber si el que contrató y no cumplió luego su compromiso (aunque sólo fuere parcialmente) tuvo intención real de contratar o no y en consecuencia si existe dolo sobrevenido.

Sobre este aspecto del cumplimiento parcial y a diferencia de lo que opinan tajantemente muchas de las Sentencias del Tribunal Supremo [76], entendemos que fijar la puerta criminalizadora del contrato civil o mercantil en una consideración totalizadora del mismo, excluyendo el incumplimiento parcial de tal incriminalización, significa dar patente de corso (penal) a cualquiera que pretenda defraudar, puesto que simplemente iniciando el cumplimiento va a gozar de inmunidad penal si no se prueba algo tan difícilmente probable (v. supra las sentencias que refrendan esta opinión), como el dolo inicial. Por ello no le falta razón a la sentencia de 24-3-1992 (R. 2435) cuando, además de recoger los elementos diferenciadores a que antes hemos hecho referencia, advierte que "el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o iniciar muy

---

[75] Ver supra el apartado correspondiente a los medios o recursos de la ley penal para establecer los límites de su propia intervención.

[76] Ver la STS de 15-7-1988, R. 6582, y también la repetida sentencia de 10-4-1979 en su conclusión 4ª cuando dice que a diferencia del dolo penal, "el civil, aunque suele ser también anterior, puede surgir posteriormente con un incumplimiento voluntario, perfeccionado el contrato".

parcialmente un cumplimiento para desembocar en un incumplimiento definitivo". Pero a pesar de este tímido paso dado por esta última sentencia en orden a incriminar penalmente el incumplimiento parcial, muy parcial para ser más exactos, recuérdese que el tipo penal castiga incumplimientos del autor, los cuales, si responden a un dolo inicial, integra el delito de estafa por muy parcial que el incumplimiento sea, con tal de que existan el resto de elementos típicos. De ello resulta, pues, que la Jurisprudencia deja impune este ataque al patrimonio ajeno, pudiendo por el contrario castigar por estafa conforme a su tipo penal. Obsérvese en este punto que las Sentencias referidas se basan en el dato objetivo del cumplimiento parcial para entender que no ha existido dolo inicial o previo de tal incumplimiento, con olvido de una de las funciones (delictivas) del repetido cumplimiento parcial, previamente planeado con anterioridad al contrato, cual es precisamente la de burlar el tipo penal disimulando el engaño delictivo mediante el tan citado cumplimiento inicial.

Ahora bien, y por el mismo motivo de la tipicidad, resultará imposible incriminar por estafa una intención de incumplimiento contractual parcial sobrevenida [77]. El resultado no es otro que la inmunidad penal de todo aquel que, una vez perfeccionado o iniciado un contrato, cambie

---

[77] Véase no obstante en la Parte Segunda, el que en este estudio llamamos dolo diferido de la estafa entre la

luego sus intenciones y, voluntariamente y con ánimo de lucro propio y perjuicio de la contraparte, decida enriquecerse con dicho incumplimiento parcial. Por ello, la limitación o no incidencia del tipo de la estafa en cuanto al dolo sobrevenido, obliga a revisar otros tipos penales que protejan este modo de ataque al patrimonio, revisión que no puede recaer en otro tipo –dada la distribución sistemática de las defraudaciones en el CP [78]- que el de la apropiación indebida, no sensible en su redacción actual a supuestos como el que comentamos, al contemplar únicamente entre sus sujetos activos aquellos que reciban patrimonio con obligación de entregar o devolver precisamente lo mismo que se recibe, dejando fuera de su radio de acción al contratante en los supuestos en que la obligación del autor consiste en entregar cosa distinta (contraprestación). Así, con la no incriminación por parte de nuestra Jurisprudencia por estafa el incumplimiento parcial por un lado, y la limitación del tipo de la estafa en orden a no permitir el dolo sobrevenido por otro, resulta al final un vacío legal importante en la protección del ataque al patrimonio. Para decirlo más gráficamente aún, se esta diciendo "si usted defrauda, no le va a pasar penalmente nada si cumple la mitad de sus contratos, por muy cuantiosos que éstos sean o por más que perjudique a multitud de personas, ya que, si usted lo planeó antes del contrato, los tribunales no le

---

perfección y el cumplimiento contractual.

[78] Ver el capítulo siguiente.

van a castigar -a pesar de poder hacerlo- y considerarán su ilícito como simplemente civil; y si le sobrevienen esas ideas de enriquecimiento ilícito después de perfeccionado el contrato, no existe hoy por hoy delito que le afecte".

Del mismo modo debe ser también objeto de crítica la posición que postula que el engaño accesorio o accidental no merece reproche penal [79]. Y es que esta postura se compadece mal a su vez con la exigencia de reconducción de la conducta al ámbito de la tipicidad, porque resulta que en el tipo penal del art. 248 CP no se excluye el engaño accidental, sino que al aludir al engaño sin mayor concreción se está recogiendo en el tipo cualquiera de sus calificativos, también el accidental o el accesorio, puesto que donde la ley no distingue tampoco nosotros podemos hacerlo.

Menos susceptible de discusión es en cambio el hecho de la mayor extensión del fraude civil en virtud del principio de mínima intervención penal que obliga a criminalizar sólo aquellos atentados más graves del mundo jurídico realizados en clave defraudatoria, mayor extensión que además viene conformada por la mayor exigencia de

---

[79] Retómense las sentencias transcritas en el apartado anterior in fine, de 11-5-1993 (R. 5078) y de 26-10-1981 (R. 3884) para ver que de las mismas llama la atención el hecho de que se acuda, precisamente para determinar la criminalización del hecho, a la cuantificación del perjuicio causado como parámetro utilizado en relación con el total de la operación contractual, prescindiendo de echar mano en este punto concreto del recurso a la tipicidad, como reclama la postura mayoritaria del propio Tribunal Supremo.

requisitos de la ley penal en relación con los exigidos de la ley civil.

Mayor atención debe merecernos la distinción basada en la finalidad dolosa (definida a menudo gráficamente en el campo contractual con el término "acechanza") , orientada civilmente hacia el consentimiento y penalmente hacia el patrimonio, como uno de los arietes de discernimiento de nuestro Tribunal Supremo.

También Valle Muñiz [80], en el concreto delito de estafa, asevera que "la diferencia no radica en lo justo o injusto del provecho o perjuicio, sino en la no necesariedad de tal en el fraude civil y en la exigencia ineludible del mismo en el delito de estafa", añadiendo que, objetivamente, el daño o perjuicio no forma parte del ilícito civil, citando los artículos 1269 del C. Civil para denotar la ausencia del daño en su redactado y el 1300 del mismo cuerpo legal, que permite la anulación de los contratos con el consentimiento viciado aunque no haya lesión para los contratantes.

El dolo penal requiere, como el civil, acechanza al consentimiento de la víctima del fraude, de cuyo error, que vicia su consentimiento, resultará el perjuicio necesario

[80] En "El delito de Estafa: Delimitación jurídico-penal con el fraude civil", ob. cit., nota 58 in fine, pág. 273. Este autor menciona asimismo la sentencia del TS de 8-7-1982 (R. 4127) que es reproducción casi literal en este punto de la repetidamente citada de 10-4-1979 (R. 1632). Ver en la misma obra, ps. 54 y ss., los requisitos del dolo civil como vicio del consentimiento establecidos por la doctrina, entre los que obviamente no se encuentra la referencia al patrimonio (ni el acto de disposición ni su lesión

penalmente. Es decir, que el dolo penal requiere para su apreciación de más elementos que el dolo civil, o por decirlo de otra forma, uno y otro requieren acechanza al consentimiento de la otra parte y el penal, además, lesión patrimonial, con lo que se confirma la manifestación en este punto del principio de mínima intervención penal y con ello una de las conclusiones transcritas de la Sentencia de 10-4-1979, en concreto, la de la mayor extensión del fraude civil respecto del penal, al requerir aquel menos requisitos que éste para su existencia.

Pero resulta que con esta puntual distinción, sin desmerecerla en absoluto, sólo es posible cribar y llevar al ámbito civil aquellos supuestos en que no exista lesión patrimonial. En todos aquellos otros supuestos en que sí exista, continuaremos sin elementos que permitan decidir la clase de protección –civil o penal- del bien jurídico lesionado. Y estos supuestos serán la inmensa mayoría, atendida sobre todo la amplia concepción del elemento patrimonial. En este sentido el propio Valle Muñiz manifiesta que "sólo el patrimonio entendido en un sentido amplio, esto es, como la suma de relaciones jurídico-patrimoniales susceptibles de valoración económica, es apto para aglutinar en su seno los diferentes objetos jurídicos que las figuras delictivas agrupadas en el título XIII del libro II del CP tutelan" [81].

---

consecuente) exigible en el dolo penal.

[81] Ob. cit., pág. 83.

Finalmente debemos detenernos en la conclusión de la repetida sentencia de 10-4-1979 que defiende la aplicación de la tutela civil frente a la penal en los casos dudosos ("En los casos puramente dudosos, esto es donde la acción del sujeto activo no se encuentre perfectamente encajada en los tipos previstos en el Código penal ha de citarse al Código civil, teniéndolo como dolo civil"). La lectura que sin duda debe hacerse de tal afirmación no puede ser otra que la confirmación del principio in dubio pro reo propio del derecho sancionador, pero en cualquier caso lejos de lo que también podría entenderse como aplicación del derecho civil sobre el penal en virtud de la llamada "vis atractiva" del derecho sustantivo civil, como ocurre en la relación de éste con otras ramas del Derecho, especialmente con la Contencioso-administrativa (v. SSTS de 21-2-1997, R. 1906, y de 21-3-1997, R. 2186). En efecto, debe intervenir una vez más en este punto el mayor interés del Estado en la represión del delito frente al resarcimiento privado, sin que tampoco afecte a lo dicho lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando en su artículo 9.2 dispone que "Los Tribunales y Juzgados del orden jurisdiccional civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional", precisamente porque el orden penal tiene perfectamente atribuido "el conocimiento de las causas y juicios criminales" (art. 9.3 de la misma Ley Orgánica), siendo así que por propia legalidad tampoco

procede vis atractiva alguna del ámbito civil sobre el penal.

Con lo anterior vemos en definitiva que a pesar de los intentos diferenciadores de la doctrina entre el fraude civil y el penal, la actual tipicidad penal de los tipos defraudatorios no permite despejar, antes de iniciar el procedimiento judicial que sea, cuál de dichos procedimientos es el adecuado para proteger el derecho lesionado y, en el concreto tipo de la estafa, si aún concurriendo los requisitos exigibles de engaño-error-disposición-perjuicio, la intensidad o cualidad del primero de estos va a ser suficiente para merecer reproche penal. Tiene razón, pues, Martín García cuando, en una línea argumentativa similar a la que defendemos en este estudio, sostiene que "El hecho de no haber dado el legislador una definición de lo que deba entenderse por engaño dificulta la diferenciación, cuando menos teórica, entre el delito de estafa y aquellos otros ilícitos de naturaleza estrictamente civil (...) Como es fácil comprobar poniendo en relación el art. 1269 del Código Civil y el art. 528 del Código Penal no existen apenas diferencias en el plano legislativo entre el dolo definido en el primero de los preceptos mencionados y el engaño bastante contemplado en el segundo, es más, podría decirse, siguiendo a Cobo del Rosal, Vives Antón, Boix Reig, Orts Berenguer y Carbonell mateu que 'el texto del art. 1269 del Código Civil parece, a primera vista más restrictivo que el del art. 528 del

Código Penal, pues el primero exige palabras o maquinaciones insidiosas, mientras que el segundo se contenta con cualquier engaño bastante'" [82].

No se puede admitir la postura ya citada en el anterior apartado expositivo que defiende la llamada teoría de la opción. Además de la Sentencia del TS citada de 16-1-1987 (que sigue el mismo criterio que el TC respecto al derecho al Honor, lo que hace a esta postura más peligrosa), Vila Mayo [83] menciona ya una Sentencia del TS de 30-12-1929, censurando dicho autor que "un supuesto de contrato criminalizado puede dejar de serlo por el mero hecho de que el perjudicado accione civilmente, lo que en virtud de la citada teoría convierte, en la práctica, la perseguibilidad del contrato criminalizado en un delito privado, en vez de un delito perseguible de oficio".

Y si el interés del Estado prevalece sobre el privado del particular lesionado por un supuesto hecho delictivo -y

---

[82] Martín García en "Falsedad y estafa", de "Falsedad y defraudaciones", ob. cit., ps. 15 y 16. Véase también a Bajo Fernández /Pérez Manzano en "Manual de derecho Penal, Parte Especial", Madrid, 1993, p. 294, y a Antón Oneca ("Las estafas y otros engaños, NEJ, tomo IX, ed. Seix, Barcelona, 1957", p. 62). Mención especial, para acabar, merece la afirmación de González Rus (o.u.c., p. 289), para quien "En lo que se refiere a la búsqueda de criterios capaces de delimitar qué casos deben permanecer en el ámbito civil y cuáles han de ser, en cambio, competencia del Derecho penal, sinceramente no creo que pueda aportarse mucho a las diversas concepciones elaboradas sobre el particular y que tienen en común su práctica inutilidad para el logro del referido propósito".

[83] En "Consideraciones acerca del contrato criminalizado", RGD 1991, p. 5800. Recuerda este autor que la finalidad de este derecho de opción es la de favorecer a la víctima, lo que a mi juicio es un craso error.

eso es algo que deberá verse o dilucidarse, léase juzgarse, en el correspondiente proceso penal, y dentro de éste en el juicio oral, si es que se puede, con la contradicción y prueba propios del juicio oral, siendo ineficaz la instrucción penal de efectuar la criba,- el resultado, pues, no es otro que una puerta abierta al peregrinar de procedimientos criticado por nuestro Tribunal Constitucional debido precisamente a la diferenciación subjetiva del operador jurídico de turno, que no legal o típico-penal, una puerta abierta a que cualquier justiciable que haya sido víctima de un engaño que le haya provocado un vicio en su consentimiento o voluntad y que por este error haya dispuesto de un activo patrimonial con el consiguiente perjuicio, vaya, para proteger el interés general en la represión del delito y el suyo particular en el resarcimiento de sus efectos, a la jurisdicción penal con incoación del correspondiente procedimiento (abreviado o de faltas, en función de la cuantía de la defraudación) y al final de todo, que puede ser tras largos años de tramitación judicial (incluso hasta llegar al Tribunal Supremo), resulte que se repute civil el fraude realizado.

Se estará luego aquí en igual supuesto –aunque a la inversa- que el analizado más arriba de los delitos contra el Honor, susceptible por tanto "solucionarse" de manera similar a la combatida entonces, esto es, con el recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con la consiguiente prohibición del

peregrinar de procedimientos del más Alto Tribunal, y a la que posiblemente siga la modificación de la ley para que esto no pase, como la operada en virtud de la disposición final cuarta del Código Penal de 1995, en el sentido ya antes combatido de validar la elección de la vía que a priori realice el justiciable a su voluntad, laxando así progresivamente, a medida que se vayan dando supuestos como el mencionado de la protección del derecho al Honor ya acaecido, o el todavía hipotético recién visto de la estafa, las exigencias de la ley priorizadoras del tan repetido interés general (del Estado en la represión de las conductas más gravemente atentatorias a la convivencia social) frente al privado simplemente resarcitorio y, en definitiva, prorrogando la jurisdicción.

Las consecuencias procesales y de cercenamiento del interés general, que significa en definitiva una prórroga de la jurisdicción en los supuestos de incardinación procesal dudosa deberían solucionarse en origen, esto es, desde la tipicidad penal, definida su finalidad y coordinada inexcusablemente con la norma civil (en este caso).

No es ahora el momento para defender una discriminación legal concreta. Me refiero al establecimiento legal del límite entre uno u otro fraude. Eso es algo que corresponde obviamente al legislador (por mandato y dentro del marco constitucional), que deberá tener bien claro antes de cualquier elaboración material,

qué fragmento de la protección al bien jurídico deja para la norma penal y qué fragmento mantiene para la norma civil. El bien Jurídico protegido por el tipo penal deberá empezar justo allí donde acaba el protegido por la norma de simple resarcimiento.

Quintero Olivares [84] ya expone claramente esta necesidad de definición del bien jurídico previa a la elaboración del tipo penal, al expresar que "la precisión de los bienes jurídicos se transforma simultáneamente en una opción político-criminal que, por lo mismo, no puede reducirse a la búsqueda del telos de las normas positivas, sino que procede realizar una inversión de orden colocando primero la decisión sobre cuáles son los bienes jurídicos que va a proteger el Derecho penal, y frente a qué clase de ataques, para luego describir en el Código penal las figuras que a esa finalidad conviene", lamentándose a continuación de que "Bien es cierto que en los mecanismos propios del proceso legislativo no se opera así. Incluso pueda denunciarse que exista una cierta inconsciencia o irreflexión cuando los Proyectos de Código -y de eso no se salva el actual- deciden incorporar o modificar una figura de delito sin antes meditar sobre el bien jurídico que se dice esa figura va a servir (...) se puede pronosticar que las denuncias que se produzcan en la doctrina después de su promulgación serán siempre, en el fondo, críticas a la imprecisión previa de lo que se quería proteger, y eso

[84] Quintero Olivares, ob. cit., (pág. 292). En idéntico

sucederá en las materias más dispares (medio ambiente, urbanismo, letra de cambio, competencia, libertad y seguridad en el trabajo, etc.).”.

Y no le falta razón al ilustre profesor ya que está ocurriendo en este punto igual que en el platoniano mito de la caverna [85], que se legisla sin visión directa de lo que se protege con la norma penal, algo incomprensible en un campo en el que, a diferencia del mítico, está al alcance humano ponerse de acuerdo sobre qué hay que proteger penalmente o, al menos, tan al alcance como lo es establecer un tipo penal determinado [86].

Con la relación expuesta de las diferentes posiciones jurisprudenciales sobre la diferenciación de los elementos subjetivos (básicamente el dolo) y de los objetivos (léase lesión patrimonial mediante engaño) en cuanto a fraude se refiere, entiendo que quedan de manifiesto las discrepancias en la aplicación del Derecho Penal en torno a un mismo tema.

Estas discrepancias deben también servir para alertar de la situación en que se encuentra el justiciable en este mismo punto. De manera que si el propio Tribunal Supremo no

---

sentido, Valle Muñiz, ob. cit., p. 102.

[85] Platón, Libro VII de La República.

[86] Aunque referido a otro tema diferente, cual es la falsedad documental, debe mencionarse en esta sede la queja de falta de tesón del legislador –que es lo que aquí interesa resaltar- por parte de Martínez-Pereda Rodríguez (en “La falsedad documental en el ámbito de la función pública”, en “falsedad y defraudaciones”, ob. cit., p. 131) cuando concluye que “produce honda tristeza la falta de imaginación

se pone de acuerdo ni aplica unitariamente un mismo criterio, más crudo lo tiene el resto de operadores jurídicos y más crudo aún el ciudadano profano, quedando así exponencialmente dañado el valor de la Justicia, al quedar igualmente obligados cualquiera de éstos a la interpretación de la ley basada en las mismas sombras con que fue elaborada.

2.6.- La previa definición del bien jurídico protegido en la norma sancionadora penal y su posterior coordinación con la administrativa y la de resarcimiento civil como superación de la problemática apuntada.

Hemos ido viendo más arriba la relación existente en primer lugar entre los principios de legalidad y seguridad jurídica con el de mínima intervención penal, y posteriormente la relación entre la preferencia penal con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y asimismo con el citado principio de mínima intervención.

La superación del conflicto entre los anteriores intereses entendemos respetuosamente que se aleja de la dada por la Sentencia del Tribunal Constitucional antes comentada (elección de la vía procesal de protección por el justiciable, obviando el superior interés estatal y dejando la efectividad del ius puniendi en manos de los particulares), y que aquella vendrá dada precisamente por

---

de nuestro legislador".

la delimitación de cada bien jurídico en sus diferentes niveles de protección, dejando a la vía penal sólo los casos tipificados de esta naturaleza, lo que implica necesariamente clarificar y hacer inventario de los bienes jurídicos tutelados por nuestro ordenamiento jurídico, lo que a su vez va a permitir luego establecer la frontera entre las diferentes vías de protección en función de la energía que se dedique a dicha tutela. Dicho de otro modo, se hace necesaria la definición del bien jurídico protegido en cada caso concreto, previo a determinar a partir de qué punto la lesión del bien jurídico ha de criminalizarse y deja de operar en consecuencia el principio de intervención mínima, a fin de permitir al operador jurídico la certeza en la opción de la vía procesal de protección.

Se hace necesario en definitiva, bien lo que, utilizando terminología contable, sería el "Libro Mayor" [87], soporte auxiliar del código penal y de las demás normas sancionadoras , destinado a registrar positivamente los bienes jurídicos protegidos reflejados negativamente en los tipos sancionadores, bien la positivización del bien jurídico junto a, o formando parte de, los propios tipos penales, sin excluir ningún otro sistema posible. Una propuesta concreta dentro de las anteriores posibilidades

[87] Si bien el Libro Mayor contable es legalmente innecesario (no se exige su llevanza ni su presentación en ningún organismo oficial) por más que sea imprescindible para el buen funcionamiento del Libro Diario, en nuestro caso sí debería obviamente tener reflejo legal fundamental.

sería una Ley de Bases para el proyecto, el cual debería ratificarse nuevamente en el Parlamento.

Dentro de la necesidad de coordinación, la tocante a la de los tipos penales y administrativos es sin duda, en cuanto pertenecientes al Derecho Sancionador, ciertamente importante. De la urgencia de la misma se hace eco la circular de la Fiscalía General del Estado de 26-9-1990, sobre investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente, cuando dice que "En todo caso es manifiesta la necesidad de una coordinación entre los órganos a quienes se encomienda la investigación de las infracciones medioambientales con el fin de establecer normas orientadoras en orden a señalar los límites entre las conductas penalmente típicas y las infracciones administrativas".

Entendemos que sin esa definición y coordinación de las diferentes normas protectoras, penales y no penales, sobre el bien jurídico protegido por cada una de ellas que nos permita luego establecer más claramente que ahora los límites de protección existente entre ellas, no nos será posible distinguir a priori el camino a seguir para obtener tutela del interés lesionado ni por consiguiente respetar la prelación del tan repetido interés público del Estado en la represión de las conductas incívicas frente al interés particular del ciudadano.

Esta tarea de coordinación no resultará fácil ni, obviamente, es pretensión tampoco del presente estudio. No

obstante véase el cuadro que sigue a efectos de establecer una primera aproximación entre la protección penal (excepto la legislación penal especial [88]) y la de otros órdenes jurídicos. En el mismo se parte de lo que podríamos llamar la estructura básica de protección del Código Penal, integrada por los Títulos de su Libro II y que es la misma utilizada cuando se relacionó a éste a su vez con la Constitución siendo éste complemento del cuadro anterior y representa gráficamente el segundo descenso en la protección de nuestro derecho positivo.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

CODIGO PENAL	Principales normas protectoras estatales [89] no penales
Título	Norma
Vida, lesiones y manipulación genética. T. I a V	Ley 35/1988 de Reproducción asistida (art. 20) y Ley 42/1988 de Donación de Embriones (art.9).
Libertad i seguridad. T. VI	L.O. 1/1992 de Seguridad Ciudadana (art. 23 y ss. -v. art. 32 en cuanto establece la preferencia

[88] Véase la Ley 209/1964 de 24 de Diciembre, Penal y Procesal de Navegación Aérea, la Ley 40/1979 de 10 de Diciembre, de Régimen Jurídico del Control de Cambios, la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de Junio, del Régimen Electoral General, y la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de Diciembre, de Represión del Contrabando.

[89] Normas estatales que cabrá coordinar a su vez con las leyes autonómicas en virtud de la distribución de competencias que las diferentes comunidades autónomas tengan asumidas.

	penal-).
Integridad moral. T.VII	L.O. 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 27 y 28).
Libertad sexual. T. VIII	L. O. 1/1996 de Protección del Menor y las correspondientes autonómicas (v. art. 59.2.e en relación con el 34 de la ley catalana de 27-7-1995).
Deber de socorro. T. IX	Ley de tráfico, RDL 339/1990 (art.65.4).
Intimidad, imagen y domicilio. T. X	L.O.1/1982 de Protección Civil del D. a la Intimidad y al Honor.
Honor. T. XI	L.O. 1/992 citada.
Relaciones familiares. T. XII	L.O. 1/1996 de Protección del Menor, citada.
Patrimonio y orden socioeconómico. T. XIII	Código civil y C. de comercio, Leyes de S.A. y de SL, e innumerables normas civiles y mercantiles (v. no obstante más adelante, conforme avance el estudio sobre las defraudaciones)
Contra Hacienda y seg. Social. T. XIV	Ley General Tributaria (arts. 77 a 89), RDL 1/1994 de Seguridad Social (arts.96 i 232) y Ley de

	Infracciones y sanciones en lo Social de 7-4-1988.
Contra los trabajadores. T. XV	La misma Ley de 7-4-1988.
Ord. territorio, patrimonio histórico, medio ambiente. T. XVI	RDL 1/1992, del Suelo (art. 174), Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico (art. 76 -v. la sumisión al D. Penal-), Ley 53/1982 sobre infracciones en materia de pesca marítima (arts. 3 a 9), Ley 1/1970, de caza (arts. 48 y 49), Ley 22/1973, de Minas (art. 121), RD 3349/1983 sobre plaguicidas (art. 14), Ley 29/1985, de Aguas (arts. 111 y 112), Ley 22/1988, de Costas (arts. 90 a 99), RD 1945/1983 sobre infracciones y sanciones en protección de consumidores y en producción agroalimentaria, Ley 20/1986 de residuos Tóxicos y Peligrosos (arts. 16 y ss.), Ley 20/1986 anterior de protección del Ambiente Atmosférico (arts. 13 y 13) y Ley 4/1989 de Espacios naturales (arts. 38 a 41).
Contra la seguridad colectiva. T.XVII	Ley de tráfico citada, RD 53/1992 sobre Protección de Radiaciones (art. 64), Ley 20/1986 de residuos Tóxicos y Peligrosos, citada (arts. 16 y ss.), Ley 14/1986 General de

	Sanidad (art. 35), RD 1945/1983 sobre infracciones y sanciones en la protección de consumidores y en producción agroalimentaria, ya citado, Ley 25/1990 del Medicamento (arts. 108 y ss.), la Ley General de sanidad, citada, y la Ley 3/1996 sobre control de sustancias químicas (arts. 13 y ss.).
Falsedades. T. XVIII	Aquí son innumerables las disposiciones que contienen falsedad material o ideológica, sobretodo en materia de relaciones con las Administraciones públicas.
Contra Administración Pública. T. XIX	RD 33/1986 sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos (arts. 6 y 7), Ley 50/1981 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (arts. 62 y 63)
Contra Administración Justicia. T. XX	Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y Reglamento de Régimen disciplinario de los Funcionarios, ya citados, el RD 2090/1982 sobre el Estatuto General de la Abogacía (art. 113), RD 2046/1982 sobre el Estatuto General de los Procuradores (art. 64) y el D. 3549/1977 en cuanto a los Graduados Sociales (arts. 67 y ss.).

Contra la Constitución. T. XXI	-
Contra el orden público. TXXII	L.O. 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana, citada, Ley 10/1990 del Deporte (art. 69), D 2114/1978 de Explosivos (art. 313 y ss.).
Contra la paz, independencia o defensa del Estado. Traición. T. XXIII	Ley 48/1984 de Objeción de Conciencia y P. S. Sustitutoria (art. 17).
Contra la Comunidad Internacional. T. XXIV	-

2.6.1.- Un ejemplo actual de coordinación: La L.O. 12/1995 de Represión del Contrabando.

Un ejemplo de coordinación, en concreto entre sanción penal y administrativa [90], lo tenemos en la Ley penal Especial de Represión del Contrabando, L.O. 12/1995, de 12 de Diciembre, y no sólo de ejemplo de coordinación , sino además de claridad y seguridad jurídica, con las que es posible llegar –puesto que aquí ya se ha llegado- a todos los rincones de nuestro Derecho Penal actual.

[90] No entramos aquí en las dificultades que puedan existir, dentro ya del mismo ámbito penal, entre dicho delito de contrabando y otras figuras delictivas, especialmente el delito contra la salud pública (V. dos sentencias del TS,

En efecto y principiando sobre este último aspecto –seguridad jurídica-, la Ley establece una definición de lo que entiende la misma de los conceptos que van a ser usados para tipificar las infracciones. Así, en su Título preliminar define los conceptos usados en el tipo, como importación, exportación, mercancías comunitarias y extracomunitarias, deuda aduanera, etc. los cuales, no obstante ser de uso cotidiano, sobre todo en los medios comerciales, son definidos por la ley sancionadora a efectos de delimitar con ello el bien jurídico protegido en cada caso, dando una mayor seguridad jurídica.

Después, una vez obtenida la definición de los conceptos esenciales usados en los tipos sancionadores, se tipifica en su Título primero la infracción penal[91] (y luego

---

ambas de fecha 30-12-1997, R. 9223 y R. 8750).

[91] TÍTULO I
Delito de Contrabando.
Artículo 2. Tipificación del delito.
1. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, los que:
a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.
La ocultación o sustracción dolosa de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.
b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.
c) Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 91 a 97 y 163 a 165 del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre, y sus disposiciones de aplicación y en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975.

d) Realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

e) Saquen del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.

f) Realicen, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento (CEE) número 3626/82, del Consejo, de 3 de diciembre de 1982 (LCEur 1982\649).

g) Obtengan, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho aduanero de géneros estancados [illegible] comercio o la autorizac[illegible] los apartados anteriore[illegible]

h) Condu[illegible] permitido por los regla[illegible] mercancías no comunitar[illegible] en cualquier puerto o [illegible]do a efectos aduaneros [illegible]eriores o del mar terri[illegible]

i) Alij[illegible]andestinamente cualquier [illegible]tos dentro de las aguas [illegible]añol o en las circunstancias previstas por el artículo 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar de 29 de abril de 1958 (RCL 1971\2296 y NDL 30784).

j) Exporten material de defensa o material de doble uso sin autorización o habiéndola obtenido mediante declaración falsa o incompleta en relación con la naturaleza o el destino último de los mismos o de cualquier otro modo ilícito.

2. También comete delito de contrabando el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones constitutivas, aisladamente consideradas, de infracciones administrativas de contrabando, siempre que el valor acumulado de los bienes, mercancías, géneros o efectos en cuestión sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas.

3. Cometen asimismo delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el apartado 1 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realice a través de una organización, aunque el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 de pesetas.

la sanción correspondiente), consistente en: a) establecer un límite cuantitativo concreto (tres millones de pts. -un millón para el tabaco-), salvo para los supuestos de bienes cuya tenencia constituya delito (drogas, armas, etc.) o realizado mediante organización. b) remitir expresamente el tipo a la concreta normativa administrativa estatal e internacional.

Y más adelante en su Título segundo se tipifica a las infracciones administrativas, consistente en considerar como tales las que no integren el tipo penal[92] estableciendo una clara frontera representada por el anterior parámetro cuantitativo y una parcial tipificación administrativa negativa de la penal ("y no concurran las circunstancias previstas en el apartado 3 de dicho artículo").

Pero incluso esta parcial tipificación negativa de la infracción administrativa (son infracciones administrativas las que no integran el tipo penal) es soportable desde el punto de vista de la seguridad jurídica en el análisis que nos ocupa por cuanto el tipo penal contiene un nivel aceptable de concreción (ver párrafo anterior), permitiendo

---

b) Cuando se trate de labores del tabaco cuyo valor sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas.

[92] TITULO II.
Infracciones administrativas de contrabando.
Artículo 11. Tipificación de las infracciones.
Incurrirán en infracción administrativa de contrabando los que lleven a cabo las conductas enumeradas en el apartado 1 del artículo 2 de la presente Ley cuando el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de las mismas sea inferior a 3.000.000 de pesetas y no concurran las circunstancias previstas en el apartado 3 de dicho artículo.

junto con el administrativo la delimitación con el acto lícito o el simple resarcimiento civil.

Compárese ahora esta técnica con las imprecisiones de tipificación del Código denunciadas más arriba para hacernos a la idea de hasta dónde se puede y se debe llegar ya ahora en la técnica de coordinación de las normas protectoras de los bienes jurídicos.

A la anterior afirmación se puede ciertamente alegar que el grado de perfección técnica de nuestro ejemplo se logra gracias al empleo de la ley sancionadora especializada y limitada a una concreta materia, lo que permite que la coordinación pretendida se encuentre comprendida dentro de una misma norma, permitiendo así algo que no es posible en el Código, al contener éste una distribución que atiende a las penas máximas aplicables a cualquier materia, y frente al tratamiento sancionador a todos los niveles de la norma penal especial. Pero discrepo de esta alegación –concentración versus dispersión- por cuanto la opción entre una u otra técnica no debe repercutir en la seguridad jurídica, siendo que la opción codificadora responde a un intento de concentrar en una norma aquellas sanciones penales, de graves consecuencias para los derechos de los ciudadanos, frente a las que no lo son y responde asimismo a un diseño Constitucional que diferencia expresamente las sanciones penales de las administrativas.

Se puede también argumentar que esta claridad se logra gracias a la definición de todos los conceptos utilizados, y no le faltará razón al que así piense. Pero la necesidad de definición no obvia la otra necesidad de hacer lo propio con el Código Penal, y más aún y acorde con la totalidad de lo que estamos defendiendo, con la finalidad del tipo –bien protegido-, máxime cuando, como ocurre en el momento presente, adquiere carta de elemento penal fundamental.

Asimismo es alegable que el nivel técnico de la norma que hemos tomado de ejemplo se logra gracias a que la materia regulada lo permite, de tal manera que la misma técnica regulando otra materia distinta puede resultar una tipificación sustancialmente más abstracta. Pero discrepo de esta argumentación por tres razones, complementarias entre sí:

La primera reside en que nuestro ejemplo paradigmático es un ejemplo real que utiliza técnica jurídica actual, es decir, igualmente utilizable en el código Penal, aunque inexplicablemente éste no la utilice. Contraviene de esta manera el legislador, en palabras de la Sentencia de 29-9-1997, n° 151/1997, del Tribunal Constitucional, "el contenido constitucional del principio de legalidad en el ámbito penal, que se expresa en las exigencias de ley certa, praevia, scripta et stricta, comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, el de taxatividad, según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el «MAXIMO ESFUERZO POSIBLE» (STC 62/1982)

para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones [93]".

La segunda razón para discrepar nos la da el hecho de que en nuestro ejemplo, si bien se delimita el tipo gracias al concreto elemento cuantitativo -lo que resulta actualmente imposible en infinidad de tipos del Código Penal-, la claridad señalada se ha logrado sin definir el bien jurídico protegido por el tipo penal -sabiendo qué se está protegiendo con el mismo se puede delimitar su aplicación-, herramienta que puede y debe emplearse en la mejora de todos los tipos penales -también de los que tienen la suerte de contar con elementos numéricamente cuantificables como el de nuestro ejemplo comparado-.

Y la tercera razón tiene su fundamento por cuanto la gravedad del hecho (pongamos por caso) va a ser enjuiciada en la mayoría de los casos con el auxilio de los peritos en la materia que sea. Y si al final del camino van a ser los peritos los que van a determinar este parámetro y por ende

[93] A ello no obsta que el propio Tribunal, en Sentencia de 12-3-1993 (nº 89) manifieste que "el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo (...). Una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significante y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones" Y no obsta porque es precisamente por tener inherente los conceptos jurídicos indeterminados tal efecto -con independencia de que tengan arraigo o no- que se reclama

el supuesto típico, vale más que el tipo penal establezca a priori los parámetros de tal naturaleza a fin de que el justiciable pueda establecer también a priori el límite de su responsabilidad penal y obtener así los beneficios de la seguridad jurídica.

En efecto, de la diferente técnica legislativa usada en ambas leyes penales comparadas (a veces defectuosa en el Código y más apurada en la citada ley penal especial) podrá resultar una notable diferencia en cuanto a la seguridad para el justiciable según estemos ante un contrabandista o ante un delincuente -pongamos por caso- contra el medio ambiente, y aunque a veces las comparaciones puedan resultar odiosas, pueden servir en muchas otras para darse cabal cuenta de la realidad de las cosas, como ocurre en la comparación escogida, la cual sirve ahora y aquí a la finalidad de desvelar, también y además de en relación con la civil, la descoordinación de la protección, dentro ahora del ámbito sancionador, entre el Derecho Penal y el Administrativo.

Así, el que infrinja uno de los tipos penales que el Código dedica al medio ambiente va a tener que enfrentarse, ya antes que a la formal acusación, al dilema planteado por la propia tipificación sobre la gravedad del perjuicio, como ya hemos apuntado más arriba. Y para solucionar este dilema previo tendrá que acudir a un inaceptable recorrido por una dispersa normativa de la

---

desde aquí una definición de los mismos.

materia con el fin de intentar establecer la voluntad de la ley penal acerca de cuándo opera el concepto de gravedad y considerar así criminalizada una acción que lesiona el medio ambiente y atenerse a sus consecuencias. A esta zozobra de la seguridad jurídica y demás principios de los que es denominador común (vide supra) se añadirá la incertidumbre de los operadores jurídicos a la hora de incriminar o no el hecho y pasar el tanto de culpa al Derecho sancionador Administrativo en aplicación del principio de intervención mínima penal. Deberá primero el justiciable y luego el técnico jurídico acudir por ejemplo [94] al Real Decreto Ley 11 /1995, convalidado por el Legislador en Resolución de 30-1-1996, que exime de la instalación de depuradora de aguas residuales a las aglomeraciones urbanas de hasta 2.000 habitantes, siendo por tanto razonable entender que el legislador considera y acepta que la propia naturaleza recicla tales desechos de hasta dos mil habitantes y los tolerados de su industria equivalente, y nos da un parámetro a partir del cual puede empezar a ponerse en peligro los bienes jurídicos protegidos de la salud de las personas o el medio ambiente. Pero dicho parámetro del legislador nos indicará sólo el punto a partir del cual empieza la situación de riesgo para dichos bienes jurídicos, y de ahí a la posible gravedad del

[94] V. además otras normas en el cuadro anterior donde constan algunas de las más importantes normas estatales no penales protectoras del medio ambiente.

perjuicio [95] queda aún un buen trecho, con lo que el justiciable deberá continuar su peregrinar en búsqueda del arca perdida o, lo que aquí es lo mismo, de las pistas que le acerquen a lo que entiende el legislador por gravedad. Y piénsese ahora si no estamos aquí ante una incertidumbre razonablemente insuperable que vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica.

Y es que el contrabandista y el resto de operadores jurídicos van a saber a priori cuándo una determinada actuación tiene visos delictivos y cuándo simplemente administrativamente ilícitos, y van a saber de forma mucho más certera y predeterminada cuál será la vía procesal de tutela del interés lesionado, algo que, hoy por hoy, no se puede predicar del último ejemplo comparado.

[95] V. arts. 325, 328 y 330 CP.

3.- Homogeneidad y heterogeneidad: Segundo nivel de carencia.

3.1.- Introducción.

Si el primer nivel de carencia, que provoca el solapamiento denunciado, hace referencia a la determinación de la vía de protección de la lesión del bien jurídico, este segundo nivel se sitúa ya en la vía de protección penal y permite concentrarnos en los dos conceptos de signo opuesto que dan título al presente apartado.

Los conceptos de homogeneidad y heterogeneidad no están positivizados por la ley penal, sino que son creación jurisprudencial y de uso común en la práctica judicial, al ser necesario en la práctica entrar en tal análisis al tratar de supuestos concretos, como es, uno de ellos, el procesal principio acusatorio (lo que denota una vez más la relación entre el derecho sustantivo y el adjetivo). En estrecha relación con dicho principio, tiene también influencia la distinción que abordamos a la hora de tratar de la llamada preterintencionalidad delictiva, caracterizada por el resultado delictivo no querido. También influye, ya de lleno en el derecho material, en la apreciación de la reincidencia [96], en la de la circunstancia mixta de parentesco y en el delito continuado.

De estas cinco categorías no entraremos a analizar dos

[96] También a efectos de la reincidencia internacional

de ellas, las relativas al parentesco y a la preterintencionalidad, por razones de utilidad práctica a efectos de nuestro estudio. La primera de ellas, por la limitación establecida en el artículo 268 del Código, que exime de a esos mismos parientes de responsabilidad penal [97] cuando cometan, entre otros delitos, el delito defraudatorio que nos ocupa. La segunda, por no ser dichos delitos susceptibles de comisión imprudente, no ya porque su propia esencia defraudatoria requiere ese ánimo específico, sino porque el Código Penal tampoco la penaliza. Pero adviértase no obstante que el hecho de orillarlas no significa que dejen de ser producto, incidencias y manifestaciones concretas provocadas por la ausencia de definición legal del bien protegido por cada tipo penal (o conjunto de ellos) materializados en el concepto de homogeneidad que nos ocupa.

Homogéneo nos dice el diccionario oficial que es todo aquello "perteneciente al mismo género", definición de signo contraria a la de lo heterogéneo (de otro género), "compuesto de partes de diversa naturaleza".

---

establecida en los arts. 375 y 388 del Código.

[97] Siempre que no exista violencia o intimidación, en cuyo supuesto entrará en juego el delito correspondiente. Por otro lado, la diferencias de matiz entre ambos tipos penales en lo tocante al cónyuge o a los afines (el artículo 268 no incluye el segundo grado, a diferencia del artículo 23), aunque de incidencia práctica no del todo despreciable, no debe no obstante entretenernos más en este estadio inicial de nuestro estudio. Véase por otro lado a Bajo Fernández ("El parentesco en derecho penal", Barcelona 1973, p. 147) cuando critica, con razón la convivencia de este extraño privilegio con el delito de abandono de familia.

Si tal como hemos dicho más arriba, el principio de exclusiva protección del bien jurídico es el la razón de ser del tipo penal, cada uno de éstos debería estar respaldado por su correspondiente bien jurídico, y dicho al revés, cada bien jurídico protegido penalmente debería estar amparado por su correspondiente tipo penal -aunque sólo le dé cobertura parcial-. Pero el primer problema se presenta aquí a la hora de determinar la ubicación del concepto de bien jurídico dentro de la sistemática penal, o en otras palabras, si el bien jurídico debe estar definido en el tipo penal, en la sección, en el capítulo, o en el título del Código Penal. Aunque de esta ubicación, me ocupo más adelante, adelantemos no obstante la relación de accesoriedad que respecto del bien jurídico protegido deben tener a mi juicio las llamadas homogeneidades circunstanciales (tiempo, lugar, forma de comisión, sujetos intervinientes, etc. [98].

La naturaleza del delito depende de los distintos elementos (objetivos y subjetivos) que lo componen y que le imprimen una determinada estructura, forma de comisión, efectos, configuración de la acción, dolo, bien jurídico protegido..., debiendo considerarse a este último como un elemento más, si bien el esencial y por tanto el más importante de ellos, como ya hemos afirmado con anterioridad [99]. Es por esta razón que la definición del

[98] V. STS de 5-7-1994 (R. 6248).

[99] Ver al principio el esquema básico de sociedad-valores

legislador sobre los bienes penalmente protegidos redundaría decisivamente, por la dicha y esencial importancia, en la definición de la naturaleza delictiva. Y ello por más que se quiera relativizar la importancia del bien jurídico protegido, puesto que éste deberá considerarse, cuando no el esencial, sí cuando menos un elemento del delito más, incidiendo forzosamente por tanto en el mismo.

Independientemente del mar de interpretaciones plasmadas en la práctica judicial, adelantemos con la definición oficial ya expuesta, que homogeneidad no significa identidad, puesto que de exigir ésta, ningún tipo penal podría ser considerado homogéneo con otro. Tal posición, que entendemos previa y de sentido común, viene establecida por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 25-1-1993 (R. 165) [100], razón por la que se menciona la misma en sede de introducción y a diferencia de las que siguen, que lo son en razón de la casuística concreta.

---

o bienes jurídicos-medios de protección.

[100] Esta resolución manifiesta: "Cierto que hay un solo elemento diferencial -quebrantamiento de confianza en vez de engaño-, pero eso sólo no es causa de heterogeneidad, pues de otro modo ningún tipo penal podría ser considerado homogéneo con otro aun del mismo capítulo. En abono de esta tesis cabe citar, entre otras sentencias de esta Sala, las de 26-2-1985, 10-11-1987 y 17-2-1988 (aunque no falte alguna excepción)".

3.2.- En el principio acusatorio.

3.2.1.- Introducción.

Este principio procesal encuentra legitimación en el artículo 24.2 de la Constitución, que establece el derecho de "todos...a ser informados de la acusación formulada contra ellos" y se encuentra supeditado a la naturaleza del delito por el que es acusado en relación con la del que finalmente pueda resultar condenado, de tal manera que no se vulnera tal principio si uno y otro delito son homogéneos (entre otros requisitos).

El resultado de apreciar la homogeneidad o no apreciarla no es una cuestión baladí y puede diferir como de la noche al día al estar en juego, en relación al principio acusatorio, no ya algún aspecto penológico, sino la condena toda, recayendo absolución en la sentencia revisora si el delito por el que se acusó y aquel por el que se condena en la sentencia revisada no son delitos "generalmente homogéneos" (expresión de la sentencia del Tribunal Supremo de 10-2-1972 -R. 585-, hecha suya por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17-7-1986 -R.104-) o con "homogeneidad básica", en palabras ahora de la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 23-11-1983 (citada).

En efecto, el Intérprete Constitucional [101] ha mantenido que el derecho fundamental a ser informado de la

[101] Ver además de las citadas, las Sentencias de 10-4-

acusación no se vulnera por el hecho de que se condene por un delito distinto de los apreciados en la calificación definitiva de los mismos siempre que, siempre sin variar los hechos, se den dos condiciones: Que no se condene por delito de mayor gravedad sin haber hecho uso del artículo 733 LECrim (esto es, sin pedir el tribunal a las partes que le ilustren sobre tal posibilidad), y que entre el delito objeto de calificación y el objeto de condena se dé homogeneidad. Y dentro de esta segunda condición, la definición que da el Alto Intérprete de homogeneidad es la de ser de igual naturaleza (similar a la definición oficial, como no podía ser de otro modo) "porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo" [102], aunque entiendo que poco ayuda esta última aclaración puesto que tener igual naturaleza es ser sustancialmente lo mismo [103].

1981 (R. 12) y de 23-11-1983 (R. 105).

[102] La última Sentencia de la nota anterior dice literalmente: "La segunda condición es que ambos delitos, el sentado por la sentencia recurrida y el considerado más correcto por el Tribunal Supremo, sean 'homogéneos', es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo", añadiendo finalmente que "si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo señalado en la sentencia de casación no existe indefensión, ya que ningún elemento nuevo sirve de base para la calificación que considera correcta el tribunal Supremo, ni esta calificación modifica la impuesta por el Tribunal de Instancia".

[103] Volviendo al diccionario oficial, vemos que "Sustancia" significa "Ser, esencia, naturaleza de las cosas".

La Audiencia Provincial de Barcelona [104], enjuiciando sobre la vulneración del principio acusatorio en un supuesto concreto, establece que "Delitos homogéneos son aquellos que atacan al mismo bien jurídico". Esta definición pudiera criticarse por simplista, ya que podría alegarse que no tendría luego sentido establecer diferentes delitos si en definitiva están protegiendo a un mismo bien jurídico, pero representa ya una definición (de las posibles), clara y sencilla del concepto de homogeneidad delictiva que vamos a utilizar como punto de partida para entrar en materia sobre el objetivo que nos proponemos en este apartado, cual es la distorsión que provoca en la práctica forense la indefinición de los concretos bienes protegidos por los tipos penales, a través ahora de su incidencia en el referido principio procesal.

Partir de la anterior definición no significa, pues, acogerla como postulado incuestionado, sino, entiéndase bien, significa solamente establecerla como exclusivo punto de partida. Y es que, igual que la repetida definición establece la posibilidad (y no sólo posibilidad, sino que se asienta en ella) de que un mismo bien esté contemplado por varios y diferentes delitos (aunque homogéneos), esto

---

[104] Sentencia de 28-2-1995 (ARP 308), Sección 3ª. En idéntico sentido, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 18-7-1982 (R. 6713), dilucidando la homogeneidad entre el delito de estafa y el extinto de cheque en descubierto llega a la conclusión de la heterogeneidad de los mismos en virtud de su diferente bien jurídico protegido ("el cheque en descubierto protege la seguridad del tráfico mercantil, la estafa, la propiedad strictu sensu. Son pues, delitos

es, pluralidad de tipos protectores de un sólo bien jurídico, otra definición que también se nos presenta como posible es la que situaría la homogeneidad delictiva como sinónima de (o equivalente a) homogeneidad de bienes jurídicos, esto es, pluralidad de tipos protectores de una pluralidad de bienes protegidos homogéneos entre sí, existiendo luego homogeneidad no sólo del lado protector (tipo penal) sino también del lado protegido (bienes jurídicos), y en definitiva una homogeneidad relativa de estos delitos entre sí, frente a la homogeneidad propia de la definición de la Audiencia Provincial.

Pero nuestra pretensión en este apartado no es establecer definiciones acerca de lo que pueda o deba considerarse homogéneo, sino que es más vindicativa y viene dada por evidenciar las divergencias que en la práctica van a padecer los ciudadanos sujetos pasivos de las sentencias penales, dependiendo aleatoriamente del intérprete de turno, en detrimento de la igualdad de trato que, tal como intentamos defender, dispensaría la fijación legal de los distintos bienes jurídicos a que están destinados a servir los tipos penales.

---

heterogéneos").

3.2.2.- Casuística .

Del mar a que hacíamos referencia anteriormente sobre el desacuerdo de la jurisprudencia a efectos de homogeneidad delictiva en el ámbito procesal del derecho fundamental a conocer la acusación, debemos empezar a destacar, por su relativización del bien jurídico protegido dentro de la teoría del delito y por ser contraria a la S. de la A. P. de Barcelona referida –y la STS anotada con ocasión de ésta-, la S. del Tribunal Supremo que manifiesta que "La jurisprudencia de esta Sala (cfrs. SS. 18-9-1990 y 12-3-1991) ha excluido la homogeneidad a pesar de la identidad del bien jurídico protegido en los supuestos en los que entre el delito acusado y el delito por el que se condena existe una diferencia esencial en la configuración de la acción". Pesa luego más aquí la homogeneidad circunstancial que la homogeneidad básica o esencial de la finalidad de la norma.

Entrando ya en casuística defraudatoria [105], la Audiencia Provincial de Barcelona [106] considera homogéneos los delitos de apropiación indebida y hurto en razón a que " no hay que olvidar que fue a raíz de la modificación operada por la L.O. 8/1983, de 25 de Junio que la apropiación con ánimo de lucro de la cosa predicha se

[105] Que aquí está ampliada, por necesidad comparativa, a delitos pertenecientes al Título sistemático.

[106] También su sección 3ª, en Sentencia ahora de 13-1-1995 (R. 274).

tipifica como apropiación indebida, con anterioridad venía sancionada como delito de hurto", y por contra, la Audiencia Provincial de Badajoz [107] considera heterogéneos esos mismos delitos porque "los delitos de hurto y apropiación indebida, aun unidos por el vínculo atentatorio contra la propiedad, se hallan en capítulos distintos del Código Penal; el nacimiento del primero requiere de elementos objetivos no concurrentes en el segundo (el acto de desposesión o despojo contra la voluntad del titular dominical); de la misma manera que la generación del segundo reclama, a diferencia del primero, la previa entrega o posesión de la cosa, posesión que se produce sin oposición por parte del titular dominical. Los elementos pues difieren sensiblemente lo que incide en la imposibilidad de condena por tipo distinto sin infringir el principio acusatorio".

De ambas sentencias contradictorias debe resaltarse los esfuerzos de las mismas en orden a justificar sus respectivas posturas, que en la primera pasan por recurrir a una similitud ciertamente más lata que la segunda, que requiere similitud de todos los elementos fuera del bien jurídico protegido. Debo insistir, no obstante, en que, a mi juicio, esta última resolución otorga, a los elementos del tipo que no son el bien protegido, una importancia excesiva. Ciertamente es una posición respetable, pero no la considero la más adecuada en cuanto

[107] Sentencia de 12-9-1995 (R. 937).

que minusvaloriza, repito, la finalidad de la norma –homogeneidad básica- respecto de su circunstancialidad –homogeneidad circunstancial-. En cualquier caso y volviendo a lo que nos ocupa, la incerteza sobre la homogeneidad entre hurto y apropiación provoca que exista asimismo, por silogismo, entre hurto y estafa, al ocurrir lo propio entre ésta y la apropiación indebida. El resultado de lo anterior es la extensión desmedida o incontrolada del concepto de homogeneidad.

En efecto y por lo que respecta a la relación en este punto entre apropiación indebida y estafa, la desorientación es igualmente reinante. Así, la inicialmente citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona establece la heterogeneidad de ambos delitos, y ello a pesar de considerar homogéneos, recuérdese, aquellos que atacan el mismo bien jurídico, de donde resulta que uno y otro delito no atacan -y sus respectivos tipos no protegen- el mismo bien jurídico [108].

En igual sentido que la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Granada en Sentencia de 30-5-1995 (R. 775) mantiene que "estafa y apropiación indebida, son heterogéneas, y así en la Sentencia de 27 Abril 1995 se declaró que la diferencia entre una y otra figura delictiva viene clara y específicamente marcada por los respectivos textos punitivos, al ser la estafa una infracción

[108] Ver más adelante la aproximación al bien jurídico protegido en los diferentes tipos del capítulo VI, de las defraudaciones.

patrimonial lograda por engaño, y la apropiación en aprovechamiento o distracción de lo recibido en posesión transitoria con finalidad de devolución o tránsito prefijado, o sea que en la estafa el tipo se califica y caracteriza por el engaño que antecede o es simultáneo al desplazamiento, mientras que en la apropiación indebida su cualidad esencial radica en el abuso de confianza".

Ambas sentencias de las Audiencias Provinciales no son ni mucho menos resoluciones aisladas sino que reflejan el sentir doctrinal de un sector importante del Tribunal Supremo. Así, sus Sentencias de 4-12-1991 (R. 8978) y de 28-2-1990 (R. 2101) se manifiestan abiertamente sobre el "carácter absolutamente heterogéneo entre la apropiación indebida y la estafa en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión", en el sentido recogido por las Audiencias citadas. La guinda desorientadora, tanto respecto de la extensión de la homogeneidad delictiva, como de los recursos justificativos empleados, la pone aquí la Sentencia del Alto Tribunal de 23-12-1992 (R. 10318) que defiende la no homogeneidad entre ambos delitos, en línea con las anteriores sentencias apuntadas [109], pero a renglón seguido establece que "mas sí lo son (homogéneas), por el contrario, la apropiación indebida y la malversación de caudales públicos (…) [110], inequívoca homogeneidad que,

[109] Cita en apoyo de la no homogeneidad otra sentencia no relacionada arriba por nosotros, la de 2-12-1991 (R. 8941).

dentro de los estrictos límites que impone la calificación acusadora, deviene ahora como consecuencia necesaria si se estudian los hechos y actos determinantes de una y otra infracción, análogos entre sí tanto desde el punto de vista objetivo (material o fáctico) como desde el subjetivo o intención finalística perseguida por el sujeto activo de la infracción. (…) La similitud de los verbos sustraer (de la malversación) o apropiar (de la apropiación) permiten aquella homogeneidad respecto del apoderamiento definitivo de unas cantidades de dinero que, según la propia resolución citada, carecen de la cualidad de caudales o efectos públicos". Y es que aquí, y a diferencia de las anteriores sentencias, se recurre exclusivamente a la similitud de la acción ("hechos y actos") encarnada nuclearmente en los verbos gramaticales de sus respectivos tipos.

En posición diametralmente opuesta, la Audiencia Provincial de Murcia [111] sostiene en cambio la homogeneidad entre aquellas figuras, "siendo indiferente que el delito atribuido al acusado fuera el de apropiación indebida ante la homogeneidad con el delito de estafa incardinado en el mismo Capítulo de las Defraudaciones (...) prueba de ello es que el actual artículo 252, en el que se tipifica el delito de apropiación indebida, remite expresamente a los artículos 249 y 250 relativos al delito de estafa y sus

[110] Hemos de advertir no obstante que cita aquí otra sentencia, la de 28-2-1990 (R. 2101), que en absoluto trata de este último delito, ni aún en términos comparativos.

subtipos agravados". Al igual que ocurre con sus homólogas contrarias, esta sentencia tiene su respaldo en otro importante sector de nuestra Alto Tribunal Ordinario, ad exemplum, Sentencias de 10 de Noviembre de 1987 (R. 8479), 17 de Febrero de 1988 (R. 1099), 14-2-1991 (R. 1031), y 25 de Enero de 1993 (R. 165). Esta última redunda para apreciar la homogeneidad entre estafa y apropiación indebida, en algunos criterios ya mencionados, añadiendo además otros (similitud de efectos y de dolo) y afirmando en definitiva que "En efecto, además del mismo bien jurídico protegido [112] y de la similitud de efectos (entrega de bienes, disponibilidad de los mismos, incorporación al patrimonio del agente, perjuicio del legítimo propietario de aquellos) y de dolo (ánimo de lucro), formalmente ambos están en Secciones del mismo Capítulo del Código. No sólo la apropiación indebida fue figura desgajada de la anterior gama de estafas sino que aún hoy como tipo autónomo reenvía a efectos de pena el art. 528 (ACP) y, como consecuencia, les son también aplicables los subtipos agravados del art. 529 (actual 250). Y los hechos objeto de acusación y que dan lugar a la calificación fueron los mismos. No hay indefensión, por lo que no se quebrantaría el principio acusatorio. Se da la cercana modalidad dentro de la

---

[111] Sección 2ª, Sentencia de 12-9-1996 (R.697).

[112] Contrástese esta afirmación con las anteriores que la niegan, para constatar una vez más el caos que provoca la falta de definición legal de cada bien protegido en los diferentes tipos penales.

tipicidad penal, como define la homogeneidad el Tribunal Constitucional (STC 105/1983)".

De este repaso por la casuística es posible, tal como pretendíamos y a la luz de la disparidad de criterios expuestos, llegar a la conclusión de que también en el ámbito acusatorio existe déficit definitorio del bien jurídico protegido. Y aunque se considere –a mi juicio equivocadamente- que en dicho ámbito y a sus estrictos efectos, el elemento "bien jurídico protegido" tiene menor peso que en otros que seguidamente se tratarán, continuará siendo no obstante un elemento más, la definición concreta del cual potenciará decisivamente a mi juicio la deseable (sobre todo por el justiciable, destinatario de sus resoluciones) unificación del criterio jurisprudencial.

3.3.- En la reincidencia.

Dentro ya del Derecho penal sustantivo, el requisito de la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal ha sufrido modificación con la entrada en vigor del nuevo Código Penal [113].

[113] Continúa existiendo obviamente la llamada reincidencia internacional por delitos de falsificación de moneda, tráfico de estupefacientes, prostitución y terrorismo, aunque esta última haya cambiado su ubicación en aras de su mejora sistemática. Se ha modificado no obstante la redacción de las dos primeras acotando aún más su ámbito de aplicación al exigirse en el primero, además de pertenencia al mismo Capítulo, que sean de la misma naturaleza (art. 388), y en el segundo (art. 375) se ha añadido igualmente el requisito de igual naturaleza a la remisión de artículos concretos que efectúa el tipo penal. A

El anterior artículo 10.15 consideraba que existía reincidencia "cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo Capítulo de este Código, por otro al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señala pena menor".

El tipo que se acaba de transcribir contiene -contenía- lo que el Tribunal Constitucional considera el requisito de la lex certa, perteneciente al principio constitucional de tipicidad, incluido en el de legalidad y el de seguridad jurídica. Así lo ha manifestado, entre otras sentencias, en la de 4-7-1991 (R. 150) [114], que en lo que ahora interesa manifiesta que "ningún reproche de inseguridad cabe hacer a la agravante de reincidencia, pues la lectura del art. 10.15 C.P. permite afirmar que los supuestos de reincidencia contemplados -específica y genérica- están descritos con la necesaria claridad y precisión, de tal modo que no suscitan ninguna

---

pesar de introducirse en estos dos supuestos el difuso concepto de la naturaleza delictiva, entiendo que los efectos de esta perfectible técnica quedan considerablemente enervados, por su acotación sistemática (al capítulo el primero y a artículos concretos el segundo) y por tratarse de delitos que a mi juicio permiten pocas disquisiciones acerca de su naturaleza, por lo que, a pesar de no descartarlas, se orillan también aquí por su tangencialidad sobre nuestro estudio.

[114] Dice esta sentencia que "es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no vulnera la exigencia de lex certa, como garantía de certidumbre o seguridad jurídica, el empleo en las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever con suficiente seguridad la

incertidumbre razonable sobre los supuestos en los que la reincidencia juega como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal".

En efecto, la anterior regulación mantenía criterios fijos que permitían la certeza jurídica, ya que para apreciar la reincidencia existían límites claros y bien definidos: los que marcaba el mismo capítulo y las sentencias ejecutorias [115] anteriores no cancelables (sólo una con pena genérica -señalada por la ley- mayor, más de una con penas genéricas menores).

Pero la modificación operada por el nuevo texto penal provoca que las dudas vuelvan a aflorar al respecto.

El nuevo texto presentado a aprobación parlamentaria contenía los mismos elementos que el anterior, pero añadía ya, junto al requisito de pertenencia al mismo Capítulo, el de ser de la misma naturaleza. Fue en virtud de Acuerdo plasmado en el informe de la Ponencia que se eliminó la llamada reincidencia genérica -segundo párrafo del texto de la agravante en el Proyecto- y se modificó la específica en el sentido de entenderla ampliada sistemáticamente al Título en vez de al Capítulo.

De la discusión parlamentaria posterior acerca de las enmiendas presentadas por los distintos grupos políticos debe resaltarse, en lo que a luz interpretativa respecta,

---

conducta regulada".

[115] Sobre el momento en que deviene este fase procesal, la Sentencia del TS de 10-2-1992 (R.1083) establece que la sentencia condenatoria firme es ejecutoria desde que tiene

la casi identidad entre delitos pertenecientes al mismo Título, por un lado, y delitos de la misma naturaleza, por otro lado. Así, el representante del entonces primer Grupo de la oposición [116] manifestó que "a mi me parece una redundancia porque si está en el mismo título, previsiblemente será de la misma naturaleza" y defendía la sustitución del texto que recogía la llamada reincidencia específica mediante el calificativo de 'semejante' porque entendía que "semejante es algo menos redundante que 'del mismo título y de la misma naturaleza'". También en idéntico sentido e incluso yendo un poco más allá en esta relación entre naturaleza delictiva y ubicación sistemática, el entonces Grupo parlamentario mayoritario [117] recordaba que "hay distintos capítulos que conforman un sólo título, con delitos de naturaleza similar. Por ejemplo, conforman un mismo título pero distinto capítulo los abusos sexuales y la agresión sexual, todos los delitos contra el medio ambiente, etcétera. En consecuencia, nos parece que técnicamente es más correcto remitirnos al título que no al capítulo". Nótese aquí un detalle importante, cual es que como ejemplos de "delitos de naturaleza similar" se están relacionando a bienes jurídicos protegidos (libertad sexual, medio ambiente,

---

acceso al Registro Central de Penados y Rebeldes.

[116] Sr. Padilla Carballada, por el grupo Popular. Diario del Congreso (Comisiones) de 16-5-1995, p. 15018.

[117] El Sr. Barrero López, por el Grupo Socialista. Mismo diario anterior, p. 15020.

etc.), debiendo esto interpretarse en el sentido de que al menos para esta parte de legislador (Grupo Parlamentario mayoritario) la naturaleza del delito es entendida en clave de bien jurídico protegido sin tener en cuenta los elementos circunstanciales del mismo.

Pero a pesar de la aproximación de nuestros parlamentarios a la asimilación entre título sistemático y naturaleza delictiva, el resultado final no refleja ninguna delimitación al respecto, de tal manera que el definitivo y vigente artículo 22.8ª del Código Penal establece que "Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza".

A diferencia del anterior código, este texto reduce la apreciación de la agravante al criterio sistemático y como contrapartida amplía el ámbito del mismo, que pasa a abarcar ahora el Título en vez del más acotado Capítulo que establecía el Código derogado.

Pero esta ampliación viene limitada a su vez por la concurrencia del requisito de ser de igual naturaleza. De esta limitación legal, coletilla del texto transcrito, debemos extraer dos consecuencias necesarias: La primera tiene efectos constitutivos y es la de que sólo los delitos que tengan igual naturaleza podrán dar lugar a la apreciación de la agravante de reincidencia [118], con lo que

[118] Es posible que existan delitos de igual naturaleza

la piedra de toque para apreciar la agravante se sitúa con el nuevo código en la naturaleza delictiva, al no comportar problemas el otro requisito, esto es, la comprobación de inclusión en el mismo Título sistemático.

La segunda consecuencia tiene carácter interpretativo y consiste en que el legislador admite la posibilidad de que los delitos agrupados bajo un mismo Título no tengan igual naturaleza. En esta clave interpretativa es significativa la modificación operada por voluntad del legislador en el sentido de cambiar Capítulo por Título, y ello a efectos de orientación acerca de la situación sistemática del bien jurídico protegido (al menos básico) en nuestro Código Penal de 1995.

La primera de ellas presumo que será en este aspecto el caballo de batalla de la jurisprudencia, que dicho sea de paso va a tener pocos criterios legales para dilucidar la cuestión, siendo dable presumir también que continuaremos con la diáspora existente hasta ahora y a la que hemos hecho referencia en el anterior apartado, ya que

---

situados en distintos títulos (recuérdese la Sentencia del T.S. de 23-12-1992 , R. 10318 antes citada, que califica de homogéneos los delitos de apropiación indebida y de malversación de caudales públicos, situados en los Títulos XIII y XIX respectivamente, o las defraudaciones del título XIII en relación con las del Título XIV o el engaño a los trabajadores contemplado en el Título XV o la defraudación del funcionario del Título XIX), lo que se cita aquí a efectos de simple duda, pero aún en estos casos no puede haber reincidencia por impedirlo el criterio sistemático referido en el texto principal, que limita la apreciación de la agravante a delitos del mismo Título.

Ello obliga, en otro orden de cosas, a revisar la deteriorada coherencia actual entre la razón de ser de esta agravante y la de la ubicación sistemática del delito.

el único medio interpretativo que da el legislador aquí (segunda consecuencia aludida) es el de desligar Título y naturaleza delictiva, pero sin ligarlo a nada más, con el resultado desangelado que estamos criticando, forzando soluciones judiciales tan dispares como las que hemos visto, a costa de la obligación de los Tribunales de administrar Justicia sin excusa de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley penal, y cuyo incumplimiento es sancionado precisamente por esa misma ley penal (art. 448), con lo que no es luego de recibo la relativización de la cuestión que estamos planteando con el argumento de que esta carencia del legislador no obsta a la administración de justicia, puesto que estamos ante un funcionamiento, desde este punto de vista, forzado. Se da paradójicamente con este hecho la retroalimentación del actual sistema, consistente en que la insuficiencia u oscuridad de la ley no puede ser cuestionada por los que han de aplicarla, dando la ley, con esta coacción legal a los jueces, la apariencia de autosuficiencia en la necesaria certeza jurídica –diferente de lo anterior son los supuestos regulados en los apartados 2 y 3 del art. 4 CP, de discrepancia en la incriminación o no incriminación de un hecho, ya que no regulan supuestos de duda o insuficiencia sino de incriminación o no incriminación sobre los que no existe duda, a lo que hay que sumar la limitación de esta vía, que permite el acceso únicamente al poder ejecutivo a fin de que éste proponga la reforma legislativa si es que

lo estima oportuno-, y además en segundo lugar, con el añadido de que las lagunas legales que los jueces no pueden denunciar son colmadas –a la fuerza- por ellos, dando lugar a una autentica complementación de la ley penal –léase creación de Derecho Penal- por parte del Poder Judicial.

Es cierto que nuestro Ordenamiento Jurídico permite reducir esta carencia, además obviamente de la modificación de la propia ley, a través de la vía de la cuestión de inconstitucionalidad -como la que dió lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional últimamente citada-. Pero esta vía, además de no ser suspensiva del fallo judicial (art. 163 Constitución) se otorga al Juez o Tribunal que estime contrario a la Constitución el precepto en cuestión, con lo que en el campo ahora no coactivo de la ley en orden a administrar justicia sino en el de la propia conciencia del juzgador, se deja en manos de este intérprete el remedio por esta vía. Finalmente entiendo el recurso de amparo del propio justiciable se presenta como otra vía factible [119] para poner remedio a la indefinición de la naturaleza delictiva que pueda perjudicarle, y permítaseme en este punto retomar la repetida Sentencia del Alto Tribunal 150/1991 en lo ya transcrito y relativo a la exigencia de lex certa en relación con la agravante de reincidencia. Y es que después de la disparidad interpretativa ante los

[119] Sin entrar a fondo en la vulneración concreta del derecho constitucional protegible por esta vía, cabría señalar aquí, bien el art. 24.1, que prohibe la indefensión "en cualquier caso", o bien el art. 25.1 en cuanto que requiere que sea la ley la que establezca el delito y no la

ejemplos transcritos en el anterior apartado sobre lo que es homogéneo o de igual naturaleza, y lo que no lo es, debemos poner en duda, a diferencia de lo ocurría con el anterior texto, que el concepto jurídico indeterminado del nuevo art. 22. 8ª, esto es el de ser de la misma naturaleza, permita, también aquí, una concreción razonablemente factible que permita prever a los ciudadanos, con seguridad, la conducta regulada o lo que es lo mismo, las consecuencias de sus actos.

Las consecuencias penológicas de esta insuficiente seguridad jurídica a efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, suponen en la práctica la incerteza sobre la imposición de la pena en toda su extensión o en cambio forzosamente agravada en su mitad superior (art. 66.3ª CP).

3.4.- En el delito continuado.

Igual que en los anteriores apartados, la apreciación del delito continuado también resulta afectado por la indefinición legal del bien jurídico protegido por la norma penal, atendida la importancia fundamental de esta garantía.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11-3-1991 (R. 1965) es un ejemplo de lo que estamos diciendo, al reflejar desacuerdo a cerca de si los delitos de apropiación

---

complementación que de ella efectúe el tribunal.

indebida y estafa son susceptibles de configurar un sólo delito continuado, decantándose esta resolución, en contra del parecer del Ministerio Fiscal recurrente, por la respuesta negativa y precisamente en base a uno de los argumentos esgrimidos más arriba relativos a la homogeneidad o heterogeneidad de ambas figuras, esto es, por aparecer regulados, según esta Resolución, "con perfecta diferenciación en sus características y elementos", pero no siendo mas que una de las posturas posibles y divergentes a que hemos hecho referencia más arriba y a las que nos remitimos, sólo que en este ejemplo, se entendió correcta "la escisión en dos grupos de delitos continuados, uno de apropiación indebida y otro de estafa", con su correspondiente penalidad concreta, diferente de la que hubiera resultado de apreciar un sólo delito continuado que englobara ambas figuras, caso de haberlas considerado homogéneas dicha Sentencia [120].

Asimismo, también tiene que ver el bien jurídico protegido con las conexiones entre el delito continuado y las formas agravadas del tipo básico de la estafa y la apropiación indebida. Y es que si el operador jurídico

---

[120] De la relación entre homogeneidad y delito continuado también da fe la Sentencia del T. S. de 5-10-1987 (R. 6956) (y las que en ella se citan), que deniega la aplicación de esta figura sobre "los robos con violencia o intimidación en las personas, que constituyen delitos complejos que afectan no sólo al patrimonio sino también a bienes eminentemente personales, no son susceptibles, como se deducen de la propia norma invocada, de tratamiento homogéneo y por ende nunca pueden dar lugar a la aplicación del delito continuado".

supiera a ciencia cierta qué bien jurídico protege el precepto penal a aplicar no se darían a mi juicio pronunciamientos contradictorios como los existentes entre las Sentencias del Tribunal Supremo de 18-5-1994 (R. 3933) y de 6-7-1995 (R. 5387). Así, en la primera de ellas entiende que son compatibles la aplicación del delito continuado con la estafa agravada atendido el valor de la defraudación (actual agravante 6ª del art. 250), y la segunda en cambio sostiene que no se puede hacer uso de la facultad de elevar la pena del antiguo artículo 69 bis si se pena ya aplicando el la entonces agravante 7ª del art. 529 del antiguo Código Penal, puesto que se vulneraría el principio "ne bis in idem", siendo por tanto aquí la misma cosa lo que allí por lo visto no lo es, con la consiguiente disparidad de las penas impuestas.

Sanz Morán también se ocupa de lo que es objeto de las líneas precedentes al denunciar "la inseguridad jurídica que provoca la determinación de cuándo dos o más preceptos penales tienen naturaleza 'semejante'", añadiendo además una queja similar a la nuestra cuando dice que "esta forma de regular el problema ha dado lugar a una enorme inseguridad jurídica, como muestra el hecho de que sentencias del Tribunal Supremo de fechas muy próximas califiquen los episodios de múltiple acceso carnal con la misma víctima, en unidad de contexto, unas veces como delito continuado y otras como delitos múltiples, con la

enorme diferencia que ello supone desde la perspectiva de la correspondiente reacción punitiva" [121], [122].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[121] En "El concurso de delitos: criterios y problemas", Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, Bilbao, 1998, ps. 82 y 83.

[122] Lo mismo que ocurre con el delito continuado se da cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones. Y es que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra aquí más receptiva si cabe respecto a la consideración del bien jurídico lesionado como elemento esencial y finalista del Derecho Penal. Así la Sentencia de 19-9-1996 (R. 6925) recuerda que "En los concursos de delitos, ningún tipo excluye al otro, hallándose ante una diversidad de bienes jurídicos lesionados y de preceptos penales violados".
Sobre los elementos del delito continuado, véase a Muñoz Cuesta en "Estafa a pluralidad de personas y falsedad documental", La Ley 1991, p. 1103. Véase asimismo a Landrove Díaz (en "Los fraudes colectivos", Barcelona, 1978, p.71) que cuestiona la distinción entre el delito continuado y el delito con sujeto pasivo masa, y en el mismo sentido véase a Muñoz Conde ("Derecho penal, Parte Especial", 11ª ed., Valencia 1996, p. 370) para quien "la teoría del delito continuado fue sustituida por la del delito masa", que contempla, a diferencia de la primera, la identidad del sujeto pasivo en los fraudes colectivos, lo que en cualquier caso ha sido resuelto por el apartado 2 del art. 74 que faculta al juez a modular la pena cuando se "hubiere perjudicado a una generalidad de personas". véase a Castiñeira Palou en "El delito continuado", Barcelona 1977 y

4. Sobre el objeto del presente estudio.

Aunque en la introducción inicial ya se manifestó en síntesis que el objeto del presente trabajo era el examen de la consideración del justiciable como delincuente al hilo de un supuesto concreto (250.1.3 CP), corresponde ahora, después de este capítulo inicial en el que se ha querido evidenciar que en la técnica penal actual existe seria dificultad para descifrar con certeza el bien jurídico protegido o fracción del mismo que los tipos penales protegen así como del perjuicio que esto supone a efectos de la necesaria diferenciación entre homogeneidad y heterogeneidad, ampliar aquella indicación para ponerla en conexión con las deficiencias de nuestro sistema penal que le impiden tener un Código penal democrático, y no ya en su forma, que evidentemente lo es, sino en un sentido material de "asequibilidad". En este sentido late en la mente del que suscribe una idea de vulgarización y de claridad en las diferentes figuras penales con que va a encontrarse la aplicación práctica de la agravante objeto de estudio en su infracción por el ciudadano.

El objetivo es, pues, eminentemente práctico y se observará que se ha seguido igualmente este criterio en la cuestión de las fuentes, donde partiendo de la regulación legal, se prioriza en cierto modo la jurisprudencia, aunque sin olvidar la doctrina científica. En cualquier caso, se

---

a Valle Muñiz en "Circunstancias que agravan la

intentará ir por el a veces difícil camino de la regulación positiva complementada por lo que "debería ser" cuando este camino se hace intransitable desde el punto de vista de los principios del Derecho penal e incluso desde el punto de vista comparativo en relación con otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico, en lo que pretende ser una visión coherente del mismo.

Como un comentario de texto que se pretende encarar sin prejuicios y sin poner límites de antemano a la crítica que de él resulte, el análisis de la frase contenida en el precepto del art. 250.1.3 de nuestro Código Penal de 1995 va a ser puesto en tela de juicio tanto en su contenido, como en su redacción, estructura, ubicación, coherencia en el sistema o en relación con otras ramas de nuestro Ordenamiento Jurídico, ello a la luz de aquella necesaria sencillez y claridad que ya Beccaria reclamó en su día.

Al menos esa es la intención u objetivo inicial, sobre cuya materialización el lector podrá juzgar al final.

---

responsabilidad en la estafa", RJC 1988, ps. 333 y ss.

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

CAPITULO II:

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LA ESTAFA MEDIANTE TITULO MERCANTIL ABSTRACTO: ANALISIS SISTEMATICO-LITERAL.

1.- Sobre los bienes jurídicos protegidos en el Título XIII.

1.1.- La doble rúbrica.

El Título XIII del Código Penal protege, según la denominación de su rúbrica, al patrimonio y al orden socioeconómico, de lo que resulta ya de entrada, una protección bidireccional, y desde el punto de vista sistemático esta doble protección es susceptible de proyectarse asimismo sobre la denominación y contenido de todos los capítulos en él comprendidos. Y aunque está claro que, como dice Muñoz Conde [123], con esta denominación se ofrece ya una orientación para saber cuál puede ser el bien jurídico protegido por este Título, ello no es en modo alguno suficiente, como se verá.

---

[123] En "Derecho Penal, Parte especial, 11ª ed., ob. cit., p. 308.

Siguiendo a López Garrido [124], "en el debate parlamentario no se abordó expresamente el límite entre la protección del patrimonio y la del orden socioeconómico, salvo alguna propuesta de reordenación interna del Título por el Grupo Popular" (a la que más adelante hacemos referencia).

Según el Diccionario oficial, Patrimonio significa aquellos "Bienes propios adquiridos por cualquier título", y se trata de un concepto novedoso en la denominación del Título XIII del vigente Código que amplía el del anterior bajo el nomen exclusivo de Propiedad. En este aspecto Valle Muñiz, citando a su vez a López Hernández [125], defiende que "el término 'propiedad' resulta inadecuado e inexacto para designar la objetividad jurídica de todas y cada una de las infracciones previstas por el legislador a lo largo de este extenso y enmarañado título del CP, ya que por mucha amplitud que se le quiera dar al término, no pasará de ser lo que es, un derecho particular, al cual, por extensión y siempre de modo impropio, podrán asimilársele otros derechos que se hallen en más o menos íntima relación con él, pero jamás podrá ser entendido en el sentido amplio con que se viene considerando al patrimonio". Opino sin embargo y contrariamente a lo manifestado exclusivamente en este punto, que la propiedad no adolece de la limitación aludida

[124] Ob. cit., p. 128 y 129.

[125] Valle Muñiz, "El delito de estafa", ob.cit., pág. 78. La cita a López Hernández se complementa con su nota 32.

[126] si tenemos en cuenta que nuestra Constitución le asigna una función social (art. 33.2) que trasciende su estricta privaticidad. Además, esta limitación del término propiedad frente al de patrimonio como denominación del Título XIII del Libro II del Código podía tener sentido para el caso de ser definido mediante un sólo término como ocurría entonces, pero no en la actualidad, al añadirse el concepto de orden socioeconómico -siempre y cuando se entienda que el Título protege ambos bienes jurídicos con la misma intensidad y de modo inseparable entendido esto como una de las dos posibles lecturas del bien jurídico protegido por el Título XIII (ver más adelante esta lectura deducida de lo expresado por el grupo Parlamentario mayoritario)-. Y ahora desde el punto de vista del perjuicio causado, entiendo que carece de relevancia práctica la distinción entre la propiedad y el patrimonio, ya que, cuando no son sinónimos, la primera es el derecho de gozar y disponer [127] el segundo, siendo a mi juicio la nota dominante en la relación entre ambos términos, la de derecho y objeto del mismo.

---

[126] Valle Muñiz parte de la definición privatista del Código civil, aunque sin hacer mención al sentido social de la propiedad que establece la Constitución.

[127] En palabras del art. 348 del Código Civil, que la define. En idéntico sentido e idénticos verbos, el diccionario oficial define propiedad como "Derecho o facultad de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar la devolución de ella si está en poder de otro". Existe una segunda acepción a continuación de la anterior que expresa la sinonimia de ambos términos al señalar que propiedad también significa "Cosa que es objeto de dominio", definición que entronca con la que nos da el

Otra cosa es la distinción entre propiedad y posesión, al tratarse de derechos de diferente contenido y que pueden pertenecer a diferentes personas, pudiendo integrar la propiedad de una cosa el patrimonio de una persona y la posesión de esa misma cosa integrar el patrimonio de otra persona diferente. Adquiere aquí por tanto importancia fundamental el hecho de que se proteja el patrimonio [128], que contiene, recuérdese, todos los bienes y derechos propios, entre los que puede encontrarse la estricta posesión desligada de la propiedad, a diferencia de la propiedad, que sólo protegería la posesión ostentada por el propio dueño, pero no por terceros.

En caso contrario no tendrían cobertura por parte del Título sistemático tipos como el del artículo 236 (hurto de cosa propia, Capítulo I).Y siempre que se entienda que el Título XIII protege por igual los dos bienes recogidos en su rúbrica en todos los tipos en él alojados, sucederá lo mismo respecto de la sustracción de la cosa propia a su utilidad social (art. 289, Capítulo XII).

Diccionario de Patrimonio, transcrita en el texto principal.

[128] Sobre las distintas concepciones del patrimonio, jurídica, económica, mixta y personal, véase por todos a Martos Núñez, en "El perjuicio patrimonial en el delito de estafa", Madrid 1990, ps. 20 y ss.. Véase no obstante a de la Mata Barranco (en "Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico en el delito de estafa". Poder Judicial 1994), para quien la STS de 23-4-1992 (R. 6783) supone la incorporación a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo del denominado concepto personal del patrimonio o "transacciones con prestaciones objetivamente equivalentes con frustración del fin pretendido por el engañado" (ibídem p. 310).

La mención expresa del valor protegido "orden socioeconómico" nos da a entender que en el Título XIII se alojan tipos que trascienden a la propia protección del patrimonio -aún en su dimensión social-, destinados a la protección de valores o bienes jurídicos que afectan de modo más directo al orden social. Si comparamos los primeros Capítulos del Título que nos ocupa con Capítulos más postreros como el destinado a los delitos contra la propiedad intelectual, industrial, el mercado o los consumidores, observamos que el sujeto perjudicado es básicamente individual en los primeros y colectivo en los segundos. Y es que cuando a uno o varios (léase grupo relativamente reducido de) ciudadanos se les priva de sus bienes, ya sea mediante hurto, robo o embuste, se perjudica (además de obviamente del ya tratado interés omnipresente del Estado en reprimir conductas consideradas socialmente graves) muy relativamente el orden social y económico, pudiendo considerarse incluso que no se resiente, a diferencia de lo que ocurre con los valores protegidos en el Capítulo XI aludido, donde el interés socioeconómico adquiere relevancia fundamental, y la jurisprudencia es pacífica al entender la trascendencia socioeconómica de estos valores [129] (ver no obstante más adelante la

[129] Así la Sentencia del TS de 6-5-1992, (R. 4314), que se transcribe parcialmente por relacionar dos de los conceptos que ahora interesan (propiedad industrial y derechos de los consumidores) establece que "El bien jurídico protegido por este delito (antiguo de defraudación de la propiedad industrial), lo mismo que en aquellos otros supuestos de figuras penales relativas a la Propiedad

manifestación en contra del Grupo Parlamentario mayoritario).

En virtud de la repetida doble denominación del Título que estudiamos debieran poder realizarse asimismo dos grandes grupos de capítulos, los cuales no pueden ser excluyentes entre sí, dada su interrelación. La característica diferenciadora vendría dada como antes hemos apuntado por la magnitud del número de perjudicados.

Existe un primer grupo compuesto por los diez primeros capítulos del Título que tienen características comunes y que les diferencian del resto (los cuatro últimos), lo que permite que el Capítulo X les establezca disposiciones comunes. Así establece la excusa absolutoria de

---

Industrial, se encuentra en la necesidad económico-social de intervención del Estado a fin de promocionar el fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico (preámbulo de la mencionada Ley de Patentes 11/1986), que exige favorecer la exclusividad, no sólo en la utilización de los inventos, sino también en el uso de los signos distintivos de la empresa, para permitir así la correspondiente ganancia mercantil a quienes invierten sus bienes en el hallazgo de sus productos o en la mejora de su calidad.

Ahora bien, ese favorecimiento de la exclusividad tiene un doble fundamento, pues, por un lado, se protegen los intereses de los consumidores [art. 51 de la CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y exposición de motivos de la referida Ley de Marcas, 32/1988], que de este modo ven favorecidas unas mejores posibilidades de asegurar la calidad deseada en las mercancías que adquieren, y, por otro lado, se beneficia a la empresa titular del derecho de propiedad industrial a quien se permite el goce de la correspondiente rentabilidad económica". En idéntico sentido que el de la propiedad industrial debemos referirnos respecto de la intelectual, por voluntad expresa del legislador de incluirla en el mismo capítulo que aquella. Asimismo, resulta obvio que el mercado, como bien protegido por el Capítulo que nos ocupa, adquiere evidente relevancia social, por ser el eje básico de nuestra economía (art. 38 Constitución) y por el potencial número de intervinientes que resultarían afectados.

responsabilidad penal a determinados parientes que cometan los delitos comprendidos en los nueve Capítulos anteriores, "siempre que no concurra violencia o intimidación", concurrencia que, por llevarla inherente, impide su aplicación y, por ello –al menos en principio-, la nota común imprimida por dicho Capítulo, a buena parte de los tipos del Capítulo II (Robos con violencia o intimidación en las personas), todo el Capítulo III (extorsión), parte del Capítulo IV (in fine, el robo de vehículos), y parte también del V (al inicio, la usurpación). Pero a pesar de no tener todos los tipos penales del primer grupo la nota común de la excusa absolutoria establecida en el Capítulo X, ello no obsta para apreciarles otra nota común, antes mencionada, de la escasa trascendencia social de dichos delitos atendido el número de perjudicados, individualmente considerados por la ley, a diferencia de los comprendidos en los cuatro últimos capítulos del Título XIII. A esta misma conclusión se llega si retomamos el capítulo 268.1 que establece precisamente la excusa absolutoria "por los delitos **patrimoniales**", lo que demuestra a mi juicio claramente el bien protegido común por el legislador en los nueve capítulos anteriores [130].

- [130] Véase a Torío López (en "Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal. Reforma del sistema penal", ed. Fernández Albor, Estudios penales y criminológicos, tomo V, Santiago de Compostela 1982, p. 115) cuando en el ámbito de la estafa de crédito y en el concreto abuso de letras de cambio, considera que "no son realmente delitos contra el orden socioeconómico sino delitos contra el patrimonio".

Finalmente y dentro ya del segundo de los grupos referidos, los Capítulos XI al XIII tienen denominación con inherente carga social relacionada con el prejuicio patrimonial [131], incorporando incluso aquella raíz terminológica en estos dos últimos capítulos.

La denominación del Capítulo XIV, último del Título y dedicado a la receptación y conductas afines, pudiera parecer a primera vista no responder a la tutela de bienes jurídicos en los que pese determinantemente el orden socioeconómico desde el punto de vista del número de sujetos afectados. Pero aprovechar los efectos económicos del delito contra la propiedad o el orden socioeconómico (que se extiende a mayor abundamiento incluso a los bienes relacionados con delitos contra la salud pública -art. 301-) deviene a juicio del legislador con su ubicación junto con los delitos que atacan el orden socioeconómico, un delito contra dicho bien jurídico [132]. Así queda reflejado (nos referimos a su ubicación sistemática) en el texto definitivo que refrenda la posición del Grupo Parlamentario mayoritario cuando defiende [133] que "el hecho de que la receptación tenga en este proyecto de Código un carácter

---

[131] Sin contenido.

[132] El Sr. López Garrido por el Grupo IU-IC entiende asimismo que el orden socioeconómico tiene categoría de bien jurídico ("Se trata nada menos que de la protección del bien jurídico, que se denomina, quizás no con todo acierto, pero no es fácil encontrar alternativas en el Proyecto, el Orden Socio-económico"). V. Diario de sesiones (Pleno) de 29-6-1995, n° 160, p. 8514.

[133] Pleno del Congreso, Diario de 29-6-1995, n° 160, p.8525. Se trata de una réplica al Sr. Varela.

absolutamente autónomo, de delito autónomo, donde, efectivamente, el punto de partida es el tradicional delito de encubrimiento con ánimo de lucro y la vieja concepción de receptación, que ya tenga ese carácter de delito autónomo que pertenece más bien al orden de los delitos contra el orden socioeconómico, porque atenta fundamentalmente contra el interés general, más que contra intereses patrimoniales estrictamente concretos e individuales".

BIBLIOTECA VIRTUAL

1.2.- Reubicación de antiguas defraudaciones en otros capítulos del mismo Título como pista sobre la voluntad del legislador acerca de la ubicación sistemática del Bien protegido.

Las defraudaciones genéricamente consideradas están recogidas bajo un mismo Capítulo del Código Penal de 1995, esto es, el Sexto del Título XIII de su Libro II.

También se recogían las Defraudaciones en un Capítulo en el Código de 1973 (el IV del mismo Título y Libro), pero allí este Capítulo contenía además dos secciones desgajadas del que aloja las Defraudaciones en el Código actual, a saber, la que trataba "De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial" y la "Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles".

Estas dos secciones continúan sin embargo en el mismo Título -que ha cambiado la rúbrica de la "propiedad" por la

del "patrimonio y el orden socioeconómico"-, lo que corrobora la consideración de que el Título agrupa sistemáticamente a los delitos atentatorios de bienes jurídicos de la misma naturaleza -recuérdese, al tratar de la reincidencia, la voluntad en este sentido de los principales Grupos Parlamentarios-. Y es que si el legislador no lo hubiera entendido también así, no tendría luego sentido la movilidad de dichas figuras tan cercanas entre sí en Capítulos diferentes, esto es, si el Título no ejerciera dicha función cohesionadora.

1.3.- La voluntad de parte del legislador.

Ya dijimos al tratar de la reincidencia en relación con el bien jurídico protegido -y lo decíamos allí porque fue en aquella sede y discusión donde se exteriorizaron las manifestaciones que ahora nos sirven en este diferente apartado- que los dos principales Grupos Parlamentarios expresaron la relación entre Título y similar naturaleza de los delitos que lo componen. Allí vimos que si uno de ellos estimaba redundante los conceptos de Título y de naturaleza similar, el otro recuerda que hay distintos capítulos que conforman un sólo título, con delitos de naturaleza similar, citando como ejemplos los relativos a la libertad sexual y los de medio ambiente, acabando con un "etcétera" que lamentablemente no nos da la certeza acerca de si dicho

Grupo (que además era el mayoritario) entendía lo propio respecto de los delitos contenidos en el Título XIII.

Un atisbo de luz en este punto nos lo puede dar el hecho de que entre los ejemplos citados por dicho Grupo Parlamentario se halla la alusión al medio ambiente, el cual, como ocurre con los delitos contra el patrimonio, se encuentra recogido en un Título con denominación compartida, con lo que puede ayudarnos esta similar situación en nuestro intento. Así, podemos deducir, aprovechando esta situación parecida, que los delitos contra el patrimonio tienen naturaleza similar y protegen por tanto a un bien o bienes protegidos similares, resultando obligado entender que protegen sólo el patrimonio y no el orden socioeconómico, de igual forma que los delitos contra el medio ambiente protegen este bien jurídico y no los restantes incluidos en la denominación del título que comparten, esto es, los delitos contra el patrimonio histórico y los contrarios a la ordenación del territorio.

El Grupo Parlamentario Popular [134] criticó la denominación del Título que nos ocupa por entender que "la denominación del título es absolutamente incompleta (...) Es indudable que cuando hablamos de patrimonio estamos pensando en algo que puede ser valorable, de alguna manera perfectamente valorable y que se puede cuantificar en dinero. Pero es que aquí se están estudiando dos delitos,

[134] Sr. Varela Pérez. Diario de sesiones (Pleno n° 160,

como son el robo y el hurto, que atentan contra la propiedad y que no tienen por qué tener nada que ver con el patrimonio. (...) El título es incompleto porque debía haber una referencia clara a la propiedad, y se propone como enmienda que el Título XII (ahora título XIII) lleve por denominación: delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico". No vamos a entrar a valorar la fundamentación de esta pretendida enmienda, no sólo porque resulta difícil establecer una diferencia conceptual tan importante entre patrimonio y propiedad que justifique la modificación pretendida [135], sino porque se trata de una enmienda rechazada y por tanto no aprobada ni reflejada en el texto definitivo, con lo que su análisis carece definitivamente de sentido. Sí es importante no obstante la anterior transcripción para introducir la respuesta a la misma dada por el Grupo Parlamentario mayoritario para el mantenimiento de la denominación que finalmente fue aprobada por el texto definitivo (y, por este motivo, de necesario detenimiento).

---

de 29-6-1995).

[135] Ver no obstante el artículo de J.A. Choclán Montalvo en Actualidad Jurídica Arazadi nº 335, "Acerca de la mal llamada 'apropiación indebida' de dinero" cuando defiende -a mi juicio inexplicablemente- que el actual art. 252 "alberga dos delitos independientes de diferente naturaleza: el delito de apropiación indebida consistente en la apropiación de una cosa mueble con los requisitos señalados más arriba (delito contra la propiedad); de otro lado, un delito de infidelidad en la administración de un patrimonio ajeno, en su modalidad de distracción del dinero respecto del fin legal o contractualmente impuesto (delito contra el patrimonio)".

Manifiesta este Grupo Parlamentario [136] que "lo más importante en este título y por eso creo que la rúbrica es correcta, frente a las notas que he tomado de la intervención del portavoz del Grupo Popular, se supera la confrontación que ha existido siempre en la mentalidad fundamentalmente individualista de los códigos del siglo XIX entre los bienes individuales estrictamente patrimoniales y los bienes colectivos que afectan al interés general.

Este título, la opción de política criminal que se contiene en el Código, y concretamente, como digo, en este título (sic), parten de la idea de que cualquiera de las conductas, tanto las que atacan a bienes patrimoniales individuales o a propiedad individual como a bienes colectivos, ofenden simultáneamente a ambos, al interés patrimonial y al interés general, y por eso es no sólo la modificación de la concepción del contenido del propio título, sino también a la rúbrica del mismo. Por tanto que la rúbrica diga que se refiere al patrimonio y al orden socioeconómico nos parece correcto, porque es un poco el reflejo de esa nueva concepción que, por supuesto, protege absolutamente la propiedad individual y también la propiedad colectiva, pero que hace más plástica cuál es la concepción de este Título XII (en el texto definitivo, el XIII) contra el orden socioeconómico".

[136] Sr. Mohedano Fuertes, por el Grupo Socialista.

Las anteriores manifestaciones abundan la relación entre el interés particular y el general como protegidos ambos por el Título que estamos estudiando y que justifica la interpretación del hurto y el robo también atentatorios contra este último interés. Obsérvese no obstante que, a pesar de reiterar que la lesión al patrimonio lesiona a su vez el interés general, dicho Grupo Parlamentario se expresa también –y aunque sea para expresar la superación de la confrontación entre ellos- en términos de "bienes estrictamente patrimoniales" y "interés patrimonial" (patrimonial, en vez de individual) frente al interés general, lo que redunda en la separabilidad de dichos intereses, asimilando, al menos y en virtud de las anteriores expresiones, el interés patrimonial al individual, frente al general.

Finalmente debemos relativizar la referida ofensa simultánea a ambos intereses si tenemos en cuenta que simultáneo, aunque signifique "al mismo tiempo", no significa de igual intensidad, con lo que permite mantener la prevalencia de un bien jurídico sobre otro (el patrimonio sobre el orden socioeconómico) como bien esencialmente protegido [137] (en cualquier caso siempre

[137] El mismo Grupo Parlamentario defiende esta categoría de "bien esencialmente protegido" al defender, frente a una enmienda rechazada (que ahora no viene al caso) y por tanto reflejada la postura que ahora se transcribe en el texto definitivo (v. diario nº 160, p. 8518), que " La ubicación sistemática tanto en el capítulo del delito contra incendios como en el título de los delitos contra las administraciones públicas nos parece correcta, porque hace referencia al bien que esencialmente se protege". Entiendo no obstante que

existirá además, por manifiesta inherencia, un interés público y general frente a cualquier delito en tanto que merecedor de reproche penal), relativización que crece aún más si tenemos en cuenta que las manifestaciones transcritas son contestación a la pretensión opositora antes citada.

Con las anteriores reflexiones podemos llegar a la separabilidad de ambos grupos de bienes protegidos en el Título XIII del Libro II a fin de que nos sirva de Norte saber cuál es el bien jurídico al que debemos guardar tributo en virtud de la información contenida en su título (léase denominación o rúbrica del Título), dando por buena la separación inicial de los dos grupos de bienes jurídicos protegidos.

Pero esta estrella se apaga si tenemos en cuenta que sólo es manifestación de una parte del Legislador que además no alcanzaba la mayoría parlamentaria necesaria para que su decisión, en el hipotético caso de promulgarse en forma, alcanzara el requisito de rango legal propio del Código Penal de 1995, esto es, el de Ley Orgánica, quedando con esto aún más relativizada la vislumbre interpretativa que nos ocupa. Como colofón a la voluntad parcial del legislador que estamos tratando en su vertiente más desorientadora, tenemos que el mismo Grupo mayoritario afirma, refiriéndose al Capítulo XI del Título XIII, que

---

debería erradicarse esta concepción en tanto que mantiene la pluralidad de bienes protegidos y por ende impide la concreción a uno sólo de ellos, que sería a mi juicio lo

"todos los delitos que vamos a ver en este Capítulo tienen un carácter esencialmente patrimonial" [138], lo que puede perfectamente contradecir las conclusiones a las que hemos llegado -ver más abajo el apartado dedicado a otra lectura diferente del bien jurídico protegido por el Título XIII- y la interpretación lógico-sistemática a la que a continuación me refiero.

A ello hay que añadir otro hecho determinante, cual es que **las denominaciones de los Títulos que componen sistemáticamente los Libros del Código no son tipos penales** y por tanto no son articulado aplicable, aunque puedan llegar a tener el mismo valor interpretativo que el preámbulo o exposición de motivos.

Lo que sucede es que el exiguo enunciado que nos ocupa no da de sí para más interpretaciones, siendo necesario como hemos visto acudir a elementos externos al mismo para relacionar el bien jurídico protegido por el Título con su desarrollo sistemático inferior.

En esta línea y finalmente, cabe acudir al Título II del Libro III del Código -Faltas contra el Patrimonio- para poder realizar una nueva exégesis en términos comparativos. En dicho Título se penalizan las conductas correspondientes a delitos comprendidos, total o parcialmente, en los Capítulos I (hurto), IV (robo y hurto de vehículos), V (alteración de lindes o mojones), VI (estafa, apropiación,

---

deseable.

[138] Diario de Sesiones de 5-6-1995, n° 511, p. 15564 in

defraudación de fluidos o en terminales de telecomunicación), y IX (daños), del Título XIII del Libro II, siendo éstos por perjuicio superior a las cincuenta mil pesetas, y los homólogos -y homónimos- contenidos en aquél Título, los que no sobrepasan esta cantidad.

Y quedan fuera del mismo las conductas en que, aún atentando (por el momento sólo supuestamente) contra el patrimonio no se tiene en cuenta el perjuicio causado a efectos de su diferenciación penológico-sistemática (delito-falta), esto es, los delitos de robo (Cap. II), extorsión (Cap. III), usurpación de inmuebles (Cap. V), las insolvencias punibles (Cap. VII), y la alteración de precios en concursos y subastas públicas (Cap. VIII). Con independencia de la consideración delictiva de estas últimas conductas sin atender al perjuicio económico causado, cabe preguntarse de nuevo si las mismas protegen o no protegen exclusivamente bien el patrimonio, bien el orden socioeconómico, o bien los dos. Pero eso es algo que el legislador no dice ni tampoco puede inferirse, pues, con certeza, lo que denota una vez más la dificultad de establecer el bien jurídico protegido para los mismos a nivel de Título sistemático.

Por suerte para el objeto de este estudio no ocurre lo mismo con los delitos contenidos en el Capítulo VI del Título XIII, De las Defraudaciones, puesto que ya hemos visto, con la inclusión de todas y cada una de las figuras

---

fine.

delictivas que lo componen en el Título que en las Faltas protegen exclusivamente al Patrimonio -y esta intención sí cabe atribuírsela a todo el Legislativo-, la estafa se inscribe exclusivamente en los delitos contra el patrimonio, al margen de cualquier protección expresa del orden socioeconómico [139] que puedan tener otros delitos instalados en capítulos del mismo Título.

1.4.- Delitos contra el patrimonio privado.

Si situamos la pertenencia de las defraudaciones, y con ellas a la estafa, en el primero de los enunciados de la denominación del Título, podemos centrarnos ya en el Patrimonio como bien jurídico protegido.

Ya referimos antes que Patrimonio según el diccionario oficial significa bienes propios, significando este adjetivo "Perteneciente a uno que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello", con lo que perfilando el primer concepto de acuerdo con la línea de la Real Academia podemos definirlo como bienes que pertenecen a alguien, bienes que tienen dueño.

Este ejercicio semántico pudiera parecer superfluo, pero adelantemos ya ahora que no lo es en absoluto si se

[139] No se trata de una exclusión estanca, ya que es obvio que, existiendo perjuicio económico de talante delictivo, esto es, reprochable socialmente, no puede excluirse el atentado socioeconómico del fraude penal, pero nunca, tras lo que resulta de las reflexiones del texto principal, con la categoría de bien jurídico protegido (a pesar de que no podamos añadir a este último término, aunque nos gustaría, la

tiene en cuenta que existen ciertos tipos penales (un delito y una falta) que sancionan la apropiación de cosa perdida o la de dueño desconocido, y tanto por lo que deba entenderse por "perdida" como por la dificultad de saber a priori si la cosa tiene dueño o no, aunque éste se desconozca [140], puede resultar luego dudosa su punición desde la óptica del bien jurídico protegido por la rúbrica del Título.

Otra cuestión a tener en cuenta es la clase o especie de patrimonio que protege el repetido Título.

En este sentido, si volvemos de nuevo al Título II del Libro III -de las Faltas contra el Patrimonio- observamos que, además de los delitos comprendidos también en el Título XIII, existen conductas tipificadas como delitos en otro Título diferente a los dos anteriores. Es el caso de las defraudaciones a la Hacienda o a los presupuestos de las Comunidades de los artículos 627 y 628 CP, contenidos como delitos en el Título XIV (art. 305.3 y 306) [141].

---

coletilla "protegido expresamente por la ley").

[140] Piénsese en si el legislador ha querido penalizar acciones como una recogida de setas en un monte ajeno del que no se sabe quien es el dueño. Recuérdese que esta apropiación no requiere perjuicio, con lo que si no se tuviera en cuenta la rúbrica del Título resultaría difícil establecer el bien jurídico protegido.

[141] A efectos de pura dialéctica, obsérvese que no existe penalización como falta de las defraudaciones "menores" sobre el patrimonio de la Hacienda estatal, a diferencia de lo que ocurre respecto de la Comunitaria, con lo que realizando las conversiones monetarias pertinentes se observa el diferente trato criminalizador del legislador español según se defraude a una u otra hacienda, siendo extensible lo anterior respecto de la defraudación a los presupuestos u obtención indebida de

Desde esta óptica no cabe duda de que la protección del patrimonio genéricamente considerado -y de esta naturaleza es el denominado por los títulos XIII del Libro II y II del Libro III, ya que su rúbrica no lo especifica- comprende también el patrimonio público y no sólo el privado, y así sucede en el Código vigente respecto de las faltas y en principio también respecto de los delitos, ya que los titulares del patrimonio público responden a la denominación de "otro", como persona diferente de la del autor, y asimismo son susceptibles de ser dueños del patrimonio ajeno como objetivo delictivo.

Aunque mayoritariamente pueda entenderse que es voluntad del legislador proteger el Erario Público, en su dimensión patrimonial, mediante los tipos contenidos en el Título XIV del Libro II CP [142], no puede descartarse la protección del patrimonio de titularidad pública por los tipos comprendidos en el Título puesto que los mismos no lo excluyen, a pesar de que los comprendidos en el Título XIV

---

fondos. Véase en este punto a D. López Garrido y M. García Arán, ob. cit., p. 149, que refieren el Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades, pactado en el marco de la Unión Europea, y que establece la necesidad de equiparar la protección de la Hacienda Comunitaria con la de cada país miembro.

[142] Ver D. López Garrido y M. García Arán, ob. cit., p. 148 in fine. Asimismo aseveran que "el predominante contenido patrimonial de estos delitos no obliga a trasladar aquí (Título XIV) mecánicamente las dinámicas comisivas propias de los delitos contra el patrimonio individual, puesto que nos encontramos ante un patrimonio distinto –esto es, público-" , denominación aquella que resulta clarificadora sobre la clase de patrimonio protegido en el Título XIII al parecer de dichos autores.

penalicen especialmente el atentado contra el patrimonio público en opinión de una mayoría.

Este punto es importante si caemos en la cuenta del problema que va a plantearse sobre el tipo penal del Título a aplicar, y en definitiva, para saber si estamos ante un concurso de leyes o de delitos. Si estuviéramos ante la primera clase de concurso no habría problema alguno, puesto que primaría el principio de especialidad conforme al art. 8 CP. Pero este mismo artículo subordina el concurso de leyes al de delitos, regulado este último en los artículos 73 a 77 CP [143]. Así, si consideramos que el Título sistemático contiene el bien jurídico máximo homologable -que ya hemos visto lo dudoso de que todos los tipos en él contenidos puedan ser homogéneos o de la misma naturaleza, lo que aumenta exponencialmente la certeza de no estar ante bienes homogéneos si el Título es diferente-, resultará que una defraudación realizada en perjuicio de la Hacienda Pública va a constituir una acción pluriofensiva, de ataque

[143] Pude considerarse, a primera vista y sin ánimo de entrar en el análisis de ambas figuras concursales, que representa poco tino del legislador el hecho de primar el concurso de leyes al de delitos cuando, de establecer alguna prelación entre ambos en aras de la seguridad jurídica, hubiera sido preferible la prevalencia inversa. No en vano en la discusión parlamentaria de este polémico artículo el Grupo Parlamentario Mixto-ERC (Pilar Rahola) propuso suprimirlo en base a que "la remisión a los artículos 74 a 78 (regulación del concurso de delitos) no es correcta, puesto que obliga a analizar el concurso de delitos antes que el concurso de leyes. En definitiva, se invierte el orden de aplicación de los criterios de resolución del concurso" (Justificación de la enmienda n° 167 de Grupo Mixto.ERC). Véase por lo demás el apartado 4 del Capítulo III de la Parte II ("La preferencia del concurso de delitos al concurso de normas en el nuevo Código penal").

a diferentes bienes jurídicos, y encuadrable por tanto en el artículo 77.1 CP al constituir este hecho dos infracciones [144], con la inevitable consecuencia penológica establecida en el mismo artículo. Aunque en el anterior Código también se encontraban en diferentes Títulos las defraudaciones en general y las realizadas sobre la Hacienda Pública, no ocurría lo mismo con la prelación del concurso de delitos sobre el de normas, ya que es ésta una regulación novedosa en el Código de 1995. Una solución legislativa al problema pudiera haber sido la ubicación de las defraudaciones al Erario Público dentro del mismo Título que las generales, aunque sospecho que, al no ser el único problema causado por la novedosa prelación citada, lo más sensato sería replantearse aquél artículo de la Parte General en vez de ir retocando cada uno de sus resultados en la Parte Especial.

Ciertamente que el anterior supuesto deberá tratarse no obstante como cualquier concurso de delitos en nuestro vigente Código, y se menciona únicamente a efectos de dejar constancia de la problemática añadida por la identidad parcial del bien jurídico protegido por los distintos Títulos referidos en relación a la prelación concursal establecida por aquel precepto. Y ello sólo a los efectos

[144] Imprescindible será saber qué debe entenderse por infracciones (cualquier tipo, sólo el tipo básico, etc., ya que el diccionario oficial define infracción simplemente como transgresión de ley), aunque en base al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, reconocido por todos en la forma que ya se ha tratado más arriba -salvo expresamente por la propia ley-, cabe ensamblar infracción y

que ahora interesan, esto es, de establecer el bien jurídico protegido por el Título sistemático.

Respecto de los tipos del Título XVI que protegen el patrimonio histórico, aunque teóricamente serían igualmente susceptibles de padecer la misma problemática cuando aquellos se realizaran de tal manera que pudiera integrarse además alguno de los tipos de este Título que protegen genéricamente el patrimonio, entiendo que en la práctica la misma no se daría, debido tres razones. La primera obedece a la propia limitación de la acción de los tipos del Título XVI -reducidos al derribo o alteración de edificios y daños-. La segunda reside en que no existe acción similar en los del Título XIII, y, en fin, la tercera, en que, respecto de los daños, el propio artículo 263 se configura como subsidiario de los daños en propiedad ajena de los otros Títulos del Código.

En cualquier caso, volviendo a la clase de patrimonio protegido por nuestro Título sistemático, y a la vista de la protección del patrimonio público en los Títulos XIV y XV, y soslayando la importante problemática recién apuntada, deberemos entender que la intención del legislador ha sido la de proteger con el Título XIII sólo el patrimonio privado, conclusión que se aproxima a la interpretación dada por López Garrido [145] -si es que la

---

lesión de bien jurídico.

[145] Ob. cit., p. 129. Se cita expresamente este autor dada su condición de partícipe de excepción –directo-, que además se ha pronunciado al respecto.

interpreto correctamente-, aunque no es coincidente en su totalidad, en la medida en que no coincidan los términos "individual" y "privado". En este sentido es de remarcar que, aunque privado puede significar individual en el sentido de "particular y personal de cada uno" –véase el diccionario-, es un término que trasciende a la pura individualidad para situarle en un grupo reducido de personas, de tal manera que, también con el diccionario oficial, "privado" significa aquello "que se ejecuta a la vista de pocos". Es por ello que entiendo que "privado", a diferencia de "individual", contempla a ese grupo reducido de personas cuyo patrimonio puede verse lesionado con los delitos del Título XIII, especialmente sus primeros capítulos, frente a los del Título XIV que protege el patrimonio público [146].

1.5.- Otra posible lectura.

Entiendo que a pesar de ser perfectamente posibles las conclusiones en torno al bien o a la clase de bienes jurídicos protegidos por el Título XIII de la parte

[146] Podría incluso hacerse una aproximación –y sólo aproximación, dadas las dificultades de encajar todas las piezas en su sistemática, de ahí que esto se diga en sede anotada- de la naturaleza del perjudicado por el delito en base a recorrer tres estadios diferentes, paralelo al número de perjudicados de menor a mayor, principiando así por los delitos de los nueve primeros capítulos del Título XIII, siguiendo luego por los de los restantes capítulos del Título para, finalmente, acudir al Título XIV para proteger el patrimonio de "todos" (o sea, el número mayor de perjudicados posible).

especial del Código de 1995, sería igualmente posible otra conclusión derivada de las manifestaciones del Grupo mayoritario, que en las discusiones parlamentarias se encuadró en la defensa del Proyecto de Código Penal y que se deducen de sus intervenciones directas en Comisiones o en Pleno, transcritas básicamente más arriba. Y es que es posible entender que el Título XIII protege ambos bienes jurídicos a la vez (recuérdese que se emplea el término "simultáneamente") pero además con la misma intensidad a modo de 'tanto monta monta tanto' y que la integración sin fisuras de la rúbrica del Título que en las faltas sólo protege el patrimonio puede venir dada, en interpretación libre e in extremis, por entender que el legislador, y a diferencia de lo que ocurre con los delitos, no considera que las faltas contra la propiedad vulneren el orden socioeconómico ni alcance a las mismas la concepción moderna de la propiedad, dejando para las infracciones menores la concepción decimonónica de la propiedad (ahora ya en palabras de dicho grupo parlamentario mayoritario).

Lo que relega nuestros intentos investigadores sobre el bien o bienes jurídicos protegidos por el Título que nos ocupa a no más que dar **palos de ciego**.

2.- El bien protegido en el Capítulo de las Defraudaciones (aportación de acción y de modo).

El Capítulo VI consta en el nuevo texto de tres Secciones: la primera dedicada a las Estafas, la segunda a la Apropiación indebida, y la tercera a las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.

El Capítulo de las Defraudaciones del Proyecto de Código presentado al Parlamento contenía en su redacción original cuatro de las cinco secciones del Código sustituido, manteniéndose en él la infracción de los derechos de la Propiedad intelectual y quedando sólo segregado en Capítulo aparte la partida correspondiente a las insolvencias punibles.

La sección dedicada a la infracción de la propiedad intelectual (antes denominada del derecho de autor) fue resituada en trámite de Comisiones del Congreso en virtud de dos enmiendas del Grupo parlamentario catalán con motivo de su mejora sistemática [147] y, según el texto de la justificación, porque "no tiene sentido que las infracciones relativas a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores sean objeto de un Capítulo propio, mientras que las infracciones de la propiedad intelectual figuren en otro capítulo distinto, entre las estafas, etc.". Entre las razones alegadas por los demás

[147] La 1137 y 1138.

grupos que hicieron posible la incorporación de esta enmienda al texto definitivo están las alegadas por el Grupo Socialista [148], de las que cabe destacar la que entiende erróneo considerar la infracción de los derechos de la propiedad intelectual como una forma de defraudación "ya que estos tipos penales no se fundamentan en la confianza del sujeto pasivo", lo que a sensu contrario debe llevarnos a interpretar que **para esta parte de legislador que representa dicho Grupo** (mayoritario aunque sin la mayoría que requiere el rango normativo de Ley Orgánica que es el Código Penal), **el bien protegido en el Capítulo VI del Título XIII de la Parte especial de nuestro Código Penal es "la confianza del sujeto pasivo"**.

En línea con lo anterior y a mayor abundamiento, según definición del diccionario oficial [149] Defraudar significa "**Privar** a uno, **con** abuso de **su confianza o** con **infidelidad** de las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho".

Con lo que a falta de mayor indicación del legislador podemos concluir que el bien jurídico que se intenta

---

[148] Diario de sesiones (Comisiones) de 5-6-1995, ps. 15564 y 15565. En estas páginas se denuncia además "la carencia de una idea sistemática aceptable sobre este tipo de delitos".

[149] Los debates parlamentarios de elaboración del Código de 1995 están obviamente repletos de alusiones a lo que define el Diccionario de la Real Academia sobre los diferentes conceptos y términos recogidos en los tipos penales. En este sentido manifiesta el Sr.López Garrido (IU-IC) que "hay que felicitarse de que la Ponencia haya solicitado a la Real Academia de la Lengua un dictamen sobre lenguaje en este Código Penal" (Diario de sesiones de 10-5-1995, p. 14884).

proteger con los tipos penales contenidos en el Capítulo VI del Título XIII del Libro II del Código Penal de 1995 es la confianza del sujeto pasivo (y la correlativa fidelidad del sujeto agente) en el mantenimiento de lo que pertoca en derecho.

Este bien protegido lo corroboran expresamente algunas de las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que, aunque enjuiciando casos bajo la vigencia del Código de 1973, son perfectamente válidas atendida la similitud con éstos de aquellos Título y Capítulo sistemáticos. Así, la sentencia de 25-5-1981 (R. 2276), habla de "perjuicio patrimonial con abuso de confianza", en lo que podemos considerar un ejercicio de concreción en orden a la integración de Título y Capítulo en relación con el bien jurídico protegido por este último, y ello sin prejuzgar del bien protegido en los niveles inferiores -sección y tipo penal-.

Y puede hablarse no sólo de perjuicio patrimonial con abuso de confianza, sino que podría completarse esta definición y adecuarla conforme a la del Diccionario oficial para entender finalmente que el Capítulo VI, de las Defraudaciones, del Título XIII de la Parte Especial protege, desde el punto de vista sistemático, el patrimonio de la privación mediante abuso de confianza o infidelidad de las obligaciones contraídas.

3.- La Sección sistemática en relación con el bien jurídico protegido.

1.- Introducción: La aportación netamente modal de las Secciones del Capítulo De las Defraudaciones.

Si tenemos en cuenta las rúbricas de las secciones que lo forman, el Capítulo VI De las Defraudaciones se compone literalmente de estafas (en plural), apropiación indebida (en singular), y de defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.

A diferencia de lo que ocurre con otros términos jurídicos -como el de la propiedad ya visto anteriormente, en el que existe una definición del legislador, aunque sea en el ámbito civil y no en el penal- el legislador no define dos de las tres rúbricas que ahora nos interesan, haciéndolo a primera vista sólo con la estafa (art. 248 CP), aspecto que será tratado con mayor profundidad en el siguiente apartado.

Pero siguiendo no obstante en la esfera de las definiciones, el diccionario oficial determina que la acción de estafar significa "Pedir o sacar dineros o cosas de valor con artificios o engaños, y con ánimo de no pagar", lo que completa con una segunda voz especificándola al ámbito forense, estableciendo que estafar es asimismo

"Cometer alguno de los delitos que se caracterizan por el lucro como fin y el engaño o abuso de confianza como medio".

La primera de estas definiciones de la Real Academia de la Lengua es ciertamente una voz perteneciente a la cultura general que, no obstante ya engloba el concepto de engaño, nuclear en la definición legal de la estafa, con similitud "grosso modo" con la definición del legislador (vide infra).

Pero la segunda definición es significativa en lo que ahora nos interesa por dos razones: Por asignarla la Autoridad lingüística al ámbito forense, y dentro del mismo al ámbito penal, ya que está hablando de comisión de delitos, y porque además nos está dando una interpretación del título (en minúsculas) de la rúbrica de la sección primera del Capítulo VI de las Defraudaciones, cuya interpretación no es en absoluto desdeñable atendida la voluntad del legislador de adecuar el lenguaje del Código penal con el estándar que habla el ciudadano normal (véase supra, última nota).

Por lo que respecta a la segunda de las secciones, "Apropiar" significa para la Real Academia de la Lengua "Tomar para sí una cosa, haciéndose dueño de ella". E "indebido" significa para la misma fuente "ilícito, injusto y falto de equidad" [150].

---

[150] Existiendo asimismo una voz especial forense relativa a dicho adjetivo, que es el cobro de lo indebido y que significa "Cuasi contrato que obliga a la devolución de pagos

La rúbrica de la sección segunda no presenta problemas a la hora de determinar su contenido si nos atenemos a la anterior definición, siendo la que aquí se adopta, es decir, la de entender, pecando de repetición, que los delitos contenidos en dicha sección se caracterizan por tomar el agente para sí una cosa, haciéndose dueño de ella de forma ilícita, injusta y falta de equidad.

Sí puede plantear en cambio mayores problemas la rúbrica de la sección tercera a efectos de determinar la protección común que brindan los tipos alojados en la misma. Se mantiene la misma denominación que en el código derogado, esto es, "De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas", llamando la atención el hecho de que se utilice la misma terminología dada para el Capítulo, hecho que puede denotar, a diferencia de las otras secciones, falta de nombre propio (dicho sea este adjetivo en el sentido gramático de propiedad) en la medida que ha de recurrir a la denominación del Capítulo, pero que también puede dar a entender lo contrario y acoger como rúbrica el tipo más característico de la misma, al igual que ocurre –o al menos puede interpretarse así- respecto de las otras dos secciones. Esto último era perfectamente predicable a mi juicio en el anterior Código, donde sólo existía un tipo penal caracterizado por el verbo defraudar (antiguo art. 536) o sus efectos (arts. 537 y 538), pero el Código actual integra la sección que nos ocupa, además del

---

hechos por error o sin causa", aspecto al que haremos

artículo 255, equivalente a los efectos que estamos diciendo al anterior art. 536, con otro artículo, el 256, que no se caracteriza de modo expreso por la defraudación.

En esta tercera sección el denominador común se encuentra en el objeto de la defraudación, como se desprende fácilmente por su enunciado (fluido eléctrico y análogos). Pero por la naturaleza de lo defraudado, ese objeto que sirve para identificar la sección tercera es perfectamente susceptible de serlo de las estafas o de la apropiación, ya que el fluido eléctrico o análogo también es un elemento patrimonial y susceptible por tanto del acto de disposición de la estafa o como de apropiación.

Y si en las dos secciones precedentes podríamos decir que se rubrica por el modo de cometer las defraudaciones (estafando en la primera, apropiándose en la segunda), matizando o modificando precisamente en este sentido el bien jurídico protegido, en la sección presente la rúbrica apuntando expresamente al objeto en vez de al modo defraudatorio podría empañar la visión que defendemos en este apartado –aportación modal de la sección al bien protegido- (además de la coherencia de conjunto de las tres dentro del Capítulo que juntas integran).

Pero si observamos someramente su articulado observamos, al menos para el artículo que guarda relación más directa con la rúbrica de la misma, vemos que sólo es posible la comisión delictiva si ésta se realiza a través

---

referencia más adelante.

de unos determinados medios, con lo que el matiz modal de las tres secciones que nos ocupan, como aportación al bien jurídico protegido, adquiere fuerza de nuevo.

Asimismo debemos observar también que la defraudación por medio de telecomunicaciones está presente en todos (los dos) artículos que componen la sección tercera. Lo está en el artículo 255 en plano de igualdad con el fluido eléctrico y el resto de elementos, energías o fluidos, y lo está también en el artículo 256 en lo que supone indudablemente una dedicación especial del legislador a este medio de defraudación, con lo que la pregunta que se nos viene encima es la de que, si ya está recogida esta defraudación en el primer artículo, qué demonios hace en el segundo, pregunta a la que se intentará dar respuesta al tratar de los tipos en concreto, pero que ahora y a efectos de denominador común, debemos decir que en ambos artículos existe un mismo modo comisivo, esto es, el de la clandestinidad, expuesta expresamente en la relación de medios del primero de los artículos, establecidos como requisitos necesarios (los cuales se reducen lógicamente al último de ellos que hace las veces de cláusula general que puede sustituir perfectamente a las precedentes), y deducible sin más complicaciones -ahora en el segundo artículo- del empleo instrumental sin consentimiento de su titular, es decir, también clandestinamente.

En conclusión, pues, de las anteriores reflexiones, podemos decir que existe peculiaridad en las rúbricas -y en

relación de éstas con su contenido- de las secciones que componen el Capítulo VI en relación con el bien jurídico penalmente protegido, y que esta peculiaridad consiste en el **medio empleado** en la defraudación, que en la sección primera consiste en la falsedad, en la segunda consiste en el incumplimiento obligacional (contractual, extracontractual, o social), y en la tercera, en la clandestinidad.

3.2.- La Sección primera "De las estafas".

El legislador ha optado por mantener la rúbrica de la sección en voz plural ("las estafas"), de lo que se infiere que se refiere a todos los tipos contenidos en ella. Es obvio, pues, que la sección primera contiene diferentes delitos que, conforme a las definiciones apuntadas más arriba, atacan a las "cosas de valor con artificios o engaños, y con ánimo de no pagar", "delitos que se caracterizan por el lucro como fin y el engaño o abuso como medio".

Lo que ocurre es que en esa misma sección, y al inicio de ella e inmediatamente después de leer su rúbrica, el artículo 248 nos da la definición de lo que considera la ley penal como estafa, y que contiene los cinco elementos que son de ver en el citado artículo (vide infra en el siguiente capítulo).

La existencia de esta definición contenida en el articulado, aparte de su bondad respecto a la siempre deseable –y aquí conseguida- definición de los delitos, resulta que aquí, paradójicamente, aporta confusión respecto de los otros delitos alojados bajo la misma rúbrica por el hecho de su coexistencia bajo la misma denominación o rúbrica seccional. Y esa confusión consiste en la puesta en duda de si, a los tipos penales situados fuera de la influencia de la estafa definida en el art. 248 y regulada en los arts. 249 y 250 CP, es decir los del art. 251 CP, les es de aplicación los elementos definidos en el concepto de estafa, puesto que los tipos del art. 251 también son estafas conforme a la repetida rúbrica [151].

Pero la exigencia a los tipos del art. 251 de los requisitos establecidos en la definición de estafa del art. 248 conllevaría que aquellos resultaran completamente inútiles e ineficaces, puesto que todos sus supuestos tendrían luego cabida en la estafa propia.

La absurdidad de este resultado obliga, pues, al planteamiento del significado de la rúbrica de la sección primera "De las estafas". Se trata de una distinción sobre

[151] En sentido afirmativo véase a Valle Muñiz, en "El delito de estafa", ob. cit. Véase también a Bajo Fernández / Pérez manzano en "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", ob. cit., ps. 264 y 265, cuando afirman que "A pesar de la rúbrica 'Las estafas y otros engaños' en realidad aquí no hay más delitos que los de la estafa, de modo que no existen otros engaños distintos a los de la estafa", aunque luego matizan esta afirmación y distinguen entre "estafas propias y estafas impropias, es decir, entre estafas que cumplen todos los requisitos de la definición legal (estafas propias) y aquellas que sólo cumplen los esenciales (impropias)".

la voluntad legal acerca de si la definición de la rúbrica tiene el significado penal contenido en el art. 248, o bien lo tiene simplemente de lenguaje estándar, cuestión que como se ha dicho no es baladí, sino que adquiere efervescencia a la hora de plantearse exigir a las estafas del art. 251 los mismos elementos que a la estafa propia, lo cual, lo repito en expresión recién utilizada, resulta absurdo por resultar luego tipos penales inútiles, con remisión a efectos de pena a la estafa propia en el anterior código y con pena similar en el vigente. Y ello a pesar de que una parte de la jurisprudencia ha defendido lo contrario. Así, la STS de 30-3-1996 (R. 2623), despues de afirmar que el antiguo art. 531 contempla una modalidad de estafa, establece que "es cierto e innegable que, conforme a los principios que informan el derecho penal, se debe exigir la concurrencia de todos los elementos requeridos por el artículo 528 del Código penal (actual art. 248) para que surja la estafa, es decir, engaño bastante, con poderío causal para ocasionar un perjuicio y obviamente proyectado hacia las especificidades que se contemplan en el artículo 531 (actual art. 251) del mismo cuerpo legal". Esta afirmación del Alto Tribunal, exigiendo lo que la letra del tipo no exigía, quizá fuera debida a que el anterior código utilizaba también la expresión "estafas" en plural al establecer la definición legal (antiguo art. 528), algo que no sucede en el Código vigente -el actual art. 248 habla de "estafa", en singular-. O pudiera estar debida igualmente a

la remisión a efectos penológicos a la estafa propia, algo que igualmente ha sido modificado por el Código de 1995, teniendo, pues, pena autónoma, por más que sea similar a la de la estafa propia.

Sería pues de esperar que estos cambios modifiquen el panorama jurisprudencial en el sentido de no exigir definitivamente a los tipos del artículo 251 los mismos requisitos de la estafa del art. 248 ([152]).

Pero a pesar de las modificaciones recién citadas operadas al respecto por el nuevo texto legal, queda aún un tercer aspecto distorsionador que desgraciadamente no ha sido modificado. En efecto, se mantiene el error de denominar "estafas" a toda la sección, compuesto por dos grupos de delitos –los que giran en torno a la estafa del art. 248, y los del art. 251-, pero haciendo coincidir el mismo "nomen iuris" al todo –sección- con una parte –estafa propia-, conllevando una retroalimentación de esta parte hacia el todo para ser proyectada a la otra parte –art. 251- con tipicidad diferenciada, pero que resulta

[152] Aunque no se presentan buenos los pronósticos en este sentido a juzgar por la línea inmovilista que mantiene la jurisprudencia menor una vez vigente el nuevo código. Así, la SAP de Toledo de 19-2-1997 (R. 198), en un o de los supuestos del actual art. 251, resuelve que "como segundo motivo del recurso se acusa violación del art. 531.2 del antiguo código penal por faltar los requisitos exigidos para la estafa específica de que trata el precepto (manejar como libre una cosa sabiendo que estaba gravada), motivo que también hay que desestimar, pues como acertadamente recoge el juez 'a quo' en su sentencia, se dan en el caso de autos, engaño, error que determina la adquisición, perjuicio y conocimiento del engaño que fundamentalmente coinciden con los que jurisprudencialmente se configuran como requisitos de la estafa de que se trata".

distorsionada por esa proyección, provocada, repito, por la rúbrica -en plural- cuya denominación está definida en singular para unos determinados delitos, pero no para todos ellos.

Que no están diseñados los delitos del art. 251 para tener que soportar los requisitos del tipo del art. 248 viene dado, además de la diferente tipicidad - lo que ya es por sí sólo definitivo y determinante-, es algo que resulta de la propia razón de ser de los tipos regulados en el primero. Piénsese por ejemplo la especial relación civil que puede resultar de la legislación hipotecaria, donde el perjudicado puede serlo bien el disponente –comprador- o bien el verdadero propietario, lo que se determinará por las reglas del art. 34 de la Ley Hipotecaria, que establece que la buena fe se presume y mantiene, a los que así han inscrito su derecho, en su adquisición, ocurriendo que en la estafa inmobiliaria, precisamente por el juego de la irreivindicabilidad del que inscribe de buena fe, resultaría frustrado el tipo de la estafa propia o al menos con serias posibilidades de ser burlado, siendo, pues, este uno de los motivos por los que a mi juicio se ha previsto un tipo específico para esta modalidad de defraudación.

Lo dicho hasta aquí, sin duda someramente, viene a cuento precisamente para poder discernir si la rúbrica de la sección debe interpretarse en el mismo sentido y definición que la que nos da la propia ley en el artículo 248, lo que, después de las anteriores reflexiones, deberá

obtener una respuesta negativa, ya que si la rúbrica de la sección se refiere a todos los tipos en ella contenidos, forzoso es luego entender que, lejos de la estricta definición legal de estafa, el legislador se refiere en dicha rúbrica con el diccionario oficial, a "Los delitos que se caracterizan por el lucro como fin y el engaño o abuso de confianza como medio" o al menos "sacar dineros o cosas de valor con artificios y con ánimo de no pagar".

Tal es el significado de la sección sistemática.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

4.- Tipicidad y bien jurídico protegido.

4.1.- Introducción.

En términos generales y sin entrar ahora en otras consideraciones, vemos que el concepto "bien jurídico" va deviniendo cada vez más concreto y también más limitado en su protección a medida en que se desciende en la escala sistemática. Así –y siguiendo el camino a la inversa-, el bien jurídico protegido por un elemento de un subtipo será obviamente más limitado que el de la rúbrica de una sección, y éste más limitado a su vez que el de la rúbrica del título.

Conviene ahora intentar establecer en este apartado cuál es el bien jurídico protegido por los tipos aisladamente considerados, esto es, con referencia exclusiva a lo que se desprende de sus respectivos textos literales, metidos ya en el ámbito del articulado, **único que establece penas y describe conductas y, por ende, de donde debiera extraerse el bien jurídico protegido por el propio tipo penal**. Pero como se verá, esto no ocurre siempre así, dando lugar a interpretaciones extensivas cuando no contrarias al bien jurídico literalmente

protegido por el tipo. Como dice Córdoba Roda [153], "el bien jurídico nunca ha de ser utilizado -según un criterio expansivo- en el sentido de extender la literalidad de los tipos penales para incluir determinadas acciones que pueden ser incluso contrarias al bien jurídico, y han de quedar siempre fuera del ámbito de aplicación de los tipos penales, si la letra de la ley no las incluye dentro de su esfera".

En este apartado se va a extender el análisis a todos los tipos contenidos en el capítulo de las defraudaciones (VI del Título XIII) por razón de conseguir una mayor amplitud de miras –escasa si el estudio se ciñera a los tipos de las estafas- que permita ver suficientemente lo que es el objeto del presente, es decir, el vínculo, en cuanto a bien jurídico protegido se refiere, entre lo que se deduce de la distribución sistemática y el contenido de la letra de los tipos penales.

4.1.1.- Penalizar, permitir o tolerar, proteger.

Hecha la anterior advertencia, conviene hacer ahora un inciso para recordar la estructura negativa de los tipos que asocian una pena a una determinada acción u omisión en relación al bien jurídico protegido que obliga a deducir éste de la conducta contraria establecida por el tipo.

[153] Juan Córdoba Roda, ob. cit., p. 20.

Así, si matar a otro lleva aparejada la pena impuesta por el artículo 138, la deducción que se impone, después de la inmediata y relativa a la conminación para no realizar la acción típica, es la de que se está protegiendo un bien susceptible de ser vulnerado (en este caso, la vida humana). Esta deducción forma parte de nuestro sustrato de conducta básico y me remito al ejemplo expresado más arriba de la madre que conmina al hijo pequeño a no tocar el jarrón bajo pena o sanción, recordando que en la medida en que el hijo llegara a cotas suficientes de entendimiento o madurez lo normal era que la madre le explicara el motivo de tal conminación, que en nuestro ejemplo se determinaba, bien por el jarrón en sí, bien por el concepto de decoración del hogar como bien protegido más extenso. Asimismo se decía allí que el ciudadano adulto al que va dirigido el código penal, basado en el mismo sistema conminatorio, no disponía en cambio de esta última información, lo que se reputaba defectuoso al tratarse, no sólo de la publicidad de la razón de ser de cada tipo penal concreto en una democracia representativa madura sino también de un elemento jurídicopenal fundamental.

Y seguramente no hará falta explicar a nadie que castigando la muerte se protege la vida , con lo que el reproche de las líneas precedentes pudiera no tener aquí sentido. Pero la sencillez del tipo del primer artículo del Libro II del Código Penal se diluye y complica una vez avanzamos en el mismo y también a medida en que entramos en

los tipos penales en concreto, lo que, por supuesto, es predicable de las defraudaciones.

El motivo, razón de ser, o finalidad de la norma es la protección de un bien jurídico, y sobre eso no existe discusión. Pero el conocimiento del bien jurídico protegido, esto es, saber si el bien protegido por el tipo es uno y no otro, es algo que hoy por hoy debemos deducir de la conducta negativa establecida por la estructura típica penal . Además, al no tener las rúbricas establecidas en la clasificación sistemática del Código Penal -sea título, capítulo o sección- valor de ley y sí solamente el mismo valor interpretativo de un preámbulo o exposición de motivos, **es posible la disconformidad de dichas rúbricas con el texto punitivo** y ser diferente luego la voluntad del legislador de la voluntad de la propia ley, por más que haya salido de sus manos.

Castigar o penalizar una determinada conducta implica no querer que se produzca. Permitirla significa no castigarla o, dicho en otros términos, adoptar una posición neutra hacia la misma, consentirla, pero ello no significa protegerla. Y proteger significa amparar, favorecer, defender, y conlleva ya una actividad, no requerida en cambio por la simple permisión o tolerancia, y que es de sentido opuesto a la penalización de aquella conducta que lesiona el valor que se quiere defender.

Las tres dimensiones citadas se observan fácilmente, por tratarse de un bien jurídico concreto y sencillo [154], en el ya expuesto ejemplo del jarrón. En él se penaliza la acción de tocar el jarrón, aunque permite o tolera todo lo situado fuera de dicha acción (mirarlo, ignorarlo, etc.) y protege, bien el jarrón strictu sensu, bien la decoración de la casa. Si se protege lo segundo, el tipo permitirá sustituir el jarrón por otro de iguales características de modo que la decoración no sufra menoscabo, algo no permitido caso de protegerse el primero, de lo que resulta la necesidad de la certeza sobre el bien jurídico protegido por el tipo para la delimitación entre lo protegido y lo permitido o simplemente tolerado por el tipo penal y, en definitiva, saber de antemano los límites de la propia actuación.

En el artículo 138 CP citado, por ejemplo, vemos que se castiga la muerte y se protege en consecuencia la vida, pero a dicho artículo le es indiferente o permite la lesión o la esterilización, por ejemplo, debiendo acudir a otros tipos del Código para dar con el castigo de estas últimas.

Quizá el ejemplo más clásico de lo dicho anteriormente lo encontramos en el actual artículo 156 CP (anterior 428), utilizado además como norma-guía en la esterilización judicial de incapaz. Castigándose siempre la esterilización de incapaz (art. 155 en relación con el

[154] Más complicado resulta tratar con bienes jurídicos abstractos, como la confianza, la seguridad en el tráfico jurídico, etc.

149), no es punible en cambio la que se realice en las condiciones que permite o tolera -se subraya el término- aquel precepto. Con dicha permisión no se está protegiendo o favoreciendo activamente la esterilización de dichos incapaces, sino que únicamente enerva la respuesta penal hacia dichas concretas y circunstanciadas acciones.

Y ya dentro de nuestro Capítulo, si se pena por ejemplo la no devolución -comprobado el error- de la cosa mueble recibida por error (art. 254), se permite o tolera no sólo la no devolución hasta que se compruebe el error en las circunstancias reflejadas en el tipo (recibo previo por error del transmitente) sino, fuera de ellas, las infinitas situaciones no previstas por él, y se protege final y posiblemente la rectificación del error, protección que no coincide con la permisión antes citada ni siquiera sin salirnos de las circunstancias que recoge el tipo, ya que en este caso no se rectifica el error si no se comprueba el mismo.

Es por ello que resultará difícil establecer aquello que se protege partiendo de la acción u omisión penada, al igual que ocurre con las sombras platonianas del mito de la caverna. Así, en la estafa mediante título abstracto del art. 250.1.3 CP, la ley no nos dice si con dicha agravante se penaliza el uso de dichos títulos como elementos más susceptibles de llevar a engaño -luego se protegería a la víctima de instrumentos especialmente engañosos- o en cambio se penaliza el tráfico mercantil abstracto -luego se

protegería aquí el objeto y lo que representa, mas no a la víctima del error- [155]. Y eso es algo que desde la tipicidad es imposible saberlo con certeza, pues de las tres dimensiones citadas contenidas en el tipo penal, éste sólo nos refleja una y deja entremezcladas las otras dos.

Ocurre además que, no sabiendo con certeza el bien jurídico protegido específicamente por la literalidad del tipo que sea, tampoco sabremos luego si estamos ante un delito de peligro o ante uno de resultado [156], es decir, si se protege lo establecido por el tipo (p.e. el derecho de rectificación en el artículo 254 -v. más adelante-), o el peligro de un bien jurídico no reflejado por el tipo (p.e. el patrimonio en el mismo artículo). Y esto vuelve a tener consecuencias prácticas, ya que el resarcimiento civil que acompaña a todo delito en virtud del art. 109 CP será

[155] Se opta como se verá por esta última interpretación, atendiendo a que un grupo parlamentario minoritario así lo expresa y no fue contradicho (aunque tampoco confirmado). Ocurre lo mismo con la agravante del número anterior (estafa procesal), no sabiendo si se protege a la víctima o al instrumento defraudatorio.

[156] O, mejor dicho, si que lo "sabremos", pero cada uno de nosotros interpretará un bien jurídico protegido para el tipo que sea que coincidirá o no con el de los demás operadores jurídicos y se insertará quizá en una determinada corriente doctrinal. Ver en este punto las anotaciones del apartado 1.4.1, "Bien jurídico y tipo penal", donde se refleja que incluso el propio legislador no se pone de acuerdo sobre el bien a que está llamado a proteger el tipo penal, lo que no justifica que el mismo no haya puesto manos a la obra para perfilar esta importante cuestión, de igual modo que se pone de acuerdo –aunque sea sin unanimidad- en penalizar las diferentes acciones y omisiones del Código penal. Pero lo más grave deviene cuando la diferente interpretación se instala en los Tribunales de justicia provocando la efectiva desigualdad de trato entre los justiciables.

posible ejercitarla en el mismo procedimiento penal sólo si se trata de un delito de resultado, debiendo iniciar el perjudicado procedimiento civil aparte para obtener dicho resarcimiento en el supuesto de delito de simple peligro del bien penalmente protegido [157].

---

[157] Sobre la responsabilidad civil derivada de delitos de mero riesgo, véanse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 y 17 de Enero de 1995 (marginales Aranzadi respectivos 113 y 118) que se transcriben en lo que ahora interesa en sendos delitos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y que manifiestan respecto a los mismos que el análisis jurídico de los hechos no puede nunca, por definición, en el ámbito penal, alcanzar la necesaria relación causal entre la infracción y el supuesto resultado de la misma. "Por lo que carece de fundamento la alegación al artículo 19 ACP que establece la reparación de lo perjuicios ocasionados con motivo del ilícito penal, al no ser predicable en este caso de delito del que, por la referida naturaleza que ostenta, carece de resultado (...) Debiendo acudir por consiguiente, para la tutela judicial de los derechos que pudieran corresponder, a la oportuna vía de carácter civil. Pues no nos hallamos aquí, en definitiva, ni frente a un 'plus' ni un 'minus' de tutela, sino ante una serie de resultados que el legislador ha querido 'despenalizar' (...) del mismo modo que el principio de 'economía procesal' no puede ser un argumento 'comodín' válido para extender la competencia del orden jurisdiccional civil a otros ámbitos, contra la previsión de la norma penal, convirtiendo, en definitiva, un delito prescrito como de mero riesgo, en una verdadera infracción de resultado, por sus consecuencias jurídicas y, lo que es más importante por defectuoso, por el alcance del pronunciamiento penal, prolongado a analizar y determinar si, efectivamente, ese resultado tiene como causa exclusiva la conducta del condenado". Es de resaltar en este caso, no obstante, lo dispuesto en el art. 383 del Código de 1995, donde, además de expresar que en los artículos que se atenta contra la seguridad del tráfico (arts. 379, 381 y 382) se protege un riesgo ("riesgo prevenido"), regula un especial concurso de delitos para el caso de existir resultado lesivo, "condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado". Esta condena debe estar supeditada, por imperativo del propio precepto (inicio) a que con los actos de los arts. 379, 381 y 382 "se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo", con lo que sigue siendo imprescindible la relación de causalidad entre conducción o alteración de la vía y resultado lesivo, que deberá en este

Para finalizar este apartado introductorio es necesario reflejar una última observación, consistente en que los términos o construcciones abstractos contenidos en el tipo conllevan un más fácil establecimiento, también en términos abstractos, de la dimensión protectora, con relativización de la permisiva, y de ello se verá al analizar la literalidad de los tipos. Así, castigando por ejemplo el abstracto "abuso" (mal uso) se protege el antagónico "buen uso", que puede abarcar incluso el "uso normal" propio de la dimensión permisiva, reduciéndola. Con el castigo de tal conducta se persigue lógicamente que la misma (y sólo ella) no se produzca, siendo pues el "mal" que se contrapone al "bien" que se protege. En cambio, con el castigo del ya más concreto "uso perjudicial y no consentido" se amplía considerablemente la franja permisiva y se relativiza la protectora, permitiéndose o tolerándose,

---

caso de lesión ventilarse en el procedimiento penal "cualquiera que sea su gravedad". Lo que deja nuevamente sin resolver el precepto es el eterno problema de la identificación del objeto lesionado, protegido por los referidos tipos penales en clave preventiva –obsérvese que el precepto otorga resarcimiento civil "cualquiera que sea la gravedad" del resultado lesivo, pero sin pronunciarse sobre la naturaleza del mismo. Así, pudiera entenderse que protegen sólo la integridad –también la vida- de las personas puesto que en uno de ellos (art. 381) así lo manifiesta, siendo luego resultado lesivo solamente el que afecte a aquélla, mas no a los daños materiales, por ejemplo. En este supuesto, la cuestión vuelve a ser importante puesto que en el procedimiento penal sólo podría perseguirse la lesión corporal, mas no el daño material, sin que opere aquí la disposición adicional tercera CP, ya que, si bien permite la adhesión al procedimiento penal de los perjudicados por daños, ello sólo es en el procedimiento incoado en virtud de

además del no uso, cualquier uso que adolezca de las dos circunstancias o de alguna de ellas, sin que de dicha literalidad se extraiga fácilmente el bien protegido, lo que no quiere decir que no exista, sino que se halla difuminado y de difícil deducción.

De lo que resulta la paradoja de que la concreción en el tipo nos lleva a la nebulización del bien protegido subyacente. La abstracción de la literalidad del mismo permite en cambio visualizarlo pero en términos igualmente abstractos, lo que no deja de ser otra forma de nebulización.

4.2.- Lucro y perjuicio: Las dos caras de la misma moneda en los delitos de enriquecimiento a costa de otro.

Entrando ya en materia, existen dos elementos que determinan, bien sea por su existencia bien por su ausencia, a todos los tipos contenidos en el Capítulo de las Defraudaciones, que son el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial y que vienen a representar de forma opuesta el beneficio del agente y el perjuicio del paciente [158]. El primero, perteneciente en principio al ámbito subjetivo del injusto ("ánimo"), requiere no obstante de elementos objetivos para su apreciación que permitan

---

dos preceptos concretos, entre los que no se incluye ninguno de los que aquí nos ocupa.

[158] Léase titular del patrimonio desplazado que padece el resultado final de la acción del agente.

deducir que la utilidad (lucro) pueda ser posible [159]. Lo mismo que respecto al segundo aunque a veces en sentido inverso, puesto que si bien se considera el perjuicio un elemento objetivo del injusto es susceptible de mezclarse con elementos subjetivos cuando de perjuicio moral se trata.

En cualquier caso es evidente que detrás del patrimonio y aunque no se diga expresamente está siempre el interés de la persona que en definitiva será la víctima del delito, titular de aquél. Se habla así de perjuicio patrimonial y de personas perjudicadas (en su patrimonio) [160].

Y también es evidente que cuando se habla de perjuicio nos referimos al de la víctima de la acción del agente, mas no al de éste. El caso paradigmático que en clave de humor nos presenta a uno que compra billete de ida y vuelta y no piensa volver, perjudicándose sólo a él con su engaño, no está protegido por la ley penal [161]. Se menciona ello en esta sede porque del simple texto de algún tipo penal pudiera llegar a entenderse lo contrario, como el del artículo 248.1 CP cuando castiga al que induce a otro a

---

[159] Non punitur quae non solum non nocet, sed nec erat apta nocere.

[160] Véase en este sentido a López Hernández (en "Sobre la tutela penal del patrimonio", ADPCP 1965, p. 521).

[161] La protección penal del patrimonio frente a su propio titular alcanza sólo valores más elevados. El artículo 289 es ejemplo de ello.

realizar acto de disposición en perjuicio propio (puede serlo también del agente) o ajeno.

Y en concordancia con lo anterior también se advierte que se prescinde en las líneas siguientes del valor del perjuicio, puesto que es irrelevante a los efectos de reproche penal, determinando únicamente la graduación del mismo como delito o falta.

4.2.1.- Animo de lucro.

Animo de lucro y perjuicio patrimonial pudieran entenderse inherentes a toda defraudación, con lo que pudieran luego reputarse inútiles las referencias expresas de los tipos que los contienen. Tal inherencia es defendida por parte de un sector jurisprudencial respecto de los delitos de apoderamiento ilícito de patrimonio ajeno.

Así y entrando ya en casuística sobre el primero de dichos elementos, la Sentencia del T. S. de 10-6-1993 (R. 4868) establece que "no se puede alegar la inexistencia de ánimo de lucro (...) cuando la doctrina jurisprudencial viene señalando que esa intención o dolo criminal, tan bien escondida dentro de la propia conciencia de cada uno, se encuentra ínsito en los delitos de apoderamiento patrimonial (...) La existencia de dicho ánimo supone un valor deducible de los hechos y las circunstancias concurrentes, con lo que quiere decirse que el dolo ha de extraerse de la esfera íntima del autor hasta el punto que

en los delitos contra la propiedad se ha considerado existente esa intención lucrativa desde que se origina el apoderamiento de las cosas de ajena pertenencia".

En la misma línea, aunque permitiendo prueba en contra, se sitúa la Sentencia del T.S. de 20-3-1990 (R. 3000) cuando declara que "La doctrina de esta Sala ha declarado insistentemente que el ánimo de lucro se presume siempre [162] en todo indebido o no justificado apoderamiento de cosa ajena, y que si no se demuestra que era otro el

[162] Esta presunción contra reo choca frontalmente con el Derecho Fundamental de Presunción de Inocencia, única presunción a mi juicio admisible en derecho penal, sin que pueda haber lugar a presunciones de comisión delictiva (presunción de culpabilidad) ni siquiera parcialmente, como ocurre cuando se presume uno de los elementos del tipo (vg. el ánimo de lucro que nos ocupa).

Y también choca frontalmente contra posiciones del propio Tribunal Supremo. Así, la Sentencia de 29-3-1996 (R. 2006) manifiesta en este sentido que "Precisamente la Doctrina de este Tribunal ha mantenido que el conocimiento no puede confundirse con la simple sospecha o presunción". Y siguiendo por la misma línea debemos hacer mención de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba indiciaria -mal llamada a veces prueba de presunciones por su similitud a dicha prueba, válida en derecho civil-, que exige entre otros requisitos pluralidad de indicios, siendo que la apropiación injustificada de cosa ajena pudiera a mi juicio sólo integrar un indicio, insuficiente para colmar la pluralidad exigida para dicha prueba (v. SSTC de 18-6-1990 n° 110/90 y de 2-7-1990 n° 124/90). Finalmente debemos mencionar la STS de 13-5-1996 (R. 3817) que resume los requisitos exigidos por el TC y por la propia sala 2ª del TS para la prueba circunstancial o derivada de indicios los cuales, aunque sin transcribir aquí todos los razonamientos que allí se desgranan, son los siguientes: a) Pluralidad de hechos-base o indicios (no siendo suficiente uno de estos indicios aislados), b) Que estos hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo, c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar, d) Interrelación entre los hechos-base y el hecho nuclear precisado de prueba, e) Racionalidad de la inferencia (el "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" del art. 1253 CC), y f) Expresión en la motivación de cómo se llegó a la inferencia (para permitir el control de

propósito del agente es racional entender que en su comportamiento de apropiación de bienes de pertenencia de otra persona medió ánimo de lucro". Y en idéntico sentido que la anterior se pronuncian las Sentencias de 16-2-1990 (R. 1562) y de 3-3-1979 (R. 1041).

Pero esta interpretación es cuando menos peligrosa por cuanto significa a mi juicio vaciar de contenido las diferencias a este respecto establecidas por el propio legislador, sin que sea dable alegar reiterado olvido por parte del mismo [163], ya que, al menos en el Capítulo de las Defraudaciones, ganan por mayoría los tipos que omiten tal ánimo en su texto. Y si siguiéramos la línea jurisprudencial transcrita no tendría sentido la expresa inclusión de este elemento subjetivo en los tipos que sí lo incluyen, caso de ser elemento inherente a los delitos de apropiación [164].

Y es que frente a los delitos patrimoniales inspirados en la idea de odio o venganza o, al menos, en un propósito de destrucción, deterioro o menoscabo de los bienes, caracterizados por el perjuicio patrimonial, como es el caso del delito de daños, existen otros delitos contra el

---

los Tribunales superiores).

[163] Reiterado olvido que provocaría inevitablemente un gran desasosiego puesto que significaría el sometimiento de nuestros derechos más fundamentales a una ley elaborada con desaire y descuido.

[164] Conde-Pumpido Ferreiro (en "Código Penal, Doctrina y jurisprudencia", Madrid 1997, p. 2683) recuerda, secundando la anterior posición, que "el ánimo de lucro es inherente a todo acto de enriquecimiento patrimonial, como ha venido declarando siempre la jurisprudencia".

patrimonio que en principio, y sólo en principio, aparecen guiados por un ánimo de enriquecimiento, tales como el hurto, el robo, o todos los delitos ubicados en las tres secciones del Capítulo De las Defraudaciones.

Lo que ocurre es que a pesar de aparecer guiadas las defraudaciones por el ánimo de enriquecimiento, no todos sus tipos contienen el requisito del ánimo de lucro, con lo que habrá que descender a los mismos para ver la razón de ser de tal diferenciación típica. Así, tenemos que el legislador exige ánimo de lucro para integrar los siguientes tipos: De la primera sección se exige para la estafa básica y sus agravaciones (arts. 248 a 150), pero no en cambio para las estafas específicas del artículo 251. En la segunda sección se exige para la apropiación de cosa perdida o dueño desconocido (art. 253), pero en cambio no se exige para la apropiación clásica (art. 252) ni para la apropiación por cobro de lo indebido (art. 254). Y no se exige finalmente tal intención en ninguno de los tipos de la sección tercera (arts. 255 y 256).

Y si volvemos a lo dicho respecto a la característica del ánimo de lucro propio de los delitos patrimoniales de enriquecimiento frente a los delitos de simple lesión patrimonial, aparece una posible interpretación cual es la de que los tipos carentes de dicho requisito subjetivo no combaten el ánimo enriquecimiento (injusto) del agente, lo que dándole la vuelta viene a decir que no protegen el despojo patrimonial movido por el ánimo de lucro, a

diferencia del resto de los tipos que sí lo exigen. La consecuencia inevitable es que al no requerir el tipo que sea el ánimo de lucro del agente se está penalizando cualquier perjuicio, incluso el simple daño o menoscabo [165], lejos de la penalización del enriquecimiento del agente o de tercero.

Es significativa, pues, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5-3-1996 (R. 119) que relaciona los requisitos que considera precisos para la configuración de la estafa específica del antiguo art. 531 párrafo 2°, (actual art. 251.2°), exigiendo entre ellos "ánimo de lucro en el agente, como es común a las defraudaciones". Y es significativa porque ni el tipo derogado ni el vigente contienen dicha exigencia, ni tampoco se contiene en la rúbrica del Capítulo ni en el del Título sistemáticos ni en el diccionario oficial al definir cualquiera de los anteriores conceptos, lo que se expone como paradigma de interpretación en contra de la tipicidad, o lo que es lo mismo, interponiendo la subjetiva del operador jurídico por encima de la que se desprende del texto de la ley [166], por más lógica que la interpretación aparezca.

---

[165] Se minuspenaliza así la forma concreta de daño que sea frente a la general del art. 263, lo que puede provocar además problemas concursales al ser la expresa subsidiariedad de dicho artículo dirigida a daños de otros Títulos, estando todos estos tipos (de daños y defraudatorios) dentro del mismo.

[166] A ello hay que añadir la novedosa disposición general establecida por el artículo 4.1 del Código de 1995, sin parangón positivo con el anterior Código, que en definitiva

Hay que resaltar también que ninguno de los tipos que exigen el ánimo de lucro no especifica si éste ha de ser propio o ajeno, con lo que en aplicación del principio "ubi ius ne distinguit, nec distinguere debemus" hemos de entender que tal lucro es susceptible de concurrir tanto en el agente como en el que finalmente resulte beneficiado, como incluso a los dos. Como dice la Sentencia del TS de 31-1-1996 (R. 95), "no hace falta que se pretenda la obtención de lucro propio pues basta con que el sujeto activo de la infracción propenda con su conducta injusta beneficiar a un tercero, quizás en la forma de cooperación necesaria al lucro ajeno [167]".

El lucro es definido por el diccionario oficial mediante términos como ganancia, provecho o utilidad, y nuestra jurisprudencia más uniforme y reciente, entroncando con la anterior definición lo entiende en sentido lato, como cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad, incluso la altruista, contemplativa o por simple vanagloria que se proponga obtener el agente [168]. La

---

viene a sancionar expresamente el principio de legalidad penal pero acotando a mi juicio aún más los límites interpretativos de la ley penal que incluso lo establecido por el Tribunal Constitucional en interpretación del principio de legalidad. Y es que al prohibir dicho precepto la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas EXPRESAMENTE, limita a mi juicio, desde su entrada en vigor, cualquier interpretación implícita en la ley, como la de la sentencia recién transcrita.

[167] La cooperación en la autoría es característica de las estafas en las que el lucro se obtiene en principio para persona distinta (V. la misma sentencia).

[168] Ver las SSTS de 31-1-1996 (R. 95) y de 11-7-1991 (R. 5807).

Sentencia del TS de 29-1-1986 (R. 196) manifiesta no obstante que "Esta Sala no ignora la discordia doctrinal existente en torno a la noción del ánimo de lucro que, un sector del pensamiento jurídico lo entiende, con laxitud, en el sentido de identificarlo con el propósito del agente de procurarse cualquier ventaja o beneficio de índole material o espiritual, y que otro sector de la doctrina, con criterio más restringido y estricto, lo encuentra en el móvil de utilidad económica que guía al sujeto de la infracción patrimonial de apropiación de la cosa ajena (hurto y robo como más frecuentes y típicos)".

Dicha sentencia es interesante no sólo porque refleja al respecto posturas encontradas de la doctrina jurisprudencial sino porque recuerda que precisamente ese "animus lucrandi faciendi gratia" puede llegar a cambiar el título de imputación delictiva si es tenido en cuenta por el legislador para exigir otro tipo penal, dando como ejemplo el propósito de hacerse pago, en la realización arbitraria del propio derecho, pudiendo ser incluso sustituido por el "animus damnandi", dándose luego un supuesto de menoscabo patrimonial (el de daños como supuesto más característico), pero no de apropiación del mismo.

Esa posibilidad de cambio de imputación delictiva por incidencia del ánimo de lucro abunda la importancia de dicho elemento subjetivo, no dable a suposiciones ni

presunciones ajenas a la propia tipicidad [169], y abunda también en el yerro de la construcción consistente en considerar inherente unas veces o presumir otras el ánimo de lucro en todos los tipos de apoderamiento prescindiendo de la propia tipicidad, en vez de no exigirlo allí donde el tipo no lo exija y exigir su prueba cuando el tipo lo exige, por más que en este caso deba llevarse a cabo generalmente por medio de prueba indiciaria.

Otra cosa será la existencia del ánimo de lucro en el ámbito mercantil, donde, como dice Rodríguez Ramos [170], el Código de Comercio y las leyes especiales precisamente se ubican en el ámbito de las negociaciones con tal ánimo, pero ello no ha de darse forzosamente fuera del mismo.

4.2.2.- Perjuicio.

Y mutatis mutandi le es igualmente predicable al segundo de los elementos antes mencionados lo dicho para el ánimo de lucro.

Así, nuestro Tribunal Supremo aparte de considerar la obvia e indiscutible relación entre disminución económica del patrimonio y perjuicio patrimonial (STS de 23-1-1993,

---

[169] En este sentido Díaz Palos (en "Animo de lucro", NEJ vol. II, Seix, Barcelona 1950, p. 674) llega incluso a afirmar que "Técnicamente, el ánimo de lucro no sólo desempeña una función delimitadora de los tipos penales, sino que imprime carácter, haciendo recaer en el delito que lo exige el acento de la antijuridicidad".

[170] En "Reflexiones sobre el delito de falsedad en

R. 490) con ocasión de la estafa [171], en el ámbito concreto de la apropiación indebida establece la Sentencia de 15-11-1994 (R. 9012) que "La Ley nos dice que la apropiación o distracción ha de hacerse en perjuicio de tercero, con lo cual simplemente se nos pone de manifiesto el reverso de la apropiación misma, porque la incorporación al propio patrimonio o a otro diferente, con violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa fue inicialmente entregada, produce necesariamente un perjuicio en quien tendría que haberse beneficiado si tales límites hubieran sido respetados".

Pero discrepo de que cualquier violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa es entregada conlleve forzosamente perjuicio. Piénsese en determinados subproductos industriales, como por ejemplo el estiércol o purines de una granja intensiva de ganado,

---

documento mercantil", PJ n° 11, 1988.

[171] Dice así: "El perjuicio patrimonial se da cuando como consecuencia de la disminución patrimonial se produce directamente una disminución del valor económico del patrimonio de dicho sujeto pasivo. (...) Producida la disminución económica indebida del patrimonio el perjuicio (de la estafa) no es discutible". Véase en este sentido a González Rus, o.u.c., p. 297, y los autores que allí cita, cuando afirma que "engaño sin perjuicio no es estafa".

Ahora bien, si bien se considera que la estafa se consuma con la producción del perjuicio, en el ámbito de la estafa mediante título mercantil abstracto debe tenerse presente que el efecto impagado devendrá luego un título revestido con las acciones privilegiadas que la ley cambiaria establece para el impago, lo que deberá tenerse en cuenta a la hora de determinar si la situación del patrimonio de la víctima ha empeorado en relación a la situación anterior a la estafa. Véase en este sentido a Bajo Fernández (en "Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de letras 'vacías' o no comerciales", ADPCP 1977, p. 542).

donde el titular de los mismos encarga a una persona que los administre de una determinada manera, por ejemplo esparciéndolos en un determinado terreno improductivo (no reportándole su abono beneficio alguno), y que la persona que recibe el encargo los esparce en terrenos productivos de su propiedad, reportándole tal transgresión del mandato recibido un beneficio consistente en el ahorro de guano correspondiente [172].

Si trasladamos este ejemplo al tipo de la apropiación indebida del art. 252 CP veremos que contiene todos los elementos necesarios para integrar el mismo -apropiación de cosa mueble recibida en administración (la cuantía de lo apropiado conllevará delito o falta, pero siempre reproche penal)- excepto el perjuicio, con lo que no quedaría lesionado el bien jurídico protegido patrimonio si se entendiera que este delito fuera de resultado. Y a partir de aquí cabrá preguntarse si es voluntad el legislador la protección del citado bien jurídico protegido a través de su puesta en peligro, máxime cuando existen otros bienes jurídicos, que se presentan como más importantes en la escala de valores que viene a significar el Código penal en relación con la gravedad de las penas, y a los que no se les presta este tipo de protección "avanzada" –vg. la

[172] Véase más adelante, en este mismo capítulo, las notas del epígrafe "sobre la coherencia entre sistemática y tipicidad" y lo que allí se dice acerca de la asimetría entre lucro y perjuicio. Y véase más adelante también, en el capítulo I de la secunda parte, el apartado 4 titulado "la asimetría en la ilicitud de la causa contractual".

integridad corporal de las personas mediante los delitos de lesiones-.

A su vez el diccionario oficial define el perjuicio, además del efecto de perjudicar, esto es "ocasionar daño o menoscabo material o moral", también como "Ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo".

Incorporada la anterior definición y sin dejar el ejemplo anterior, podría ahora entenderse que el sólo hecho de transgredir el mandato recibido produce al menos un menoscabo moral en el mandante que ve desobedecidas sus órdenes, integrando así una de las definiciones estándar de perjuicio y por ende el elemento del tipo que nos faltaba para reprochar penalmente aquella acción. Pero aún así entiendo que puede no producirse el perjuicio si la orden transgredida carece de relevancia y por ende de valor moral (en nuestro ejemplo, si se cumplió lo esencial, vaciar los depósitos de purines, siendo indiferente para el propio mandante el lugar donde éstos se esparcieran, lo que además queda corroborado por la falta de objeto de la orden transgredida -esparcimiento en terrenos improductivos-).

Pero existe aún una razón de mayor peso que lo que se ha recién dicho para no entender automáticamente producido el perjuicio en todo apoderamiento patrimonial. Dicha razón obedece al principio de tipicidad y es que, como ocurría

con el ánimo de lucro, el propio legislador establece diferencias en orden a la exigencia de dicho elemento en los diferentes tipos que nos ocupan. Así, se exige perjuicio en todos los tipos de la sección primera. En la segunda sección se exige sólo para la apropiación clásica (art. 252) pero no se exige en cambio para la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido (art. 253) ni para el cobro de lo indebido (art. 254). Y finalmente en la sección tercera no se exige para la defraudación de electricidad y análogas del art. 255 y sí en cambio para el uso sin autorización de terminal de telecomunicación del art. 256.

Con lo que, realizando una interpretación en conjunto de este diferente trato típico por parte del legislador, podemos apuntar que, a diferencia de los tipos que incorporan en su texto el requisito de perjuicio, los que en cambio no lo hacen no protegen dicho menoscabo, resultándoles indiferentes si existe dicho perjuicio patrimonial o no. Y ello a pesar de lo chocante de tal afirmación, ya que no se nos debe escapar que estamos ante delitos que, al menos por lo que llevamos analizado sistemáticamente hasta este momento, atentan contra el patrimonio, siendo éste el bien jurídico aparentemente protegido desde la óptica sistemática. Pero se trata de una afirmación que, aunque sorprendente, es el resultado del estudio aséptico de los tipos efectuado hasta el momento.

4.3.- Sistemática y tipicidad.

4.3.1.- Advertencia previa.-

Hemos hablado de la dificultad de deslindar la simple tolerancia de la protección querida por la norma partiendo sólo de la acción u omisión conminada. Las líneas que siguen a continuación (y las que seguirán más adelante en el desarrollo del tipo concreto), representan un intento de fijación de la finalidad perseguida por la norma, lo que viene a significar que el que suscribe no renuncia, una vez aceptado el actual estado de cosas, a extraer la necesaria luz de aquellas sombras y a extraer en definitiva sus propias deducciones de lo que, desde ahora y por lo dicho, se advierte de que pueden estar en falso [173].

4.3.2.- Aproximación al bien protegido a partir de la letra del tipo penal.

Continuando con dicho estudio –ampliado aquí al capítulo sistemático, por razón, recuérdese, de mayor

[173] Y no sólo las deducciones del que suscribe, sino

amplitud de miras- y entrando ya en materia sobre los tipos en concreto, la estafa del artículo 248.1 CP se compone de cinco elementos [174], que tendrán que concurrir todos y cada uno de ellos de forma concatenada para que, de acuerdo con el principio de tipicidad, pueda imponerse la pena aparejada: Animo de lucro, engaño bastante, error del disponente, acto de disposición, y perjuicio patrimonial.

Con el primero de ellos se castiga tanto el móvil como el resultado final desde el punto de vista del criminalmente beneficiado, y con el último se penaliza el resultado delictivo desde el punto de vista de la víctima (perjuicio), el cual ha de ser expresamente querido por el agente ("en perjuicio"), igual que ocurre con el resto de tipos de la sección primera. Al ser dos caras de una misma moneda, el beneficio (propio o de tercero) y el perjuicio (igualmente propio o de tercero), protege precisamente que los mismos no se produzcan en las circunstancias establecidas por el propio tipo y que se ven en los párrafos siguientes. Dichos beneficio y perjuicio no responden al beneficio mutuo, propio e inherente del intercambio de bienes entre dos personas, sino a la simple prestación sin contraprestación –cuando ésta es necesaria- y por ende injusta o inmerecida.

Entre ambos elementos se sitúan los demás, dentro ya del propio iter criminis, de los que el primero de los

---

todas las que beben de la misma limitada fuente.

[174] Se obvia la intención general exigida por el art. 12

restantes, el engaño, se sitúa como alma mater y desencadenante de los siguientes, tal como reza el texto en el sentido de utilización de engaño bastante para producir error e inducir a realizar el perjudicial acto de disposición.

Con el combate y castigo de dicho engaño se protege el bien jurídico de signo contrario, de tal manera que si engañar es "dar a la mentira apariencia de verdad o inducir a otro a creer por cierto lo que no lo es", la parte de tipo que nos ocupa protege la verdad y la certeza.

En ese iter criminis sigue el error del disponente [175]. Prescindiendo de definiciones civilistas (v. arts. 1265 y ss. del C. Civil) [176], nuestro diccionario oficial define el error como "concepto equivocado o juicio falso", debiendo deducir de lo anterior como bien protegido a sus antónimos, esto es, el concepto inequívoco y el juicio verdadero.

Y finalmente se penaliza el acto de disposición patrimonial, como acción de disponer realizada por la

---

en relación con el art. 5 CP.

[175] Algunos autores (Ver a Muñoz Conde, en Derecho Penal, Parte especial, Valencia, 1988, p. 261, que a su vez cita a Gómez Benítez) niegan autonomía al error como elemento conceptual de la estafa, de cuya posición discrepo por cuanto el error del disponente es esencial, ya que el no error del disponente hace cambiar su papel de víctima a verdugo y puede incluso hacer cambiar la imputación delictiva a modo de como ocurre con el ánimo de lucro (más adelante trato de esto). Así, el dependiente que ante un intento de engaño entrega un bien por pura y consciente liberalidad puede convertirle en reo de apropiación indebida frente al dueño del establecimiento (y sólo de reo de estafa intentada -no consumada- al primer agente).

[176] Ver además Valle Muñiz, o.u.c., p. 189 y ss. sobre las diferencias entre el error civil y el penal.

persona víctima del engaño, siendo su sensu contrario, esto es, la protección que dicho elemento dispensa, la no disposición, la integridad patrimonial y, en definitiva, el mantenimiento de su titularidad.

Resumiendo y armonizando mínimamente las anteriores parcialidades en clave de bien jurídico literalmente protegido tenemos que el tipo penal del artículo 248.1 CP protege o permite el beneficio y correlativo perjuicio -léase prestación sin contraprestación- mediante verdad y certeza que produzcan un concepto inequívoco y juicio verdadero [177].

Del mismo modo anterior, el tipo del artículo 248.2 se compone también de cinco elementos, de los que el primero y el último coinciden con la estafa clásica: Animo de lucro, manipulación informática o similar, transferencia patrimonial, falta de autorización ("no consentida"), y perjuicio de tercero -titular de un derecho sobre el patrimonio transferido subrepticiamente- [178], remitiéndonos a lo dicho para aquella estafa en lo referente a los elementos ánimo de lucro y perjuicio, con la peculiaridad

---

[177] Lo que coincide parcialmente con la figura de la válida donación, que es traspaso –disposición- patrimonial sin contraprestación –con el consiguiente lucro y perjuicio-, pero sin engaño ni error alguno.

[178] Sin perjuicio de un análisis más pormenorizado de este perjuicio específico, deducimos de la simple lectura del tipo que el "primero" es el agente manipulador y el "segundo" el titular del mecanismo informático manipulado.

Obsérvese además su posible complemento del perjuicio de tercero de la estafa informática con el perjuicio exclusivo del titular del terminal de telecomunicación del art. 256.

de que este último elemento es de aplicación limitada a tercero no interviniente.

En el iter criminis totalmente exteriorizado se encuentra en primer lugar la manipulación informática (o similar). Manipular se define por el diccionario como "operar con las manos" y el término informática se define como "el conjunto de conocimientos científicos y técnicos que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores [179]", de tal manera que manipulación informática será la operación sobre el tratamiento de la información en ordenadores efectuada por quien tiene conocimientos para ello. Esta manipulación constituye el artificio que provoca la transmisión patrimonial ilícita del mismo modo que lo hace el engaño en la estafa clásica pero con la diferencia de que dicho artificio no se ejerce sobre persona sino sobre máquina. Es por ello que la actitud recta pretendida por el elemento cuya transgresión se castiga con dicho elemento es sencillamente la no manipulación de la información contenida en aquellos.

---

[179] Ordenador es definido como "Máquina electrónica dotada de memoria de gran capacidad y de métodos de tratamiento de la información, capaz de resolver problemas aritméticos y lógicos gracias a la utilización automática de programas registrados en ella" (y "programa" tiene también una voz informática en el diccionario oficial, consistente en el "conjunto de instrucciones que permite a una computadora realizar determinadas operaciones").

La transferencia patrimonial [180] conseguida mediante tal manipulación equivale al acto de disposición del engañado de la anterior estafa aunque, al tratarse de una máquina, el texto aquí se impersonaliza hasta referirse sólo al resultado, es decir, transferencia que es definida como el paso de una cosa de un lugar (léase bolsillo o patrimonio) a otro. Como en la anterior estafa, se protege con este elemento el mantenimiento de la titularidad patrimonial.

Finalmente dicha transmisión ha de ser no consentida. En la estafa informática y a diferencia de la clásica, al no razonar la máquina y no equivocarse por tanto, no hay lugar a error de la misma, con lo que no puede hablarse de consentimiento viciado, sino únicamente de consentimiento o autorización inexistente por parte del titular del patrimonio. Obsérvese que el elemento consentimiento complementa al elemento transmisión patrimonial y no al de manipulación informática, hecho que determina que sea el del titular sobre el patrimonio y no el del equipo informático (caso de ser diferentes) el consentimiento a tener en cuenta. La voluntad del titular del derecho, ya de propiedad ya de usufructo, ya de administración o de cualquier otra naturaleza que permita la transferencia del activo patrimonial, cuyo consentimiento enerva el hecho

[180] Literalmente, "de cualquier activo patrimonial", lo que incluye claramente a la defraudación de fluido análogo al eléctrico efectuado con las telecomunicaciones del artículo 255.

delictivo, se presenta pues como la protección otorgada por el elemento "consentimiento" del tipo que nos ocupa.

En síntesis, el tipo penal del artículo 248.2 CP protege o permite, sin salirnos del texto, la prestación sin contraprestación -beneficio y consiguiente perjuicio de tercero- realizada mediante medios informáticos, siempre que esté consentida por el titular del derecho de disposición.

Aunque deban tenerse en cuenta todas las circunstancias que sirvan para valorar la gravedad de la infracción a la hora de graduar la pena impuesta a las dos anteriores formas de estafa básica, existen no obstante situaciones específicas que el legislador penaliza con más dureza. Son las circunstancias agravantes específicas del artículo 250 CP, que aunque algunas de ellas son susceptibles de agravar la estafa informática -la 4ª in fine, la 5ª, la 6ª, y la primera mitad de la 7ª, además de la 3ª cuando llegue la transacción comercial telemática mediante título mercantil abstracto-, han estado pensadas para la estafa realizada mediante engaño a persona, siguiendo por ello la estructura del antiguo art. 529.

La circunstancia 1ª tiene en cuenta exclusivamente el objeto patrimonial y agrava el castigo si concurre en la cosa apropiada la cualidad de primera necesidad o de reconocida utilidad social -incluyendo expresamente la ley las viviendas-, y consiguientemente dicho subtipo (y sólo él, entiéndase bien) protege de la estafa sobre dichas

cosas fundamentales para el individuo y la sociedad, y permite o le es indiferente la estafa sobre las demás.

La circunstancia 2ª tiene en cuenta sólo un medio concreto de comisión, esto es, empleando cualquier (la ley no distingue) fraude procesal, incluyendo entre éstos expresamente la simulación de pleito, protegiendo o cuidando este subtipo penal la no utilización de clase alguna de proceso como instrumento de la estafa [181].

La circunstancia 3ª castiga el empleo de cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio, castigando, igual que la anterior, ese concreto medio comisivo, protegiendo, según una interpretación emanada del propio legislador, la seguridad del tráfico mercantil a través del título o valor abstracto en sí [182], y según la literalidad del tipo, protegiendo o tolerando la autenticidad o verdad del título mercantil abstracto en el concreto ámbito del intercambio patrimonial [183].

---

[181] Esto puede parecer una perogrullada, pero resulta que la letra del subtipo no nos proporciona datos que permitan discernir si con dicha instrumentalización del proceso al servicio de la estafa se protege a la víctima (el juez o funcionario tramitador y la parte adversa) de instrumento especialmente engañoso, o en cambio al proceso como digno de especial protección en sí, siendo imposible decantarnos, al menos en esta aproximación literal, por uno de los dos bienes jurídicos de forma razonada.

[182] Véase en el siguiente apartado lo que se dice sobre este aspecto.

[183] Sólo en este intercambio opera la estafa, ya que de otra manera estaríamos ante un medio de pago desligado del motivo de su contraprestación, similar al extinto cheque en descubierto (Véase también el siguiente apartado al respecto).

La agravante 4ª se compone a su vez de dos circunstancias. La primera consiste en estafar haciendo mal uso (abusando) de la firma de otro, protegiéndose con ello el buen uso de dicho elemento autenticador. La segunda consiste en inutilizar, aunque sólo sea temporalmente (sustrayendo u ocultando), en todo o en parte cualquier documento público u oficial (más adelante me ocupo de la ociosidad de los términos restantes), con lo que este subtipo pretende que al menos la estafa no se lleve a cabo en la forma indicada, penándose por tanto también aquí -lo que es extensible a las dos circunstancias que contiene la agravante- una concreta forma comisiva y protegiéndose la efectividad de dichos documentos.

La circunstancia 5ª recae, al igual que la 1ª, sobre cosas de reconocida utilidad social y en concreto, sobre bienes del patrimonio artístico, histórico, cultural o científico, protegiéndose a dichos específicos bienes de la apropiación fraudulenta.

La agravante 6ª protege lo ya protegido en la estafa básica, esto es, circunstancias que sirven para valorar la gravedad de la infracción, sólo que este subtipo castiga un plus de intensidad sobre las mismas o, en sus propias palabras, especial gravedad, pero sin establecer límites concisos entre la gravedad básica y la específica. Baste decir por ahora y en clave del estudio que nos ocupa la obviedad de que con el castigo de la estafa especialmente grave dicho subtipo pretende la no producción de la misma,

ya desde el punto de vista objetivo del valor de lo defraudado ya desde el subjetivo de la concreta situación económica en que se deja a la víctima, y protege el patrimonio y a su titular y familia de perjuicio especialmente grave.

La agravante 7ª aloja dos circunstancias, la primera de las cuales consiste en abusar el defraudador de sus relaciones personales con la víctima, es decir, faltando a la confianza entre ambos (circunstancia definida por el diccionario como traición), protegiéndose o permitiéndose con ello la confianza entre defraudador y víctima. La segunda castiga el provecho que saca el defraudador, generalmente con astucia o abuso conforme a una definición oficial, de la credibilidad empresarial o profesional de la víctima del delito, protegiendo la segunda parte de dicho subtipo el buen uso del nombre de tercero en el mundo del comercio.

Por otra parte, el tipo 1° del artículo 251 se compone de tres elementos que son: Atribución falsa de la facultad de disponer, disposición (enajenación, gravamen o arriendo), y perjuicio como finalidad delictiva ("en"). Con su combate dicho tipo protege a la víctima precisamente de los mismos y pretende una atribución verdadera de la facultad de disponer que no cause perjuicio.

El tipo 2° del mismo artículo contiene en su farragosa redacción el elemento perjuicio como denominador y finalidad común del resto ("en"), sobre el que descansan

por igual dos grupos de elementos, de los que el primero de ellos contiene la disposición con ocultación de carga, constando pues esta rama de tres elementos; y el segundo grupo se asienta sobre el elemento común de la anterioridad a la definitiva transmisión derivando a su vez en dos ramificaciones más que son el gravamen de lo enajenado como libre de un lado y la doble venta de otro, constando la primera de estas ramas de cuatro elementos y la segunda de tres. Obsérvese que en el segundo de los grupos y a diferencia del primero, se trata de una específica disposición, cual es la enajenación. Penalizando el perjuicio ocasionado por la ocultación de carga la primera parte del tipo protege no sólo la acción de esconder si no la inacción que también significa ocultación, como el efecto de "callar advertidamente lo que se debiera decir", intimando al disponente a su efecto contrario, esto es, advertir al adquirente de la carga perjudicial y significa el reforzamiento de un deber [184]. La segunda parte del tipo protege la concordancia de la realidad con lo pactado y, en fin, que el ínterin entre el inicio y la definitiva transmisión transcurra conforme a la buena fe, es decir, que el disponente cumpla su obligación de transmitir definitivamente [185] la cosa y no se aproveche del ínterin

[184] Córdoba Roda, ob. cit., p. 20, advierte de la peligrosidad del reforzamiento de la imposición de deberes como razón de ser de la norma penal. Piénsese aquí en la posible negligencia del adquirente y el consiguiente esfuerzo suplementario a que se obliga al disponente para eludir el tipo penal.

que puede existir entre doble acto de transmisión de la propiedad -título y tradición- exigido por nuestro Derecho (arts. 609 y 1462 y ss. del C.Civil) o cuando tenga lugar algún derecho sobre la cosa transmitida que impida consolidar el derecho del comprador (tanteo, retracto, opción de compra, condición resolutoria, etc.).

Finalmente, el tipo 3° del mismo artículo se compone de dos elementos: contratar simuladamente y perjuicio de tercero, en una relación de medio a fin ("en perjuicio"), y protege o permite la buena fe de esta concreta forma de negocio jurídico respecto a los no intervinientes en el mismo.

Ya en otra sección, apropiar se define oficialmente como "tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad". Y distraer se define, "tratándose de fondos", como "malversarlos, defraudarlos".

El artículo 252 castiga negar haber recibido, apropiarse o distraer, en perjuicio de otro, cualquier activo patrimonial , recibido por cualquier título que obligue a devolverlo o por comisión o administración. Esta figura la componen cuatro elementos básicos: perjuicio, acción del agente (negar recibo, apropiar, distraer), objeto recibido (activo patrimonial) y cualidad del recibo

---

[185] Al exigirse transmisión definitiva es indiferente el titular registral puesto que éste sólo lo es a efectos de publicidad de la transmisión definitiva ya efectuada, al no tener dicho acceso efectos constitutivos (STS -Sala 1ª- de 3-11-1984, R. 5364). En cualquier caso, tampoco podrá el vendedor invocar la publicidad registral frente a la propia palabra dada (STS -Sala 1ª- de 21-5-1993, R. 3720).

(título que obliga a devolverlo o entregarlo), y tiene por misión que no se perjudique a otro haciéndose dueño de sus cosas o malversándolas, faltando a unas determinadas obligaciones contraídas y que el propio tipo resume en aquellas que producen la obligación de entregar o devolver el activo recibido. El destino no perjudicial del patrimonio ajeno y conforme a las obligaciones contraídas se presenta pues como el bien jurídico protegido o permitido por el texto del tipo.

Pudiera interpretarse que, además del patrimonio, late otro bien jurídico, cual es la confianza depositada por la víctima en el agente, pero esto no se deduce necesariamente del texto; es más: se penalizan (y protegen, desde el otro lado de la relación) especialmente los supuestos en que concurre depósito necesario o miserable, en los que, bien por mandato legal o bien por apuro o desgracia, falta tal característica relación, pudiendo deducir en consecuencia la falta de protección de la misma por parte del tipo penal. En esta clase de depósitos se protege con mayor energía la relación forzada entre mandatario y mandante, y pudiera también llegar a deducirse que el legislador diferencia entre el mandato basado en la confianza y el forzado, pero como no penalizar no es proteger expresamente, sino simplemente permitir o restar indiferente la ley penal a la producción de los supuestos no tipificados por ella, no es dable entender que se protege la confianza cuando del texto no se desprende tal

deducción. Al penalizar el tipo el quebranto de la obligación con independencia de la fuente de la misma (confianza, ley, apuro, etc.) no puede entenderse protegida ninguna de ellas en concreto o en detrimento de las otras, y si alguna debiera primar sobre las otras, éstas serían aquellas cuya transgresión más se penaliza, y no es la primera de ellas precisamente.

El artículo 253 se compone de dos elementos: Animo de lucro y apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido. La consecuencia que de él se extrae es que no es posible el enriquecimiento con cosa sin dueño aparente. Y es posible entender el mantenimiento de la primitiva titularidad -a pesar de la posible negligencia del dueño que pierde o desatiende la cosa- como bien jurídico protegido por el tipo penal. Pero si observamos que únicamente se tiene en cuenta el ánimo del que se apropia y no en cambio el perjuicio causado, la deducción más ajustada al texto sobre el bien protegido o tolerado –siempre que, recuérdese, se entienda que estamos ante un delito de resultado- es el enriquecimiento justo o merecido, deduciéndose del tipo que no se merece la cosa encontrada o cuyo dueño se desconoce.

Y tampoco requiere perjuicio alguno el artículo 254, ni tampoco ánimo de lucro, constando así de tres elementos: recepción de cosa mueble, error del transmitente (en relación de causalidad), y negación del recibo (previa intimación) o comprobado el error no la devuelva [186] (motu

[186] De nuevo estamos ante el reforzamiento de un deber.

propio). Castigando estas negación del recibo o no devolución comprobado el error, se castiga en suma el cobro de lo indebido y se protege o permite el bien jurídico consistente en la rectificación de las transferencias equívocas de cosas muebles.

Dentro ya de la tercera sección del Capítulo de las Defraudaciones, tampoco el tipo del artículo 255 penaliza el perjuicio patrimonial, no protegiendo aparentemente la integridad de dicho bien jurídico. Y digo aparentemente porque castiga en cambio la acción de defraudar, con lo que, según lenguaje estándar, se está castigando la privación de algo (lo que toca en derecho). No obstante, es posible la privación de algo no evaluable económicamente y por ende, la defraudación sin perjuicio. Dicho artículo penaliza al que defraudare utilizando cualquier elemento -incluidas las telecomunicaciones-, energía o fluido ajenos por medios clandestinos [187]. Al penalizar el tipo la defraudación de cualquier "elemento" se abren infinidad de posibilidades de protección aunque nos ciñamos únicamente a la tipicidad del texto, y el propio diccionario oficial corrobora tal amplitud al definir este término como "cuerpo simple" y también como "parte integrante de una cosa" (entre otras definiciones). Obsérvese que el resultado injusto expresado por el tipo es la defraudación, ya antes definida como la privación a otro de lo que le toca en

[187] Las cláusulas generales de cierre que contienen las definiciones parciales hacen inútiles las cláusulas precedentes.

derecho abusando de su confianza o siéndole infiel, defraudación a la que se llega por dos instrumentos necesarios, el medio o mecanismo clandestino y el "elemento" ajeno (cuya amplitud incluye energía o fluido), protegiendo luego la confianza del sujeto pasivo en el mantenimiento de lo que le pertoca en derecho, siempre que la misma sea atacada con el doble requisito de utilizar elemento ajeno y medio clandestino. A diferencia de lo que ocurre con la rúbrica del Capítulo, el término "defraudación" adquiere aquí carta de tipicidad.

Por último, el artículo 256 consta de tres elementos: uso de equipo terminal de telecomunicación, falta de autorización y perjuicio. Con la penalización de la concatenación de estos tres elementos se protege al titular del terminal del perjuicio causado por uso no consentido. Y si exteriorizamos (además del sujeto) el bien jurídico protegido o permitido por el tipo deberemos decir que es el uso de equipo terminal de telecomunicación consentido y no perjudicial.

4.3.3.- Sobre la coherencia entre sistemática y tipicidad.

Tras este sucinto análisis es preciso detenernos para volver a mirar los bienes jurídicos extraídos de la estricta letra de los tipos penales.

De los elementos necesarios para integrar los respectivos tipos se puede ahora realizar una clasificación

según la importancia que tienen para la protección que otorgan. Se habrá observado que de la construcción del bien jurídico protegido por la estricta tipicidad resultan bienes protegidos compuestos en función de los elementos del tipo.

Así, si retomamos la sección primera del Capítulo, en el primero de los tipos citados -el 248.1- vemos que a pesar de requerir necesariamente ánimo de lucro, perjuicio, acto de disposición, o error del disponente, es obvio que no se penaliza tal prestación sin contraprestación, tal disposición o tal error [188] en sí, sino sólo cuando son realizados bajo el reprochable engaño, con lo que resulta que este tipo penaliza precisamente dicho elemento en relación circunstanciada con los demás (ver al respecto la jurisprudencia ya citada).

Igual ocurre con la llamada estafa informática del art. 248.2, que penaliza especialmente la manipulación informática o artificio semejante. Téngase en cuenta el matiz que el legislador imprime a dicho elemento principal al asimilar la manipulación informática a "artificio", en el sentido de "disimulo, cautela, doblez (Astucia con que uno obra, dando a entender lo contrario de lo que se siente)" existente de dicho término en el lenguaje estándar

[188] El tráfico mercantil se mueve por ánimo de lucro, se basa en disposiciones patrimoniales y produce inevitables perjuicios y errores. Por su parte, la rectificación del error está especialmente protegida por otro tipo penal, como se ha visto (art. 254).

[189], sentido del que comulga también el engaño de la estafa clásica.

Y en todos los tipos del artículo 251 se penaliza el elemento simulación -ya sea atribución falsa (1°) ya ocultación (2°) ya simulación propia (3°)- como clave de bóveda común a todos los tipos del artículo.

Y en la segunda sección cobra principal importancia la apropiación (y distracción en el art. 252) -contra obligatione-, elemento expreso en los artículos 252 y 253 y quizá latente en el 254 -no devolver lo recibido indebidamente o negar haber recibido lo que sí lo ha sido constituye la primera exteriorización de la apropiación, aunque no la consumación de ésta [190]-.

En la tercera sección, en fin, el elemento clave lo constituye la defraudación, es decir, la tan repetida privación de lo que pertoca en derecho, ya sea a través de fluido o similar y medios clandestinos del art. 255, ya sea a través del uso perjudicial y no consentido de terminal de telecomunicación.

---

[189] A pesar del encaje de ese "disimulo" en la familia o sección en la que se inserta el tipo del art. 248.2, ello no obsta para considerar demasiado forzado ese elemento como para incluir el tipo en dicha sede, como más adelante se verá (apartado correspondiente a la estafa informática).

[190] Uno puede no devolver una cosa para destruirla luego, en vez de tomarla para sí en concepto de dueño. De la literalidad de este tipo no puede discernirse si estamos luego ante un delito de peligro de daños, si ante un delito de peligro de apropiación indebida, si, finalmente, ante un delito de resultado de negación de recibo o de no devolución de cosa recibida indebidamente comprobado el error.

Se habrá dado ya cuenta el lector que, sin forzar demasiado la síntesis de los distintos elementos principales que acabamos de tratar, los mismos concuerdan en esencia con la rúbrica de la sección en la que se hallan. Y en la misma línea podemos ascender hasta la relación de los elementos típicos principales con la rúbrica del Capítulo, relación ya efectuada más arriba cuando se descendió sistemáticamente del Capítulo a las Secciones, atendida la coincidencia fundamental entre éstas y aquellos. Pero tal concordancia esencial no sólo no justificaría la asignación a los tipos penales la misma aportación al bien jurídico protegido que las rúbricas de las secciones, esto es, aportación modal, sino que, antes al contrario, en el actual estado de cosas ello significaría una aberración, atendida la función básica y exclusiva del tipo penal como único que asigna penas a conductas determinadas que vulneran el bien protegido.

Ya vimos anteriormente que lucro y perjuicio son los elementos básicos y característicos de los delitos de enriquecimiento a costa del empobrecimiento de otro y que no todos los tipos del Capítulo de las Defraudaciones los contenían. Así, no penalizan el ánimo de lucro cinco de los siete artículos del Capítulo de las Defraudaciones que contienen conductas básicas penalmente reprochables (artículos 251, 252, 254, 255, y 256), y no penalizan el perjuicio tres de aquellos artículos (253, 254 y 255 [191])

[191] Si bien aquí, recuérdese, la utilización del término

[192], con lo que los primeros devienen delitos de mero despojo o expropiación que pudieran pertenecer perfectamente a otro Capítulo (el I del mismo Título), salvo que -y aquí reside la piedra de toque- se acuda fuera del propio tipo penal para establecer el bien jurídico protegido y se entienda que se está penando un delito de peligro de dicho bien. Y lo mismo cabe decir respecto de los tipos que no penalizan el perjuicio (aunque sea ciertamente arriesgado aventurar otra ubicación sistemática de los mismos).

---

defraudación podría incluir el perjuicio patrimonial atendida la privación que conlleva el término.

[192] En todos estos supuestos en que no se penaliza el perjuicio se tiene en cuenta no obstante el valor o la cuantía de lo apropiado, recibido o defraudado, valor o cuantía que, además de establecer el límite entre delito y falta, pudiera dar a entender producido un perjuicio equivalente del titular del patrimonio. Pero ello no sucede siempre, al menos de forma determinante, puesto que la cosa puede tener valor para el beneficiado y no tenerlo para el que resulta privado de ella. Piénsese en algunos subproductos industriales, como los purines de granja intensiva ya citados, donde la explotación no obtiene ganancia con ellos y sí en cambio el que se beneficia con su adobe, o piénsese en el caso del que se apropia y beneficia de frutos del bosque perecederos que de otro modo hubieran quedado en él y se hubieran desperdiciado, o, en fin, piénsese en el caso de la aserradora que necesita dar salida al estoc de serrín, el cual es objeto de estafa pero que difícilmente hubiera podido encontrar otra salida, con consiguiente paradójico perjuicio para la aserradora al no poder trabajar correctamente por falta de espacio, siendo esta "estafa" beneficiosa para la víctima. En cualquier caso, puede verse que el problema de la asimetría entre lucro y perjuicio sólo opera ante bienes de escaso valor, donde el valor del bien no supera el del coste de su explotación. En los casos en que este coste sea inferior a su valor en el mercado, la pérdida mediante engaño del bien que sea supondrá un perjuicio para su titular y a partir de aquí, y sólo a partir de aquí, tendrá sentido la protección del bien jurídico, al existir verdadero perjuicio patrimonial (lesión del bien jurídico como razón de ser del castigo), sin que pueda perseguirse el estadio en que, por lo

Pero afirmar que, por ejemplo, las estafas específicas, la apropiación indebida clásica, o las defraudaciones de electricidad y análogas son delitos de peligro resulta sencillamente absurdo, la superación del cual podría llevar a aceptar que el bien jurídico protegido de los delitos que nos ocupan reside en la rúbrica del Título (v. supra), fuera de la tipicidad penal, pero ello, después del desguace que hemos realizado hasta ahora, es algo tan sorprendente e igualmente absurdo como ubicar la suspensión de un coche en la rueda de recambio.

No obstante, si queremos determinar la ubicación real -no la a mi juicio óptima y coherente conforme a las críticas expuestas hasta ahora- del bien jurídico dentro de la **distribución sistemática** del Código Penal, tenemos que la única referencia del legislador sobre el bien jurídico protegido por la totalidad de los tipos penales del Capítulo De las Defraudaciones se halla en la rúbrica del Título XIII, que nos dice que en el mismo se agrupan aquellos delitos que se caracterizan por atentar contra el patrimonio, conteniendo su Capítulo VI los que se caracterizan por la privación del mismo con abuso de la confianza del sujeto pasivo y consiguiente infidelidad del agente, limitándose a partir de ahí la sistemática del Código a distribuirlos exclusivamente por el modo de realizar la privación patrimonial, que habrá de sumarse al modo establecido por el Capítulo -infidelidad y abuso de

---

dicho, sólo exista lucro sin perjuicio real.

confianza-, es decir, bien con artificios o engaños -estafas-, bien haciendo suya la cosa incumpliendo obligaciones -apropiaciones- o bien y finalmente, privando de nuevo con infidelidad y abuso de confianza -defraudaciones de electricidad y análogas- [193].

Ahora bien, la anterior distribución y organización de los tipos penales objeto de nuestro estudio no casa con el contenido real de todos ellos, o dicho de otra forma, no todos los tipos penales reflejan las anteriores peculiaridades, de manera que muchos de ellos no se diferencian en sus elementos esenciales de otros tipos pertenecientes a otros Capítulos -como el I, de los Hurtos, o el IX, de los Daños- del mismo Título y la consiguiente disparidad de penas por actos esencialmente iguales.

Consecuencia demás, a lo que a nuestro estudio importa, es la de que **el bien jurídico sistemático -de distribución y organización de los tipos- no se aviene con el bien jurídico realmente protegido por muchos de los tipos en esa distribución contenidos**.

[193] Lo que no aporta nada desde el punto de vista sistemático.

5.- El bien protegido en la estafa mediante título mercantil abstracto.

5.1.- El bien sistemática y literalmente protegido.

En virtud de lo dicho hasta ahora, vamos a suponer y a dar por cierto que el título XIII del Código penal protege el patrimonio privado. Y siguiendo la distribución sistemática del delito, daremos igualmente por cierto que, como defraudación que es la estafa agravada que nos ocupa, se protege asimismo el despojo de aquel patrimonio privado realizado mediante infidelidad y abuso de confianza, concretado este modus operandi mediante engaño, que a su vez se lleva mediante el título mercantil abstracto.

El despojo de un bien de titularidad privada del llevado a engaño mediante el uso y por razón de un título mercantil abstracto, devendrá así la conducta conminada por el tipo agravado que nos ocupa; acción, objeto y medio utilizado, de los que deducimos, en una integración sistemático-literal, entiéndase bien, que se está protegiendo (y/o tolerando) la verdad, confianza, fidelidad, o autenticidad del título mercantil abstracto cuando es utilizado en el intercambio de bienes de titularidad privada [194].

[194] No obstante, véase a Cuello Calón (en "Derecho penal, Parte Especial, Vol. II, Barcelona, 1972, p. 992), que considera que con el abuso del cheque "se lesionan juntamente

Aunque la doctrina mayoritaria establece que el único bien protegido en la estafa es el patrimonio, el castigo específico del engaño como alma mater de la estafa, revela la protección de otro bien, aunque sea menor o secundario, pero que si se castiga su vulneración habrá que deducir que se protege esa confianza o buena fe que el engaño destruye [195]. Es oportuno efectuar en este epígrafe una reflexión sobre la mezcla de intereses protegidos causados por la distribución sistemático-literal actual que a mi juicio continúa siendo un casuismo excesivo en un fallido intento de servicio del bien protegido básico, esto es el patrimonio, de tal manera que ya se ha visto que en el tipo

---

bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos individuales; por una parte el interés general, público, relativo a la circulación fiduciaria del cheque, por otra el derecho patrimonial del tomador o tenedor víctima posible de una defraudación".

[195] Véase a Antón Oneca, ob. cit., p. 57 y 58, cuando expone claramente que "los bienes jurídicos atacados por la estafa son el patrimonio y la buena fe en el tráfico jurídico", citando incluso a Hafter como defensor de la buena fe como bien primario de la estafa. Véase también a Selcuk (en "El objeto del delito de estafa". Trad. De Romero Sirvent, Cuadernos de Política Criminal n° 28, Madrid 1986, p. 207) cuando concluye que "la estafa es un delito pluriofensivo; tiene necesariamente dos objetos jurídicos: los bienes o intereses que conciernen a la libertad del consentimiento (autonomía de la voluntad) y al patrimonio". Véase como colofón de esta postura de pluralidad a Silva Silva (en "Las estafas: doctrina, jurisprudencia y derecho comparado", Santiago de Chile, 1996, p. 68) cuando haciéndose eco de esta discusión llega a enumerar, en la estafa mediante cheque, hasta cinco bienes jurídicos protegidos (propiedad, fe pública, orden socioeconómico, tráfico comercial, confianza). Véase en cambio a González Rus, ob. cit., p. 259 y los que allí cita, cuando considera que "aunque haya ataques a la buena fe, o a la libertad de consentimiento, no son estos intereses el bien jurídico protegido por el delito, porque lo definitivo es el perjuicio económico". En el mismo

de estafa se sirven diferentes bienes jurídicos o intereses dignos de protección penal cuanto más se desciende en esa distribución. El vicio deviene luego por partida doble: por un lado, cuando estos diferentes bienes son, como aquí, de distinta naturaleza (patrimonio, confianza) y se les hace converger, no ya en un mismo Título, sino nada menos que en un único tipo penal. Y en segundo lugar, la peculiaridad del tipo penal, que en nuestro caso castiga el engaño, en un ejemplo de casuismo exacerbado concretado en un modo –de los varios posibles- de lesión del patrimonio [196], lleva al tipo a "salirse" del marco de protección inicial para mezclarse y confundirse con otros bienes protegidos diferentes; así y en nuestro caso, tal vicio queda en evidencia si se tiene en cuenta que el engaño es falsedad, y si bien el Código penaliza como falsedad sólo la escrita y el engaño puede consistir también en falsedad oral dentro de una puesta en escena, la mescolanza en el tipo es clara y coadyuva a la existencia de concurso entre estafa y falsedad que quizá no se daría de simplificarse, y sobre todo reducirse, los tipos penales (ver más adelante el capítulo dedicado al concurso entre estafa y falsedad).

---

sentido, Serrano-Piedecasas (en "La estafa en el contrato de seguro", Barcelona, 1991, p. 91).

[196] Huerta Tocildo (en "La protección penal del patrimonio inmobiliario. Madrid 1980, p. 69) realiza una agrupación de los delitos contra el patrimonio inmobiliario a efectos clasificatorios justificando tal proceder con el argumento de Perdrazzi (que allí cita) de que "el medio es el momento más original y significativo de los delitos patrimoniales", lo que aquí se cita por parecer éste el criterio utilizado también por el legislador respecto a estos

Y una segunda reflexión. Si el bien jurídico protegido es el patrimonio [197], la incoherencia y el sinsentido salta a la vista cuando una estafa por valor de una peseta es merecedora de reprensión penal (art. 623.4 CP), puesto que con ello se da al traste con la mínima intervención y fragmentación del Derecho penal.

Y aún cabría hacer una tercera reflexión que es objeto de mayor estudio más adelante (ver el capítulo siguiente), consistente en que la introducción de la llamada estafa informática y la eliminación de los elementos "engaño bastante para producir error en otro" da al traste con los mismos como carácter diferenciador del fraude civil respecto del penal y con ello toda la doctrina y jurisprudencia ya vista en ese sentido.

Cualquier respuesta a las reflexiones anteriores pasa a mi juicio por un planteamiento en profundidad de la estructura de la represión penal de las lesiones al patrimonio, aunque en vista de las incoherencias expuestas, cabría ya apuntar incluso la negación de cualquier diferenciación específica entre ilícito penal y civil [198] y

---

mismos delitos.

[197] Sobre la estéril discusión acerca de si el patrimonio ha de ser entendido como "universitas iuris" o como uno de los elementos que lo componen véase, por todos, a Bajo Fernández y Pérez Manzano en "Manual de Derecho penal, Parte Especial", ob. cit., p. 265. Entiendo que se trata de una discusión inútil porque el tipo penal habla sólo de perjuicio, que puede ser patrimonial o no. Si se mediatiza con la rúbrica sistemática será perjuicio patrimonial, pero lo que ya no es posible es limitar o calificar al mismo, puesto que no se distingue si es total o parcial, luego puede serlo de ambas formas.

la necesidad de orientar la misma sólo en base a la importancia del perjuicio ocasionado a la víctima, respetando además la intervención mínima del Derecho penal, lo que implica cuando menos el abandono de las llamadas faltas contra el patrimonio.

Y mientras las cosas sigan como hasta ahora va a darse además lo que se ha denunciado también más arriba, igualmente en el ámbito objeto de nuestro estudio. En este sentido hay que destacar las reflexiones de Suárez Montes [199] acerca del objeto de protección del actual art. 250.1.3 CP (aunque ceñido al cheque) cuando se pregunta "¿cuál es el criterio axiológico o razón de ser de esta estructura cualificada de la estafa?", respondiendo que "en hipótesis, cabría pensar en dos respuestas distintas: una derivada desde la perspectiva propia del delito de estafa, y la otra derivada desde la protección penal del cheque". Este autor descarta la primera de las hipótesis al considerar que "no puede admitirse que el empleo del cheque como medio engañoso al servicio de una estafa conlleve, de suyo y de por sí, un mayor desvalor de la acción que el propio de otro tipo de engaño", quedando en pie, pues, la segunda de ellas. Ahora bien, como dice este autor, una vez eliminada la protección penal que se brindaba al cheque en descubierto en virtud de la mínima intervención penal y no

---

[198] Véase más adelante el apartado "la estafa es siempre un contrato viciado".

[199] En "Estafa mediante cheque en el proyecto de 1994", Estudios Jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez, tomo IV,

poner en peligro este delito la convivencia social básica, "resulta incomprensible la creación del nuevo tipo agravado de estafa mediante cheque", y sigue diciendo que "el plus adicional de injusto que fundamenta una pena más grave no proviene de la estafa, sino de la protección penal del cheque (bien jurídico distinto). Mas resulta que, una vez suprimido el delito de cheque en descubierto, desaparecen las descripciones típicas relevantes, con lo cual no se puede saber cuál es el ámbito de protección que se quiere dispensar al cheque (...) ¿De dónde esa agravación de la pena de la estafa como si hubiese aquí un segundo bien penalmente protegido, cuando sabemos que se ha renunciado a su tutela penal? ¿Y por qué –dando un paso más en la ficción- sólo en el delito y no en la falta?. La agravación de la pena de la estafa, carece así de fundamento". Entiendo no obstante, sin socavar un ápice la contundencia de estas manifestaciones, que el hecho de adolecer el tipo agravado de tales incoherencias o contradicciones, no significa a mi juicio que forzosamente no tenga fundamento, lo único que ocurre es que no se nos ha dicho el mismo por parte del único que puede hacerlo, esto es, el legislador, sin perjuicio que, llegada la hora de que éste tenga que plantearse y explicitar tal fundamento, resulte que en realidad no lo tiene y en consecuencia el subtipo se suprima.

1996, ps. 5162 y ss.)

5.2.- Sobre la voluntad del legislador. Ausencia de explicación coherente del bien protegido.

"Teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador (…) debe ser garantizada la seguridad del tráfico mercantil a través del título o valor abstracto en sí ". Tal afirmación, ha sido extraída del debate parlamentario [200] del código penal y sintetiza, pues, aunque sólo de entrada, la razón de ser y el bien jurídico protegido por la agravante que estamos estudiando. Y digo "de entrada", porque a ello podrá contraponerse, con razón, que se trata de una afirmación emanada de un grupo parlamentario relativamente minoritario –CiU- que no fue ratificada ni aún siquiera discutida, en un contexto además de celeridad general en la elaboración del Código Penal –como más adelante se verá-.

En efecto, a poco que nos detengamos a pensar sobre el citado bien jurídicamente protegido, deberemos ponerlo en cuarentena si tenemos presente que uno de estos títulos, en concreto el cheque, estaba antes penalizado por el sólo hecho de librarse sin fondos, y ahora en cambio no. Y resulta que el bien jurídico protegido mediante aquel tipo ya derogado era igualmente la seguridad en el tráfico mercantil, según la interpretación mayoritaria [201],

[200] Sr. Camp i Batalla, ya en el Pleno. Diario de sesiones del Congreso de 29-6-95, núm. 160.

protegida en concreto mediante la penalización del cheque sin fondos.

En esta tesitura, el por qué de la supresión del delito de cheque en descubierto y la inclusión, en cambio, del tipo agravado que nos ocupa, no deja de ser un misterio. En efecto, si tal como reza la transcripción inicial, debe protegerse y ser garantizada la seguridad del tráfico mercantil a través del título o valor abstracto en sí, no se hubiera despenalizado la emisión del cheque sin fondos, con lo que no es coherente ni válida la razón que explícitamente nos ha dado el legislador –o parte de él, para ser más exactos- para justificar la inclusión de la penalización agravada de la estafa objeto de nuestro estudio.

El por qué de la despenalización del cheque en descubierto y la penalización del mismo –junto con la letra de cambio y el pagaré- cuando son instrumento de la estafa, quizá no sea algo tan insondable si tenemos en cuenta lo manifestado en la interesante Sentencia del TS de 3-11-1984 (R. 5427), que hablaba de "la perenne pugna entre los más puros penalistas que rehusan el delito abstracto y objetivo en el cheque al margen de su finalidad defraudatoria, sin duda por creer que la justicia penal precisa de un conocimiento profundo y exacto respecto de la intención de

---

[201] Ver la STS de 18-7-1992 (R. 6713). Ver igualmente a Ruiz Vadillo (en "El delito de cheque en descubierto en la práctica judicial", Documentación jurídica, 1974, p. 83), cuando asevera que "el delito de extensión de cheque sin provisión protege exclusivamente la seguridad del tráfico

sujeto activo en la presunta infracción, y los mercantilistas que, por otra parte, reclaman continuamente una protección penal del talón en descubierto, sin paliativo alguno, como único procedimiento de mantener la eficacia de ese mandato de pago". Parece, pues, que tras los cambios operados por el código penal de 1995 la pugna entre los referidos sectores doctrinales se ha decantado a favor de los aquí llamados "más puros penalistas".

Pero en cualquier caso y al margen de las anteriores consideraciones, por chocar frontalmente, en su razón de ser, con la propia derogación del delito de cheque en descubierto, tal seguridad del tráfico mercantil a través del título en sí, no puede servirnos de forma fiable, pues, como bien precisamente protegido de la agravante que estamos estudiando, quedándonos pues sin saber exactamente cuál es el bien jurídico que se protege so pena de hasta dos años de privación de libertad y de hasta doce meses de multa, que es la diferencia del tipo agravado respecto del básico.

5.3.- Los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de mínima intervención en relación con el título mercantil abstracto. No protección del título desnaturalizado.

---

jurídico-mercantil".

Completando en lo posible y conforme lo expuesto hasta ahora la citada exteriorización del bien jurídico protegido en el subtipo que estamos estudiando, cabe decir que aunque éste sea el tráfico fiduciario mercantil a través del título abstracto, es decir, susceptible de giro mercantil con independencia de la voluntad del deudor [202], únicamente será bien protegido cuando es utilizado como medio de la estafa, que no fuera de ella.

Es precisamente por la naturaleza mercantil del bien jurídico protegido que la interpretación e integración del tipo ha de hacerse también con parámetros mercantiles, sin que tenga sentido desligar uno y otros, so pena de desnaturalizar la finalidad del tipo penal. Y dicha integración e interpretación han de girar en torno a aquella pieza fundamental en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho Penal, ya tratado de forma genérica en el apartado introductorio del capítulo anterior.

Siguiendo a Quintero Olivares [203], dicho principio es uno de los dos puntales de la dimensión de la función de la potestad punitiva en un Estado de Derecho (el otro sería el

---

[202] El título abstracto perfecto no existe, sino que éste se da en función del grado de restricción de las posibilidades de oposición del deudor. Ver en este sentido Rodrigo Uría en "Derecho Mercantil", Madrid, 1990. Además, ésta es también la razón dada por la propia ley cambiaria al establecer en su exposición de motivos (v. el final de su motivo I) que "del régimen de excepciones que se adopte depende que se perpetúe la función causalista de la letra o bien que se inicie la tendencia a la abstracción del título". Véase por lo demás los arts. 14, 96 y 120 de la Ley Cambiaria, sobre las limitaciones al endoso.

ya tratado principio de mínima intervención) y responde a la función básica del derecho penal consistente en la protección de bienes jurídicos (los que el conjunto de ciudadanos establezca como imprescindibles, en aplicación del mencionado principio de mínima intervención).

La jurisprudencia ha seguido este principio a la hora de incriminar por el desaparecido delito de cheque en descubierto. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-1974 (R. 4088) establece que "la mens legis trata de amparar el tráfico mercantil normal y lícito, pero no las formas patológicas del mismo", y la del mismo Tribunal de fecha 21-9-1992 (R. 7199) absolvió también del delito de cheque en descubierto por considerar que la función acordada para los talones era la de garantía, que no la de pago, siendo pues que la desnaturalización de la función típica y por ello la protegida por la ley penal es la normal establecida por la ley mercantil. En la misma lógica, pues, hemos de afirmar que sólo las funciones propias de los títulos de la agravante tercera, y sólo ellas, resultan protegidas, es decir, pago inmediato en el cheque, y pago aplazado en el pagaré y la letra de cambio.

La necesidad de que la ley penal y la ley mercantil tengan el mismo concepto de lo que sean y deba entenderse por cada uno de aquellos títulos viene dada por la propia coherencia del ordenamiento jurídico, pues tampoco existe una definición expresa de los mismos en el código penal. En

---

[203] Quintero olivares, ob. cit., págs. 82 y ss.

esta tesitura, la integración del tipo con las normas mercantiles implica en primer lugar que sean éstas las que definan de manera clara e indubitada, conforme a las exigencias del repetido principio de legalidad, qué debe entenderse por cheque, pagaré, letra de cambio en blanco y negocio cambiario ficticio.

Hay que advertir no obstante que no es ésta una postura que defienda con unanimidad nuestro Tribunal Supremo, el cual ha podido pronunciarse al respecto con ocasión del desaparecido delito de cheque en descubierto, considerando que si dicho título carecía de alguno de los requisitos que la Ley Cambiaria y del Cheque exigía para ser considerado como tal, ello no era obstáculo para entender vulnerado el bien jurídico protegido de aquel delito, es decir, la seguridad del tráfico fiduciario mercantil [204]. Craso error por cuanto desconecta el bien jurídico protegido, de carácter mercantil como la propia jurisprudencia anterior admite, con las normas reguladoras de esta materia, destacando entre ellas, la ley cambiaria y del cheque.

Entiendo que el punto de inflexión (que como se verá no es un punto medio sino una polarizada toma de postura) entre una y otra concepción sobre lo que debe entenderse por protección al tráfico fiduciario mercantil -en el supuesto, claro está, de que se considere éste el bien

[204] V. Sentencia del Tribunal Supremo de 28-9-1990, R. 7272. Ver también en el mismo sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 14 de Febrero y de 19 de

protegido- hay que buscarlo en lo que la propia norma mercantil establece como no disponible por los particulares en base a la autonomía de la voluntad, deviniendo, por tanto, de orden público.

La ley penal no puede ir más allá que la propia ley mercantil en la extensión de la protección del bien jurídico. Nos estamos refiriendo, obviamente, a la extensión de la protección, que no a la dureza propia de la respuesta penal.

Hacer lo contrario significa poner el carro delante de los bueyes e invertir el principio de mínima intervención penal. Esto es lo que a mi juicio ocurre cuando nuestro Alto Tribunal interpreta más amplitud de supuestos de protección del tráfico jurídico mercantil en la norma penal que lo que lo hace la propia norma mercantil. Y esto es lo que ocurre cuando en las últimas sentencias anotadas [205] se otorga los privilegios de la protección penal a un supuesto de hecho (mercantil) al que la propia ley mercantil le niega los suyos [206], convirtiendo de esta manera, como muy

---

Mayo, ambas de 1995, R. 361 y 755, respectivamente.

[205] Sentencias de la nota anterior. La sentencia citada del Tribunal Supremo dice textualmente que "aún cuando tal documento no tuviese en un aspecto estrictamente formal y en el ámbito del derecho mercantil, la cualidad de cheque, ello no obsta a la aparición de la figura delictiva que precisamente sanciona la vulneración de la seguridad, la normalidad y estabilidad del tráfico mercantil fiduciario".

[206] Véase a Rodríguez Mourullo (en "La protección penal del cheque y la letra de cambio", en Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque, dirigido por Aurelio Menéndez. Madrid 1986, p. 919) cuando considera que "El Derecho penal no puede proteger como cheque lo que el mercantil no considera como tal (...) Es más, el carácter

bien dice Vila Mayo, al "Derecho Penal como constitutivo y no como garantizador, al separarlo de manera radical del Derecho Mercantil" [207]. Y a renglón seguido hay que decir que no se comparte en absoluto la postura de Martos Núñez [208] cuando citando a Torío López [209] defiende que "el Derecho Penal es capaz de construir sus propios conceptos, aún cuando éstos tengan su origen en otras ramas del ordenamiento, lo que conlleva la no necesariedad de adoptar un punto de vista encadenado al Derecho civil", pues tanto la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto como la asimilación de la ley por parte del ciudadano necesitan de identidad de conceptos, dificultando esta tarea el tener que asimilar conceptos distintos según la rama del ordenamiento con la que deba enfrentarse, lo que continuaría siendo detestable aunque aceptable como mal menor si al menos el Derecho penal explicitara tales definiciones propias en su ámbito, pero es que resulta que el Derecho penal no hace la mayoría de las veces ni siquiera eso.

---

fragmentario del Derecho penal y el principio político-criminal de intervención mínima aconsejan que la tutela penal sea más restringida". En el mismo sentido, Carretero Pérez ("Cheque en descubierto: tipo básico, finalidad, postdatación, RDBB, 1981, p. 197), y Bacigalupo Zapater ("estudios sobre insolvencia y delito", Buenos Aires, 1970, p. 139).

[207] En "Consideraciones acerca del engaño en la estafa", La Ley, 1984, p. 967.

[208] "El perjuicio patrimonial del delito de estafa", ob.cit., p. 22.

[209] "Protección penal del patrimonio inmobiliario", ob.

Pero a pesar de la anterior doctrina de nuestro Alto Tribunal, existen afortunadamente sentencias de signo contrario, en las que, sin duda aplicando el principio de legalidad en toda su extensión y excluyendo la analogía in malam partem, entienden a falta de definición por el propio código penal de lo que deba entenderse por cheque (en este caso), que es necesario integrar la norma penal con la definición mercantil y que una vez aquí y conforme al ámbito penal, no cabe hacer interpretaciones extensivas, sino restrictivas de tal definición, y ello además aparte del hecho de que si la propia ley mercantil priva de efectos mercantiles a un título que carezca de algún requisito esencial, con mayor razón deberá privarse de validez para integrar un tipo penal cuya penalidad limita valores aún de mayor importancia cuales son los derechos fundamentales de la persona [210].

En contra de la postura que defendemos se puede objetar que la existencia de vicios contenidos en uno de dichos títulos puede llegar a imposibilitar la incriminación por la agravante, al no poderse luego considerar el título como cheque, pagaré o letra de cambio conforme a la legislación mercantil.

Pero resulta que los vicios capaces de privar al título de su condición de tal a efectos mercantiles deben de estar al alcance del conocimiento de todo aquel que se

---

cit., p. 30

[210] V. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Cantabria de 18-4-1995, de Navarra de 15-4-1994, y de Murcia

disponga a utilizarlo, dando lugar en caso contrario a que entre en juego la figura del error del autor (v. su estudio más adelante). Así, un comerciante, por ejemplo, debe de conocer cuándo un documento mercantil está en condiciones de surtir efecto y cuándo no, y tales condiciones están reguladas en la ley mercantil. Y no es de recibo que se mutile o fraccione el documento entre efectos criminales por un lado, y efectos puramente civiles o mercantiles por otro, puesto que si se protege el efecto mercantil en sí -en el supuesto, claro está, de que se considere éste el bien protegido-, igual consideración deberemos emplear desde ambos puntos de vista. Eso es algo que también lo impone la coherencia del ordenamiento jurídico [211]. Así, siguiendo a Navarro Villarrocha [212], no tendrá la consideración de cheque aquel título que adolezca de la fecha de emisión, y puede incluso irse más allá en la

---

de 31-10-1995, R. 530, 526, y 1273 respectivamente.

[211] El artículo 1228 del código civil corrobora en cierto modo esta coherencia que se reclama, al exigir que quien quiera aprovecharse de un documento deberá aceptarlo también en lo que le perjudique.

[212] En "Condición y tratamiento penal del cheque postdatado", RGD 1982, p. 1529. Argumenta este autor con razón, que en el cheque postdatado "se está faltando a sabiendas a la verdad, se está falseando tal verdad, con el agravante que incluso se ignora si el firmante o creador del cheque vivirá en la fecha en que se supone su expedición" (ibídem, p. 1531). En contra de esta postura y a favor de la incriminación en este caso, Morales-Arce Macías (en "El régimen punitivo del cheque postdatado", RGD, 1983, p. 1741) en base al "engaño que supone hacer creer que se cobrará el talón en la fecha de su vencimiento diferido". Pero tal argumentación no es válida por basarse en una concepción de cheque no protegida por su ley reguladora, lo que significa dar mayor extensión protectora al Derecho penal vulnerando la mínima intervención y fragmentación del Derecho Penal, como

negación de la protección del subtipo agravado respecto de aquel cheque que sí la tiene pero que está postdatado, haciendo las funciones bien de pagaré bien de letra de cambio, pero en este caso, no será un cheque para el que lo recibe en tal condición, luego no habrá engaño ni integración del subtipo penal por este concepto de cheque; pero es que además, tampoco será ni pagaré ni letra por no colmar la forma de estos títulos conforme a las exigencias de la ley cambiaria, con lo que no pueden ser considerados como tales.

Finalmente, hay que recordar que no se puede confundir el negocio abstracto con su negocio causal o subyacente, pues son conceptos diferentes. Los títulos a que hace referencia nuestra agravante no siempre funcionan como título abstracto, carácter que poseen conforme a la definición dada por la doctrina y también en el debate parlamentario, sino que lo hacen, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4-2-1988 (R. 702), como título causal en las relaciones del librador con el tomador, en las del endosante con el endosatario y en las del librador con el librado, y como título abstracto en las demás relaciones que puedan existir entre los distintos firmantes del título (también entre tomador y aceptante) siempre y cuando ninguno de estos últimos haya intervenido, aunque sea de forma encubierta, o en connivencia con las partes o confabulado con la libradora, o como testaferro.

---

se explica debidamente en el texto principal.

Es precisamente esta doble relación (abstracta y causal) la que nos da una nueva dimensión en la incriminación agravada por uso engañoso de título mercantil abstracto.

En base al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no es posible dar protección penal a un bien no tutelado por el tipo. Es precisamente el bien jurídico que protege la agravante que estudiamos el que debe darnos la pauta para valorar qué actitud debe penarse y cual no. Y si seguimos la única orientación explícita del bien protegido extraída del debate parlamentario –a pesar de la incoherencia denunciada más arriba-, resulta que, por mor de la abstracción del título, desligado del negocio de que trae causa, sólo el negocio abstracto debe protegerse, pues, y no el causal subyacente. Esto significará, conforme a la doctrina establecida por nuestro Alto Tribunal recién referida, que no va a poder penarse, por ejemplo, por el último inciso de la agravante del art. 250 3° la letra de cambio en la que sólo intervenga el librador y el librado aceptante, por cuanto entre éstos "la letra funciona como título causal". Estaríamos en este supuesto ante lo que se ha dado en llamar un título desnaturalizado, en el que su función natural ha sido sustituida por otra diferente y en el que se produce un supuesto de hecho que no estaba en la mente del legislador su punición. Pero es que además, también deberá aplicarse el mismo criterio cuando la supuesta estafa se dé entre librador y tomador, y entre

endosante con endosatario, puesto que entre los mismos existe igualmente una relación causal y no abstracta. Ya se dijo anteriormente que nuestros Tribunales han tenido ocasión de establecer doctrina al respecto al tratar del extinto delito de cheque en descubierto. Pues bien, utilizando la misma ratio, si el cheque, letra o pagaré, no responde a un negocio estrictamente cambiario, esto es, regulado en la ley mercantil, integrado por el elemento abstracto en virtud de su desvinculación al negocio causal que le dió vida, y no destinado al giro o tráfico mercantil, deberá entenderse que estamos ante un título desnaturalizado y carente en consecuencia de la protección penal que dispensa el tipo que estudiamos.

Frente a la anterior postura se puede objetar que para que nazca una letra de cambio, por ejemplo, no es necesario que salga a circulación fuera de los iniciales firmantes, con lo que desde este punto de vista la restrictiva interpretación sobre la protección penal que se acaba de apuntar carecería de sentido. Pero en idéntica situación se encuentra el cheque desnaturalizado que nace como cheque a pesar de no usarse como medio inmediato de pago y carecía para nuestros tribunales de protección penal a pesar de cumplir los requisitos exigidos en el tipo del entonces artículo 563 bis, quedando patente luego la intervención y aplicación con acierto de nuestros Tribunales del principio básico de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio que deberá aplicarse en consecuencia cuando

estemos ante un cheque, pagaré, letra de cambio o negocio cambiario desnaturalizado, y no penar como tal negocio cambiario cuando se utilice –el documento que lo instrumenta- como medio de la estafa.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

6.- Recapitulación.

Cualquier sociedad estable dispone de medios para proteger los valores sobre los que se asienta. La Constitución española establece los valores y principios sobre los que se asienta nuestra concreta sociedad, protegiéndolos bien por invocación directa de sus normas, bien mediante legislación delegada que diseña el legislador, y en el ámbito que nos ocupa, en función de la política criminal de cada momento, señalando no obstante aquella Norma Fundamental dos concretos bienes -medio ambiente y patrimonio histórico- como integrantes de los valores más permanentes por ella establecidos y merecedores de la más enérgica protección. La ley penal deviene así como el medio más enérgico para proteger aquellos bienes jurídicos establecidos por la Constitución que el legislador estime conveniente, resultando así una diferente configuración de los mismos, de tal manera que aquélla protege bienes jurídicos no explicitados por ésta y que responden a criterios político-criminales.

El Código Penal de 1995 no recoge de forma expresa el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos por más que éste es admitido tanto por el Tribunal Constitucional como por el propio legislador en preceptos aislados del propio Código e incluso en su discusión parlamentaria. Dicho principio está especialmente

relacionado con el de legalidad y aún su más concreto de tipicidad, el de seguridad jurídica y el de intervención mínima penal.

El grado de protección que presta el ordenamiento jurídico a un bien o valor determinado depende de la importancia que le asigne la sociedad en cada época o momento y va desde el simple resarcimiento civil hasta la sanción administrativa e incluso la penal, manifestaciones estas últimas del ius puniendi del Estado que conllevan la primera -resarcimiento-, y todas ellas obviamente el restablecimiento del orden jurídico perturbado. De estos fragmentos protectores del ordenamiento jurídico, el que corresponde al Derecho penal goza de preferencia, ante la lesión de un mismo bien jurídico, sobre los demás, a los que generalmente se priva de eficacia si invaden aquél ámbito, estableciéndose así una relación de complementariedad entre los diferentes fragmentos de protección que no siempre disponen de límites precisos, lo que provoca un solapamiento de los mismos.

El propio Código penal intenta establecer el límite de su intervención en los tipos que regula, intento que resulta insuficiente por la propia abstracción e indefinición de los conceptos utilizados a tal fin, mayoritariamente el de la gravedad del hecho.

En otras ocasiones recurre el Código a establecer que sea el propio perjudicado el que decida sobre la criminalización del hecho, solución de talante similar a la

introducida por la Disp. Final 4ª del Código que modifica la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor, dando validez a la elección de la vía protectora por parte del propio perjudicado. El respeto del orden procesal -vía de protección- predeterminado y establecido de modo general por nuestro ordenamiento adolece así de algunas desviaciones -quistes patológicos-, que consisten en dejar en manos del particular la potestad sobre el ius puniendi del Estado, sometiendo el mismo a móviles privados. Tal desviación no puede justificarse con el derecho fundamental de ese particular a la Tutela judicial efectiva en evitación del llamado peregrinar de procedimientos, sino que, lejos de soluciones como las expresadas que difuminan aún más la frontera entre lo público y lo privado, el problema ha de solucionarse en origen, esto es, con la coordinación de las normas que protegen, cada una en su segmento, los mismos o similares bienes jurídicos.

Pero esta coordinación no sería en sí especialmente complicada si no fuera porque en muchas y demasiadas ocasiones es imposible hoy por hoy saber con certeza el bien que los tipos penales protegen. En efecto, la estructura típica, consistente en la penalización de una determinada conducta, no explicita el bien que la misma protege, sino que éste queda mezclado con lo simplemente tolerado, esto es, aquello frente a lo que la norma penal resta indiferente, con lo que la dimensión específicamente protectora queda difuminada y sometida a las diversas

interpretaciones que provocan disparidad en su aplicación. Se hace necesario, pues, definir con claridad el bien jurídico protegido, y no sólo su sanción, para coordinar luego los diferentes ámbitos de protección para que se complementen sin solaparse.

En este contexto, el principio de mínima intervención penal debe ser herramienta del legislador y no del ciudadano ni del operador jurídico, ya que la no fijación de la mínima intervención por aquél provoca el traslado de la carga a éstos en sede interpretativa y consiguiente disparidad en su aplicación.

También la protección del fraude es objeto de solapamiento en nuestro ordenamiento, sin que pueda saberse con certeza la vía procesal y el ámbito de protección destinado a proteger el bien jurídico que aquél lesiona. El propio Tribunal Supremo admite la dificultad de discernir entre la vía civil y la penal, aunque mayoritariamente reconduce este tema a la intensidad del engaño en cuanto a la estafa y al concepto de tipicidad en lo que respecta a la generalidad de los tipos defraudatorios, tipicidad demostrada insuficiente por indefinida tanto en los conceptos que utiliza como en la finalidad perseguida. De esta situación resulta la imposibilidad de saber el ciudadano si una determinada conducta va a tener consecuencias penales o no -es decir, simplemente civiles-, y también resulta de la misma el peregrinar de procedimientos, problema susceptible de "solución" similar

a la articulada para la lesión del Honor, es decir, despriorizando el interés general sobre el particular en vez de la solución en origen antes apuntada [213].

Un logro de coordinación legislativa ya realizada -entre el ámbito penal y el administrativo- lo constituye, a pesar de que no existe definición explícita del bien protegido, la Ley penal especial de Represión del Contrabando (L.O. 12/1995 de 12 de Diciembre), en la que, sin entrar en aspectos perfectibles y sí sólo en lo que ahora interesa, se definen los conceptos utilizados en el tipo penal, se utilizan límites numéricos -exactos y precisos- con el ilícito administrativo, y se realizan remisiones a otras normas de forma concreta en evitación de la ley penal en blanco, recursos prácticamente inutilizados o muy infrautilizados en el Código y que van a permitir en la práctica una gran clarificación, antes de emprenderla, de la vía procesal (y después sustantiva) de protección, clarificación que se complementaría, y eso es todavía ciencia-ficción, con la certeza sobre el fragmento del bien jurídico protegido penalmente por el legislador (también respecto del bien jurídico mismo a efectos de diferenciarlo de bienes jurídicos similares), especialmente útil en los supuestos como el de la estafa, en que la diferencia entre

[213] Además de ésta, otra solución consistiría en eliminar aquellos ilícitos en los que no se considere que existe un interés general suficiente para mantenerlas en el bloque penal, incluyendo aquellas sin ninguna duda faltas que no merecen la presencia del ministerio público (art. 969 Lecrim. in fine).

el ilícito penal y el civil es sólo de matiz, dependiendo normalmente sólo de la cualidad de uno de sus elementos.

Dejando atrás la anterior problemática y una vez metidos ya en la vía de protección penal, la indefinición del bien jurídico protegido por la norma, va a incidir negativamente en la llamada homogeneidad delictiva, en concreto y a efectos de nuestro estudio, en el procesal principio acusatorio y, ya en el derecho sustantivo, en la reincidencia y en el delito continuado. Ello además, obviamente, de la incidencia en la interpretación de preceptos donde se realiza expresa mención del bien jurídicamente protegido, como ocurre en el art. 11 b con ocasión de la comisión por omisión.

En el primero de ellos (principio acusatorio), la diferente apreciación de la homogeneidad conlleva una diferencia radical en la respuesta penal, consistente, bien en la condena con el consiguiente castigo, bien en la libre absolución. Y es que la casuística interpreta de forma dispar la homogeneidad entre los mismos delitos, de donde se deduce alarmantemente la necesidad de unificación de criterios, a la que es posible llegar definiendo el bien jurídico protegido, incluso desde el punto de vista de aquellos que sobredimensionan la homogeneidad circunstancial en relación con la homogeneidad esencial basada en el bien protegido, porque aún así se define -aunque más parcialmente- la naturaleza específica de cada delito, potenciándose la identificación y con ella la

diferenciación entre los mismos [214]. Y lo mismo ocurre con el delito continuado, al considerar los Tribunales unas veces homogéneo lo que otras consideran heterogéneo, con la consiguiente disparidad en la sanción resultante, determinada por la aplicación o no de los beneficios del art. 74.1 CP. En cuanto a la reincidencia, la introducción del concepto abstracto consistente en "ser de la misma naturaleza" operada por el Nuevo Código Penal, va a desatar nuevamente la disparidad de criterios recién denunciada, con la consecuencia penológica de abarcar unas veces la pena en toda su extensión y otras veces sólo en su mitad superior (art. 66.3ª CP).

No obstante lo anterior, es posible intentar una aproximación al bien jurídico protegido, primeramente a través de la división y organización sistemática de los delitos establecida en el Código Penal, pero sobre todo y fundamentalmente mediante el estudio de la letra de los tipos penales en ella contenidos. En la primera vía, vemos que algunos Títulos contienen, según su rúbrica, delitos

[214] Una solución que se propone al respecto es la consistente en considerar el bien jurídico protegido como integrante de la homogeneidad básica, dejando la circunstancial al abrigo del concurso de delitos y de las agravantes genéricas de la Parte General. Solución saludablemente parecida es la que motiva que en el delito de robo no se incluya el robo con muerte, lesiones, violación o toma de rehenes (por ejemplo), por cuanto en el Código vigente se "ha optado por mantener un tipo básico y por el concurso de delitos cuando concurra alguna de las conductas enumeradas" (Sra. del Campo Casasus por el Grupo socialista, diario de sesiones del Congreso nº 511, de 5-6-1995, p.15543). Véase en ese mismo sentido la crítica que Antón Oneca efectuaba al Código de 1870, en la obra del mismo título en ADPCP 1970, p. 248.

que atentan contra varios bienes jurídicos, como el Título XIII, que contiene delitos que atentan contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, sin que nos aclare la rúbrica sistemática los que atentan contra uno, los que atentan contra otro, o los que atentan contra los dos bienes citados.

El estudio comparativo sobre las mismas figuras delictivas objeto de nuestro estudio, contenidas en el Libro de las Faltas, donde sólo se protege el Patrimonio, así como la expresa denominación contenida en el Capítulo X como delitos patrimoniales refiriéndose a los nueve primeros capítulos del Título XIII, resultan definitivos para decantarnos a interpretar que en las defraudaciones del Capítulo VI del Título XIII –luego obviamente en la estafa- se contienen delitos que atentan contra el Patrimonio como bien jurídico establecido por la distribución sistemática, ubicado en el Título, dentro de la misma. La reubicación de antiguas defraudaciones en otros capítulos pero dentro del mismo Título reafirma la idea del intento del legislador de agrupar bajo el mismo aquellos delitos que atentan contra dicho bien jurídico. No obstante y al no tratarse de un deslinde expresado por el legislador, pudiera también entenderse, por contra, que lo que pretende la ley es dar diferente trato a los delitos y a las faltas, protegiéndose el orden socioeconómico en aquellos y no en cambio en éstas, doble interpretación que abundará de nuevo en la problemática que venimos

denunciando y que traslada al ciudadano y al operador jurídico la carga que debía haber sido resuelta por el legislador.

Si deslindamos los dos bienes contenidos en la rúbrica del Título, el Patrimonio se presenta con una cierta peculiaridad si lo comparamos con otros delitos contra el Patrimonio protegidos en otros Títulos del Libro II. En efecto, al penalizarse los atentados contra el Patrimonio Histórico -Título XVI- y contra el Erario Público -Título XIV- se nos da a entender que el bien protegido en el Título XIII es el Patrimonio privado, aunque tal peculiaridad no la expresa ni la rúbrica del mismo ni los tipos en él contenidos, lo que va a plantear problemas concursales con los delitos del Título XIV, atendida la prelación establecida en el artículo 8 CP (no así en cambio con los delitos del Título XVI, por la limitación de estos tipos -derribo y alteración de edificios y daños- y por la subsidiaridad expresa del delito de daños).

Descendiendo en la distribución sistemática, el Capítulo VI se rubrica bajo la denominación "De las defraudaciones", donde "defraudar" significa privar a uno de lo que le toca en derecho con abuso de confianza e infidelidad en las obligaciones, aportando al orden sistemático esta denominación tanto la privación de ese patrimonio establecido en el Título -acción básica reprochable- como el abuso de confianza y la infidelidad como aportación modal o circunstancial.

La aportación a la sistemática que nos ocupa por parte de la distribución seccional -y sus rúbricas- es netamente modal y agrupa a los delitos en ellas contenidos según se engañe o simule, se incumpla obligación, o se usen medios clandestinos.

Pero toda la anterior organización sistemática tiene a lo sumo valor interpretativo acerca de la voluntad del legislador, puesto que sólo el articulado posee valor normativo, siendo pues en el propio tipo y no fuera de él donde ha de ubicarse en puridad el bien jurídico protegido por la norma penal -principio de tipicidad-, pudiendo ocurrir que esta tipicidad difiera de aquella voluntad sistemáticamente expresada. Además, sin que el tipo penal nos diga el bien que protege, no sabremos a ciencia cierta si estamos ante un delito de mero peligro –de lesión de ese bien jurídico- o de resultado –efectiva lesión del mismo-, debiendo en la actualidad acudir a la distribución sistemática -fuera de la norma- para establecer interpretaciones nuevamente ajenas al principio de legalidad.

La lesión de un bien jurídico puede provocar en el Derecho Penal dos actitudes diferentes: o de respuesta -protectora- o de indiferencia, siendo el tipo penal, por definición, plasmación de la primera de ellas, concretada en el castigo de la lesión -por acción u omisión- del bien que ese tipo está destinado a tutelar. Pero la propia protección hacia un determinado bien jurídico hace al tipo

penal indiferente o sin efectos -atípico- para todos los demás supuestos -infinidad- no contemplados en él y que pueden hallarse vulnerando tanto otro bien jurídico distinto como otro segmento del mismo.

Aparecen así las tres dimensiones del tipo penal: La penalización de una conducta, exteriorizada por el tipo. La protección de un bien jurídico, motivo y razón de ser de la anterior, no explicitada y a la que se llega por deducción de la primera. Y finalmente la permisión o simple tolerancia hacia lesión de bienes o segmentos de los mismos no protegidos, a la que se llega también por deducción de la primera. La tarea de deslindar las dos últimas a partir de la primera se presenta dificultosa a efectos de cribar el bien jurídico protegido por la norma, lo que no es posible sin detrimento de la seguridad jurídica y de los principios especialmente relacionados con ella.

Previo a entrar en el análisis de la literalidad de los tipos del Capítulo de las defraudaciones, debemos observar que lucro y perjuicio son dos elementos propios de todo delito de enriquecimiento injusto a costa de otro, frente a los de simple menoscabo patrimonial, como el delito de daños.

Pero lo que sucede es que no todos los tipos del Capítulo De las defraudaciones penalizan el ánimo de lucro ni tampoco todos los tipos penalizan el perjuicio, lo que cuestiona, desde el punto de vista del bien protegido por dichos tipos, tanto el enriquecimiento, como que éste lo

sea a costa del perjuicio de otro, e impide asimismo saber desde esta óptica si los delitos cuyos tipos que no penalizan el perjuicio son delitos de simple peligro del bien jurídico Patrimonio, o delitos de resultado y lesión de otro desconocido bien jurídico, así como si los delitos cuyos tipos no penalizan el ánimo de lucro lo son de enriquecimiento que penalizan un a mi juicio absurdo peligro de tal, o en cambio son delitos de simple menoscabo o daño -luego no de enriquecimiento-, y ello a pesar y en contra de la distribución sistemática en la que se encuentran, imponiéndose como conclusión de lo anterior que el bien que pudiera entenderse protegido a partir de la distribución y organización sistemática de los tipos penales no concuerda en muchos casos con la letra de los mismos, siendo que sólo esta letra es la que ha de tenerse en cuenta por ser la única que establece sanción.

En este contexto no cabe interpretar olvido del legislador, no sólo por cuanto la mayoría de los tipos de las defraudaciones no contienen el requisito del ánimo de lucro, sino porque la existencia de tal requisito es susceptible de modificar el título de imputación delictiva, con lo que resulta obligado buscar el sentido y explicación a tales diferencias.

La deducción del bien jurídico protegido por los preceptos penales objeto de estudio adolecerá, consecuencia de lo expuesto, de la limitación y distorsión propias de la apreciación del intérprete que suscribe, sin que las

dificultades y yerros en la misma justifiquen en modo alguno la renuncia a tan necesaria empresa. En este sentido cabe decir que no sabemos con certeza el bien a que está destinado a proteger el subtipo agravado del art. 250.1.3° CP, ya que el bien explicitado en la elaboración parlamentaria para la introducción del mismo era el mismo que el del suprimido (por esa misma elaboración) tipo de cheque en descubierto. El anterior contrasentido denota otra razón de ser –por ahora misteriosa- del subtipo que nos ocupa, y que por ello deja como posibles bienes protegidos, tanto el título abstracto en sí, como la víctima que lo es de un especial medio engañoso –título abstracto-, distinción que, como en el ejemplo del jarrón, es determinante para la imposición o no de la pena conminada –en el segundo intervienen de forma principal las cualidades y relaciones personales de manera que pueden determinar en un sentido u otro la lesión de ese bien protegido, mientras que en los otros dos no (o al menos en la misma forma), etc.-. Pero en cualquiera de los casos, no deberán ser objeto de penalización los usos desnaturalizados del título, es decir, usos distintos de los regulados por la ley mercantil.

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

PARTE SEGUNDA:

LA ESTAFA AGRAVADA

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

CAPITULO I:

LA ESTAFA BÁSICA.

1.-El precepto.

Establece el artículo 248 del Código penal el tipo básico de la estafa en su apartado primero, similar al del código derogado y que reza de la siguiente manera:

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

Prosigue en el Código penal de 1995 la definición introducida en el de 1973 por la ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, que sigue a la ya formulada en su día por Antón Oneca [215]. Ya hace más de un siglo Groizard dijo de la estafa que "su esencia es el engaño y la perfidia; sus medios, dar á la mentira apariencia de verdad; su fin, la defraudación por el abuso de confianza. El estafador, no arranca el dinero con estrépito, como el ladrón. Con el puñal en la mano o la fuerza de la palanqueta. No priva de la posesión del objeto a su dueño apoderándose de él por

[215] En "Las estafas y otros engaños", NEJ, tomo IX, ed. Seix, Barcelona, 1957, según la cual, "Estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un

medio de un acto material, como el autor del hurto: llega á su víctima arrastrándose como los reptiles, la rodea de consideraciones externas, demuestra solicitud por sus intereses y por agradarla, sorprende su confianza, y, abusando de ella, le clava el aguijón y le chupa la sangre con la mayor insidia y crueldad, pero con el menor ruido y escándalo posible" [216].

El apartado segundo establece un subtipo de lo que hasta ahora era un robo con fuerza, por la clara similitud del artificio que supone la utilización de llave falsa y la manipulación informática (o semejante) para conseguir la transferencia no consentida de activo patrimonial en perjuicio de tercero. La ubicación de este apartado es desafortunada, como expongo más adelante.

Dice dicho párrafo:

"2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero."

---

perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero".

[216] Groizard y Gómez de la Serna, en "El Código Penal de 1870". Salamanca, 1897. Definición recogida en la actualidad, al menos parcialmente, por diversos autores, como por ejemplo De Vega Ruiz (en "Protección penal del consumidor", La Ley 1989, p. 1014).

2.-El proyecto de ley y su apresurada tramitación parlamentaria.

La figura del párrafo segundo del artículo 248 ha sido introducida en el nuevo código como tipo de estafa por tratarse del llamado "fraude informático" y, según doctrina autorizada [217], pretende salvar las dificultades de incluir en el concepto clásico de estafa y, especialmente, en la concepción psicológica del error del sujeto pasivo, las defraudaciones cometidas por manipulación informática, en las que la conducta fraudulenta se lleva a cabo con una máquina y no frente a una persona, y en las que la disposición patrimonial obtenida por tales medios en ningún caso debe ser consentida por el titular del activo patrimonial.

De cualquier forma, entiendo que debería haberse abordado la introducción de la delincuencia a través de las modernas tecnologías con más calma que con la que se ha hecho. Y no es porque se haya pecado de asistematicidad en la elaboración del nuevo código penal que se echa de menos una elaboración sosegada del mismo, sino porque precisamente la premura para dicha elaboración está inclusa continuamente en las discusiones de los parlamentarios en el diario de sesiones. Es de significar en este sentido la

[217] Diego López Garrido y Mercedes García Aran, ob. cit.,. Página 134.

intervención del diputado Sr. Varela Pérez [218] del Grupo popular que dijo textualmente, a resultas de las mismas prisas denunciadas ya en comisión [219], que "Es cierto que este debate del Código Penal se está haciendo con una prisa inusitada, prisa inusitada que desde luego no afecta a los ponentes de ningún grupo; estoy convencido de que todos los ponentes de los grupos están pendientes del Código Penal y tienen, además, el interés de que este Código Penal resulte el mejor que puede haber. Sin embargo, yo no se si esa prisa inusitada dependerá del señor Ministro de Justicia, señor Belloch, si la prisa vendrá por ahí, si será el señor Belloch quien tenga prisa por que se apruebe este Código Penal; es posible que sea así y que pretenda además que este Código Penal consagre al señor Belloch como el autor, a través del Ministerio, del Código penal, pero no vaya a ser que, en lugar de consagrarlo, lo crucifique, porque lo que puede suceder es que este Código Penal, a base de la prisa que se le está metiendo, lleve a una serie de errores e inconvenientes. No estoy diciendo ninguna cosa extraña; a la vuelta de la esquina está la Ley del Jurado, que fue aprobada en esta Cámara aproximadamente hace mes y medio,

---

[218] Diario de sesiones del Congreso n° 160 de 29 de Junio de 1995 (discusión en el Pleno, página 8507).

[219] Ver por ejemplo la intervención del diputado Sr. De la Rocha Rubí (del propio grupo socialista) en el diario de sesiones n° 511 de 5 de junio de 1995 (debate de comisiones, página 15562) en la que dice textualmente que "El debate de un proyecto de ley que tiene más de 600 artículos no se puede hacer en un único momento ni en dos momentos; quizá un proceso tan largo como el que la Constitución vigente marca - Congreso más Senado, con varios trámites en cada uno- nos

que aún no entró en vigor y ya hubo que modificarla. Se me puede decir que hubo que modificarla porque nos olvidamos de aquello o hubo aquel error. Es que aquí puede haber muchos errores. En modo alguno se puede discutir un Código Penal en el tiempo en que lo estamos haciendo. Repito, me consta que todos los ponentes, mucho más que yo, puesto que he intervenido poco, tienen interés en que el Código Penal salga adelante y lo mejor posible, pero no es posible hacerlo así. Señores, se ha discutido en comisión aproximadamente a través de unas diez o doce reuniones que duraron tres, cuatro, o cinco horas. Nos ponemos en unas cincuenta horas aproximadamente, y resulta que esas cincuenta horas no dejan de ser más que una jornada laboral durante una semana. Un Código Penal no se puede discutir de esta manera, por lo menos en beneficio del propio Código Penal".

La réplica a esta intervención la suscribió el diputado socialista Sr. Mohedano Fuertes [220], que entiende que no se ha ido con gran rapidez en la discusión del proyecto del vigente código puesto que entre Ponencia, Comisión y Pleno calcula este diputado que habrán transcurrido 150 horas, lo que aplicando la misma referencia a la jornada laboral del Sr. Varela, nos quedamos con un total de tres semanas de discusión, espacio de tiempo igualmente pobre para la trascendencia de un

---

permite que se pueda hacer más pausadamente".

[220] V. mismo diario de la intervención del Sr. Varela,

Código Penal. En esta misma intervención, no obstante lo dicho, el propio Sr. Mohedano se contradice al discutir una enmienda al grupo de Izquierda Unida al tener que decir "Tengo que ir muy deprisa, señor López Garrido", y en idéntica contradicción en cuanto a la holgura de tiempo con que , al final de la misma intervención tuvo dicho parlamentario que aseverar que "aunque siento no poder contestar a todas las enmiendas que se han planteado, creo que he respondido a las que creía más importantes"[221].

En el mismo sentido anterior, otro parlamentario del mismo grupo que el Sr. Mohedano, el Sr. Navarrete Merino y a continuación de aquél, también tuvo que finalizar su intervención lamentándose de "que el tiempo me obligue a actuar con esta necesaria simplificación, aunque entiendo que también obliga al presidente de la Cámara; en definitiva, estas figuras (de los delitos económicos) hubieran necesitado de mayor disponibilidad de tiempo".

Lo ocurrido en el debate parlamentario del ya vigente Código Penal no deja de dar una grave sensación de urgencia y provisionalidad respecto de la elaboración de una Ley que

---

página 8518.

[221] En lógica con la contradicción del Sr. Mohedano, la réplica del Sr. Varela Pérez deviene preñada de razón y es como sigue: "Como ve usted, señor Mohedano, el tiempo no llega, y usted fue testigo, porque lo sufrió en sus propias carnes. Estamos discutiendo el Código Penal a excesiva velocidad, no sé si son los ponentes o quién es, pero lo que sí es verdad, insisto, es que estamos discutiendo a una gran velocidad, hasta el punto de que usted no ha podido, en modo alguno, contestar a las enmiendas, y no sólo a las del Grupo Popular, que las di por defendidas precisamente por falta de tiempo".

ha de decidir sobre los valores y derechos fundamentalísimos de tantos millones de personas, y por ello no es inoportuno calificar la tramitación de la misma como de cierta irresponsabilidad parlamentaria. No de otra manera podemos calificar dicha elaboración cuando se dan por defendidas y por rebatidas sin debate alguno las diferentes posiciones y enmiendas por falta de tiempo [222]. Y de esa prisa mala consejera es a mi juicio botón de muestra el mantenimiento del fraude informático en el tipo de la estafa, sin poder discutir, por falta de tiempo o de sosiego, la bondad de tal ubicación.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[222] El Sr. Varela Pérez se lamentó de que tenían que defender cuatro enmiendas por minuto, lo que daba lugar a que dispusiera sólo de quince segundos por enmienda.

a) LA ESTAFA INFORMATICA

3.-El error sistemático en el tratamiento del fraude informático.

3.1.-Figura ya contemplada en el código.

La figura reflejada en el párrafo segundo del artículo 248 no se compadece en absoluto con la teoría jurídica clásica del delito de estafa, sobre todo desde la definición introducida por la L.O. de 1983, al quedar alienado el elemento fundamental de engaño bastante en la persona defraudada [223].

El fraude informático debería de estar ubicado dos secciones más adelante en el mismo capítulo, esto es, en la sección tercera que trata de las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, ya que, como dice Bueno Arús, "lo informático se refiere, no ya al objeto de protección, sino a los medios utilizados para la comisión del delito" [224]. De hecho, la defraudación informática es análoga a la realizada al fluido eléctrico [225], e incluso, el artículo

[223] Véase en este sentido a Bueno Arús en "El delito informático", en AIA, n° 11 de Abril de 1994, p. 4, sobre la innecesariedad de forzar el concepto ya elaborado de la estafa. Véase a Gutiérrez Francés también en esa misma publicación (p. 10 y ss.).

[224] O.u.c., p. 1. En el mismo sentido, Gutiérrez Francés, en "Fraude informático y estafa", Madrid, 1991, p. 619.

256, dedicado a estas defraudaciones análogas, castiga al que "hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio". Naturalmente que este artículo está pensado para casos como el paradigmático de la utilización de teléfono inalámbrico que se "engancha" a otro con el mismo código de fábrica y a cargo del cual vendrá luego la factura de Telefónica. Pero este tipo es susceptible de albergar asimismo el fraude informático [226]. Los cajeros automáticos también efectúan telecomunicaciones (tal es la relación de un terminal de un cajero automático

---

[225] Véase a González Rus en "Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", PJ, n° especial IX, 1989, que asimila explícitamente a "los ficheros, programas y la información que contienen" a "flujos electromagnéticos, por su semejanza con la energía eléctrica" (aunque dicho autor se inclina por no considerarla tal defraudación de energía "porque en estos casos el flujo energético en su significación física no es el objeto de la defraudación sino el vehículo de la misma") . Y también a Corcoy Bidasolo / Joshi Jubert, en "Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos", RJC, 1988, p. 698, que afirman que "Estos comportamientos tienen una estructura similar a las defraudaciones de fluido eléctrico o fluidos análogos". Y en fin, véase a Ruiz Vadillo (en "Falsedad y defraudaciones", ob. cit., p. 186), para quien "no todo cambio en las tecnologías ha de suponer una modificación de los correspondientes sistemas o subsistemas jurídicos en cualquiera de sus manifestaciones: Pensemos en (...) el fluido eléctrico...Sólo habrá lugar a determinadas alteraciones cuando ello resulte obligado".

[226] Las anteriores autoras (Ibídem) consideran que "La elaboración de un programa en un ordenador tiene un coste económico valorable según el tipo de ordenador y su capacidad de trabajo. Esto lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que las horas de utilización se contabilicen como gasto, o por la posibilidad de alquilar ordenadores por horas, días, meses..., o por la existencia de empresas cuyas actividades son la realización de trabajos informáticos... La utilización sin costo supone, por lo tanto, un perjuicio económico para

con su ordenador central), que en caso de ser utilizado por persona indebida carecería ésta de consentimiento del titular del terminal, esto es, la entidad bancaria correspondiente. Y obsérvese que tanto en el tipo del art. 248.2 como en el del art. 256 el bien jurídico protegido es el mismo al ser similar un equipo terminal de telecomunicación y un equipo informático ("o artificio semejante" refiere a mayor abundamiento aquel tipo), y que en ambos casos se trata de un uso no consentido, corroborando así, no sólo la misma naturaleza delictiva, sino también el mismo medio comisivo.

En cualquier caso, y para quien considere que la defraudación informática no se encuentra resuelta en el artículo 256 citado, que ya se ha visto que sustancialmente sí lo está, siempre hubiera quedado la posibilidad de modificar éste para no tener que apreciar aquella con calzador e, incluso, apreciando mejor sistemática, hubiera sido más ortodoxo añadir un nuevo artículo a la citada sección tercera con el texto del número 2 del artículo 248.

Es evidente que en la inclusión del fraude informático junto a la estafa –o mejor dicho, formando parte de ella- ha pesado más el elemento "perjuicio patrimonial" que el de "engaño bastante a otro". Y aquí se encuentra el error, porque es doctrina pacífica, tanto científica [227] como

---

el titular del sistema informático".

[227] Valle Muñiz, o.u.c., p.142, y los autores por él citados. Aquel autor diferencia luego el vicio del consentimiento del perjuicio patrimonial para diferenciar el

jurisprudencial [228], la que establece que el elemento nuclear de la estafa es el engaño y que es éste el que a su vez permite diferenciar a aquélla de otras figuras delictivas, como la apropiación indebida, el hurto, o el alzamiento de bienes. El concepto "perjuicio patrimonial" es el elemento característico de los delitos económicos, mientras que el concepto "engaño bastante a otro" lo es como diferenciador de la estafa de los demás delitos que integran el más amplio grupo que tiene en común aquel desplazamiento. Se ha confundido el todo con la parte y se ha incluido el fraude informático dentro de los delitos económicos, sí, pero en una sección que no le corresponde, como es la sección del engaño bastante a otro. No en vano, corroborando el sentido indicado, la estafa estaba ubicada en el anterior código penal, dentro del capítulo de las defraudaciones, en la sección segunda, titulada "De las estafas y otros engaños", y el Diccionario de la Real Academia entiende por engañar "inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas".

Lo que ocurre es que con la introducción de la informática y de las nuevas tecnologías se están dando a los conceptos de siempre nuevos significados que fuerzan la literalidad de los vocablos utilizados hasta ahora. De esta

---

dolo civil del penal (p.272).

[228] V. el reciente Auto del TS de 13-3-1996 (R. 1958), y las Sentencias del mismo Tribunal de fecha 7-4-1995 (R. 2857), 8-9-1994, (R. 7202), 7-7-1994, (R. 5880) y de 4-6-1993

manera, las palabras "engañar" y "engaño" siempre han venido siendo utilizadas en relación a una acción que tiene por objeto a otro, y así lo ha entendido el propio tipo penal redundando, en aras de la claridad y rotundidad exigible a cualquier tipo penal, en que tal engaño ha de ser "a otro".

No estoy negando con esto –justo lo contrario- que no tengamos que adaptarnos a los nuevos conceptos y a las nuevas tecnologías. Pero como ya vimos el bien jurídico protegido en la estafa no se reduce al patrimonio, bien protegido común al resto de los delitos económicos, sino que con la regulación específica de este delito se protege además un bien esencialmente humano cual es la confianza en las relaciones del tráfico jurídico, confianza que, en la sección primera del capítulo de las defraudaciones, es interpersonal y directa entre el autor y el disponente patrimonial [229]; y una máquina carece de cualquier aptitud para ser vulnerada en su confianza.

Para las defraudaciones realizadas fuera del ámbito del engaño a persona, pues, ya estaban en el anterior código, y continúan estando en el vigente, las defraudaciones análogas a las realizadas al fluido eléctrico, en las que la defraudación, aunque siempre el perjudicado sea al final una persona, se realiza

---

(R. 4817).

[229] Frente a las realizadas prescindiendo del "instrumento humano" -al menos directamente-, propias de la sección tercera del Capitulo VI.

"engañando" o burlando los sistemas de control y de seguridad de una máquina para obtener un lucro. O incluso se podía encuadrar la figura que nos ocupa bajo el delito de robo con fuerza o bajo el hurto (vide infra).

3.2.-Déficits subsanados, nuevos déficits.

Ha sido el forzamiento que significaba para la ley penal a la hora de incluir en el tipo del robo con fuerza el desplazamiento patrimonial realizado con tarjeta de crédito el que ha provocado los cambios que podemos contemplar en el nuevo código, de los que el más significativo, en lo que ahora interesa, es lo preceptuado en el artículo 239 in fine sobre que "se consideran llaves (falsas) las tarjetas, magnéticas o perforadas".

Pero con la actual consideración de las tarjetas como llaves falsas, el conflicto entre el robo con fuerza y las "estafas" informáticas está servido, con lo que, lejos de zanjar la polémica [230], ésta se avivará.

Al déficit de los tipos de robo con fuerza y estafa para incluir la repetida figura de la tarjeta en el código anterior [231], había que añadir otro más, cual es el que los tipos destinados a las defraudaciones de fluido eléctrico y

[230] V. Conde-Pumpido Ferreiro, "Código Penal, Doctrina y jurisprudencia". Madrid, 1997, p. 2683.

[231] Véase no obstante, sobre la inclusión del uso de tarjeta bajo sendos delitos, a Conde-Pumpido Tourón, en "Las tarjetas de crédito como instrumento para la comisión de un delito: Dos sentencias", en PJ, n° especial IX, 1989.

análogas sólo contemplaban los fluidos de energía (la electricidad del antiguo artículo 536 y la del gas, agua u otro elemento, energía o fluido ajenos del artículo 538, aparte de la defraudación al consumidor por parte del proveedor del artículo 537).

Fruto de los déficits del antiguo código para contemplar nuevas formas delictivas, el nuevo código ha modificado la sección destinada a las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas de la siguiente manera:

a) Se refunden bajo un mismo artículo las defraudaciones de energía a modo del antiguo artículo 536, pero añadiendo la defraudación de telecomunicaciones y ampliando la forma de comisión a cualquier medio que sea clandestino.

b) Se añade un nuevo tipo con el artículo 256 que castiga al que "hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a cincuenta mil pesetas".

En esta sección y más en concreto en el artículo que se acaba de transcribir tiene cabida el llamado fraude informático, pero no lo ha entendido así el legislador [232] y ha dispuesto el anterior artículo para la defraudación por máquina sin adecuarla en cambio a aquel fraude. Hubiera bastado a mi juicio añadir las palabras "o a un tercero"

[232] O mejor dicho, el prelegislador, puesto que de él

después de "ocasione a éste", o simplemente suprimir "a éste" [233] para que el tipo recoja el repetido fraude informático.

3.2.1.-Fraude informático y tarjeta (de crédito o de débito).

A) Fraude informático y robo con fuerza.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8-5-1992 (R. 3768) establece que las tarjetas de crédito no son llaves en el sentido gramatical del concepto pero sí lo son en su sentido funcional por cuanto sirven en la práctica bien para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático o bien para abrir el habitáculo o salita del mismo cuando se halla instalado en el exterior del establecimiento bancario, siendo entonces llaves falsas por tratarse de instrumentos legítimos de cierre sustraídos a su titular. Y bien sea por violentar o abrir una puerta con "llave sustraída", bien sea porque se extrae dinero del cajón, también subrepticiamente manipulando una combinación secreta como la "fractura" del antiguo artículo 504.3 o el "descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido"

---

proviene esta distribución.

[233] No sería ésta la mejor opción, ya que resulta de más claridad la primera, pero aún no especificando a quién debe producir el perjuicio, en virtud de la regla que prohibe hacer distinciones donde la ley no lo hace, se cubre el perjuicio ocasionado también a un tercero ajeno a la

del nuevo código penal, se llega en cualquiera de estos casos a la violencia que el código requiere para el robo con fuerza en las cosas.

Pero si bien la inclusión de la tarjeta en el concepto funcional de llave falsa -y por tanto en su correspondiente tipificación penal- no plantea mayores problemas si se acoge la argumentación expuesta de considerarla medio de acceso al habitáculo del cajero automático, sí que se plantean serias dudas a la hora de determinar bajo qué delito hay que subsumir la utilización de la tarjeta sobre el terminal bancario propiamente dicho.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1987 rechaza que la extracción de la tarjeta y su posterior utilización ilegítima hayan de tratarse como delitos separados basándose en la unidad de acción en la que la extracción de dinero del cajero automático sólo es el agotamiento de la inicial infracción, de igual forma que actuaría aquel que para adueñarse del contenido de una caja fuerte ha de penetrar en el habitáculo donde ésta se halla. No obstante, en la Consulta de 3-11-1988 (R. 1989/695) la Fiscalía entiende que se producen dos delitos diferentes cuando existe apropiación indebida de un bolso en el que, entre otros objetos de valor, se encuentra la tarjeta (que en este caso no ha estado en la mente del delincuente al realizar la apropiación del bolso) y que después será utilizada con independencia de la apropiación del repetido

---

operación.

bolso. Esta postura se armoniza con distintas manifestaciones de nuestro Tribunal Supremo [234] en las que acepta la sustracción de la tarjeta perdida (ahora incluida bajo la apropiación indebida) y a la vez la estafa al fingirse, frente a "otro", un crédito del que se carecía al no ser dueño de la tarjeta.

En la citada Consulta de la Fiscalía se exponen las distintas argumentaciones a favor de que la utilización de la tarjeta de crédito sea considerada como estafa y las que lo son a favor del robo con fuerza.

Entre las primeras y a mi juicio con escasa razón, se encuentran las que consideran que el que opera sobre una máquina programada sin estar legitimado para ello y usa los datos adecuados, está entonces engañando a la persona que programó la máquina. Pero esta argumentación está rizando el rizo en lo que respecta al engaño a una persona y además no supera el escollo de que el engaño ha de ser previo y en consecuencia nunca podría integrar la estafa un engaño "a posteriori" al programador de la máquina. Finalmente, la razón de que en el supuesto que nos ocupa se está en la práctica ante el mismo resultado que si el error se hubiera proyectado sobre personas, no es de recibo por cuanto ese resultado no es otro que el desplazamiento patrimonial ilícito desde el bolsillo del sujeto pasivo hasta el del

[234] Sentencias de 19-12-1978 (R. 4402), de 8-5-1992 (R. 3768), de 21-4-1993 (R. 3167) y las que en esta última se citan.

sujeto activo, elemento y resultado, común, pues, con el resto de los delitos económicos.

Las razones que sitúan la utilización de la tarjeta en el robo con fuerza tienen más consistencia. Dichas razones ya se han enumerado más arriba y están recogidas en la Sentencia del Tribunal Supremo ya citada de fecha 8-5-1992. No obstante y a diferencia de esta sentencia, la Consulta de la Fiscalía expresa ciertamente que la tarjeta de crédito, por sí sola y aunque necesaria, no es suficiente para la extracción del dinero, puesto que sólo la utilización de la tarjeta y la pulsación del número exacto dará lugar a la consumación del delito, siendo ineficaces ambas operaciones aisladamente consideradas, y concluye la Fiscalía en favor de la inclusión de esta figura bajo la del robo con fuerza, que no obstante ser ineficaces una sin la otra, "tampoco la imprescindibilidad de la pulsación del número secreto nos separa del concepto funcional de llave, porque si la sola introducción de la llave en el sentido propio de una cerradura no produce la apertura del objeto cerrado sino que después hay que realizar ciertas manipulaciones o movimientos, el hecho de que a la introducción de la tarjeta haya de seguir la pulsación del número, no desvirtúan para ella el carácter de llave". Es por ello que ya en el anterior código el fraude informático estaba parcialmente cubierto en lo que respecta al uso indebido de cajero automático, tanto desde el punto de

vista de la Fiscalía como de la propia doctrina de nuestro Alto Tribunal.

No obstante lo anterior, la propia Sentencia repetida de 8-5-1992 contiene un voto particular del Magistrado Sr. Bacigalupo Zapater que es significativo al imprimirle discusión a la posición que nos ocupa, ya que entiende que debe incardinarse nuestro supuesto bajo el delito de hurto, y no de dinero, precisamente, sino sólo de la tarjeta ("mientras no exista un tipo penal específico similar al de otros ordenamientos europeos"). Argumenta esta postura incluyendo una premisa no siempre cierta, cual es la de que el titular del dinero lo es el banco , por cuanto ello sólo sería aceptable respecto la tarjeta de crédito, mas no respecto de la de débito, donde el banco no es el titular sino un simple depositario –por más que pueda llegar a ser disponente- del dinero, cuyo titular lo es el de la tarjeta [235]. No obstante la debilidad de este punto, insignificante a nuestros efectos, ya que en cualquier caso el autor está usurpando el patrimonio ajeno, sí es en cambio importante

[235] Romeo Casabona ("Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos", PJ, n° especial IX, p. 117) establece otra doble alternativa dentro de las propias tarjetas de crédito, en función de quién tiene el dominio o esfera de control sobre la misma, lo que viene marcado por la denuncia del titular de la tarjeta de su sustracción al banco emisor de la misma, de tal manera que "esta línea divisoria marca también la delimitación del sujeto pasivo: : antes de la denuncia lo será el titular de la tarjeta, si ésta es utilizada por un tercero sin su consentimiento; tras aquélla, el instituto emisor". Con tal diferenciación quedan, según este autor, abarcadas todas las hipótesis problemáticas, a diferencia de lo que le imputa Bacigalupo Zapater (en esa misma publicación, "Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados",

destacar lo que dice acerca de que "La situación actual de la legislación penal frente a las manipulaciones indeseadas de aparatos electrónicos es similar a la que se produjo a principios de siglo con la electricidad y que obligó a la creación de un tipo especial. En los casos de uso indebido de cajeros automáticos lo que en verdad existe es un «engaño» sobre la autorización para retirar dinero de esa manera. Pero, dado que el art. 528 requiere para la estafa que se haya engañado «a otro», no es posible aplicar dicha disposición, pues un aparato electrónico no es «otro», en el sentido de otra persona. Esta insuficiencia del tipo penal de la estafa no se puede compensar mediante la aplicación del delito de robo, o dicho en una terminología más adecuada que la del art. 504 CP, de hurto con llaves falsas o sustraídas. Ello vulnera el principio de legalidad del art. 25.1.° CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), que prohibe la extensión analógica de la Ley en contra del acusado." Pero con la regulación de este fenómeno efectuada por el Código de 1995 se puede afirmar que para superar la vulneración de este principio se ha pasado al extremo opuesto, es decir, a estar regulado en exceso –es decir, en paralelo-, implicando así la vulneración de otros principios no menos importantes, como el de la seguridad jurídica y el de la proporcionalidad de la pena en relación con supuestos de hecho semejantes.

---

p. 92).

B) Fraude informático y estafa propia.

Obviamente la irrupción en el tráfico jurídico de las nuevas tecnologías, especialmente la electrónica y la informática, no es un hecho aislado que pueda tratarse como algo acabado, que ya se hubiera desarrollado totalmente. Aunque esto es algo tan palmario, parece que los parlamentarios no lo han tenido en cuenta a la hora de tratar el fraude informático de una manera sistemática. De hecho el legislador del antiguo código empezó el tratamiento del fraude realizado con nuevas tecnologías con buen pie al introducir una sección específica para el tratamiento de la manipulación con ánimo de lucro de los contadores de energía, que era lo que entonces iniciaba este tipo de delitos. Pero con la irrupción masiva de la delincuencia informática y electrónica no se ha seguido el mismo camino a pesar que de se trataba de objetos de delito económico extra-humanos, ya que en el nuevo código y contemplando la nueva tipología de los delitos que nos ocupan, se separa el fraude de la máquina-ordenador del fraude de la máquina-terminal de telecomunicaciones y de la máquina-contador u otro medio similar.

Ciertamente que existen artilugios informáticos que permiten ser utilizados como instrumento medial para la comisión de la estafa. Tal es el caso de las tarjetas de crédito bancario, en las que unas veces el propio titular las utiliza más allá de su límite de cobertura, cuidando de

no rebasar dicho límite en una sola compra, pero rebasándolo en un conjunto de adquisiciones, aprovechando la incomunicación y el desconocimiento mutuo de los diferentes vendedores y la circunstancia de no constar en dichas tarjetas las anteriores compras y el importe realizado con las mismas.

Y en otras ocasiones dichas tarjetas de crédito son utilizadas por un tercero que no es titular y que las encuentra, hurta o roba, dedicándose luego a suplantar la personalidad del tenedor legítimo e imitando su firma y rúbrica.

En el primer caso es dudosa su inclusión en el engaño de trascendencia penal por cuanto el engaño al comerciante vendedor realizado por el propio titular de la tarjeta habiendo únicamente rebasado la misma el límite de crédito tolerado por el banco no permite, a mi juicio, obviar el principio de mínima intervención penal, unido a la asunción de determinados riesgos mercantiles [236]. Asimismo cabe advertir que a menudo el comerciante no es dado a indagar sobre la legitimidad del que utiliza este medio de pago por la pérdida de tiempo que ello supone [237], lo que, siguiendo

---

[236] V. Romeo Casabona, o.u.c., p. 123.

[237] Para Bacigalupo Zapater ("Estafa y abuso de crédito", La Ley, 1983, ps. 1003 y 1004), "el comerciante que acepta el pago no se representa nada sobre el crédito del autor. El comerciante se representa que el banco o instituto de crédito respectivo pagarán", lo que le lleva a negar la existencia de estafa por falta de engaño al comerciante, "ya que no hay una acción concluyente del tenedor de la tarjeta que afirme algo falso sobre su solvencia, y por lo tanto faltará ya la acción de engañar". En el mismo sentido, Zugaldía Espinar, en "Los

en el exclusivo interés –léase falta de escrúpulos- comercial, puede significar arriesgarse a dejar de efectuar una venta por salvaguardar cualesquiera garantías de crédito que el potencial comprador tenga con su banco puesto que en este caso el perjudicado será este último, con lo que, llegado el caso, también dificultaría el tratamiento de esta figura delictiva desde el punto de vista de su enjuiciamiento, puesto que la culpabilidad del comprador [238] habrá que ponerla en relación con la actitud interesada en el mismo sentido del comerciante vendedor.

En el segundo caso antes citado (utilización ilegítima por tercero), el engaño se nos aparece más diáfano puesto que la omisión se trastoca en acción de suplantar la personalidad [239], con lo que la "puesta en escena" resulta más evidente que con la simple omisión. Aquí el vendedor-disponente es engañado por el sujeto activo en perjuicio del titular del patrimonio al que se cargará la factura de lo comprado o del servicio efectuado.

---

delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico", en Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, Bilbao 1998, p. 143, y también Muñoz Conde, "Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios", en "Falsedad y defraudaciones", CDJ n° XI, CGPJ, Madrid 1995, ps. 155 y 157. Por contra, Puerta Luis (en PJ. N° especial IX, cit., p. 103) considera que "tal circunstancia no es incompatible con la valoración de dicha conducta del titular de la tarjeta como expresión de una afirmación tácita de la propia solvencia", concluyendo finalmente la existencia de estafa.

[238] Se trata aquí este aspecto de la culpabilidad, en vez de en la parte tercera de este estudio, al estar la misma referida exclusivamente a los títulos de la agravante del art. 250.1.3 CP.

[239] Sin llegar a significar usurpación de estado civil

Este supuesto de utilización de tarjeta de crédito con ánimo defraudatorio lo trata la STS de 25-6-1985 (R. 3056), si bien en la misma se atribuye al titular del patrimonio el papel de sujeto pasivo de la estafa y a la vez de perjudicado, sin precisar no obstante que, en tanto que sujeto pasivo del engaño, el comerciante también lo es de la estafa pues a ella pertenece aquél elemento.

En efecto, la estafa cometida con tarjeta de crédito es una de las llamadas "estafas en triángulo", en el que el engañado y el perjudicado son personas diferentes. Y aquí la doctrina no es en absoluto pacífica, como señala Valle Muñiz [240], de tal manera que algunos autores, que se incardinan en la llamada teoría de la legitimación jurídica, defienden que el sujeto engañado puede ser diverso al perjudicado pero debe de estar provisto del poder de disponer del patrimonio, o de singulares relaciones patrimoniales, de este último, con lo que el acto de disposición emana de un poder de disposición, y que cuando no se da ese poder de disposición no se está ante una estafa, sino ante un hurto con autoría mediata. Otros autores, cuando se induce a error a alguien con

---

(v. STS de 23-5-1986, R. 2873).

[240] Ver J.M. Valle Muñiz, o.u.c., pag. 218 y ss. y los autores que allí cita por las diferentes teorías: Por la teoría de la legitimación jurídica: Pedrazzi, C., Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio, Milano, 1955. También Marini, G., Profili della truffa nell'ordinamiento penale italiano. Torino, 1973. Por la teoría de la situación (relación con el perjudicado más laxa que la anterior), Lenckner, T. Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug, 1971.

consiguiente perjuicio patrimonial para un tercero, no aceptan la existencia del simple hurto, y sitúan al sujeto engañado dentro del ámbito del patrimonio del perjudicado, en una relación más laxa que los autores de la teoría de la legitimación jurídica, con lo que no consideran necesaria, para que opere la estafa, la existencia de poder de disposición sino sólo una relación con el patrimonio del perjudicado. Esta es la posición que adopta Valle Muñiz (ob. cit.) al entender que es suficiente para colmar las exigencias del tipo de la estafa (en el aspecto que nos ocupa) el hecho de que el sujeto engañado posea con sus actos la facultad de conservar o disminuir el patrimonio del perjudicado.

Desde el punto de vista del "iter criminis" -más en concreto, del grado de ejecución-, es necesario resaltar aquí que la actitud del vendedor disponente va a ser determinante por cuanto si existe actitud del vendedor que se pueda considerar negligente o no, por ejemplo, parando o no atención ante una firma claramente diferente de la estampillada en la tarjeta, va a determinar la entrada en juego de una penalidad menor (uno o dos grados inferior a la del delito consumado) para el autor en virtud de la frustración del delito o, según la terminología unificada del nuevo código, de la tentativa, en este caso, acabada.

Y desde otro punto de vista -en este caso la culpabilidad del disponente-, la actitud del vendedor sólo aparentemente engañado, es decir, que es consciente del

vicio de la firma y no obstante dispone a sabiendas de que dicha firma es falsificada estaríamos ante una coautoría que haría a primera vista partícipe de la estafa al vendedor-disponente. Y digo a primera vista porque con el tipo de la estafa propia del art. 248.1 CP, al no haber engaño a otro -puesto que aquí, repetimos, el vendedor-disponente no resultaría engañado, sino que asentiría a efectuar el desplazamiento sabiendo de la suplantación de personalidad del titular de la tarjeta-, no integraría tal estafa propia. Ciertamente que este caso sui generis de coautoría [241] en el desplazamiento patrimonial se encuentra cubierto con el actual apartado segundo del artículo 248 pero, en consonancia con la posición que defendemos, este arreglo no justifica el desarreglo mayor que significa haber modificado la teoría jurídica de la estafa, y debería sancionarse como defraudación (de comprador y vendedor a tercero) del artículo 256 CP.

No obstante el específico ejemplo anterior, en la defraudación con tarjeta por el no titular sí que se dan los elementos básicos para que opere el tipo de estafa, atendiendo al meollo que nos interesa, cuando existe engaño y éste se realiza sobre una persona de carne y hueso, que no a un terminal de computadora. De igual manera y debiéndose por tanto incluirse en la tradicional estafa, se

[241] No se trataría luego de coautoría en el sentido de confabulación de ambos defraudadores, ya que ésta no existe -al menos por parte del sustractor de la tarjeta-, pero por ambos agentes se obtiene un patrimonio a costa y sin el consentimiento del perjudicado.

encuentra el caso de la falsificación de una o varias tarjetas determinadas [242], como si de hacer una copia de una llave se tratara [243], obteniendo como resultado un duplicado de la misma, siempre que con dichas tarjetas se produjera engaño en otro [244], hecho que ocurre cuando son utilizadas ante un comerciante ajeno a la intención defraudatoria, y todo ello, con independencia del problema del concurso entre falsedad y estafa.

En cambio y siguiendo la misma lógica que se está defendiendo, no podrá incluirse en la figura clásica de estafa otro caso que también ha sido motivo de actualidad periodística y que es el caso del dueño de un establecimiento comercial que junto con otros titulares de sendos establecimientos comerciales más, en connivencia con el primero, falsifican sólo las bandas magnéticas de las tarjetas de los clientes del primero para despues cargar a

---

[242] La ocasión utilizada por el sujeto activo para realizar la falsificación no tiene por qué desdibujar la configuración del delito. Ultimamente están apareciendo en los medios de comunicación muestras concretas de cómo consiguen los sujetos activos hacerse con las tarjetas, de entre las que hay que destacar la falsificación de las mismas utilizando la técnica del duplicado aprovechando la tenencia de las mismas cuando su legítimo titular las utiliza para pagar en un restaurante.
Ver más adelante el concurso entre falsedad y estafa.

[243] Con la diferencia de que en el caso de la tarjeta, ésta es susceptible de integrar además el delito de falsedad en documento mercantil, por tratarse de un documento de este tipo, según reiterada jurisprudencia.

[244] En "La Vanguardia" de 18 de Abril de 1997 aparece la noticia de una de estas estafas en las que los estafadores disponían además de los falsos duplicados de las tarjetas, sendos documentos de identidad igualmente falsificados para ser utilizados en caso de comprobación.

la cuenta del titular de la tarjeta las falsas compras realizadas en los establecimientos confabulados, los cuales se limitaban a transmitir a voluntad órdenes de pago desde sus terminales electrónicos realizados con las bandas magnéticas falsificadas. La razón de esta postura es obvia y obedece en primer lugar, al hecho ya repetido de que no existe engaño a los segundos comerciantes, que están compinchados y por esto son coautores del delito que sea, mas no de estafa propia, y en segundo lugar, porque no se realiza ninguna puesta en escena para lograr el engaño a persona.

Si bien como ya dije, en estos casos el tipo del art. 248.2 CP permite su incriminación, también debería permitir lo propio el art. 256, y si se considera que las penas del mismo son inadecuadas, debería procederse a su revisión. En definitiva, la represión de actitudes como la del ejemplo no justifica la regulación paralela que se denuncia.

Pero además de este quebranto, que perjudica realmente a los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica, e igualdad ante supuestos iguales, la introducción del tipo del art. 248.2 tiene otra consecuencia importante: Al desaparecer los elementos "engaño bastante para provocar error" de la definición de la estafa, queda en evidencia la inexistencia de toda diferencia entre el ilícito civil y el penal que pueda estar basado en el engaño, y menos aún lógicamente en la suficiencia o cualidad de éste. Entiendo que tal consecuencia es, a diferencia de la anterior,

beneficiosa, por cuanto abre la vía a plantearse más claramente la posibilidad de abandonar disquisiciones y búsquedas de lo inexistente, es decir, un bien jurídico de naturaleza diferente en el ilícito civil respecto del penal, y corrobora lo que ya defendimos en la parte primera de este estudio sobre la diferenciación exclusiva en base a la importancia del perjuicio ocasionado a la víctima.

3.3.- Tipo abierto de fraude informático: previsión de futuro.

Con la inclusión del fraude informático como estafa, el tuerto ya está hecho, quedando, mientras no se remedie, afectada la definición clásica de la estafa, desfigurando por lo demás tanto la jurisprudencia como la teoría general de esta figura. No de otra manera se puede interpretar ese ataque a la línea de flotación de la actual esencia de la estafa, léase engaño bastante para producir error en otro, con la inclusión en la misma del fraude informático. Y tal remedio no puede venir sino de su propia reforma parlamentaria por imperativo del principio de legalidad que rige en materia penal. Es por ello que por mucho que se esfuerce la jurisprudencia en resituar la figura de la estafa a su estadio tradicional, estará siempre limitada por la exclusiva creación del Derecho por vía legal [245].

[245] V. STS de 21-5-1979 (R. 2136).

La nocividad de la inclusión asistemática del fraude informático como estafa se ve agravada por el carácter abierto del tipo. En efecto, con la penalización de "manipulación informática o artificio semejante" se abre la incriminación a un todavía impensable abanico de supuestos defraudatorios que se van a solapar ya sea en base a la manipulación informática del art. 248.2, ya en base a la defraudación del art. 256, lesionando el valor justicia al existir una gran diferencia de penalidad entre ambos (simple multa en éste, frente a penas de incluso hasta ocho años de cárcel si se dan las circunstancias de aquél). En este mismo sentido previsor cabría plantearse la modificación del citado artículo 256 para que incluyera el perjuicio ocasionado mediante cualquier equipo terminal de telecomunicación no sólo al titular del mismo sino a cualquiera, incriminando también las defraudaciones que pueda efectuar el propio titular del terminal –por ejemplo, telefónico- desde el mismo.

Y es que ambos tipos han sido introducidos con vocación de abarcar los futuros avances de la tecnología (de ahí su carácter abierto), y a partir de esta premisa todo es imaginable. Incluso que los cheques, pagarés y letras de cambio tengan soporte magnético o incluso virtual dentro de las redes del comercio electrónico o informático, con lo que también puede verse afectada incluso la agravante objeto de nuestro estudio.

b) LA ESTAFA PROPIA

4.- La estafa es siempre un contrato viciado.

La relación de intercambio de bienes entre personas está en la base de nuestra cultura socioeconómica (v. el art. 38 de la Constitución) y el tipo penal de la estafa se asienta sobre ese sustrato, reflejando precisamente una relación interpersonal que tiene por objeto el traspaso patrimonial. Ahora bien, esa alienación patrimonial ha de desarrollarse dentro de los límites establecidos por lo que se considera tráfico socialmente aceptable o justo. Así, el traspaso realizado por quien tiene disposición para ello debe realizarse conforme a su libre e incólume voluntad, siendo luego indiferente la existencia de contraprestación, es decir, si el traspaso se realiza a título oneroso o gratuito.

La doctrina mayoritaria mantiene que no todas las estafas son contractuales [246], lo que a mi juicio es

[246] Ver SSTS de 15-7-1988 (R. 6582) y de 9-4-1980 (R. 1263). Véase asimismo a Valle Muñiz, o.u.c., pág. 103, cuando habla de "que hay un gran número de estafas que utilizarán la morfología de contratos civiles y mercantiles para su perpetración". También a Martos Núñez ("El perjuicio patrimonial en el delito de estafa", Madrid 1990, p. 110). Véase no obstante a Asua Batarrita ("El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales", ob. cit., p. 85) cuando contempla una "contraprestación pactada" en la relación funcional de los elementos de la estafa. Y en este último sentido debe citarse a Muñoz Conde ""Falsedad y defraudaciones", ob. cit.) cuando dice que "Si el nacimiento de la obligación está viciado desde su origen por la

desacertado, y ello aunque se entienda el concepto "contrato" conforme a su estricta existencia civil –con más razón aún si se entiende realizada la estafa "con ocasión de" contrato-. En efecto, el Código civil nos dice que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254). Así y conforme a la anterior definición, existe contrato desde que el disponente consiente en obligarse, bien respecto del autor o de tercero, a realizar la disposición patrimonial. Y prueba de que en la estafa existe contrato lo es el hecho de la efectiva disposición, es decir, la ejecución de la obligación de que trae causa, cuya obligación y su consiguiente ejecución –disposición patrimonial- no hubiera sido llevada a cabo por el disponente de haber sabido la verdad y realidad de la operación, es decir, de haber sabido el engaño. La acción del disponente es reflejo del engaño y es debida a su error, figura también contemplada en materia contractual civil (art. 1265 CC). En otras palabras, que la existencia de la estafa presupone siempre la existencia de contrato, donde la disposición es la ejecución o cumplimiento de la obligación de una de las partes en una relación contractual viciada, conforme más adelante se expone. De esta manera y en concordancia con lo anterior, nos sigue diciendo el Código civil que los

---

existencia del engaño, por ejemplo, la ficción de solvencia, habrá que recurrir al delito de estafa" (p. 138), y que "en la estafa hay engaño previo y, por tanto, la obligación está

contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, obligando desde entonces (art. 1258). Y es del cumplimiento -disposición- que debemos deducir la preexistencia de la obligación y del previo consentimiento del disponente en orden a realizar la disposición, siendo este último elemento, como hemos visto, el único necesario para que el contrato quede perfeccionado (aparte de los requisitos ex art. 1261 CC, en orden a su validez, que luego se tratarán).

Lo que ocurre es que, en la estafa, este consentimiento está viciado, siendo precisamente el motivo o razón de dicho vicio (el engaño) lo que resulta especialmente penado por la estafa en cuanto delito contra el patrimonio.

Y en pura coherencia con lo que estoy defendiendo, el cumplimiento de ese contrato viciado del inducido a error es y equivale exactamente al acto de disposición patrimonial de la víctima del engaño.

Conforme a lo dicho anteriormente, no puede darse validez, pues, a una argumentación que defienda la ubicación de la estafa en los simples tratos preliminares, puesto que, como se ha visto, sin desplazamiento patrimonial no hay estafa (a lo sumo habrá tentativa), y en cualquier caso, la existencia del desplazamiento denota que aquellos tratos preliminares, caso de haberse dado, han

---

ya desde su inicio viciada" (p. 149).

desembocado ya en el contrato al que iban destinados, cuyo cumplimiento unilateral es el repetido desplazamiento.

Llegados a este punto no se comparte la posición de algunos autores [247] cuando rechazan que se dé el perjuicio que requiere la estafa consumada con la simple asunción de la obligación por parte del disponente. En este sentido Valle Muñiz [248] afirma que "la estafa contractual, al igual que el resto de modalidades, se consuma con la efectiva lesión del bien jurídico atacado. En consecuencia será necesaria la efectiva ejecución de las prestaciones prometidas, sin las cuales puede afirmarse ciertamente un peligro para el patrimonio, pero nunca un daño definitivo y material". Admite este autor que "ciertamente, la asunción de una obligación por un sujeto supone una carga sobre su patrimonio; si 'A', estafado, se ha obligado a entregar al cabo de diez días la suma de un millón de pesetas, es evidente que su patrimonio actual no tiene el mismo valor que antes de obligarse. Pero este detrimento en la valoración del patrimonio no es producto de su efectiva lesión, sino de la amenaza o peligro de materialización de la misma (dentro de diez días). La disminución patrimonial, que, como ha demostrado Torío, ha de ser definitiva, se afirmará con la ejecución de la obligación, esto es, con el desembolso del millón de pesetas. En otro caso, una

[247] Véase a Valle Muñiz, o.u.c., p. 226, donde cita además a Torío López. También en el mismo sentido, Vila Mayo en "Consideraciones acerca del contrato criminalizado", RGD 1991, p. 5805, y Muñoz Conde en "Derecho Penal, Parte Especial, Valencia 1996, p. 369.

intervención judicial o policial que impida la disminución económica efectiva, es decir, el resultado típico, deberá comportar la estimación del delito en grado de tentativa". Y no se comparte por cuanto a mi juicio adolece de una falta de clarificación necesaria respecto a dos de las figuras que se citan en la anterior transcripción. La primera hace referencia a la pretendida insuficiencia de la asunción de la obligación como lesión patrimonial efectiva, postura con la que no podemos estar de acuerdo pues, como en la propia transcripción se admite, "es evidente que su patrimonio actual no tiene el mismo valor que antes de obligarse", lo que significa asumir tácitamente una efectiva lesión patrimonial equivalente a la disminución del valor referido. Para afirmar el valor económico de una obligación (p.e., la dimanante de una opción de compra) como integrante de un patrimonio es susceptible de trascender del ámbito de los iniciales contratantes y circular en el tráfico jurídico, como activo patrimonial, mediante su adquisición por tercero (inter vivos o mortis causa), lo que implica que dicha obligación –derecho, desde el lado opuesto- posee valor patrimonial autónomo independientemente de que sea ejecutada o no [249]. De ello resulta que los tratos preliminares darán lugar, en su caso, a tentativa de estafa, mientras que con la perfección

[248] O.u.c., p. 244.

[249] Sobre la patrimonialidad como elemento de la obligación puede verse a Díez Picazo /Gullón en "Sistema de Derecho Civil", vol. II, 5ª ed., Madrid 1988, p. 132.

del contrato se consuma el delito al existir perjuicio concretado en el menor valor económico del patrimonio después de cargarlo con la obligación; y finalmente, con el cumplimiento, se redobla aún más el perjuicio. La opción de compra quizá sea el ejemplo más claro del carácter económico de la simple obligación, al establecerse expresamente un precio por la misma independientemente de su ejecución. Y de la misma forma, en cualquier obligación se puede establecer un precio, puede transmitirse (art. 1112 CC), mortis causa o intervivos, incluso por endoso, lo que le aleja de la causa inicial (por más que ésta sea criminal) y genera perjuicio incluso en las obligaciones recíprocas, que permiten resolver cuando la contraparte no cumple, en cuyo caso "el perjudicado (se subraya este término) podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos" (art. 1124 CC), y ello aunque se llegue a discutir la validez de la misma obligación y se convierta en litigiosa, puesto que aún así puede ser objeto de compraventa y por tanto seguirá siendo evaluable económicamente (art. 1535 CC).

Y la segunda de las clarificaciones viene dada por lo que a mi juicio significa confusión o falta de distinción entre la figura de la tentativa y el delito de peligro. En efecto, ambas son perfectamente diferenciables, ya que es sabido que aquella es siempre dolosa, mientras que el delito de peligro puede ser culposo (vide arts. 344, 347,

358 o 367 CP). Asimismo aquella puede darse tanto en los delitos de peligro como en los de resultado, mientras que los delitos de peligro sólo se establecen por el legislador en los supuestos en que éste ha considerado necesario adelantar las barreras de la protección del bien jurídico ya a su puesta en peligro (véase en este sentido los delitos contra la seguridad colectiva), lo que no ocurre con el delito de estafa. Pues bien, entiendo que cuando se orienta "la amenaza o peligro de materialización de la misma (efectiva lesión)" hacia la tentativa y no hacia los delitos de peligro, tal como resulta de observancia de la estructura maestra de nuestro sistema penal, se está dando a la tentativa una dimensión de la que carece, cual es la de establecer el reproche de la tentativa más allá del desvalor de la acción [250] y de la estricta intención exteriorizada, esto es, se reprocha el peligro, cuando la propia regulación que establece nuestro Código de la tentativa (art. 16) deja expresamente impune el desistimiento sin tener en cuenta en absoluto tal peligro [251]. A ello se objetará sin duda que el art. 62 CP establece

[250] Como dice Gómez Benítez ("Función y contenido del error en el tipo de estafa", ADPCP 1985, p. 345), "el desvalor de la acción en el injusto de estafa está constituido –junto con los elementos subjetivos- simplemente por el engaño típico".

[251] Véase no obstante, sobre la relación entre desvalor de la acción y desvalor del resultado, a Huerta Tocildo en "Sobre el contenido de la antijuridicidad", Madrid, 1984, ps. 72 y 73. Y véase a Tamarit Sumalla (en "La tentativa con dolo eventual", ADPCP 1992, p. 536), para quien el principio de proporcionalidad "impide que la punibilidad de un hecho pueda basarse exclusivamente en el desvalor de acción o en el

expresamente el criterio del peligro en la graduación de la pena de la tentativa, pero tal regulación positiva es novedosa -léase carente de arraigo- en nuestro código penal y además distorsionadora, por cuanto pugna con la regulación del desistimiento en el sentido indicado. Tal criterio de peligro del art. 62 debería ser, pues eliminado –como un quiste que debe ser extirpado-, en tanto que le da a la tentativa una función que excede del reproche de la intención exteriorizada, que es a mi juicio la única a tener en cuenta para dicha figura, sobre todo si se recuerda que la Real Academia de la Lengua establece que tentativa es la acción (se subraya este término) con que se intenta una cosa. Para el reproche del peligro ya están los delitos de peligro que el legislador ha considerado conveniente introducir (que no es el caso de la estafa) [252] [253], y para la producción del resultado y su reproche ya

---

desvalor de resultado". Para este autor la tentativa, tal como venía regulada en el código de 1973, "constituye un supuesto de tipo incongruente por exceso subjetivo" (p. 539).

[252] Véase a este último autor (ibídem), para quien la tentativa cumple la misma función que los delitos de peligro, es decir, "un avance de la barrera de protección del bien jurídico". Lo que no explica es para qué hay que tener dos herramientas que sirven para lo mismo, si no es para complicar más las cosas.

[253] Véase a Torío López (en "Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal". Reforma del sistema penal, Estudios penales y criminológicos, tomo V, Santiago de Compostela 1982, p. 121) en lo que a mi juicio es una evidente contradicción, pues afirma que "El peligro para el patrimonio sólo es neutralizado mediante la norma extensiva general sobre la tentativa", para seguir diciendo, casi a renglón seguido, que "Los delitos de peligro deben ser medios legislativos para tutelar bienes jurídicos absolutos o primarios, como la vida o la integridad corporal,

está el delito consumado. Así, pues, aunque la tentativa también implique eventualidad del resultado (de seguir el plan delictivo el rumbo marcado), tal figura no castiga el riesgo de producción de un resultado, sino exclusivamente la intención exteriorizada, lo que en el ámbito penal -y a diferencia del civil- implica el reproche de tal actitud delictiva. Con la novedosa introducción del parámetro "riesgo" en la figura de la tentativa efectuada por el código de 1995 entiendo en definitiva que ha quedado desdibujada la frontera entre el delito de peligro y la tentativa y, lo que es peor, se ha dado pie para incriminar por el peligro de lesión del bien jurídico a todos los delitos y no sólo aquellos específicos a los que el legislador tradicionalmente les ha dado tal carácter, al ser la tentativa de aplicación general a todos ellos, a diferencia de la incriminación específica de los delitos de peligro. Quizá sin ser conscientes de ello o al menos sin darle el "bombo y platillo" del cambio operado respecto de la incriminación culposa, que el Código de 1995 ha transformado de genérica en específica y selectiva, en la incriminación por riesgo se ha producido de esta guisa el efecto contrario, o sea, de incriminación genérica de lo que antes era selectivo, mediante la introducción sutil del riesgo en el reproche por tentativa.

---

etc. No bienes jurídicos relativos o secundarios, como el patrimonio". Y es que, si no está justificado el reproche de peligro de lesión del patrimonio, no podrá tampoco hacerse idéntico reproche bajo la genérica tentativa, como incomprensiblemente defiende este autor.

Habrá, pues, tentativa de estafa cuando se dan tratos preliminares que denotan ó exteriorizan tal intención delictiva que no llegan a desembocar en el desplazamiento patrimonial que resulte de la conclusión del contrato. No habrá contrato y no habrá por tanto estafa consumada, pero sí intento de llevar a cabo la misma por parte del autor.

Se puede decir, pues, que el delito de estafa (consumado) es la conclusión de un contrato viciado por el autor, y la tentativa de estafa es la intención de contratar viciadamente, sin que ello llegue a producirse, quedando en el estadio precontractual, en los simples tratos preliminares. Ello siempre que se den el resto de elementos de la estafa, como luego se verá.

Más allá de los simples tratos preliminares, pues, el delito de estafa (consumado) se engarza en el ordenamiento civil como una relación contractual patológica, donde existe objeto (patrimonial), causa (ilícita para el autor y lícita para el disponente), y consentimiento (auténtico –aunque delictivo- del autor y viciado –error- del disponente), cuya patología no es reparada por el propio ordenamiento civil [254] sino que es remitida al ordenamiento penal. Recuérdese en este sentido que el artículo 1305 del

[254] Ver Capítulos V y VI (rescisión y nulidad, respectivamente) del Título II del Libro IV (obligaciones y contratos) del Código Civil. Véase a Vila Mayo ("Consideraciones acerca del contrato criminalizado", o.u.c., p. 5803), que citando a Cossio entiende que la existencia de delito implica la nulidad radical del contrato, lo que concuerda perfectamente con nuestro ordenamiento, puesto que el art. 1275 del C. Civil establece que los contratos sin causa o causa ilícita no produce efecto alguno, y que es

Código Civil remite al Código Penal cuando de nulidad por ilicitud de la causa se trata, aunque ésta provenga sólo de una de las partes, acción penal que prevalece, además de la de nulidad en virtud de la remisión expresa recién vista, también sobre la acción de rescisión –la segunda vía que establece el ámbito civil para el resarcimiento y reposición de las cosas al estado precontractual-, ésta por ser subsidiaria de las demás en cualquier caso (art. 1294 CC) [255]. En esta tesitura, entiendo que hablar de estafa contractual es erróneo, pues todas las estafas lo son, sin que sea óbice a esta consideración la penalización de la tentativa, peculiaridad del derecho penal que reprime las intenciones delictivas (exteriorizadas) que atentan contra la convivencia esencial. No todos los contratos viciados son estafas, pero sí que puede afirmarse lo inverso. Además, por la configuración de la estafa como delito patrimonial, sólo los contratos viciados que tengan objeto patrimonial serán constitutivos de este delito.

4.1.- La asimetría en la licitud de la causa y el consentimiento contractual.

Que el objeto es patrimonial no ofrece la menor duda, ya que, aunque los contratos permiten materia de la más

ilícita la causa que se oponga a las leyes.

[255] Vide supra en la Primera Parte sobre la prevalencia de la protección penal respecto de la del resto de las ramas del ordenamiento.

variada, sólo la patrimonial es objeto del delito que nos ocupa, siendo, pues, ésta, la acotación del citado elemento o requisito. Sobre los dos otros requisitos exigidos por el artículo 1261 CC para la existencia del contrato, la causa deberá ser asimétrica en su ilicitud, en concreto, ser ilícita sólo en la mente del autor, ya que de serlo por ambos contratantes (luego también por el disponente), estaríamos ante una simulación penal distinta a la estafa propia, en concreto, ante el supuesto regulado en el art. 251. 3 CP (contrato simulado), siempre que tuviera por finalidad perjudicar a tercero no interviniente [256]. Del mismo modo, la asimetría debe de estar igualmente presente en el error o desconocimiento de la operación real, de tal manera que si este error lo padece el autor, se estará a lo sumo ante una relación contractual –viciada- ciertamente curiosa, en la que nadie quería lo que pactó, pero que será inocua desde la óptica del delito de estafa [257].

Al tener nuestro estudio por objeto la agravante 3ª del art. 250.1 CP y presuponer la misma la existencia de contraprestación [258] -ficticia- a los ojos del disponente -la extensión del título por el autor-, dejaremos a un lado

[256] Ver infra el apartado 5 del Capítulo siguiente ("relación con otros preceptos").

[257] Por ejemplo, el que quiere informar y engaña sin querer hacerlo, provocando el error del otro. Véase el art. 14.1 CP, y el capítulo de este estudio referente al error.

[258] Véase en el siguiente capítulo, a efectos de la necesaria naturaleza de la agravante que estudiamos como contraprestación, al tener que provenir forzosamente de la acción del autor del engaño.

la estafa basada la disposición a título gratuito (ejemplo del falso mendigo [259]), para centrarnos exclusivamente en el traspaso patrimonial realizado a título oneroso y, dentro de éstas, orillar por el mismo motivo aquellas relaciones obligacionales que sean de las llamadas unilaterales y no respondan, en definitiva, a la estafa asentada sobre una relación entre agente activo y pasivo consistente en obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas, de cumplimiento simultáneo o sinalagmáticas, presupuesto necesario para que pueda operar la disposición -prestación- inducida engañosamente mediante título mercantil abstracto -contraprestación-.

4.2.- El doble estadio contractual: perfección y cumplimiento.

En esta clase de relación y en virtud precisamente del sinalagma funcional, la parte que no cumple la obligación que le es exigible no puede pretender que la otra parte cumpla la suya. Este principio no tiene asiento normativo expreso, si bien está recogido de forma disgregada en los artículos 1100 -último párrafo- y 1124 del Código civil y

[259] Ejemplo de contrato unilateral a título gratuito que debe calificarse como una donación. Véase a González Rus en "Los intereses económicos de los consumidores: Protección penal. Madrid 1986, p. 296, y en el mismo sentido, Asua Batarrita (ob. cit., 86 y ss.), cuando defiende la validez de la teoría de la frustración del fin como perjuicio patrimonial de la víctima en las prestaciones unilaterales. Y véase por contra a Viada Vilaseca ("El Código penal reformado de 1870", Madrid 1927, p. 356 y ss.).

sancionado, ya sí de forma expresa, por la jurisprudencia civil. Establece el primero de estos preceptos que "en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe", y el artículo 1124 refiere que "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe". De esta manera, la STS -Sala de lo Civil- de 3-7-1995 (R. 5425) recogiendo la doctrina pacífica de la jurisprudencia [260] establece que "en las obligaciones bilaterales y recíprocas existe un sinalagma doble, cuya primera condición es que cada una de las atribuciones patrimoniales debe su existencia a la otra, de tal forma que el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía para poder pedir el cumplimiento a la contraria". Se estará luego en la posibilidad de oponer la llamada "exceptio non adimpleti contractus" o excepción de contrato no cumplido, ante la intimación de cumplimiento por la parte que no cumple y provoca con ello el incumplimiento del otro, lo que, trasladado a la escena de la estafa, deviene cuando el agente pretende el cumplimiento del disponente que se resiste despojarse de su patrimonio hasta que no se cumpla o se le garantice el cumplimiento que representa la contraprestación de su disposición. Entra aquí en juego una segunda puesta en escena -que incluso puede tratarse de la

[260] Ad exemplum SSTS - Sala 1ª- de 26-10-1978 (R.3286),

primera y única merecedora de reproche penal, si el dolo criminal deviene aprovechando una contratación anterior realizada sin ánimo de estafar-, separada de la inicial contratación, que es la que induce precisamente a que la víctima o contraparte realice el acto de disposición.

La estafa articulada entorno a la ficción de contratar por parte del agente, cuando en realidad no quiere verdaderamente contratar sino aprovecharse del cumplimiento o prestación de la otra parte y del propio incumplimiento, es definida por nuestra jurisprudencia como negocio civil criminalizado. Como dice la STS de 13-5-1994 (R. 3696) [261], "en los negocios civiles criminalizados el contrato se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude. Son contratos procedentes del orden jurídico privado, civil o mercantil, con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta, aunque la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo, defina la estafa (...) El negocio criminalizado será puerta de la estafa cuando se constituya en pura ficción al servicio del fraude a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una acechanza al patrimonio ajeno".

Como perteneciente al ámbito civil (o mercantil), ya se ha dicho que el contrato existe desde que ambas partes

---

10-5-1979 (R. 1764) y de 30-1-1987 (R. 366).

[261] Véase también las SSTS de 12-6-1997 (R. 4679), de 24-

se obligan a dar alguna cosa o a prestar algún servicio (art. 1254 CC), aunque sólo deben cumplir o incurren en mora de su obligación cuando la otra parte cumpla la suya (art. 1100 CC) y puedan resolver el contrato en caso contrario (art. 1124); es decir, que el contrato existe con independencia de que la obligación que materializa se cumpla o no. En este contexto debemos realizar tres apreciaciones en torno a la estafa -genérica-, que entroncan entre sí, y que nos servirán de base a la hora de adentrarnos en la agravante de título abstracto. En primer lugar estamos ante lo que podríamos llamar, obviando la redundancia que ello supone, ante la estafa mediante contrato básica (dicha sea esta expresión para diferenciarla de la estafa agravada), donde, como se ha visto en la sentencia recién transcrita , el contrato es el instrumento de que se sirve el agente para articular su engaño y producir la cadena de acontecimientos relacionados en el tipo del art. 248 CP. Así, el engaño del autor consiste en lanzar una oferta o en aceptarla (art. 1262 CC y 54 CCom), según parta la iniciativa contractual del autor o de la víctima, oferta o aceptación que en todo caso serán simuladas para el autor, sobre objeto cierto y causa -aunque desde la óptica del agente ésta sea ilícita- (art. 1261 CC). La segunda apreciación, a renglón seguido de la anterior, tiene por objeto la rigidez y el bloqueo a modo de "todo o nada" en que se configura la estafa por parte de

---

3-1992 (R. 2435), y de 1-4-1985 (R. 2055).

nuestra jurisprudencia, que no considera la concurrencia de estafa y sí sólo ilícito civil cuando el contrato se cumple parcialmente -aspecto ya tratado someramente en el anterior capítulo- o cuando existe verdadera intención de contratar, sin entrar a examinar las intenciones del agente al tiempo del incumplimiento.

Y la tercera apreciación, finalmente, sigue el hilo anterior y hace referencia al que podríamos llamar "dolo diferido" en la estafa. Somos conscientes de que simplemente con la anterior definición del dolo no aportamos nada nuevo. En efecto, el dolo siempre será diferido, ya que la intención delictiva deberá abarcar desde el planeamiento hasta el total resultado, pasando por todo el "iter" delictivo. Así, se planea ahora, se ejecuta luego, y deviene el resultado más tarde. Pero en la estafa, al anterior "iter" lógico debe añadirse algo más, y es que uno es el momento de la perfección del contrato, en que nace la obligación (art. 1254 citado) y otro es el momento en que ésta se cumple. Existen infinidad de ocasiones en que el contrato, sobre todo el realizado bajo forma verbal, la perfección y el cumplimiento del contrato se producen de forma seguida, casi instantánea; tal es el caso, por poner un ejemplo cotidiano, de la compra diaria que se realiza en el mercado. Ahora bien, en el caso de la contratación, mayoritariamente escrita, en que el cumplimiento queda diferido a un término determinado desde la celebración del contrato, el dolo delictivo puede estar presente en su

perfección y diferirse hasta su cumplimiento, o puede en cambio también suceder que no esté presente en la perfección y sí en el incumplimiento. Esto tiene importancia fundamental para tratar correctamente la agravante que estudiamos, ya que si los contratos son un medio de obligarse, los títulos mercantiles abstractos -aunque de entre ellos el pagaré y la letra de cambio puedan tener otras utilidades- son medios de pago y de cumplimiento de aquellos, lo que será necesario dilucidar a efectos de apreciar la agravante que estudiamos, en la que no se penaliza el engaño mediante contrato. Así, si a la hora de su cumplimiento, opera el mismo dolo simulador que en su perfección -dolo contractual diferido a su cumplimiento-, se estará en la simple estafa no agravada, si la víctima dispone movida por el contrato en sí, aunque a este cumplimiento responda el autor con un cheque vacío, igualmente vacío de trascendencia criminal por cuanto no será éste en puridad el medio utilizado para mover a la víctima a efectuar el desplazamiento necesario, interviniendo a posteriori e integrando sólo dolo subsequens. El título abstracto no será luego instrumento del engaño porque éste ya se produjo. No sucederá lo mismo en cambio si el dolo no es diferido sino "ex novo", es decir, si éste deviene en el autor una vez perfeccionado el contrato, nos encontraremos ante dolo sobrevenido respecto del contrato en sí, pero antecedente respecto a su cumplimiento si en éste se utiliza el título abstracto como

instrumento ficticio y engañoso para llevar a la víctima a efectuar su prestación, para el caso en que ésta utilice su derecho a no cumplir escudándose en el incumplimiento del agente. Tal sería el caso del comerciante que en época de notoria crisis de su empresa utiliza un cheque para "convencer" a un proveedor, con el que tiene un contrato de suministro, a fin de que efectúe un determinado y puntual suministro , sabiendo aquél de su imposibilidad de cumplir con el pago que representa el título que ha extendido.

Pero ocurre que la Jurisprudencia se muestra reacia a entrar en la trama contractual o al menos a descender a un estadio relativamente elemental como el expuesto, en orden a diferenciar entre los dos momentos fundamentales en todo contrato, cuales son el perfeccionamiento y el cumplimiento. Entiendo, siempre desde la sana y respetuosa crítica, que en un mundo lleno de incidencias y vicisitudes como lo es el del comercio no puede darse respuesta genérica a casos concretos basándose en lo que tiene declarado el Tribunal Supremo desde años antes -nos referimos al uso de remisiones a anteriores sentencias de la misma Sala-, sobre todo cuando este posicionamiento cierra el paso a entrar en más detalles, como ocurre con la definición de negocio civil criminalizado establecida por nuestro Alto Tribunal y expuesta más arriba. Y es que, si bien el tipo penal de la estafa no conoce expresamente ni de perfeccionamiento ni de cumplimiento de obligaciones y sí solamente de desplazamiento patrimonial inducido por

engaño, dicha inducción puede producirse en cualquiera de los dos repetidos estadios. Esta distinción que reclamamos se hace necesaria aún más, insistimos, cuando interviene el título-valor abstracto como medio de pago, por ser éste susceptible de representar únicamente uno de los dos momentos escindibles básicos de todo contrato -el cumplimiento-.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

5.- Algunas cuestiones sobre los elementos de la estafa.

Vimos en la Primera Parte los cinco elementos de que se compone el tipo penal de la estafa, es decir, el ánimo de lucro como móvil del agente, el engaño bastante como instrumento principal de aquél, y de cuyo instrumento resulta el error en otro y su inducción a realizar un acto de disposición que causa un perjuicio al titular del derecho objeto de disposición [262]. Este epígrafe tiene por

[262] Tales son los elementos explicitados en el tipo, aunque a ellos añade el TS el requisito de causalidad entre el desvalor de la acción -engaño- y el del resultado -perjuicio- (y que en pura lógica debería también añadir el del dolo o intención sobre los mismos, pues es tan necesario como el de la causalidad e igualmente no explicitado por el tipo). No estará de más, pues, recordar los elementos que exige en nuestro delito el Tribunal Supremo, y para ello utilizaremos, por su reflejo de la cuestión y por la jurisprudencia que cita, la reciente Sentencia de 17-6-1997 (R. 4841), que establece que "La doctrina constante y pacífica de esta Sala ha señalado como elementos esenciales del delito: 1) Un engaño precedente o concurrente que se concibe con un criterio amplio dada la variedad de supuestos que ofrece la vida real y la imaginación de los delincuentes de esta clase. 2) Tal engaño tiene que ser suficiente o con bastante entidad para la consecución de los fines propuestos de provocar y determinar el traspaso patrimonial. 3) La producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la realidad de lo realmente acontecido. 4) Un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el perjuicio consiguiente para su patrimonio. 5) Un nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, por lo que el dolo del sujeto activo no puede ser «subsequens», sino antecedente o concurrente en la dinámica defraudatoria y 6) Animo de lucro, estimado como el elemento subjetivo del injusto, o sea la intención o propósito de enriquecimiento patrimonial, que la doctrina jurisprudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos en sus Sentencias de 6 febrero 1989 (RJ 1989\1479) y 5 marzo 1990 (RJ 1990\2983) -ver, por todas, Resoluciones de 31 enero 1991 (RJ 1991\511), 24 marzo, 16 junio y 16 octubre 1992 (RJ 1992\2435, RJ 1992\5397 y RJ 1992\8018), 2274/1993, de 18

objeto la aportación de algunas reflexiones sobre alguno de ellos y sobre su conjugación con el resto de ellos en la formación de la estafa.

De estos elementos, los que componen el tipo objetivo, esto es, engaño, error y disposición perjudicial, son siempre sucesivos y concatenados, sin que sea posible entenderlos en un orden cronológico diferente al establecido por el tipo transcrito, por reflejar éste el desarrollo natural y básico [263] de la acción delictiva. De los otros dos, el ánimo de lucro es, como el dolo genérico exigido en la parte general del código, un elemento subjetivo de la estafa, y se ha discutido sobre si ánimo y dolo son o no son lo mismo. En sentido afirmativo se pronuncia la STS de 23-10-1996 (R. 9679) -aunque allí se ventilaba un caso de aborto- cuando establece, en lo que nos interesa, que "el «ánimo (feticida)» invocado por la Defensa no constituye un elemento diverso del dolo. En efecto el «ánimo» de matar al feto no es algo diverso del dolo de matar al feto; es evidente que la superposición es total". Corroborando esta postura, el diccionario oficial

---

octubre, 1158/1995, de 23 noviembre (RJ 1995\8953), etcétera-". Obsérvese por lo demás que esta Sentencia divide el elemento engaño del elemento bastante dando autonomía a esta especial intensidad, y que refunde en un solo requisito el desplazamiento patrimonial y el consiguiente perjuicio, refundición de factores que en definitiva no altera el producto.

[263] Aunque puede darse teóricamente perjuicio sin desplazamiento. Tal puede ser el caso del delito intentado en unos grandes almacenes, en tanto que pueda denotar fallos en sus sistemas de seguridad y el hecho afecte a la afluencia de clientela.

contiene una misma definición para ambos conceptos, definiendo el "ánimo", entre otras acepciones, como "intención, voluntad", es decir, la misma que establece para el "dolo". Pero asimismo establece igualmente el Diccionario, y además como voz principal, que ánimo es "alma o espíritu en cuanto es principio de la actividad humana", dando paso a una interpretación que entronca con el móvil u objetivo de la acción. Acogiendo la idea del móvil o finalidad del agente como diferenciado del dolo se manifiesta mayoritariamente nuestro tribunal Supremo. En este sentido la STS de 7-5-1993 (R. 3864) [264] establece que "lo que no puede confundirse es el dolo con el móvil. El primero es intención, es deseo, es querer. El segundo explica el porqué de los quereres, el fin o el objetivo que se busca con el acto. El dolo marca la infracción mientras que el móvil, dentro de lo posible, marca la pena (en este sentido es altamente significativo lo que se dispone en el art. 318 del Código [265])". Con la anterior diferenciación entre dolo y finalidad llegamos, pues, a la doble acepción del ánimo de lucro en su contexto típico. En efecto, doble es la naturaleza del elemento subjetivo contenido en el tipo de la estafa, es decir, como intención o dolo de lucro, pero también como finalidad buscada con el delito en

[264] Ver también, entre las más recientes, las SSTS de 27-10-1993 (R. 7874), 13-2-1997 (R. 1611), 7-3-1997 (R. 3253), 20-10-1997 (R. 7605), y de 29-11-1997 (R. 8535).

[265] Dicho artículo preceptúa la atenuación de la pena para los supuestos en él contemplados, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la finalidad perseguida.

sí, donde éste sería instrumento de aquél. Así, este elemento, que se sitúa en primer lugar en el tipo, podría ocupar el último lugar a la par que el perjuicio, por ser tal ánimo el buscado de forma finalista mediante los anteriores y sobre el que recaería el dolo genérico al igual que sobre los demás.

El de lucro es el único ánimo o intención expresado por el tipo, lo que nos lleva a afirmar por tanto que es precisamente este ánimo y no otro –como el de perjudicar, por ejemplo- el que mueve al agente a delinquir de esta manera, es decir, engañando a otro para que éste le transfiera un derecho determinado y lucrarse así injustamente él o un tercero a costa del titular del derecho transferido [266], guiando toda la operación desde principio a fin. Es, en consecuencia, este ánimo el que permite diferenciar los delitos de enriquecimiento de los que no lo son (cuyo paradigma es el delito de daños), basados únicamente bien en el ánimo de perjudicar a la víctima en su patrimonio, bien en el simple y primitivo desahogo del agente. No se comparte, pues, que el perjuicio de la víctima sea la finalidad esencial del delito que nos ocupa, como afirma la STS de 25-9-1979 (R. 3139) para diferenciar el ilícito penal del civil al decir que "si no existe la finalidad de perjudicar (...) sólo habrá lugar, en su caso, a la acción civil de nulidad".

[266] A la anterior afirmación no obsta el dolo requerido en el artículo 12 en relación con el 5 CP, ya que se penaliza únicamente la acción u omisión dolosa (art. 12) y

Junto al ánimo específico de lucro, se requiere el dolo específico de engañar. Éste no lo exige el tipo, pero resulta inevitable si tenemos en cuenta que quien utiliza el engaño ha de serlo para enriquecerse -él o un tercero- de la manera que determina el propio tipo, es decir, para enriquecerse con lo dispuesto por error. A ello debe unirse que la propia sintaxis del tipo nos expresa una finalidad en el engaño bastante al usar la preposición "para" (producir error), que expresa el fin o término a que se encamina una acción. Ello conforme a una de las interpretaciones posibles, pues en este punto la propia sintaxis puede crear confusión al ser imposible discernir de la misma si dicha preposición se refiere al engaño en sí, o en cambio, se refiere a la suficiencia del engaño y dando a entender así que se penaliza sólo el engaño que es bastante para provocar el error en otro. En una palabra, no nos aclara la sintaxis si con esa preposición se está refiriendo el tipo a la finalidad del engaño [267] o solamente una cualidad del mismo (el bastante) [268].

Esta doble interpretación puede acarrear la consideración del siguiente elemento mencionado, el error,

---

precisamente por que existe la misma (art. 5).

[267] El tipo resultante de esta interpretación, sin variar su sentido, sería el siguiente: "...utilizaren engaño para producir error en otro, y que como consecuencia éste realice un acto de disposición..."

[268] Pudiendo así resultar otro tipo distinto del anterior que tendría el siguiente o parecido tenor: "...utilizaren engaño en otro, siempre y cuando el engaño sea bastante para provocarle error, induciéndolo a realizar... , ".

como integrante de la cualidad del engaño en vez de como elemento autónomo. Pero ya hemos visto que la ausencia del elemento error del disponente va a privar al delito que nos ocupa de una secuencia esencial en la cadena de acontecimientos. Y es que el error es el resultado efectivo del engaño, es decir, externo a él, y no, pues, un componente de la cualidad del mismo. El engaño y el error del delito de estafa no sólo son diferenciables sino que responden a dos categorías diferentes en el plano delictivo, en una relación de acción y efecto que no se da siempre de forma automática, sino que la intención y el esfuerzo del sujeto agente puede obtener diferente resultado en el destinatario de esa acción en función de diversas circunstancias, pudiendo ocurrir que una misma e idéntica puesta en escena no logre el error de todas las potenciales víctimas por igual.

Así, puede ocurrir que el destinatario de lo que para el agente es un verdadero engaño, para el paciente no signifique tal y sí sólo simples exageraciones y consienta luego en "dejarse engañar" de forma plenamente consciente y aceptada, o puede ocurrir que realice el acto de disposición por simple liberalidad, lo que en definitiva viene a ser lo mismo, es decir, que el paciente a quien va dirigido el engaño entre en la trama de forma voluntaria. Y en este sentido es igualmente posible un reproche a la simple indolencia o negligencia del engañado que desde un punto de vista objetivo haría perder la suficiencia del

engaño para producir el error [269]. Incluso, tal como advierte Serrano González de Murillo, "También los juicios de probabilidad surten efecto en la conducta si el incremento patrimonial en que se confía se encuentra aún en una relación racional con el riesgo asumido. Por ejemplo, la vaga esperanza de que un determinado lienzo sea en realidad un Rembrandt llevará a muchos a pagar por él una cantidad más alta, que sin tal esperanza especulativa no habrían pagado" [270].

[269] Groizard ("Código penal de 1870", ob.cit., p. 128) decía que "una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas puede llegar a ser causa de la defraudación, más que un producto del engaño, debe considerarse como efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia" En el mismo sentido, Bajo Fernández ("Cláusulas... ob.cit., p. 554) y Valle Muñiz ("Comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona, 1998, p. 1132). Véase también a Vila Mayo en "Consideraciones acerca del engaño en la estafa", ob.cit., p. 969", que entiende que "los supuestos más burdos, concurriendo o no la desidia del sujeto pasivo, pueden producir en éste un juicio falso acerca de algo: Ahora bien, entendemos que el Derecho penal no debe otorgar protección, si no es a partir de la exigencia al sujeto pasivo de una actitud diligente (...) la protección penal no puede prestarse en los supuestos en que la indolencia ha sido la causa relevante", y en igual posición, Choclán Montalvo (en "Engaño bastante y deberes de autoprotección", AJA n° 398 de 8-7-1999). Es por ello que ya Antón Oneca ("Estafas y otros engaños", ob.cit., p. 61) afirmó que "la mentira no es, pues, un delito, porque no se debe creer fácilmente en la palabra de otro; lo que la ley proscribe es una 'mise en scène' que tiene por fin dar crédito a la mentira y está destinada a engañar a terceros". El error resultante en el engañado deberá ser, como bien dice este autor, fruto de ese engaño, de tal manera que "la simple utilización del error existente con anterioridad, no es suficiente para determinar la estafa" (ibídem, p. 65). En idéntico sentido, González Rus ("Los intereses económicos de los consumidores: Protección penal", ob.cit., p. 266, donde además cita a Bajo Fernández).

[270] En "la duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa", CPC 1993, p. 531. Este autor concluye que debe protegerse penalmente al que dispone aún siendo

Esta diferente respuesta por parte del destinatario del engaño tiene insoslayables consecuencias que hacen que el error tenga importancia fundamental en la construcción del delito de estafa como elemento independiente de aquel [271].

---

consciente de la incertidumbre de los hechos en que basa su disposición, porque en definitiva, ha sido la conducta engañosa la causante de tal disposición (ibídem, p. 546).

[271] Para Gómez Benítez ("Función y contenido del error en el tipo de estafa", ob.cit., p. 339), "la función del error en el tipo es restringir las conductas típicas de estafa (...) delimitar concretamente cuándo existe 'necesidad de protección' penal del bien jurídico". Por otro lado, tienen razón Bajo Fernández y Pérez Manzano ("Manual de Derecho penal, Parte especial", Madrid, 1993, p. 274), cuando recuerdan que "el legislador describe no sólo la acción y el resultado, sino que alude a otro eslabón de la cadena, el acto de disposición (...) La existencia del acto de disposición convierte a la estafa en lo que la doctrina alemana llama delito de relación, de modo que para el análisis de la imputación objetiva del resultado no sólo habrá que analizar las características de la acción del autor (engaño), sino también las características de la participación de la víctima (el acto de disposición realizado por error)". No se comparte sin embargo lo que considero una exacerbación de la teoría de la imputabilidad objetiva cuando dicen (ibídem, p. 284) que "la relación que conecta el engaño típico y el acto de disposición por error no es una mera relación de causalidad, sino una relación de riesgo", pues entiendo que el riesgo de producción del resultado producido por la conducta del agente forma parte de la más amplia relación da causalidad y no al revés como parece desprenderse de esta transcripción, la cual llega incluso a contradecirse –y dar a la causalidad el papel principal- cuando a renglón seguido afirma que "el fin de la protección de la norma que tipifica la estafa es proteger el patrimonio sólo frente a engaños que se conectan con actos de disposición realizados por error, y no por otras causas". Véase también a Valle Muñiz (o.u.c., p. 1131). Por mi parte entiendo que la teoría de la imputación objetiva, en tanto que establece como pilar fundamental de la configuración de la causalidad la existencia genérica de un riesgo de lesión del bien jurídico creado por la acción del agente, no es satisfactoria, puesto que distorsiona la estructura maestra de nuestro código penal, que ha optado por el reproche específico del riesgo a través de la tipificación sólo de determinados delitos de peligro, aunque este tema no será tratado aquí por merecer

Al igual que lucro y perjuicio, también engaño y error son dos caras de la misma moneda, no existiendo uno sin el otro en el delito consumado [272], aunque vistos el primero desde la óptica del agente y el segundo desde la del paciente, debiendo entender, pues, que si no ha llegado a producirse error, el engaño habrá quedado en su forma intentada o no perfeccionada. Esta relación especial entre ambos elementos implicará la aplicación conjunta de determinadas figuras penales. Así, apreciada la estafa, no será posible la alegación del error (de tipo) del art. 14 CP únicamente sobre el elemento error (de la estafa) si no se da al mismo tiempo sobre el engaño, ya que es absurda la conciencia del engaño típico de la estafa sin el inherente error del disponente que el mismo conlleva.

---

todo un estudio dedicado al mismo. Véase por lo demás a Bajo Fernández y Pérez Manzano (o.u.c., ps. 271 y ss.) sobre la teoría de la imputación objetiva en general y también en el concreto delito de estafa.

[272] Véase a Ferrer Sama ("La estafa procesal", ADPCP 1966, p. 8), cuando dice, citando a Dante Angelotti, que "en la producción del evento engañoso, en el delito de estafa concurren dos relaciones de causalidad: la primera entre medio fraudulento (causa) y error o engaño (efecto); la segunda entre engaño o error (causa) y daño producido

6.- Sobre la necesidad del dolo en todos los elementos del tipo.

En un plano general se afirma que el dolo, elemento subjetivo del injusto por antonomasia, debe abarcar los elementos objetivos del tipo en su totalidad. La razón de dicha afirmación radica en que conforme al principio de tipicidad es necesaria la querencia de todos los elementos del tipo delictivo [273].

Ahora bien, dos son los artículos de nuestro código vigente, el 5 y el 10, que exigen el dolo a fin de poder apreciar ilícito penal e imponer el consiguiente castigo. El primero de ellos establece que no hay pena sin dolo (o imprudencia en su caso) [274], pero no explicita si el dolo ha

---

(efecto)".

[273] Además de la teoría casi unánime que exige que los elementos subjetivos se ciernan sobre los objetivos del tipo. Ver la STS de 16-3-1993 (R. 2316). Véase también a Córdoba Roda en "Notas de Derecho español y traducción de Reinhart Maurach, Tratado de Derecho penal". Barcelona 1962, p. 322.

[274] En la tramitación parlamentaria del Código hubo discusión acerca de si debía sustituirse esta expresión por otra, que establecía que "no hay pena sin culpabilidad", defendida por dos Grupos de la oposición por razón de que dolo e imprudencia son formas de culpabilidad, enmiendas rechazadas por el Grupo parlamentario mayoritario con un argumento digno de mención que se reproduce y subraya por ilustrarnos sobre una intencionalidad general del Código Penal vigente. En este sentido, el Sr. Barrero López (Diario de sesiones de 10-5-1995, n° 489, p. 14894), manifiesta que "El objetivo de este Código es que no refleje en lo posible posición de escuela doctrinal alguna (...) que todas las posiciones doctrinales puedan verse reflejadas, a gusto y con facilidad en este Código (...). Si hablamos de dolo e imprudencia no tenemos en estos momentos problemas

de ser total, es decir, estar referido a todos los elementos del tipo, o es suficiente para colmar sus exigencias con que el dolo sea parcial -es decir, que sólo se refleje en alguno de ellos-, antes bien, el segundo de dichos artículos se refiere sólo a acciones u omisiones -el engaño en nuestro caso- pero no de resultados o de otras circunstancias -los demás elementos de la estafa-, y en sentido parecido se pronuncia nada menos que el art. 25.1 de la Constitución [275], lo que determinaría en puridad una interpretación acorde con la sola exigencia de dolo parcial [276].

Algunas Sentencias del Alto Tribunal Ordinario parecen abonar esta hipótesis a pesar de que, metidos en esta vía, no existiría completa unanimidad acerca de los elementos que debe abarcar el dolo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17-6-1997 (R. 4841), aborda la consideración e importancia relativa de los diferentes elementos de la estafa, desde el punto de vista del

---

doctrinales. Si hablamos solamente de culpabilidad, los tenemos, porque muchos pensamos que la culpabilidad es más que el dolo y la culpa, evidentemente. La culpabilidad abarca la imputabilidad, la exigibilidad y eso también está discutido en la doctrina".

[275] Aunque la referencia de este artículo lo es a la garantía de la limitación de la potestad sancionadora del Estado -principio de legalidad-, y no a la definición propia del delito a que sí en cambio se refiere el art. 10 CP. Véase más adelante en este mismo apartado la interpretación del Tribunal Constitucional al respecto.

[276] Véase a Bustos Ramírez cuando afirma que "dolo y culpa están referidos a las acciones y omisiones, pero no a las circunstancias aisladamente consideradas" ("El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a",

elemento que considera esencial de entre todos ellos. Así, establece dicha resolución que "El engaño, alma de la estafa, tiene que ser necesariamente antecedente, causante y bastante. Lo primero en cuanto tiene que preceder y determinar el perjuicio patrimonial, causante en cuanto ha de estar ligado por un nexo causal con el perjuicio patrimonial y bastante, en el sentido de una exigencia de idoneidad del engaño para mover y viciar la voluntad o el consentimiento del sujeto pasivo -ver Sentencias de 11 julio y 14 noviembre 1991 (RJ 1991\5789 y RJ 1991\8132), 13 enero, 19 febrero, 10 marzo, 2 abril y 23 junio 1992 (RJ 1992\257, RJ 1992\1300, RJ 1992\1961, RJ 1992\2737 y RJ 1992\5828), 44/1993, de 25 enero (RJ 1993\165), 27 marzo 1993 (s/n), 1860/1993, de 19 julio (RJ 1993\6307), 2320/1993, de 18 octubre (RJ 1993\7788), 1241/1994, de 7 junio (RJ 1994\4539), 1832/1994, de 10 octubre (RJ 1994\7888), 784/1995, de 19 junio (RJ 1995\5315), 837/1995, de 3 julio (RJ 1995\5548), 156/1996, de 23 febrero (RJ 1996\2187), y 330/1996, de 15 abril (RJ 1996\3701)-". Siguiendo el hilo anterior, la Sentencia del TS de 8-5-1996 (R. 3803), exige únicamente dolo en el engaño cuando nos dice que "el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad

---

ADPCP 1985, p. 706).

no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente (...) Es indudable, por tanto, que el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de la estafa". Dicha resolución establece, pues, la no concurrencia del dolo en todos los elementos del tipo sino sólo en la acción principal, esencia y alma mater, el engaño, contradiciendo así la posición que exige el dolo en todos los elementos de la estafa en base al principio de tipicidad penal. Y tampoco vendría a exigir el dolo sobre la totalidad de elementos del tipo la ya citada Sentencia del TS de 25-9-1979 (R. 3139) aunque entiende, a mi juicio equivocadamente como antes se ha expuesto, que el elemento esencial vendría configurado por el perjuicio y que sin el mismo, el ilícito quedaría relegado al ámbito civil.

Abunda la hipótesis que estamos estudiando el propio requisito de causalidad entre el engaño y el perjuicio (acción y resultado), exigido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, conforme a las Sentencias arriba transcritas, reforzando así el criterio del engaño como alma mater de la estafa y acción típica principal, y el perjuicio como resultado que pretende evitar la norma penal. Y a lo que ahora interesa cabe preguntarse, atendido que el Tribunal Supremo exige sólo relación de causa-efecto entre estos elementos precisamente y no sobre los demás, si sería posible de igual forma exigir únicamente el dolo sobre ellos. En cualquier caso, puede ahora apuntarse, que al hilo de la anterior "esencialidad típica" queda de

manifiesto un hecho importante, que consiste en la estrecha relación existente entre tres categorías con marcado protagonismo en nuestro estudio y que son: la diferencia entre el fraude civil y el penal, el elemento esencial de la estafa, y el dolo necesario en la misma, relación que variará obviamente en función del elemento que se considere esencial, tal y como acabamos de ver en las dos últimas resoluciones, en las que en la primera tal elemento está constituido por el engaño y en la segunda por el perjuicio, con sendas esencialidades en ambas resoluciones. La esencia del delito de estafa, y por ende, aquello que determina el ilícito penal y lo distingue del civil, va a ser sin duda el nudo gordiano sobre el que va a girar la exigencia del dolo o intención penal, y ya hemos visto que tal esencia viene configurada por el engaño y no por el perjuicio patrimonial, por más que este último represente el bien jurídico protegido comúnmente admitido, pues éste es compartido en general por los delitos económicos, siendo el engaño en cambio la peculiaridad diferenciadora de la estafa. En efecto, a la esencialidad del engaño coadyuva la definición del art. 10 CP, en tanto que considera delito (de estafa en nuestro caso) la acción u omisión penada por la ley (art. 248 y ss. en lo que interesa), y tal acción lo es el engaño y no el perjuicio, que es el resultado.

Es de admitir además que la posible innecesariedad de dolo en elementos no esenciales o determinantes del ilícito penal viene reforzada por otro orden de consideraciones que

se suman a las ya expuestas. Una de ellas la conforma la propia estructura y expresión de la ley penal. Para entender lo que digo recuérdese que según el artículo 250.1.3° CP el delito de estafa será aún más castigado cuando esté realizada mediante cheque, etc. y que en esta estafa mediante cheque sería inimaginable y absurdo que se penalizara de esta forma agravada una estafa en la que el cheque intervenga en el desplazamiento patrimonial y no en el engaño [277]. De ello se deduce que el elemento desplazamiento patrimonial, en sí mismo y aunque elemento de la estafa, no es esencial en la misma como determinante del ilícito penal.

Otra consideración relacionada con la anterior viene conformada por el tenor literal del tipo delictivo. Si retomamos lo dicho en el capítulo anterior acerca de la prelación de los distintos elementos típicos según "la importancia que tienen para la protección que otorgan" y lo dicho concretamente para la estafa clásica, cuando afirmábamos que el tipo del artículo 248.1 no penaliza la prestación sin contraprestación, la disposición o el error, sino sólo cuando son realizados bajo el reprochable engaño o, en otras palabras, penaliza este engaño -bastante- en relación circunstanciada con los demás. Y aunque también

[277] No integrará luego el tipo agravado del art. 250.1.3 CP el supuesto estudiado por Rodríguez Montañés en "Acerca del momento consumativo de la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial", PJ n° 39, Madrid, Sept. 1995, ps. 536 y ss., puesto que allí se trata del librador estafado en vez de estafador o librador que utiliza el cheque como medio engañoso.

sea predicable una relación mutua del resto de los elementos necesarios de la estafa, desde un punto de vista aséptico -sin interferencias extrañas- sólo el engaño va a merecer reproche penal en una relación civil o mercantil estándar o de intercambio normal. Así, en un contrato mercantil puede existir error y perjuicio para alguno de los contratantes que actúan -y disponen- movidos por el normal ánimo de lucro, en una situación sólo al perjudicado atribuible (negligencia en los cálculos, en las expectativas de mercado, etc.) y que no es merecedora de reproche penal. No cualquier lucro o cualquier perjuicio dentro del tráfico jurídico merecen reproche penal, sino sólo el obtenido y provocado injustamente, y ese injusto merecedor de reproche penal viene determinado por el engaño, es decir, la acción -injusta- que consigue llevarle a error.

A lo anterior se añaden dos argumentos de orden práctico por los que cabe plantearse el dolo necesario en el delito de estafa con elemento mercantil: 1) Por la no despreciable inercia o rutina de las relaciones, a menudo existente en el tráfico mercantil -el cual se asienta sobre el propio desplazamiento patrimonial, movido precisamente por el ánimo de lucro y sometido a vicisitudes varias, entre las que se encuentran los humanos errores y los consiguientes perjuicios- y donde la intención de engañar puede darse teóricamente sin el planteamiento de los anteriores elementos, siempre y cuando sean rutinarios y

por ello no pensados por el agente, y 2) Porque en una relación contractual, donde el dolo fraudulento civil puede abarcar exactamente los mismos elementos del tipo delictivo de la estafa, la consideración como merecedora de reproche penal puede llegar a depender sólo de la cualidad de uno de ellos conforme a la jurisprudencia ya citada, es decir, el engaño bastante antecedente, siendo posible que el agente se plantee o represente únicamente el plus de cualidad de dicho elemento en una relación civil preestablecida y sobre la cual no se ha realizado planteamiento actual. Tal relación preestablecida y no planteada por el agente puede darse en supuestos como los que exista relación estable y no puntual, como la que existe, en ejemplo ya citado, entre clientes y proveedores ligados por un contrato de suministro. En este preciso contexto, donde la relación contractual civil deviene de forma prácticamente automática, la intención necesaria para que estemos ante el reproche penal puede circunscribirse a ese plus antijurídico equivalente al plus que convierte el engaño civil en penal. No son aislados los supuestos, sobre todo en coyuntura de crisis económica, en que contratantes "de toda la vida" traicionan la relación de confianza existente hasta entonces y deciden sobrepasar la barrera de lo mercantilmente aceptable para situarse en lo penalmente reprochable.

En esta tesitura, marcada por la referencia exclusiva a la acción del art. 12, las Sentencias del TS, y las

anteriores consideraciones, deviene insoslayable, pues, tomar en seria consideración la posibilidad de que no se necesite el dolo sobre elementos que pertenecen en puridad al ámbito civil, como el desplazamiento patrimonial, acontecimiento normal en el tráfico e intercambio civil y mercantil, no determinante en sí mismo de reproche penal [278]. **Ahora bien, y a pesar de todo lo anterior**, debemos volver ahora a la manifestación al inicio apuntada y abordar el llamado principio de tipicidad, tributario del de legalidad penal, como contrapeso del otro lado de la balanza.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha insistido reiteradamente en la "tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las **conductas** incorporadas al tipo [279] ", siendo esta expresión de "conducta" la mayoritariamente utilizada por este Tribunal en torno a dicho principio [280]. En este sentido debe recordarse que el diccionario oficial define este término como la "manera en que los hombres dirigen sus acciones", es decir, la acción llevada a cabo de un determinado modo o manera, siendo luego la conducta un concepto diferente -más amplio y englobador- de la propia acción u omisión, y es en este sentido que se pronuncia el mismo Tribunal cuando exige

[278] Véase infra no obstante lo que se dirá acerca de la integración -imposible, en principio- del art. 14 -error- en este punto.

[279] STC de 12-3-1993, n° 89.

[280] Ad exemplum, ver las SSTC de 7-4-1987 (n° 42), 29-9-

taxatividad en la descripción de los tipos penales a fin de que el legislador lleve a cabo "una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito [281]" o también cuando exige el suficiente grado de certeza de "las conductas que constituyen infracciones [282]". Asimismo el Intérprete Constitucional ha efectuado otros pronunciamientos sobre el objeto típico -el contenido del tipo penal- más amplio que el limitado art. 10 CP, como el de la STC de 12-3-1993 (n° 89), que habla de "descripción del tipo", o el de la STC de 5-7-1990 (n° 127) -que cita además la n° 62/1982-, que se expresa en clave de "elementos normativos", o la STC de 24-2-1994 (n° 53), que se refiere a "supuestos de hecho".

El Alto Intérprete extiende, pues, la exigencia de tipicidad a todos los supuestos de hecho o elementos contenidos en el tipo, es decir, no sólo a la acción sino a las circunstancias entorno a la misma reflejadas en el tipo sancionador, con lo que se cierra la posibilidad de aplicación conforme a la interpretación del art. 10 CP que antes nos hemos planteado, interpretación que se entiende si se observa que el art. 10 CP es, en lo que ahora interesa, heredero mimético del preconstitucional art. 1 del Código de 1973, que se refiere a acciones y omisiones

---

1997 (n° 151), 5-7-1990 (n° 127), y de 24-2-1994 (n° 53).

[281] SSTC de 24-2-1994 (n° 53) o la de 21-7-1987 (n° 133).

[282] Ver la STC recién citada de 24-2-1994 y las en ella citadas, n°s. 116/1993, 42/1987, 219/1989 y 93/1992.

[283]. Y cuando el art. 25.1 habla igualmente de acciones y omisiones lo hace sólo a efectos garantistas, que no definitorios ni informadores, por tanto, de lo que deba o no deba abarcar el dolo delictivo en virtud del cuál, se insiste, podrá sancionarse si se cumple con la garantía que establece el principio de legalidad.

La anterior inviabilidad de la interpretación restrictiva que exige únicamente dolo parcial o circunscrito a la acción u omisión típica, inviabilidad que podríamos llamar formal -recuérdese los efectos que el art. 87.1 de la LOTC atribuye a lo que el TC resuelva- , tiene además otras razones que la llenan de contenido. Así, volviendo al objeto de nuestro estudio y a las dos motivaciones de orden práctico apuntadas más arriba en pro del planteamiento de exigir sólo dolo parcial, veremos que en ninguno de ambos casos tal limitada exigencia sería atendible. En el primero, es decir, existiendo automaticidad en algunos elementos del tipo, por razón de no ser lógico que la rutina evite el dolo sobre los mismos. En este caso existirá una intención original reproducida en cada operación que son repetitivas de aquella, reproduciendo asimismo en cada una de ellas la misma

[283] Al que la L.O. 8/1983 añadió la exigencia de dolo o culpa en lo que significó la modificación de la responsabilidad objetiva existente hasta entonces por la basada en el principio de culpabilidad actual.

Se olvidó a mi juicio el legislador de 1995, por tanto, de adaptar el redactado de este artículo a las exigencias constitucionales de tipicidad, debiendo comprender no sólo la acción u omisión, sino todos aquellas circunstancias y elementos que caracterizan y determinan a ésta y que se

voluntad inicial. En el segundo, es decir, determinación del ilícito penal en función sólo del elemento esencial, por razón de que la coincidencia del resto de los elementos con el ilícito civil no puede hacerles perder la fuerza de la tipicidad penal, siendo que ésta es la que denota el plus de intensidad y cualidad merecedora de tal reproche, pues sería absurdo y contrario a la finalidad de la norma, que sirva para incriminar por estafa un engaño que no se utilice para obtener el resto de los elementos del tipo, es decir, que algunos de éstos se dieran fortuitamente sin intencionalidad dirigida a ellos.

Es entonces desde la óptica del principio de tipicidad que debe interpretarse el primero de los artículos a que antes hacíamos referencia (10 CP), puesto que ya se ha visto que el principio de legalidad requiere, según el Alto Intérprete, la descripción de todos los supuestos de hecho, elementos normativos o -en definitiva- conductas, a fin de que pueda imponerse la sanción correspondiente. A tal efecto es posible incluso la deducción silogística de que si no hay sanción -pena- sin la concurrencia de todos los elementos típicos (T.C. interpretando el art. 25.1 CE), y tampoco la hay sin dolo (art. 5 CP), es necesaria luego la concurrencia de esta intención en todos los elementos del tipo penal.

Llegados a este punto, la obligada intervención del dolo en todos los elementos típicos conlleva una

---

encuentran comprendidas igualmente en el tipo.

característica importante, consistente en que la estructura básica del delito, que lo divide en desvalor de la acción y desvalor del resultado, se reproduzca en todos los elementos de la estafa. Es decir, que la intención sobre cada uno de ellos no asegura que los mismos lleguen a producirse, de la misma manera que la simple acción no asegura el resultado. Cuando tal intención se exterioriza operará luego la tentativa, que contempla precisamente la no producción del resultado en cualquiera de los elementos que caen fuera del alcance directo del agente. En la estafa, éstos son el error, la disposición y el perjuicio, de tal manera que bajo el ánimo de lucro [284] se quiere que se produzca el engaño y el inherente error y así se intenta, pudiendo resultar que no llegue a darse, e igualmente se quiere el desplazamiento patrimonial e igualmente se intenta a través de la acción, no sólo el engaño del agente, sino acciones encaminadas a facilitar el desplazamiento (por ejemplo el transporte del bien defraudado), con independencia de que aquel desplazamiento se consiga [285].

Decir finalmente que esta exigencia de dolo sobre todos los elementos del tipo es coherente –y resulta avalada por ella- con la regulación del error (al que al final me referiré). Así, es necesaria la base del dolo, es

[284] La estructura de este elemento tendrá luego tres partes: intención-acción, resultado, y móvil-finalidad última.

[285] Esta diferenciación será de utilidad en el estudio

decir el conocimiento, en todos los elementos esenciales del tipo, de tal manera que faltando en alguno de éstos no existe dolo delictivo.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

del dolo eventual (vide infra).

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

CAPITULO II:

EL TIPO AGRAVADO

1.-El precepto.

Establece el artículo 250 que

"El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

(...)

3°. Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio."

Con la actual regulación se abandona el sistema que establecía el antiguo art. 528 para la estafa agravada de tal manera que ahora la concurrencia de dos o más circunstancias del art. 250.1 no implica, por razón de tal concurrencia, mayor pena, y donde tampoco cabe aplicar concurso de delitos puesto que, obviamente, sólo existe un delito, el de estafa. Asimismo, se ha abandonado el sistema de la agravación cualificada que específicamente se contemplaba en la estafa y que ahora opera sólo en las atenuaciones (art. 66 CP in fine). Añade, no obstante, el tipo agravado actual, más pena de prisión y una pena completamente nueva cual es la multa. Con la imposición de esta última puede advertirse una falta de coherencia entre la penalidad impuesta por el tipo agravado en relación al

tipo básico -la regulación del anterior código no establecía ninguna multa añadida ni para el tipo básico ni para el agravado, mientras que el actual contiene la desigualdad penológica referida-. No obstante, hemos de realizar una interpretación integradora entre los preceptos vigentes y llegar a la conclusión que esta distinta penalidad es la precisamente querida por el legislador según se estafe con los elementos del artículo 250 o sin ellos. De esta manera, además de con más pena de prisión, debemos entender que el legislador ha querido sancionar con una pena de la misma naturaleza -económica- que el bien protegido por el tipo agravado de estafa.

Entiendo que esta adición de la pena de multa al tipo agravado significa un mejor tratamiento en la prevención de estos delitos con respecto a su antecedente inmediato del código derogado de 1973, al tener este castigo igual naturaleza que el móvil delictivo. En efecto, al tratarse de un delito que se caracteriza por el ánimo de lucro del agente, la sanción económica puede servir –al menos teóricamente- de prevención general a todo aquel potencial delincuente que haya sido tentado a estafar con las circunstancias del artículo 250 movido precisamente por el móvil económico. Y, sobre todo, más efectiva va resultar la prevención especial de una multa añadida a la pena aumentada de privación de libertad en aquellos casos en que opere el sistema de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de los artículos 80 a 87 del código.

Es por esto que hubiera sido más deseable que se hubiera perfeccionado aún más la penalidad de la estafa del anterior código imponiéndose multa también para el tipo básico en aras de esa prevención especial que significa asegurar al menos que el delincuente que lo es por primera vez de un delito económico, como la estafa, además de devolver y resarcir por el perjuicio causado, tenga un plus de sanción del mismo tipo que el móvil que le indujo a delinquir [286].

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

1.1.- Antecedentes.

El primer antecedente de una regulación como la que nos ocupa lo encontramos en el código penal de 1928, que en un ejemplo de casuismo establecía en el número 21 de su artículo 725 un supuesto de estafa para los que "con ánimo de defraudar expidieren un cheque o letra sin previa provisión de fondos, o después de que la provisión hubiere sido retirada, o retirándolos antes de que el cheque o letra puedan ser presentados al cobro" [287]. Este precepto desapareció [288] en los códigos de 1932 y de 1944, aunque una

[286] Véase a Antón Oneca, en "El Código Penal de 1870", ADPCP, 1970, p. 233, donde refiere la propuesta del Colegio de Abogados de Madrid para la elaboración de dicho Código, y en concreto que "las penas pecuniarias deberían emplearse en los delitos leves cuyo origen es el deseo inmoderado de ganancias".

[287] V. Quintano Ripollés en "De nuevo sobre el delito de cheque en descubierto", RDP 1964, p. 81.

[288] Ver a Vicente Chamorro y Pérez Escolar ("El cheque en

ley especial se ocupó de este supuesto sancionándolo penalmente, si bien sólo hacía referencia al cheque. Se trata de la ley de 16 de Marzo de 1939, que en su artículo 2 remite a las estafas el pago a Cajas Públicas "mediante entrega de cheque o talón de cuenta corriente cuando no hubiere en poder del librado provisión de fondos". A pesar de remitir esta Ley a la penalidad de las estafas, su dictamen fue el preludio de la posterior regulación del cheque en descubierto como regulación autónoma de la estafa, puesto que la Ley de 1939 no exigía los elementos de ésta [289].

Aparece luego en 1963 la figura específica del cheque en descubierto, si bien como una forma de defraudación, que castigaba al "que diere en pago cheque o talón de cuenta corriente, a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá en poder del librado provisión suficiente para hacerlo efectivo" [290]. Aparece de nuevo, pues, con esta regulación el antecedente inmediato al vigente art. 250.1.3 CP, por más que limitado al cheque, de

---

descubierto", RDM, 1964, p.59), según los cuales "esta figura tuvo escasa vigencia. Anulado –y no derogado- aquel código (de 1928), se entendió favorable el de 1870, que no contenía un precepto semejante".

[289] Rodríguez Mourullo: "La protección penal del cheque y la letra de cambio", en Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque, dirigido por Aurelio Menéndez. Madrid, 1986, p. 906.

[290] Artículo 535 bis del Código de 1963, insertado en la sección quinta del capítulo IV (de las defraudaciones del Título XIII (delitos contra la propiedad).

la utilización del título abstracto como instrumento de la estafa.

Pero de nuevo y superando la oscilación en esta inclusión del cheque, ahora dentro de la estafa, ahora fuera de ella, la Ley de 15 de Noviembre de 1971 consideró (véase su exposición de motivos) que "Ha parecido conveniente separar, por un lado, la emisión de cheques sin cobertura metálica que se emplea, como medio engañoso, con finalidad defraudatoria (...), y por otro, el mismo libramiento cuando no tiene la finalidad apuntada, que ataca simplemente a la seguridad del tráfico mercantil", y dió lugar, en fin, al artículo 563 Bis b, fuera de las defraudaciones y en Capítulo autónomo dentro del Título XIII (delitos contra la propiedad), derogado por la aparición del Código vigente de 1995.

Por su parte, la letra de cambio no obtuvo un especial interés protector del legislador penal, salvo claro está, dentro de la genérica estafa, recibiendo una simple mención específica junto a la genérica mención de documento mercantil en la falsedad del artículo 303 del Código derogado de 1973 que ha desaparecido con el código de 1995 para aparecer nuevamente en la agravante de estafa que nos ocupa, junto con el cheque y, en una modificación de última hora como veremos, el pagaré. En efecto, sólo el proyecto de Código penal de 1980 establecía un precepto como el dedicado al cheque en descubierto, pero que no prosperó y

ya no fue recogido en la siguiente propuesta de anteproyecto de Código penal de 1983 [291].

Queda ya claro, pues, que en la agravante que estudiamos deberá tenerse siempre presente el requisito básico de inclusión del uso de título mercantil abstracto en la estafa que ha sobradamente establecido la doctrina y jurisprudencia, especialmente sobre la comisión de la estafa mediante cheque, que es copiosa e interesante al haber tenido que ser diferenciada del extinto delito autónomo de cheque en descubierto [292]. De esta manera, nuestro Tribunal Supremo tiene establecida la necesidad de

---

[291] Véase en este sentido a Rodríguez Mourullo, "La protección penal del cheque y la letra de cambio, ob.cit., p.942, y a Gómez Benítez, "Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código penal", ADPCP 1980, p.475. Asimismo Muñoz Conde ("Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios", en "Falsedad y defraudaciones", CDJ n° 11, CGPJ, Madrid, 1995, p. 140) considera que "fue criticada la regulación que hacía el proyecto de Código penal de 1980 como delitos contra el orden socioeconómico de la letra vacía y del cheque en descubierto, en la medida que, o hay estafa, y entonces su tipificación expresa como delitos contra el orden socioeconómico es innecesaria o incluso perturbadora, o no la hay, y entonces sólo hay o puede haber un incumplimiento obligacional a resolver por las vías civiles o mercantiles, pero no por el Derecho Penal que en esta materia funcionaría como auténtica prisión por deudas". Torío López ("Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal" en "Estudios penales y criminológicos", Santiago de Compostela 1982, p. 112) por su parte critica esta penalización como delito socioeconómico y se queja de que "Durante largo tiempo se ha escuchado reclamar la protección penal de la letra de cambio paralela al cheque por las instituciones profesionales de crédito y ahora ocurre que la letra de cambio vacía no se configura en el proyecto de Código penal para su protección, sino para la del orden económico de la sociedad".

[292] Véase a Ruiz Vadillo, "El delito de emisión de cheque en descubierto en la práctica judicial", en Documentación

que el cheque, léase ahora título abstracto, sea el instrumento sobre el que se asienta el engaño para provocar el desplazamiento patrimonial. Así, la Sentencia de 21-6-1991, R. 5033 (por todas), establece que en "el delito de estafa, cometido mediante la emisión de un cheque sin fondos, el engaño consiste en la ficción o apariencia de solvencia que entraña siempre el libramiento de un cheque, obteniendo del tomador una correlativa prestación de contenido patrimonial, que se entrega merced a esa fingida solvencia, y simultáneamente con ella, existiendo relación de causalidad entre engaño y perjuicio y ánimo de lucro. Así, pues, la misión de cheques sin cobertura constituirá el delito de estafa, en la medida en que tal comportamiento implique un engaño tipificado en el artículo 528, engaño que induce a error a quien realiza el acto de disposición patrimonial -cfrs. Sentencias del Tribunal Supremo 21 abril y 24 noviembre 1989 (RJ 1989\3487 y RJ 1989\8722)-".

En el mismo sentido indicado se pronuncia Suárez Montes [293] cuando nos dice que se da "estafa cuando la creencia de la existencia de fondos, provocada en el tomador con la promesa de pago ínsita en el cheque, sea el medio engañoso del que se sirve el librador para que aquél realice el acto dispositivo", no dándose en cambio este delito "si el cheque se da en pago de una obligación contraída con anterioridad sin engaño, o para poner término

---

Jurídica, 1974.

[293] Suárez Montes, en "El delito de cheque en

a una relación existente entre librador y tomador, cuyo origen y vida sea independiente de la entrega del cheque". Interpretación que deberá ser ampliada ahora a los demás medios de comisión incluidos en la agravante del art. 250.1.3 del Código de 1995.

1.2.- Analogías y diferencias entre los títulos del precepto.

Los títulos del art. 250.1.3 CP coinciden con los regulados en la Ley Cambiaria de 1985 (vide infra "la tercera enmienda como voluntad de ligar la protección penal a la ley mercantil"), donde el pagaré recibe el mismo estatuto que la letra de cambio, quedando obligado el firmante de aquél de igual manera que el aceptante de ésta (art. 97 LC), con las peculiaridades propias de este título y las establecidas en el art. 94 en relación con el art. 1 de la LC, es decir, que la orden de pago de la letra se convierte en promesa en el pagaré y el librador en aquélla se denomina firmante en éste, en el cuál desaparece la mención del librado o persona que ha de efectuar el pago (pero no del domicilio de pago, que en el pagaré será normalmente el de una entidad de crédito que hará las veces de pagador, coincidiendo así con el librado de un cheque). Es por tal coincidencia que las analogías y diferencias se suelen establecer entre el cheque y la letra de cambio,

---

descubierto", Barcelona, 1965, p.60.

entendiendo que en ésta, salvadas las diferencias citadas, se halla igualmente la referencia al pagaré, salvo en lo tocante a la entidad domiciliataria del pago, coincidente aquí con el cheque, hecho que no interfiere en la dinámica de la agravante que estudiamos.

En efecto, como dice Majada Planelles analizando la relación entre cheque y letra de cambio, "la fórmula específica de cada uno de estos títulos varía, pero el contenido jurídico-cambiario de ambos es idéntico: la promesa de pago de un tercero (...) Ambos documentos son expresión de un contrato de cambio y de disponibilidad" [294].

A diferencia de la letra, el cheque conlleva el pago inmediato [295] y la letra se concibe en principio como un pago aplazado. Así, la inmediatez de pago del primero se refuerza con la prohibición de revocación del cheque hasta

---

[294] En "Cheques y talones de cuenta corriente en sus aspectos mercantil y penal", Barcelona 1977, ps. 71 y 72.

[295] Naturalmente tal inmediatez debe relativizarse, pues como afirma Lucas Fernández ("El cheque como medio de pago", ADC 1973, p.1263), "si el acreedor de una deuda dineraria exigible acepta un cheque para su pago se produce una alteración en el mecanismo de satisfacción de su legítimo interés. Pagada la deuda en dinero, dispone ya, desde ese momento, de la contraprestación a que tiene derecho y que puede reemplear. Si recibe un cheque se dilata a un momento ulterior tal posibilidad, el de la efectiva realización del cheque". En idéntico sentido de negación de función solutoria o de pago se pronuncia Bajo Fernández ("Cláusulas contractuales abusivas que conducen por propia voluntad de la víctima, a facilitar estafas atípicas", RDP 1977, p. 550) cuando recuerda que conforme al artículo 1170 del Código civil, los documentos mercantiles sólo producirán los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Véase al mismo autor y en el mismo sentido en "Protección penal del crédito", PJ n° especial IX, 1989, p. 183, donde recordaba la obligación de recibir el pago en dinero, mas no cheque, que imponía el

transcurrido el plazo legal de presentación al cobro establecida en el art. 138 LC, revocación que no se da en la letra de cambio. A pesar de ello, la letra y el pagaré pueden emitirse "a la vista", con lo que el aplazamiento del pago no es determinante en estos títulos. Lleva razón el citado autor, pues, cuando dice que "aparte su diversa función económica, la esencia de la distinción radica en el diferente juego de obligaciones del binomio librador-tomador; en la letra hay una obligación directa del uno frente al otro que en el cheque no existe; en éste resalta con acusados caracteres la vinculación establecida entre librador y el librado. Además, el cheque se encuentra saturado de un fuerte contenido institucional bancario imprescindible para su existencia (v. art. 108 LC), y ausente en la letra" [296]. Ahora bien, como dice Díaz Palos, "no existen diferencias en el orden cambiario, pues no lo son tales la falta de aceptación en el cheque. La necesidad de previa provisión en éste y ser siempre pagadero a la vista" [297].

Pero tales diferencias no afectan, no ya a la estructura de la estafa mediante cualquiera de dichos títulos, donde todos los casos se darán como instrumentos

---

derogado art. 573.1 del Código penal de 1973.

[296] Ibídem, p. 79. Ver asimismo, en cuanto a similitudes y diferencias entre ambos títulos, a Lorenzo Lesmes en "El delito de cheque en descubierto", Madrid, 1993, ps. 77 a 79, diferencias que lo son a efectos mercantiles pero no de la estafa agravada objeto de estudio.

[297] En "Cheque (protección penal)", NEJ, vol. VI, Seix,

del engaño, sino que tampoco afectan a la dinámica comisiva de forma tal que quepa hacer abstracción de cada uno de los títulos por separado; es decir, que el hecho de existir figuras que no abarcan a todos ellos (aceptación, librado), no les hacen más diferentes entre sí que las distintas formas comisivas dentro de cada uno de los títulos (por ejemplo, letra vacía ocultando tal carácter en relación con la letra en blanco complementada contrariamente a lo pactado). Lo decisivo en cualquiera de los títulos del art. 250.1.3 será pues, que la apariencia de seriedad y validez del documento sea burlada y utilizada por el agente para conseguir el engaño de la estafa. Y ello puede darse tanto en la emisión (realizada para que no pueda hacerse efectivo el documento), como en su circulación o giro, desvirtuando la voluntad original en perjuicio de otro u ocultando cualquier dato determinante del error del disponente que de haberlo sabido no hubiera realizado tal disposición perjudicial. De ahí que a efectos penales tendrá igual relevancia si tales maquinaciones la efectúa el firmante de un pagaré, como el aceptante de una letra, como el librador de un cheque, como el endosatario o avalista de cualquiera de ellos, con tal de que con ánimo de lucro se usen tales documentos para producir el engaño desencadenante del resto de los elementos de la estafa.

Barcelona 1957, p. 202.

1.3.-También anduvo aquí el legislador con prisas.

La tónica de urgencia con que se ha elaborado la totalidad del código penal tiene también obviamente su reflejo en la agravante objeto de estudio.

En este sentido, la intervención del Señor Olarte Cullen, de Coalición Canaria es suficientemente explícita [298]: "Nosotros comprendemos que en el texto del proyecto, al igual que en el de la Ponencia, se ha hecho un esfuerzo bastante notable por aglutinar el contenido de conductas agravatorias específicas que se integraban en los artículos 529 y siguientes del texto en vigor, que ha sido sustituido por el artículo 243([299]), el cual establece los supuestos en que el delito de estafa habrá de castigarse con la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. En algún caso, como acontece en el apartado 3°, cuando se realice mediante cheque, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio, no sé si será ésta una expresión excesivamente ambigua, en la que por razones de exigencia de la tipicidad [300], de concreción más que nada, sea conveniente seguir profundizando. Nosotros mismos, en tanto

[298] Diario de Sesiones del Congreso de 5 de junio de 1995, núm. 511, página 15548.

[299] En el texto definitivo, art. 250. En lo referente a la estafa el proyecto de ley sigue los parámetros marcados por la propuesta de anteproyecto de código penal de 1983, incluso coincide en articulado.

[300] Además de lo dicho en sede introductoria al inicio de este estudio, véase más adelante sobre el principio de legalidad.

en cuanto no se ha producido una enmienda en este apartado, entonamos el mea culpa y en definitiva creo que otros grupos no serán ajenos a esta preocupación". Preocupación que, como el valor del soldado, se le supone al resto de grupos parlamentarios, pero que en cualquier caso y a la vista de las escasas enmiendas y la escasa profundización, no ya en su discusión sino sobre todo en su justificación, produjo escasos resultados.

Pero una vez atendida la anterior precisión previa y continuamos en el intento de interpretar el tipo agravado que nos ocupa, la primera duda espinosa que aflora [301] es la de si la expresión "en blanco", además de afectar a la letra de cambio, afecta también al cheque y al pagaré, y en caso de que se interprete que aquel calificativo sólo aluda a la letra, por qué entonces se le da diferente trato a ésta respecto de aquellos si los tres pueden emitirse igualmente en blanco. De hecho, la redacción del precepto en el proyecto elaborado por el gobierno sólo penalizaba esta estafa "Cuando se realice mediante cheque, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio" [302].

Otra duda que se plantea tras la simple lectura del tipo es la de por qué se tipifica expresamente la comisión con negocio cambiario ficticio y a su vez la realizada con los diferentes instrumentos de semejante naturaleza, esto es, el cheque, el pagaré y la letra. En este sentido cabe

---

[301] Sin contenido.

[302] Diario de sesiones del Congreso de 6 de Marzo de

preguntarnos si no estamos por tanto ante una repetición inútil.

No existe discusión en el debate parlamentario que justifique la necesidad de la inclusión del agravamiento de la penalidad en la estafa mediante efecto mercantil, con lo que la tarea del legislativo se limitó a limar las asperezas que tuvo por conveniente pero sin cuestionar la necesidad de la intervención penal sobre estos medios de estafa. Aunque la ausencia de discusión sobre su penalización no significa que ésta sea pacífica entre la doctrina. Recuérdese lo dicho más arriba [303] sobre la discusión sobre la incriminación o no del cheque sin fondos.

Pero en el proyecto de ley se añaden junto al cheque los conceptos de letra vacía o negocio cambiario ficticio, mas no el de pagaré, con lo que es posible interpretar que no estaba en la mente del prelegislador la necesidad de la penalización agravada del mismo. Por el contrario, la letra de cambio vacía fue entendida como necesitada de especial atención penal atendida la frecuencia con que se realizaban defraudaciones por tal medio [304], y así fue incluida en el proyecto de ley penal. Y es desde el punto de vista de la coherencia prelegislativa que es posible asimismo entender que el añadido "o negocio cambiario ficticio" tras la letra

---

1995.-Serie A. Núm. 77-1

[303] Apartado 5.2 del capítulo II de la primera parte.

[304] De esta frecuencia se ha hecho eco también el

de cambio vacía debemos interpretarlo en dicho proyecto de ley como la definición de lo que la ley penal entiende por letra vacía [305]. Y la razón no sería otra que la de dar satisfacción al principio de legalidad penal y la de ser precisamente la letra vacía el negocio cambiario simulado por excelencia y tener para nuestro Tribunal Supremo el mismo significado [306]. Obsérvese que, a diferencia de la separación entre los distintos medios defraudatorios de la agravante, no existe ninguna coma entre la letra de cambio (en el proyecto "vacía" y en el texto definitivo "en blanco") y el negocio cambiario ficticio. En definitiva, el esquema o esqueleto del apartado 3 del artículo 250, quería penalizar sólo dos títulos necesitados de protección: el cheque, por razón de equilibrar el cambio operado con la desaparición del cheque en descubierto, y la letra de cambio vacía o simulada por razón del aumento de la defraudación conocida como "pelotazo" o, caso de reproducción sucesiva, "peloteo" [307]. A dicho esqueleto se

---

Tribunal Supremo -v. su Sentencia de 24-4-1987 (R. 2612)-.

[305] En este sentido Conde-Pumpido Ferreiro, en "Código Penal, Doctrina y jurisprudencia". Madrid, 1997, p. 2751, analizando la agravante que estudiamos, se refiere a "Negocio cambiario ficticio, que hace referencia a la emisión de letras sin causa o vacías, esto es, que no corresponden a una relación cambiaria entre librador y librado". Aunque como se verá, la doctrina mayoritaria considera que las letras vacías sí que tienen causa, y en concreto financiera. Y Albácar López, en la misma obra, p. 2767 se refiere igualmente "al descuento de letras de cambio que no responde a ninguna operación comercial o deuda con los librados ('vacías')".

[306] La Sentencia de 16-3-1988 (R. 2031) habla literalmente de "letra vacía o simulada".

le vistió, siempre en el proyecto, con la expresión "negocio cambiario ficticio", lo que permitía quizá curarse en salud y contemplar cualquier defraudación hecha con letra de cambio no solamente vacía sino también cualquier tipo de defraudación realizada con dicho título, pero sobre todo, dar cumplimiento en este punto concreto al principio de legalidad.

Otra cosa será, caso de estar en la vía adecuada, que dicha coherencia prelegislativa soporte la discusión política parlamentaria posterior, que en este caso no fue así, como más adelante se verá.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[307] V. Bajo Fernández en "La estafa de abuso de crédito mediante el descuento de letras vacías o no comerciales" ADPCP, 1977, p. 527.

2.- La agravante en la estructura de la estafa: título y engaño.

La peculiaridad del engaño mediante título mercantil abstracto –la única desde el punto de vista de su estructura delictiva- reside en el hecho de que éste es medio o instrumento para lograr aquél, el cuál lo es a su vez para lograr el lucro a costa de otro como fin último del delito. La agravante que nos ocupa conforma, en definitiva, un instrumento que lo es a su vez del instrumento mayor del delito, es decir, es instrumento del engaño, elemento en el cual se integra de forma exclusiva, lo que quiere decir que la agravante no forma parte de ningún otro elemento. En efecto, sería inimaginable y absurdo que se penalizara de esta forma agravada una estafa en la que el cheque intervenga en el desplazamiento patrimonial y no en el engaño, es decir, que el cheque no sea utilizado por el autor sino por la víctima. Y del mismo modo tampoco puede entenderse que la agravante se integre en el error, ya que existe entre ellos una relación de causa efecto, al ser éste consecuencia –total o parcial, lo que dependerá de los distintos elementos de la puesta en escena del autor- de aquél.

Asentada la inclusión de la circunstancia agravada en el elemento engaño de la estafa, se impone plantearse el papel de dicha agravante en el citado elemento o, en otras

palabras, si en el engaño mediante título mercantil abstracto aquél se compone únicamente de éste o pueden intervenir otros elementos además de dicho título. A obtener la respuesta no ayuda en absoluto la literalidad del tipo agravado, ya que la palabra "mediante" puede tener dos significados, dando lugar a dos interpretaciones muy diferentes. Así, dicho término es, en primer lugar, el participio activo del verbo mediar, y según la interpretación acorde a este significado, el tipo agravado se integra con el simple hecho de mediar –léase intervenir- en el engaño, interpretación que aboga por la no exclusividad del título en este elemento de la estafa. Pero en segundo término, "mediante" también es un adverbio de modo que significa "por razón de", lo que aboga, contrariamente, a la capitalidad del título en el elemento engaño o, lo que es lo mismo, a que su libramiento sea suficiente para provocar el error (vide infra esta interpretación al final de este mismo apartado).

Entiendo que la respuesta al inicial planteamiento debe inclinarse por el segundo de los sentidos indicados –posibilidad de intervención de otros elementos escénicos- si tenemos presente que la extensión del título conlleva en innumerables ocasiones una inherente puesta en escena, en todas aquellas ocasiones que la simple extensión del título no baste para producir el necesario error del disponente. Así, se acompañará a la extensión de un título que se sabe vacío o sin respaldo efectivo una apariencia de solvencia

mediante imagen, comentarios del propio librador o de terceros, etc. [308], pudiendo variar incluso la intensidad del engaño -uso de recursos escénicos- en función de la perspicacia del disponente, deduciendo de ello la imposibilidad de fijación apriorística de la importancia de la agravante que estudiamos en la composición del engaño, debiendo ser el enjuiciamiento del caso concreto el que realice tal tarea, dilucidando no sólo si la conducta del agente ha sido condición suficiente o necesaria para producir el engaño de la estafa, sino también hacer lo propio respecto del título abstracto en relación con el resto de elementos escénicos [309].

Pudiera pensarse que el resto de elementos que acompañan al título en la formación del engaño bastante son accesorios a éste y sólo en esta virtud llegan a tener razón de ser, con lo que hablar luego de ellos en forma independiente como se está haciendo aquí, carece de sentido. Pero tal vinculación no es forzosa o necesaria, sino que título y el resto de elementos del engaño pueden ser perfectamente independientes. Piénsese que es perfectamente posible por ejemplo, que el autor utilice

---

[308] Ocurrirá a menudo que otros elementos integren otras agravantes del art. 250.1 CP que recaen, igual que la objeto de nuestro estudio, sobre el medio engañoso. Tal es el caso de las agravantes 2ª, 4ª, y 7ª (a diferencia de la 1ª, 5ª y 6ª, que recaen sobre el objeto patrimonial), lo que significa que recibirán el mismo trato agravado a efectos penales.

[309] Sobre la teoría de la imputación objetiva y la relación de causalidad véase a Vila Mayo “”Ensayo sobre la estructura del delito de estafa”, en RGD 1988, p. 22.

diferentes recursos para llevar a error al disponente y sólo ante la reticencia de éste le extienda un título cambiario ficticio que hace que colme el engaño en el que, de no haber sido tan renuente el disponente, no hubiera hecho falta tal libramiento.

En estos casos de puesta en escena que exceda de la simple invalidez –por el motivo que sea- del título extendido deberá diferenciarse entre el título en sí, merecedor de un reproche agravado, y el resto de elementos que no estén contemplados por éste u otros tipos agravados del art. 250.1 CP, ya que estos instrumentos, que no son título mercantil abstracto pero que integran asimismo el engaño junto con aquél, sólo pueden integrar el engaño del tipo básico y por ende exclusivamente su reproche (si se dan, claro está, el resto de elementos típicos de la estafa). Ello además conjugado con la necesaria característica de suficiencia del componente del engaño a fin de que éste lo sea "bastante" para provocar el error. La combinación será la siguiente:

\ Engaño Tipo \	Sólo título mercantil abstracto	Título bastante (es indiferente la suficiencia de "otros" [310])	Título no bastante junto a "otros" bastantes	Título no bastante Junto a "otros" no bastantes pero que entre todos forman engaño que sí es bastante
Básico			**X**	**X (pro reo)**
Agravado	**X**	**X**		

[310] A parte de ser lógica, la fundamentación legal de esta posición la encontramos en el art. 8.4ª CP.

Obsérvese que, en el engaño compuesto de título junto a otros elementos no agravados, la proporción del medio "título mercantil abstracto" deberá serlo "bastante" para provocar el engaño del disponente. Dicha conjugación –análisis del título como engaño bastante o conjugación entre tipo básico y tipo agravado- resulta así esencial para dos cosas: la primera ya se ha visto y consiste en determinar el tipo –bien el básico o bien el agravado- a aplicar en función del grado de protagonismo de los componentes del engaño o puesta en escena. La segunda, para establecer una interpretación del subtipo penal que permita superar la dicotomía provocada -y no resuelta- por la literalidad del mismo antes apuntada. Así, en el tipo agravado podrá mediar el título mercantil abstracto ("mediante" en el sentido de "mediar" simplemente), pero ello sólo no es condición suficiente, ya que puede mediar y en cambio no ser bastante, con lo que sólo el título que provoque el error en otro, es decir, sea "bastante", va a poder integrar la agravante que nos ocupa, lo que significa que sólo la estafa en la que intervenga un título que es bastante para provocar el engaño, o lo que es lo mismo, por razón del título ficticio, puede integrar el tipo agravado. Deviene así, la segunda de las interpretaciones a que hacíamos referencia más arriba, como la aplicable a la circunstancia 3ª del art. 250.1 CP.

Esta interpretación nos conduce además, en el engaño bastante formado por título y otros elementos no agravados que aisladamente considerados no serían suficientes para producir el error del disponente, a resolver la duda en favor del reo (véase el recuadro), a falta de solución normativa expresa.

Y tal interpretación nos conduce asimismo a descubrir –y denunciar- otro aspecto importante perteneciente a un ámbito diferente, aunque conexo, al anterior, cual es el de la técnica legislativa empleada en la redacción de nuestro subtipo penal. Así, si para establecer que de las dos interpretaciones que permite la literalidad del subtipo hemos tenido que ir a Jaén por Luque para ver que sólo tiene cabida la segunda de ellas, o sea, la que entiende el término "mediante" en el sentido de "por razón de", nos hubiéramos ahorrado dar esta vuelta si en vez del término "mediante", que acoge la dicotomía apuntada, se hubiera empleado directamente la expresión "por razón de [311]", es decir, se hubiera profundizado -por parte del legislador que era quien tenía que hacerlo [312]- o descendido un eslabón más en la búsqueda de la concreción necesaria para la definición de la acción conminada en el tipo. Es decir, haciendo uso de la acepción y no del término que la contiene si es que contiene más de una, como aquí ocurre.

[311] O "en atención a", definición también reflejada en el diccionario oficial. Y prescindiendo del anterior enlace académico puede luego proponerse "por causa de", lo que imprime aún mayor claridad.

3- Ley penal en blanco.

3.1.- Introducción.

No nos dice el tipo -ni se halla en parte alguna del Código- lo que debamos entender por cheque, y el diccionario oficial por su parte no nos da una información suficiente para integrar el tipo de nuestra agravante de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad, sino que se limita a dar una definición básica de estos conceptos. Así, sobre el cheque nos dice que es un "Documento en forma de mandato de pago, por medio del cual una persona puede retirar, por sí o por un tercero, todos o parte de los fondos que tiene disponibles en poder de otra". Asimismo, sobre el pagaré determina el diccionario que es un "papel de obligación por una cantidad que ha de pagarse a tiempo determinado", siendo el pagaré a la orden, "el que es transmisible por endoso, sin nuevo consentimiento del deudor". Y sobre la letra de cambio el diccionario establece que es el "documento mercantil que comprende el giro de cantidad cierta en efectivo que hace el librador a la orden del tomador, al plazo que se expresa y a cargo del pagador, con indicación de la procedencia del valor de que se trata y del lugar en que ha de ejecutarse el pago". Como se ve, estas definiciones son aproximativas

[312] Y también obviamente el prelegislador.

de lo que se entiende en el tráfico mercantil, siendo insuficientes para colmar las exigencias formales y, en definitiva, la complejidad de esta clase de títulos.

Al ser insuficiente el lenguaje estándar para colmar la definición de los conceptos incluidos en el subtipo, el agravante tercero del artículo 250 del código penal deviene así una ley penal de las llamadas en blanco, por cuanto exige para la configuración del supuesto de hecho de un elemento normativo que se encuentra fuera de la ley penal. Sabida es la discusión acerca de la bondad de la llamada ley penal en blanco; para Quintero Olivares, fuera de algunos casos excepcionales, como cuando lo que se remite fuera de la ley penal sea la conducta o la pena, la técnica de la ley penal en blanco es admisible, oportuna y conveniente, donde "las leyes no penales a cuya lectura pueda obligar el precepto penal para su debida comprensión, serán sólo complementos precisos para la interpretación" [313], posición que se compadece mal con ciertos enunciados penales, como el de nuestra agravante, donde si no se sabe dónde hay que acudir para comprender qué entiende la ley penal por cheque, mal podrá luego complementarse en la forma indicada por este autor, puesto que no nos dice la ley si por cheque debe entenderse sólo el título objeto de regulación en la ley cambiaria o también otros documentos, como el cheque de viaje, que no son objeto de aquella. Y aunque es cierto, como dice el citado autor (Ibídem), que

[313] Quintero Olivares, en "La justicia penal en España",

"los sistemas penales contemporáneos tienen ante sí la necesidad de regular materia de una enorme complejidad técnica y jurídica, actuando, además, en unión de otros instrumentos legales no punitivos", ello no justifica que para no promulgar códigos penales de tamaño enciclopédico tenga que vulnerarse la seguridad jurídica, sino que debería llegarse a la conclusión opuesta, es decir, que si para conseguir tal deseada seguridad hay que tener el "Larousse" Penal en casa, bienvenido sea, porque al menos de esta manera el ciudadano sabrá de antemano a qué atenerse, aunque le cueste algo más de tiempo enterarse de ello (lo que en la actualidad sería ya muy discutible debido al auxilio informático), algo que desgraciadamente no es predicable del llamado auxilio de la ley en blanco, atendida la facultad de "relleno" de la ley penal con normativa que no proviene del legislador, exclusivo soberano en esta materia, sino de cualquier administración pública, incluida la europea (véase más adelante) [314].

Pamplona, 1998, p. 233.

[314] Véase al mismo autor allí mismo. No entiendo por tanto de recibo la razón que da Quintero del deficiente funcionamiento de la técnica que nos ocupa, cuando en la práctica la definición del injusto quede en manos del ejecutivo, considerando este autor que "eso no supone un fracaso de la técnica de la ley penal en blanco, sino mejor un posible fracaso de la eficacia del derecho penal por la propia resistencia de la Administración a respetar la seguridad jurídica, imponiendo sobre ella la decisión arbitraria que en cada momento corresponda" . Entiendo, por contra, que sí se está ante un fracaso de dicha técnica legislativa, por cuanto la Administración regula, en el ámbito que le es propio, las infracciones que estima oportuno, siendo el legislador quien, renunciando a legislar en el suyo propio, remite con demasiada comodidad en la

3.2.- Doctrina Constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad de las leyes penales en blanco siempre y cuando se dé en la norma de remisión la suficiente concreción. La STC de 5-7-1990 (R. 127) analiza dicha técnica legislativa desde la perspectiva del principio de legalidad del siguiente modo:

"3. Desde la perspectiva del art. 25.1 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental incorporado a la regla nullum crimen nulla poena sine lege, resulta necesario tener en cuenta los siguientes principios generales que constituyen un cuerpo de doctrina formulada por la jurisprudencia de este Tribunal [SSTC 160/1986 (RTC 1986\160) 122/1987 (RTC 1987\122), 3/1988 (RTC 1988\3) y 29/1989 (RTC 1989\29), entre otras]:

A) El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal

---

protección penal a criterios del ejecutivo, es decir, a quien no le corresponde; pero entiendo que ello ocurre por causa de tal desidia, que conlleva en la práctica una deslegalización del derecho penal, que no por ninguna pretensión de arrogación de competencias penales por parte de la

estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como de reserva absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica; por otra, referida a la seguridad a la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora. En definitiva, en términos de nuestra Sentencia 133/1987 (RTC 1987\133), el principio de legalidad penal implica, al menos, la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior (lex previa) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (lex certa).

B) Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de **elementos normativos** (STC 62/1982) (RTC 1982\62) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987) (RTC 1987\122); esto es, de **normas penales incompletas en las que la conducta** o la consecuencia jurídico penal **no se encuentre agotadoramente prevista en ellas**, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes **requisitos:** que

---

Administración.

el **reenvío normativo** sea **expreso** y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la **suficiente concreción, para** que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de **conocimiento de la actuación penalmente conminada ”**.

3.3.- Inconstitucionalidad de la agravante por falta de remisión expresa.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y sentado que el tipo contiene una ley penal en blanco y que ésta ha de integrarse con elementos normativos externos a ella, hemos de recapitular ahora en nuestro análisis:

Hemos visto que el reenvío normativo expreso es una exigencia inexcusable para nuestro Alto Tribunal para que una conducta o supuesto de hecho contenidos en una norma penal y no agotadoramente integrados en la misma cumpla con el principio de legalidad penal.

El tipo que estamos estudiando establece en su supuesto de hecho a la estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio, sin

que en la ley penal conste lo que se entiende por estos elementos, siendo, en consecuencia, una norma penal en blanco.

Como tal norma penal en blanco, necesita de dicho reenvío normativo expreso a la ley que regula y define tales efectos.

Si esto es así, es decir, si el código penal no explica lo que es un cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario, y no utiliza el auxilio de la técnica del reenvío expreso, dicho precepto penal es inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 de nuestra Norma Fundamental.

Hay que resaltar que no estamos afirmando lo anterior en base a esta o aquella doctrina científica, sino precisamente en ese legislador negativo que es el Tribunal Constitucional con la fuerza que le otorga el artículo 39.1 de su ley orgánica reguladora [315]. Y ciertamente aún no se ha pronunciado dicho Tribunal sobre la inconstitucionalidad que estamos tratando, pero siendo así de clara su doctrina al respecto, se abre al reo de dicha agravante la posibilidad de instar, a mi juicio sensatamente, el correspondiente recurso de amparo.

No niego que esta afirmación de inconstitucionalidad pueda resultar chocante a estas alturas, después de tantos años de estar juzgando nuestros Tribunales el delito penal

[315] L.O. 2/1979 de 3 de Octubre, del Tribunal

del cheque en descubierto, en el que, igual como ocurre ahora -aunque con más elementos- con la agravante en estudio, no definía la norma penal qué era un cheque, sin que haya sido suscitada la inconstitucionalidad que ahora se denuncia. Pero si se piensa en las sentencias contradictorias -de las que algunas ya se han sido objeto de mención- acerca de acudir o no a la ley mercantil para integrar la norma penal, nos daremos cuenta de que estamos ante una cuestión no resuelta, fuente de inseguridad jurídica que afecta a uno de los derechos más fundamentales de la persona, después del derecho a la vida, cual es la libertad, ya que, en este sentido, no podemos olvidar que la apreciación de la agravante del actual supone, además de la multa, un aumento de hasta dos años de privación de libertad en relación con el tipo básico de estafa.

Al tipo del artículo 250.1.3° del código penal le falta, pues, la coletilla [316] remitiendo expresamente a los términos de la Ley Cambiaria y del Cheque 19/1985, de 16 de Julio. Y es que aunque no fuera esta la inicial intención del prelegislador (que posiblemente sí lo fuera) al redactar el proyecto presentado a las Cortes, sí que en cambio lo fue durante su tramitación, tal como se puso de relieve al aceptarse la enmienda (aceptada) del Grupo de CiU con la única justificación de adecuarse el tipo a la

---

Constitucional.

[316] Igual que la expresión negocio cambiario ficticio en relación a la letra de cambio vacía, en la redacción del proyecto de ley del código penal.

referida ley. Es evidente por tanto que esta voluntad del legislador debería de haberse reflejado en el tipo penal evitando así un defecto esencial de urgente subsanación.

Pero no sólo existe inconstitucionalidad en la agravante objeto de estudio por falta de reenvío expreso, sino que, aún obviando este defecto esencial, existen otros aspectos que cuestionan la estabilidad del repetido principio de legalidad por la dispersión legal a la que se ha de acudir para integrar la norma penal. De ello me ocupo en los siguiente epígrafes.

Antes es preciso señalar que el Tribunal Constitucional ha establecido que no se vulnera el principio de legalidad cuando la norma complementadora de la ley penal en blanco no es una ley orgánica, a pesar de estar reservada a la misma todo lo referente a los derechos fundamentales por el art. 81.1 de la Constitución (SSTC de 16-9-1992, n° 118, y de 15-6-1998, n° 120), y no sólo eso, sino que además ha considerado que tal complemento puede provenir también de un reglamento, estatal, autonómico o local, con tal que esté subordinado a la ley, incluso del Derecho Comunitario, originario o derivado (SSTC de 24-7-1984, n° 83, 7-4-1987, n° 42, y 15-6-1998, n 120) [317], lo que en el caso de la normativa comunitaria debe ser objeto de crítica al ser tal normativa aún menos asequible para el

[317] No lleva razón, pues, Bacigalupo Zapater cuando en su reciente obra "Curso de Derecho penal económico", Madrid, 1998, p. 41, afirma que el Alto Tribunal "no se pronunció sobre las exigencias que debe cumplir el precepto complementador", puesto que ya hemos visto que sí se ha

ciudadano medio que la contenida en diarios oficiales estatales.

3.4.-Principio de legalidad y cheque.

Así, entrando ya en materia de definiciones extrapenales y principiando por el cheque, el artículo 106 de la ley cambiaria establece los requisitos que deberá contener el cheque, esto es, denominación de cheque en unidad de idioma con el resto del título, mandato puro y simple de pagar suma determinada, el nombre del librado que necesariamente ha de ser un Banco, el lugar de pago, la fecha y el lugar de emisión y la firma del expedidor. Y el siguiente artículo sanciona con la no consideración de cheque al título que carezca de alguno de estos requisitos, con las dos salvedades que en el mismo se establecen, relativas la primera al lugar de pago el cual, si no consta, será válido como tal el designado junto al nombre del librado, siendo válido igualmente el pago realizado en el lugar de emisión o en el domicilio donde el librado tenga su establecimiento principal, y la segunda de ellas al lugar de emisión, que es sustituido en caso de ausencia por el lugar que aparezca al lado del librador, si es que figura.

De esta definición de cheque realizada por la anterior ley mercantil, debemos destacar que, por imperativo del

---

pronunciado.

citado artículo 107, para que el cheque sea considerado como tal en la agravante que nos ocupa, el librado ha de ser necesariamente un Banco. La primera impresión que nos aparece es la de que a efectos penales no pueda considerarse cheque aquel en que el librado sea una Entidad de Crédito asimilada a él, como una Caja de Ahorros o una cooperativa de Crédito, por citar dos ejemplos. La razón obviamente se debe a la taxatividad exigida por el principio de legalidad a los tipos penales y su relación con la prohibición analógica "in malam partem" que rige el Derecho penal, a diferencia de lo que ocurre en la interpretación civil y mercantil. Así pues, si bien el artículo 108 de la ley cambiaria y del cheque establece que "el cheque ha de librarse contra un Banco o entidad de crédito" (en igual sentido el artículo 114) permitiendo de esta manera una interpretación analógica en el sentido de poder ser librado una entidad que no sea Banco, la sanción del artículo 107 es taxativa y no sería posible la misma analogía en contra del reo por cuanto el librado "necesariamente ha de ser un Banco". La consecuencia directa de lo anterior es que el cheque librado contra entidad de crédito que no sea un Banco no podría penarse por el tipo agravado y sí solamente por el tipo básico del artículo 248 del código.

Pero la propia ley mercantil se ocupa de aclarar, en su artículo 159, que "La palabra 'Banco' en el presente título -el mismo que incluye los arts. 107 y 108 citados-

comprende no sólo los inscritos en el registro de bancos y banqueros, sino también a las demás entidades de crédito asimiladas a ellos".

Con la anterior precisión de la ley mercantil ciertamente resulta difícil negarle validez incriminatoria al cheque librado cualquier entidad de crédito asimilada a un banco. Frente a esto se puede oponer que la expresión "asimiladas" peca de ambigüedad e incerteza e incumple por tanto el requisito de 'lex certa'. Pero existe otro precepto de rango legal, el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de Junio, que establece claramente qué debe entenderse por entidades de crédito [318].

La cuestión sobre la legalidad penal se presenta nuevamente ahora si se observa que la definición de lo que

---

[318] Establece dicho precepto:
Artículo 1. Definición.
1. A efectos de la presente disposición y de acuerdo con la primera Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la Comunidad Económica Europea, se entiende por «establecimiento de crédito» toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos.
2. Se conceptúan, en particular, establecimientos de crédito:
a) Las Entidades oficiales de crédito.
b) Los Bancos privados inscritos en el Registro Especial del Banco de España.
c) Las Cajas de Ahorro inscritas en el Registro Especial del Banco de España.
d) Las Cooperativas de crédito inscritas en el Registro Especial del Banco de España.
e) Las Sociedades de crédito hipotecario inscritas en el Registro Especial de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda.
f) Las Entidades de financiación inscritas en el Registro Especial de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda.

debe entenderse por entidad de crédito, entre las que se relaciona el Banco, lo es sólo a efectos del anterior Real decreto legislativo, con lo que, aparte de la remisión expresa del tipo penal ya denunciada en párrafos anteriores, a falta de solución expresa de la ambigüedad que denunciamos en la ley mercantil reguladora del cheque y la falta de remisión a su vez de esta ley a dicho Real decreto legislativo, y puesto que la definición que realiza esta norma lo es sólo a efectos mercantiles ("a efectos de la presente disposición"), vedada por disposición expresa de esta norma de rango legal su aplicación a otras disciplinas y por tanto también (y por supuesto) al Derecho penal, el resultado es la subsistencia de la ambigüedad del término "asimiladas" que establece la ley mercantil en relación al Banco, con lo que el principio de legalidad continúa sin tenerlas todas consigo.

3.5.- Principio de legalidad y letra de cambio y pagaré.

También debemos acudir a la ley mercantil y en concreto a sus artículos 94 y 95 para definir el concepto de pagaré. Los requisitos para tal denominación son: la denominación de pagaré en el mismo idioma que el resto del título, promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada, la indicación del vencimiento, el lugar de pago, el nombre del tomador, la fecha y el lugar de emisión y la firma del emisor. Igual que el resto de títulos que

regula la ley 19/1985, concebidos todos ellos como títulos eminentemente formales, el artículo 95 sanciona con su desnaturalización al pagaré que carezca de alguno de los anteriores requisitos, salvo que carezca de vencimiento, en cuyo caso se considerará pagadero a la vista, carezca de lugar de pago, en cuyo caso éste será el lugar de emisión, y que carezca de lugar de emisión, en cuyo caso se considerará al mismo como el lugar que figure junto al nombre del emisor, si es que figura. Por su similitud a la regulación mercantil de la letra, me referiré a la repercusión de las potenciales deficiencias de aquél al analizar las de ésta.

La letra de cambio, igual que el cheque o el pagaré, también necesita de unos requisitos establecidos por la regulación mercantil a efectos de ser considerada como tal e integrar la agravante que estudiamos. Estos requisitos son fijados por el artículo 1 de la ley cambiaria, debiendo contener la denominación de letra de cambio en el mismo idioma empleado para la redacción de la misma, el mandato puro y simple de pagar una suma determinada, el nombre del librado que habrá de pagarla, la indicación del vencimiento, el lugar de pago, el nombre del tomador a quien o a la orden del cual se tendrá que efectuar el pago, la fecha y el lugar de emisión, y la firma del librador que emite la letra. El artículo siguiente sanciona de defecto constitutivo insubsanable a la letra que carezca

de uno solo de los requisitos anteriores, salvo en los mismos e idénticos casos ya expresados para el pagaré.

La inseguridad jurídica que han creado las secciones civiles de las Audiencias Provinciales en la interpretación de las formalidades necesarias para integrar la letra de cambio no puede ni debe afectar a la misma interpretación en el ámbito penal, y ello en virtud del tan repetido principio de legalidad. He hablado de inseguridad jurídica porque esto es lo que hay si se examina la jurisprudencia menor y se observa que, en lo que se refiere al requisito esencial de designación de tomador, por poner un ejemplo, unas Audiencias consideran que es un requisito esencial e insubsanable [319], otras, que es defecto subsanable si la letra está en poder del librador y no ha salido a circulación [320], y otras en fin, establecen que es defecto subsanable con el sólo requisito de que reclame su pago el librador, con independencia de si la letra ha salido a circulación o no [321]. Incluso se han producido sentencias contradictorias procedentes de una misma Audiencia e incluso de la misma sección [322].

---

[319] v. S. de la AP de Valencia de 8-3-1993, R. 282 y la de la A P de Murcia de 18-5-1993, R. 1048.

[320] SAP de Navarra de 17-10-1995, R. 1987 y la de la AP de León de 11-5-1995, R. 2495.

[321] V. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30-12-1995, R. 2442 y la de la A P de Asturias de 4-6-1992, R. 965.

[322] La sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia de fecha 22-5-1995 (R. 1252) en la que se consideraba requisito esencial insubsanable la omisión

3.6.- Principio de legalidad y negocio cambiario.

Sobre la penalización agravada de la estafa por medio de negocio cambiario ficticio, hay que empezar diciendo que, aparte de por la falta de remisión legal expresa ya denunciada, tal denominación roza de nuevo la inconstitucionalidad por falta de concreción y certeza de la propia ley mercantil, salvo que, en interpretación restrictiva, se entienda referido aquel concepto exclusivamente a la letra de cambio. Y es que la Ley cambiaria y del cheque no establece qué es lo que debe entenderse por negocio cambiario [323], si bien de la denominación de la propia ley como "cambiaria y del cheque" permite interpretar que se excluye a éste del concepto cambiario. Pero ya no ocurre lo mismo cuando se trata del pagaré, porque la anterior denominación sólo excluye al cheque y porque el pagaré está regulado en el mismo título que la letra de cambio, a diferencia de lo que ocurre con aquél, que está regulado en título aparte.

No obstante, ha de entenderse que, igual que ocurre con el cheque, tampoco debe incluirse al pagaré bajo el

---

de tomador. Y la misma sección dictó sentencia de fecha 7-2-1997 (R. 378) en la que consideró subsanable este mismo defecto, sin que se motivara tal cambio de postura y sin que se hiciera tampoco uso de voto particular alguno (uno de los miembros que intervino en ésta fue ponente de aquella).

[323] Adjetivo de reciente incorporación al diccionario oficial de la lengua, ya que en la decimonovena edición (1970) no se contemplaba mas que en su suplemento, siendo

concepto de negocio cambiario, pues aunque se le aplique la regulación de la letra de cambio, sólo a ésta se denomina con el calificativo "de cambio", sinónimo de "cambiario". A mayor abundamiento, el tipo inicial del proyecto de ley no penalizaba el uso específico del pagaré, debiendo entenderse que la alternativa "o negocio cambiario ficticio" lo es únicamente a la letra de cambio en blanco (en el proyecto, "vacía"), por razón de la exclusión ya referida del cheque del concepto cambiario y por razón también de la peculiar gestación de la agravante, tal y como se expone en el siguiente apartado.

Esta necesaria precisión en el orden penal no puede desdibujarse por la ambigüedad existente en el ámbito civil. La propia Ley Cambiaria y del Cheque adolece de tal defecto y en consecuencia las sentencias de nuestros Tribunales civiles son una muestra de la falta de determinación que aquí se denuncia. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29-1-1996 (R. 167) utiliza el nomen iuris de "cambiario" al juicio ejecutivo en el que se ejercita la acción para exigir el pago de un pagaré por dicha vía procesal. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29-12-1995 (R. 2293) va más allá en la utilización del citado calificativo aplicándolo a un cheque, en concreto, a la que llama "acción cambiaria de regreso en base a un cheque". Pero tanto en el anterior caso del pagaré como en

---

incorporado en la edición vigésima, en el año 1984.

éste del cheque se trata de apelativos referidos a la acción procesal ejercitada y lo que ocurre es que las normas reguladoras de estos dos efectos se remiten a las establecidas para la letra de cambio, y en este sentido son normas cambiarias las utilizadas para resarcirse del pago, mas no por propia naturaleza sino por remisión a las que regulan esta materia para la letra de cambio, por más que la remisión en el caso del cheque sea más limitada (arts. 147 y 153 LC).

Sin dejar la ley mercantil vemos que, en lo que respecta al pagaré, no existe ningún calificativo de cambiario que afecte al mismo en todo el capítulo que lo regula [324]. Y en lo que respecta al cheque, su articulado remite a lo establecido para la letra de cambio en algunos aspectos, entre ellos, para el ejercicio de las acciones correspondientes; en concreto su artículo 153 se remite a lo previsto en el artículo 65 "para el caso de pérdida de las acciones causales y cambiarias [325]". Esta remisión a las normas cambiarias hace obviamente que sean cambiarias las normas que regulan las acciones para exigir la satisfacción del cheque. Es por ello que en la regulación que del cheque realiza la propia ley mercantil se llega a hablar de

[324] Existe el calificativo que nos ocupa en el capítulo relativo al conflicto de leyes pero, no siendo atribuido expresamente al pagaré, debe entenderse que se refiere únicamente a la letra de cambio. Entender lo contrario sería aplicar una interpretación extensiva en contra del reo.

[325] Obsérvese que el calificativo "cambiarias" se refiere al supuesto de pérdida de acciones del artículo 65, regulador de la letra de cambio.

"responsabilidad cambiaria" -artículo 117-, pero esta alusión debe entenderse precisamente a la responsabilidad que dimana del ejercicio de las acciones cambiarias, aplicables también al cheque. Una tercera -y última- alusión al término "cambiario" la realiza la ley mercantil en la regulación de este efecto en su artículo 162 cuando se refiere al conflicto de leyes y en concreto a la obligación del firmante del cheque, que quedará obligado a su pago si en el país donde se otorgó la firma se considera capaz de "obligarse cambiariamente". Se trata nuevamente de una remisión a las normas cambiarias, en este caso del país donde se otorgó la firma, para entenderse obligado el firmante del cheque si cumple los requisitos para obligarse cambiariamente según la ley de aquel país, sin que quepa interpretar que se está equiparando al cheque con la letra de cambio, lo que queda aún más confirmado aquí que incluso con el pagaré por la diferenciación, recuérdese, que realiza el nomen iuris de la propia ley ("cambiaria y del cheque").

En otro orden de cosas, la expresión "negocio" permite albergar relaciones no documentadas, aunque el calificativo "cambiario" si bien no está definido por la ley cambiaria, somete a aquella expresión, por ahora y mientras no se modifique la regulación mercantil, a la forma documental (v. arts. 1, 94 y 106 L.C.) que, en cualquier caso, deberá tratarse de un soporte material (art. 26 CP).

4.-Sobre la indagación de la voluntad del legislador en el tipo agravado del art. 250.1.3°.

4.1.- La primera enmienda.

La redacción originaria del proyecto que fue presentado en el Congreso para su debate únicamente sufrió tres modificaciones en el Congreso (ninguna operada en virtud de trámite ante el Senado):

La primera de ellas fue de simple redacción y corresponde a la enmienda núm. 377 presentada por el grupo popular y que afecta a todo el artículo 248 (243 en la redacción del proyecto). Consistió en suprimir el "cuando" del inicio del apartado, y de todos los apartados del mismo artículo, y ponerlo al inicio del artículo a fin de que un sólo "cuando" pudiera englobar todos los apartados del artículo. La justificación de esta modificación era obvia y se aceptó sin discusión.

4.2.- La modificación provocada por la enmienda 378.

4.2.1.- "En blanco" en vez de "vacía".

La segunda modificación corresponde a la enmienda núm. 378 también del grupo popular en la que se defendía sustituir "letra de cambio vacía" por "letra de cambio en

blanco" con la lacónica justificación de que "no es acertada tal denominación en relación a la terminología usual del tráfico mercantil" [326].

Pero esta justificación no tiene fundamento alguno y quizá responda a cuestión de puntillo político pero no a razón de peso, puesto que tanto "letra vacía" como "letra en blanco" tienen significado propio y diferente según la función que cumplen. Así, si una letra no responde a ningún negocio real que implique provisión de fondos, se está ante la primera y cumplirá una función estrictamente financiera, y si responde a negocio real, aunque la misma es incompleta en el momento de su emisión (pero completada antes de su presentación al cobro), se está ante la segunda y cumplirá una función de permanencia de la voluntad inicial que se completará en función de circunstancias futuras pero de acuerdo con pactos preestablecidos. La letra vacía puede perjudicar al descontante, tercero ajeno a la relación inicial entre librador y librado, y la letra en blanco, puede perjudicar también y a diferencia de la anterior, a cualquiera de estos dos, según sea quien haya incumplido los pactos en perjuicio del otro firmante.

Así pues, advertida esta doble y diferente función de la letra según sea vacía o en blanco, uno de los resultados de esta enmienda, querido o no por el grupo proponente, es la inclusión -inútil, al ser un supuesto de abuso de firma- de un elemento agravatorio de la estafa, cual es el

[326] Diario de sesiones del Congreso de 6-3-1995.

realizado a través de una letra en blanco, elemento que no puede entenderse incluido en el concepto de negocio cambiario ficticio o simulado, puesto que sí existe operación mercantil, a diferencia de lo que ocurre con la letra de cambio "vacía". En efecto, nuestro Tribunal Supremo asimila estos dos últimos conceptos, dando el mismo significado a la letra vacía y a la simulada [327].

Asimilando expresamente como "vacía" a la letra de colusión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-3-1988 (R. 2031), la define como aquella que, no dimanando de operación o contrato alguno, permite obtener el descuento de una entidad bancaria induciendo a creer que será atendida a su vencimiento. Y estas características son las propias de la estafa, como pone de relieve la Sentencia de 12-12-1986 (R. 7907) del mismo Tribunal ante uno de estos casos:

" a).-que se trataba de cambiales que no respondían a ninguna operación comercial o deuda con los librados, los cuales ignoraban su expedición -letras, por tanto, no aceptadas, y con cláusula «sin gastos»-, sin que pudieran ser sospechosas de inveracidad para la entidad bancaria al proceder de un cliente con clasificación para descontar papel comercial (engaño bastante para producir error).

[327] V. STS de 16-3-1988 (R. 2031). Bajo Fernández, en "El delito de estafa", en Comentarios a la legislación penal, Tomo V, vol. II, Madrid, 1985, p. 1201, discrepa diciendo que "en cualquier caso, la tesis jurisprudencial, según la cual se incurre en delito de estafa ocultando el carácter no comercial de la letra cuando se trata de descuento bancario, ofrece numerosas dudas como criterio general".

b).-como consecuencia del engaño o apariencia creada que vició el consentimiento por su potencia causal, fue entregado el montante de las sumas figuradas en las letras al acusado, consciente este último de no tener fondos que respondieran del reintegro, ya que no se trataba de un desfase de tesorería, como quiso hacer ver en su declaración, sino de un papel comercial creado para detener o encubrir un desastre empresarial (desplazamiento patrimonial y relación causal).

c).-ánimo de lucro o de injusto enriquecimiento, como elemento subjetivo del injusto, que se desprende, sin más esfuerzo discursivo, de los hechos del relato.

d).-daño o perjuicio económico que actúa de presupuesto objetivo, el cual surge desde el momento en que el ardid opera causalmente, es decir desde que la cantidad descontada se ingresa en la cuenta corriente o recibida en cualquier forma por el sujeto activo (perjuicio patrimonial).”

Por su parte, la sentencia del TS de 24-4-1987 (R. 2612), nos explica que “Uno de los medios con más frecuencia utilizados por los defraudadores es el que proporciona el contrato de descuento bancario. El cliente consigue del Banco una línea de descuento, emite letras vacías o de colusión, con librados imaginarios, o reales pero no deudoras, se apropia el precio del descuento y cuando las letras regresan devueltas se ha hecho insolvente o simplemente no paga.”

Esta misma sentencia añade otro elemento del que me ocuparé mas adelante con mayor profundidad [328], cual es el concurso con el delito de falsedad. Dice en concreto que "esta forma de estafa debe ir acompañada de un necesario delito de falsedad, pues las letras giradas tienen una apariencia válida gracias a las mendacidades que en ellas se consignan, lo que da lugar a un concurso ideal finalista de delitos." Adelantemos ahora, como contrapunto, que esta falsedad no tiene por qué darse en la letra en blanco si en la misma no se incorpora ninguna mendacidad.

La jurisprudencia penal ha sido más benévola, a diferencia de la letra vacía, al tratar de la bondad inicial de la letra de cambio en blanco. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de Mayo de 1952 (R. 1224), de 18 de Abril de 1981 (R. 1656), y de 30 de Noviembre de 1983 (R. 6734). Esta última sentencia, recogiendo lo manifestado por la anterior, establece que "esta Sala viene afirmando -últimamente, S. de 18 abril 1981 (RJ 1981\1656)- la validez de las firmas cambiarias dadas cuando la letra no estaba aún completa pues el deudor, al firmar una letra que contiene alguna mención en blanco, se declara de antemano conforme con el texto que en su día resulte completo, revistiendo eficacia jurídica cambiaria las obligaciones de tal índole asumidas cuando la letra estaba en blanco pues el art. 444 del C. Com. que expresa los requisitos esenciales de la letra se refiere no

[328] V. el siguiente Capítulo.

al nacimiento de la obligación cambiaria sino a la posibilidad de exigirla en juicio, que es el momento en que debe contener todas las menciones, que, sin duda, ya se habían completado cuando fueron negociadas y posteriormente protestadas por falta de pago; y, a partir de haberse asumido por el librado-aceptante aquí demandado-recurrente, las obligaciones cambiarias propias de aquel carácter, nació la acción contra el mismo con todo el rigor que manifiesta el art. 480 del C. Com. y frente a su portador legítimo conforme al 516."

La anterior jurisprudencia fue ratificada por el texto de la ley cambiaria vigente, que en su artículo 12 reconoce la posibilidad de librar el título incompleto, aunque no utiliza la expresión "en blanco". En el mismo sentido, la propia ley cambiaria también reconoce la posibilidad de emisión de pagaré incompleto en virtud de la remisión hecha en el párrafo segundo de su artículo 96 ([329]); y de igual y calcada manera que dispone para la letra, en su artículo 119 también reconoce la posibilidad de emisión del cheque incompleto.

Es precisamente esta igualdad de trato en cuanto a su emisión incompleta por parte de la ley cambiaria, lo mismo hacia el cheque o el pagaré que hacia la letra de cambio, una de las razones que inducen a pensar que la enmienda que

---

[329] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (R. 339) se ocupa de un libramiento en blanco de un pagaré, y lo considera válido en tanto se completó con posterioridad a su firma la expresión de la cantidad reclamable.

nos ocupa no responde a un razonamiento técnico, por cuanto, conforme a la "terminología usual del tráfico mercantil" y de la propia ley cambiaria, debería haberse propuesto también la enmienda respecto del cheque y del pagaré, añadiendo a ambos el calificativo "en blanco".

Llegados a este punto debe destacarse que la mayor parte de nuestra doctrina, siguiendo a Bajo Fernández [330], utiliza la expresión "letra vacía" para designar aquellas letras de cambio válidamente constituidas [331] que no responden a una auténtica operación mercantil, que son, en definitiva, letras no comerciales y se crean con el exclusivo fin de obtener un crédito mediante la garantía que representa el propio documento, añadiendo este autor que "el hecho de que desde el punto de vista de la técnica cambiaria no se pueda distinguir entre las letras comerciales y las que no lo son facilita los hechos defraudatorios" y enumerando como supuestos de letras no comerciales a las llamadas letras de favor o de

---

[330] Bajo Fernández, ob. cit., p. 526-528. Ver también a Valle Muñiz, o.u.c., p.1149, a Díez Sabina en "La protección penal del crédito", PJ, n° especial, 1989, p. 218, y a Núñez Castaño, en "La estafa de crédito", Valencia 1998, p. 152. Para esta última además (ibídem), letra vacía es aquella que se emite sin fondos con la previsión de dotarla de los mismos antes de su vencimiento, definición con la que no podemos estar de acuerdo, ya que en todas las letras se da tal característica, pues de tal inexistencia de fondos inmediatos viene su función de crédito.

[331] Véase a Casado Cerviño en "La validez de la letra de favor", RDBB, 1981, p. 697.

complacencia [332], las letras financieras o de caución [333], las letras de colusión [334], la cabalgata de letras [335] y las de firma de favor por precio [336] (estos cuatro últimos tipos de letra las considera este autor subtipos de las de favor).

Pero junto a las anteriores, Bajo Fernández establece también como letras vacías o no comerciales (aunque no las considera de favor) las llamadas de "tirage a l'air", que son las libradas sin acepto contra persona ficticia o con la que no se ha comerciado, y "las estafas mediante

---

[332] Citando a Garrigues (Contratos bancarios, Madrid, 1975) Bajo (ibídem) las define como las que contienen "alguna firma dada con el propósito, no de saldar una deuda ni de contraerla, sino con el de favorecer a otro firmante".

[333] También citando a Garrigues (ob.cit.), Bajo (ibídem) las define como las que "al contrario de las llamadas letras de colusión (v. Nota siguiente), la firma de favor se estampa con el único fin de suplir la falta de crédito de otro de los firmantes. La letra se muestra entonces como puro instrumento de crédito que el banco concede bajo la garantía de una firma conocida".

[334] También citando a Garrigues (ob.cit.) Bajo (ibídem) las recoge como aquellas en las que "hay un pacto fraudulento entre librador y tomador o entre librador y aceptante, dirigido a engañar a un tercero, haciéndole creer en la existencia de una relación efectiva de valor o de provisión de fondos, siendo así que en realidad no hay tal transmisión ni seria intención de pagar la letra".

[335] Bajo (ibídem) las define como el "giro sucesivo de letras de favor con el fin de que el importe del descuento de la segunda pueda pagar la anterior a su vencimiento y así sucesivamente".

[336] También citando a Garrigues, o.u.c., cuando "el comerciante arruinado utiliza la firma comercial que aún conserva para aceptar letras que no responden a ninguna operación mercantil, percibiendo por este favor una suma de dinero". Véase a Gómez Benítez, o.u.c., p. 474, que no considera a estas letras como auténticas letras de favor, ya que no llevan acepto, y las incluye como de "tirage a l'air".

falsificación de la letra cuyos supuestos más comunes son los de imitación de la firma del librado en el acepto y los de abuso de firma en blanco " [337]. Pero esta asimilación como letras no comerciales o vacías de las letras de cambio en blanco es, cuando menos, arriesgada. Como el propio Bajo admite (vide supra), por un lado las letras vacías son válidas -donde existe causa válida cual es la de procurar crédito al librador, causa tan válida y lícita como la propia provisión-, algo que no puede decirse de las letras en blanco cuando están viciadas de la falsedad recién dicha en boca del citado autor. Resulta así evidente una primera diferencia entre la letra vacía y la que es instrumento de estafa por abuso de firma en blanco, pues ésta es objeto de falsedad "per se" materializada en el documento de la que carece la letra vacía. En aquélla, la falsedad se encuentra en el documento; en ésta no, sino que se falsea fuera del documento –ocultando que no es comercial- [338]. En aquélla el embuste se encuentra en el documento y es posible el engaño bastante con aquella mendacidad [339]; en la letra vacía el

[337] Bajo Fernández, o.u.c., p. 528.

[338] Para Bajo ("Estafa de abuso de crédito...", ob.cit., ps. 543 y ss., sólo concurriendo ánimo de lucro (que debe incluir la intención de no pagar la letra a su vencimiento), engaño (que debe constar de simulación de la propia solvencia, además de la ocultación del carácter de letra vacía) y el perjuicio (cuando no se logra el resarcimiento por la vía civil –firmantes insolventes o cuando el banco ha pagado una suma mayor que la habitual respecto a letras comerciales), -además del resto de los elementos de la estafa-, puede hablarse de estafa mediante descuento bancario de letra de cambio vacía.

[339] Véase al mismo autor en "Manual de Derecho Penal,

engaño se lleva a cabo desde fuera del documento –omisión de advertir su carácter de vacía . En definitiva, no es lo mismo traficar con letra vacía advirtiendo de que lo es, pues eso es tráfico conforme a la buena fe, que hacerlo con documento mendaz, luego intrínsecamente nulo, a sabiendas, porque aquí la buena fe se ha esfumado. Es decir, que la primera no siempre será instrumento de la estafa, sino sólo cuando no se advierta al que entre en el círculo cambiario –vg. el descontante- de los riesgos que corre al hacerlo, mientras que la segunda no permite separar la letra de la falsedad y del engaño en sí, salvo claro está, que se advierta de la falsedad, lo que conllevará la imposibilidad objetiva de engañar luego a nadie que esté en sus cabales.

A lo anterior debe sumarse una segunda diferencia fundamental y que parte de lo que debe reputarse un error en el planteamiento de Bajo. Y es que éste, recuérdese, en la letra vacía parte de su uso civil o mercantil, no penal, mientras que al clasificar la letra en blanco también como vacía o no comercial lo hace partiendo de su uso criminal, como instrumento del delito de estafa. Obsérvese, pues, que si partimos del análisis de ambos documentos en el mismo ámbito civil o mercantil, la letra vacía es obviamente no comercial, pero no así la letra en blanco, que sí es

---

Parte Especial", ob. cit., p. 319, cuando dice que en el abuso de firma en blanco "las modalidades de comportamiento son múltiples, pues el sujeto puede intercalar líneas en el texto ya existente, o cumplimentar los espacios del documento incompleto, o confeccionar íntegramente el documento. El abuso de firma en blanco así descrito constituye también un delito de falsedad".

comercial, luego no es vacía. Y otra cosa será el uso contrario a los pactos que "sunt servanda" o a la ley que también hay que respetar. Así se llega o puede llegar en ambos tipos de letras a la estafa mediante tales documentos, pero este destino común no les asimila en sus orígenes, de tal manera que la letra en blanco no es, pues, vacía o no comercial.

Esta confusión o no distinción esencial entre una y otra cambial por parte de algún sector de la doctrina puede haber coadyuvado en la formación -y deterioro- del tipo agravado objeto de este estudio.

4.2.2- Vicio del tipo: Mención innecesaria y vulneración del principio de legalidad.

No obstante, tampoco cabe descartar que esta infundada enmienda –al menos desde la óptica de su propia justificación- responda a un intento de evitar la repetición que supone la letra vacía por un lado y el negocio cambiario ficticio por otro, y conseguir por la puerta falsa la inclusión, que no la simple sustitución, de la estafa por medio de la letra de cambio en blanco, además de la letra vacía, que ya estaría incidía en el concepto de negocio cambiario ficticio. Aunque esta posibilidad pertenece al campo de lo puramente especulativo dentro de la estrategia política, a la que quizá nunca tengamos

acceso pero que en cualquier caso tampoco es objeto del presente estudio.

Ya adelanté antes que según la interpretación más lógica a mi juicio y por eso es la que entiendo más ajustada a lo que sería la "voluntad del proyecto", la alternativa de negocio cambiario ficticio es precisamente una definición legal, esto es, lo que entiende la ley por letra de cambio vacía, con el resultado final de la penalización agravada (además del cheque) de la letra de cambio vacía, que no es otra cosa que negocio cambiario ficticio, en un intento de cumplimiento del principio de legalidad penal. Entendemos que no estábamos por tanto ante una conjunción excluyente que obligara a incriminar por una u otra, sino que la última era la definición de su antecedente.

Es desde el punto de vista de dicho principio que la enmienda presentada por el Grupo proponente y refrendado por el resto de Grupos parlamentarios ha resultado un fiasco que ha viciado el tipo. En efecto, ya se ha visto que es posible dar cumplimiento al principio de legalidad de la expresión "letra de cambio vacía" por cuanto este concepto es el a continuación nombrado de "negocio cambiario ficticio" ([340]), puesto que la redacción en forma alternativa, tal como lo hace el tipo, permite interpretar

[340] Esa posibilidad de cumplimiento del principio de legalidad adolecerá de la flojedad que le imprime la existencia del término "cambiario", conforme se ha expuesto un poco más arriba (apartado "Principio de legalidad y negocio cambiario").

sin forzamientos la equivalencia entre uno y otro concepto, porque así lo tiene entendido la jurisprudencia, como ya se dijo, y porque el diccionario oficial de la Real Academia Española de la Lengua también establece a la conjunción disyuntiva "o" la función de equivalencia [341].

Entiendo pues, que debía de haberse interpretado en bloque la expresión del proyecto de 1994 "letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio", para integrar este segundo concepto las exigencias constitucionales exigibles al primero. Y al sustituir el legislador el concepto "vacía" por el de "en blanco", rompió dicho equilibrio al no ser lo mismo la letra de cambio en blanco -que responde a un negocio comercial real- que el negocio cambiario ficticio.

A ello hay que añadir que el concepto de letra en blanco no lo establece una Lex scripta. Lo único que establece la ley, en concreto la ley cambiaria tantas veces citada, es una consecuencia para la letra de cambio que no se haya completado en el momento de su emisión [342]. Pero la sanción y denominación de esta categoría como letra en

---

[341] Tercera acepción de la conjunción disyuntiva "o" del Diccionario RAE, 19ª Edición.

[342] Art. 12 de la ley cambiaria, ya citado. Por su parte, el artículo 10 de la Ley Uniforme de Ginebra de 1930 (NDL R. 18756), aún vigente por no haber sido derogada por la Ley cambiaria, se expresa en términos similares al artículo 12 de ésta. Dice así: "Si una letra de cambio incompleta al emitirse ha sido completada contrariamente a los acuerdos celebrados, la inobservancia de estos acuerdos no pueden oponerse al portador, a menos que éste haya adquirido la letra de cambio de mala fe o que, al adquirirla haya cometido una falta grave".

blanco vuelve a ser, como en la letra vacía, de creación doctrinal o jurisprudencial, o incluso de creación consuetudinaria dentro del tráfico mercantil (recuérdese que tal es la base de esta enmienda), ineficaces cualquiera de ellas de ser fuente de Derecho penal.

La doctrina califica a la letra de cambio en blanco como negocio jurídico civilmente atípico, nacido fuera de la letra [343], válido en virtud del principio civil de libertad de pacto y porque no lo prohibe la ley (art. 1255 C. Civil), con la sola exigencia para dicha validez consistente en que la firma del librado aceptante ha de estamparse en condiciones aptas para que nazca la obligación cambiaria, por que el deudor, al aceptar esas condiciones, se declara de antemano conforme con el texto completo de aquélla, admitiendo anticipadamente las demás menciones que hayan de añadirse para integrarla [344]. La razón de su invalidez para el caso de que se complete sin o contra el consentimiento del firmante está en la necesidad del mismo sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato (1262 CC) que es la fuente de la obligación (1089 CC). La letra en blanco se diferencia a su vez de aquella que es incompleta o informal; aquélla no contiene las formalidades necesarias en el momento de su emisión, pero es integrada antes de su presentación al pago, en cuyo momento aparece el título formalmente

[343] SAP de Granada de 5-7-1994, R. 1327.

[344] V. Sentencia de la AP de Córdoba de 13-3-1996, R.

completo, mientras que la segunda es presentada al pago sin estar integrada formalmente [345]. Como teorías que sustentan dicha forma de emisión en blanco se encuentran en primer lugar la del mandato, de tal manera que el aceptante (o el librador) firman la letra con el mandato expreso a quien ha de completarla de que lo haga de una forma determinada; y también se acude a la teoría del negocio jurídico condicionado, en el sentido de que el firmante suscribe la letra a condición de que lo haga conforme a lo pactado, lo que a fin de cuentas no deja de ser una variante de la anterior.

Así pues, con la enmienda que estamos criticando, se deja a la tipificación de la letra de cambio, a diferencia de la redacción original, con una mención innecesaria, al estar contemplada ya en la agravante de abuso de firma como luego se verá, y por su infracción del principio de legalidad, pues la letra en blanco responde a un negocio comercial real, a diferencia de lo que ocurría con la letra vacía, siendo sólo ésta un negocio cambiario ficticio según la jurisprudencia, mas no aquélla.

582.

[345] V. SAP de Baleares de 5-12-1995, R. 2329. Por su parte, la SAP de Valencia de 3-6-1994 (R. 1021), establece dos requisitos mínimos que habrá de comprobar para su validez, a saber, la firma del aceptante, y que la cambial haya estado posteriormente completada respetando el pacto de complementación. Y la SAP de Córdoba de 4-10-1993 (R. 2153) añade al primero de los anteriores requisitos la posibilidad de la firma por el librador, sin duda por ser posible su reclamación por vía de regreso.

Ahora bien y establecida la inutilidad de la inclusión de la mención en ”en blanco”, debe hacerse notar que la inutilidad, o al menos una cierta atrofia en la penalización de la letra vacía, ya existía en el propio proyecto, pues no debe olvidarse que, por un lado, el artículo 178 del Código de comercio prohibe a los Bancos “descontar letras, pagarés u otros valores de comercio sin la garantía de dos firmas de responsabilidad”, con lo que conforme a tal precepto será imposible el descuento bancario con la sóla firma del librador y la estafa en base a tal modus operandi. Por otro lado, cuando el engaño perjudicial se lleva a cabo con letra vacía que contiene el acepto del firmante de favor y cuando ninguno de los firmantes haya querido desde el inicio responder del impago, tal supuesto ya se halla contemplado en el art. 251.3 CP, al ser un contrato realizado entre ambos firmantes en perjuicio del descontante.

Sobre este aspecto es criticable la posición jurisprudencial que considera estafa a pesar de existir en la letra vacía la sola firma del librador. Como muy bien dice Bajo Fernández, “cuando la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo aprecia estafa por el simple hecho de ocultar el carácter no comercial de una letra que se presenta con la sola firma del librador, está alentando una práctica bancaria no deseable, está protegiendo excesivamente los intereses bancarios y, por último, puede operar como factor criminológico ya que entonces la letra

implica para el banco una garantía criminal, pudiendo colocar dinero a buen precio con la garantía de una letra no comercial" [346].

Y no puede ser de recibo la consideración de Rodríguez Mourullo cuando defiende que "el párrafo segundo del artículo 178 del Código de Comercio, aunque continúa vigente, ha caído en desuso y tiene carácter meramente dispositivo" [347], porque, a pesar de que la inmensa mayoría

---

[346] En "Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de letras vacías o no comerciales", ADPCP, 1977. El mismo autor en "Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial", ob. cit., ps. 386 y ss., llega a admitir la misma conclusión para el caso que el descontante de la letra sea un particular. Véase también a Torío López o.u.c., p. 122, que considera que la tipificación de no sólo las letras vacías con un sólo firmante, sino toda letra vacía, "crea un privilegio penal para las instituciones profesionales de crédito". Y en el mismo sentido se expresa Muñoz Conde (o.u.c., p. 139) cuando advierte de ciertas prácticas bancarias, cuando "el banco descuenta la letra a sabiendas de que es una letra vacía o de favor, para luego proceder penalmente contra el librador si, por las razones que sean, la letra no es pagada a su vencimiento. De este modo, el banco afianza penalmente el pago del crédito concedido, convirtiendo en delito lo que en principio no es más que un incumplimiento obligacional que debe tener su tratamiento en el marco de la responsabilidad civil", y concluye que "incluso si el banco llega a descontarla con una sóla firma, la del librador, ello sólo representará para el banco un riesgo adicional, pero en absoluto un engaño" (ibídem, p. 148). E igualmente Móner Muñoz, cuando afirma en "Protección penal del crédito", PJ n° especial IX, 1989, p. 200, Que "la penalización, pues, del abuso del crédito, mediante el uso de letras no comerciales de un modo específico debe rechazarse, cuando la doctrina mercantil le confiere plena validez y los propios estamentos bancarios favorecen su utilización". O Vila Mayo, en "Consideraciones acerca del contrato criminalizado", RGD 1991, p. 5807, al considerar que debe criminalizarse tal modalidad sólo cuando no prime la asunción del riesgo (del banco) por razones de política comercial", o a Silva Sánchez al advertir de que los sujetos pertenecientes a la propia entidad pueden dar lugar a perjuicio para la misma en los llamados "negocios de riesgo" ("El Derecho Penal Bancario en España", AP n° 48, p. 908).

del descuento bancario se realiza en la actualidad con la sola firma del emisor (siendo además que este tipo de descuento supone para muchos bancos la mayor partida de ingresos de su balance), dicho precepto, se expresa en términos claramente imperativos y no dispositivos, y porque ello significaría dejar el cumplimiento de las normas a merced de los obligados a cumplirlas, lo que es absurdo y pugna con la razón de ser del ordenamiento jurídico, máxime cuando este argumento es susceptible de ser destinado por parte del que incumple la ley, como en el caso que nos ocupa, a poner en marcha a su favor (y antojo) la maquinaria penal.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

4.3.- La tercera enmienda como voluntad del legislador de ligar la protección penal a la ley mercantil.

La tercera enmienda que surtió efecto sobre el inicial texto del proyecto fue la número 1136 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), que consistió en añadirle la palabra "pagaré" después de la mención del cheque con la justificación de "Ajustar la redacción de este supuesto a lo previsto en la Ley Cambiaria y del Cheque." [348]. Hay que remarcar que esta enmienda de adecuación a la ley cambiaria

[347] En "La protección penal del cheque y de la letra de cambio", ob. cit., p. 949. Véase en este punto a Ribó Durán, en "La problemática jurídica del descuento", Barcelona, 1983, p. 32, que atribuye a Garrigues ("Informe Garrigues", ps. 47 y 48) la paternidad de tal consideración.

[348] Diario de sesiones del Congreso de 6 de marzo de

admitía la denominación de letra de cambio vacía, calificativo cuyo mantenimiento hubiera significado, bien la falta de lex scripta y su consiguiente inconstitucionalidad además del doblaje innecesario de la referencia al negocio cambiario ficticio, bien la interpretación de este concepto como explicación de lo que entiende el propio tipo por letra vacía, como ya hemos dicho.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

1995, serie A, núm. 77-6.

5.- Nuestra agravante en relación con otros preceptos.

Si sólo el título abstracto es protegido por el tipo agravado de la estafa, quedan obviamente fuera del mismo otros títulos que no tienen aquella característica, aunque compartan con los mismos otras similitudes, como el llevar aparejada ejecución conforme al artículo 1429 de la ley de enjuiciamiento civil. El delito utilizando fraudulentamente la ejecutividad de un título, el que sea de los relacionados en el citado artículo, ya está penalizado, en su caso, en la agravante anterior a ésta (art. 250.1.2ª CP), por empleo de fraude procesal.

5.1.- Con el contrato simulado del art. 251.3 CP.

Es preciso diferenciar nuestra agravante de aquel otro tipo penal del mismo ordinal pero del artículo siguiente, que castiga al que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado. Este tipo del artículo 251.3 se parece en su penalidad al tipo de la estafa propia, con la diferencia de que no establece multa y tiene el límite inferior un poco más alto (un año de prisión en lugar de los seis meses de la estafa). Pero ya dijimos anteriormente en el apartado dedicado a la sección primera "de las estafas" que, en base a la propia y diferenciada tipicidad, no puede exigirse al tipo del art. 251.3 los mismos

requisitos que a la estafa propia a pesar de estar catalogados ambos delitos bajo la misma denominación seccional de "estafas", y expresábamos allí el deseo de que las modificaciones operadas con el nuevo código signifiquen en la práctica el punto de inflexión de esa parte de la jurisprudencia que, recuérdese [349], se inclina por considerar el contrato simulado una estafa específica que contiene los elementos de la definida en el actual art. 248, estableciendo además que en ese contrato se da "verdadero engaño" (STS de 6-6-1976, R. 2140) o "engaño bastante" (STS de 19-6-1997, R.5159). Lo que ocurre es que por más que haya engaño, éste no provoca el error del disponente en orden a integrar el necesario e inseparable binomio engaño-error de la estafa propia, lo que confirma la inutilidad de considerar este precepto una especie de estafa propia en vez de considerarlo, como sería deseable, un delito autónomo respecto del definido en el actual art. 248. Naturalmente que la denominación seccional común de ambos delitos provoca confusión, pero quede claro, pues, que el precepto que nos ocupa es una estafa en el sentido amplio del lenguaje estándar, que no en el sentido estricto del repetido art. 248 [350].

---

[349] STS de 30-3-1996 (R. 2623).

[350] Véase a De Vicente Remesal en "Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público", La Ley 1990, p. 121, y a Lorca Martínez en "Las estafas del artículo 251 del CP de 1995", Pamplona, 1997, p. 38, donde advierten –y efectúan un repaso- de la división de la doctrina al respecto.

Entrando ya en materia sobre la diferenciación entre el tipo del número 3 del artículo 250 y el del mismo número del artículo 251, nos encontramos obviamente en primer lugar, que mientras el segundo protege la "estafa" –dicho sea este término, pues, en el sentido estándar recién indicado- realizada mediante cualquier tipo de contrato, el primero sólo lo hace respecto de los instrumentos concretos regulados en la ley cambiaria que, recuérdese, tienen además la doble peculiaridad de ser instrumentos de pago o cumplimiento contractual y de ser negocio jurídico abstracto diferente del subyacente. A ello debe añadirse otra diferencia, cual es que no existe la asimetría característica de causa y consentimiento de la estafa propia, sino que aquí, una y otro son simétricos, aunque (penalmente) ilícitos, lo que conlleva que para el contrato simulado se necesiten al menos dos coautores [351], a diferencia de la estafa propia.

Por otra parte, en la estafa mediante título mercantil abstracto normalmente se dará delito de falsedad [352] y sobre ello la doctrina es más pacífica que respecto al contrato simulado del art. 251.3. Respecto a éste la discusión gira en torno si el contrato simulado debe incluirse en la falsedad por faltar a la verdad en la narración de los hechos del apartado 4° del artículo 390 CP (despenalizada para los particulares), o por el contrario es incluible en

[351] Véase a Camargo Hernández en "Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado", ADPCP 1964, p. 237.

la simulación de documento del apartado 2° del mismo artículo, opción ésta por la que me inclino al menos cuando el contrato esté documentado, pues a mi juicio será luego evidente la identidad entre simulación de contrato y simulación de documento, máxime cuando tal modalidad falsaria contempla la simulación total [353]. Esta interpretación nos lleva luego a evidenciar la innecesariedad de tipificación expresa de la letra vacía o de colusión, al estar inclusa ya bajo este último precepto.

Otra diferencia en la configuración de la llamada estafa por contrato simulado la encontramos respecto del tipo básico del artículo 248 ([354]). Y es que mientras en ésta el engaño a otro se fragua en sus propias narices (de ahí que deba ser "bastante" para su comisión), en la estafa por contrato simulado no hay engaño a la contraparte en el contrato, sino que ambas partes están compinchadas para

---

[352] Ver el Capítulo siguiente.

[353] Véase no obstante en este sentido la STS de 30-1-1998 (R. 3757), que efectúa además un destacado repaso de los posicionamientos jurisprudenciales al respecto, y también a Casas Barquero ("La falsedad en documento privado", Barcelona 1984, p. 443).

[354] Obsérvese además, desde el punto de lógico-sistemático, que ninguno de los tipos del art. 251 contiene el límite mínimo de 50.000,-pts. en orden a su aplicación y a diferencia del resto de los tipos del Capítulo De las Defraudaciones, lo que convierte en delito –y no falta- cualquier hecho subsumible en los mismos. Pues bien, si se estimara que el art. 251 es una estafa en sentido estricto se produciría un nocivo encabalgamiento entre falta y delito. Así, la falta del artículo 623.4 CP penaliza la estafa en singular –y no en plural como reza la rúbrica seccional- , lo que nos lleva a la interpretación de que la propia ley considera la estafa en su sentido estricto o legal, conforme a la definición realizada en su articulado, lejos de la

engañar y causar perjuicio a un tercero que no está presente, o dicho de otro modo, en la estafa convencional, se pacta con el engañado, y en la del art. 251 no [355].

Por último, hay que distinguir también el negocio cambiario ficticio del contrato simulado, pues aunque a veces en la práctica jurídica se nombre a aquél como simulado [356] lo es no obstante como sinónimo de ficticio. De esta manera y ahora debido a su especialidad, además de las razones ya expuestas, el art. 250.1.3° deberá aplicarse a los supuestos de estafa mediante negocio cambiario ficticio (que ya vimos que se reduce a la letra de cambio, en estricta aplicación del principio de legalidad), con preferencia al art. 251.

5.2.- Con la agravante 4ª.

La tipificación de la letra de cambio en blanco no nos debe llevar por otra parte a confusión respecto de otras circunstancias agravantes. Me refiero ahora a las agravantes 4ª y 7ª del mismo artículo 250.1. En la letra en blanco la existencia de la estafa viene dada por la diferencia entre lo realmente pactado y lo irreal estampado en el documento.

---

nomenclatura –y sentido- de su distribución seccional.

[355] V. STS de 14-7-1989, R. 6247).

[356] V. la STS de 16-3-1988 (R. 2031), ya citada.

La agravante 4ª se ocupa, entre otras, de la circunstancia del abuso de firma de otro. Aunque originariamente esta agravante se encontraba bajo el ordinal 5° del artículo 529 del antiguo código, a partir de la Ley Orgánica de 25 de Junio de 1983 fue ubicada bajo el número 3ª del mismo artículo. En uno y otro caso, lo cierto es que del abuso de firma en blanco ya se ocupaba el anterior código en la misma forma que ahora se ocupa dicha agravante 4ª y existe ya una extensa y pacífica jurisprudencia que es totalmente aplicable a la misma. Así, la Sentencia del TS de 30-9-1986, R. 4864, establece que "1.-La figura jurídico penal de la estafa falsaria sancionada en el número 3.° del artículo 529 del Código Penal vigente y en el número 5.° del mismo artículo del Código anterior, **requiere para la sustantividad del tipo la condición de que el documento en blanco «Haya sido confiado al infractor**», tesis ésta basada en una interpretación histórico-dogmática del precepto citado sostenida por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 5 de Marzo de 1957 (RJ 1957\614) y 23 de Abril de 1983 (RJ 1983\2201), en la primera de las cuales se sienta la determinación fundamental de que se reserva la calificación de estafa falsaria para los casos de previa entrega voluntaria del documento y la de falsedad, en eventual concurso con estafa, en los de apoderamiento del documento, afirmando también la segunda de ellas que **los supuestos en que un sujeto puede usar de una firma en blanco con fines**

defraudatorios se circunscribe a aquellos en que ha sido autorizado por el firmante para extender el documento, aunque no en los términos en que lo hace..., bien confeccionando íntegramente el texto documental, bien intercalando líneas en texto ya existente.

2.-**A la luz de esta doctrina** y partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, consistentes en que **el procesado tomó o sustrajo en el domicilio de su cuñada tres cheques firmados en blanco por el esposo de ésta a la que se los había dejado para que durante su ausencia en Arabia Saudí, donde trabajaba, pudiera disponer de fondos, rellenándolos y estampando las fechas y cantidades, cobrando en el Banco correspondiente su importe, que hizo suyo**, los mismos integran un delito de falsedad en documento mercantil en concurso con un delito de estafa".

De esta sentencia hay que destacar en primer lugar la distinción que realiza entre estafa falsaria cuando se entrega voluntariamente el documento (léase aquí cualquiera de los relacionados en nuestra actual agravante 3ª) y falsedad en concurso con estafa cuando existe apoderamiento de dicho documento sin consentimiento de su titular. De las insoslayables relaciones entre estafa y falsedad en los títulos abstractos de la agravante objeto de estudio me ocupo más adelante en el siguiente Capítulo. Y en segundo lugar y en lo que ahora nos ocupa, establece que el abuso de firma en blanco requiere de un documento que haya sido

confiado al infractor para su complementación. Tal sería la infracción de alguien que consiguiera desplazamiento patrimonial utilizando una letra aceptada e incompleta que le ha sido confiada por el firmante, completándola posteriormente contraviniendo los acuerdos entre éste y aquél o simplemente contraviniendo el mandato de éste [357]. Se abusa entonces de la firma de otro, el aceptante -o el librador para el caso de la acción de regreso-, integrando la agravante 4ª del artículo 250 del código vigente.

BIBLIOTECA VIRTUAL

5.3.-Con la agravante 7ª [358].

5.3.1.-Por abuso de relaciones personales y por aprovechamiento de credibilidad empresarial o profesional.

Pero la letra en blanco también es incluíble, al menos a primera vista, en la agravante séptima del mismo artículo, ya que abusar de la firma de otro es también abusar de las relaciones con él [359]. No obstante, entre este

[357] Recuérdense –vide supra- las teorías básicas que en el ámbito mercantil intentan fundamentar la validez de las letras en blanco: mandato y negocio jurídico condicionado.

[358] Véase a Valle Muñiz, o.u.c., p. 1159 cuando defiende que "lo superfluo e injustificado de este subtipo agravado emerge cuando se constata que los supuestos más graves de abuso de confianza personal o profesional encuentran respuesta en otras circunstancias específicas de agravación, como la del art. 250.1.3 o la del art. 250.1.4 CP".

[359] Obsérvese que, a diferencia de su antecedente del segundo inciso de la agravante 5ª del anterior artículo 529 en la que era necesario abusar de superioridad, en la 7ª del actual artículo 250 no se requiere tal requisito de

precepto y el del número 4 existe una relación de general a especial, por tratarse de firma en blanco, de tal manera que deberán aplicarse aquí las reglas contenidas en el artículo 8 del código y no incluirse la estafa con letra en blanco en esta agravante n° 7, ya que estamos ante un solo delito y un solo hecho, sin que proceda por tanto aplicar el concurso de delitos y sí el de normas [360].

Pero puede darse también, al menos en principio, la incriminación por la agravante 7ª cuando se utilice uno de los títulos relacionados en la agravante 3ª para cometer estafa y se haga uso a su vez las relaciones personales con la víctima para provocar el engaño, configurando una estafa de las llamadas en triángulo, en que son diferentes personas el engañado y el perjudicado. Tal sería el caso, por ejemplo, de la mujer que abusa de la confianza del marido con el que se encuentra separado de hecho [361], que le firma unos cheques en blanco para usarlos sólo en caso de necesidad por hallarse éste ausente, siendo usados, en contra de lo convenido, para menesteres suntuosos.

---

jerarquía.

[360] Ver más adelante la modificación de las reglas del concurso en el nuevo CP en el capítulo sobre el concurso entre falsedad y estafa.

[361] Este supuesto no se encontraría afectado por la excusa absolutoria del artículo 268 del código. El ámbito de relaciones personales que pueden configurar ejemplos similares se sitúan entre los límites de esta excusa absolutoria y las relaciones personales de cualquier clase (amistad, vecindad, etc.) que puedan darse entre víctima y defraudador.

Y también es posible, prima facie, la incriminación por la agravante 7ª de la letra en blanco en la que se aprovecha el defraudador de la credibilidad empresarial o profesional del perjudicado. Se produce aquí de nuevo un encabalgamiento cuando la firma es usada adrede para servirse de la credibilidad del firmante en contra de lo convenido con él. No se trata de ningún caso que raramente suceda, sino al contrario, ocurre en la práctica que la solvencia del firmante es un puntal fundamental a la hora de viciar el consentimiento de la persona engañada (vide supra) [362].

Dicha concurrencia de tipos debe solucionarse otra vez acudiendo a las normas del artículo 8 del código penal, ya que como se dijo estamos ante el mismo delito y por ello no puede aplicarse el concurso regulado en el art. 77 CP, si bien será difícil la elección entre la agravante tercera y la séptima cuando el peso del elemento "título abstracto" sea de igual incidencia que el elemento " abuso de relación personal o de credibilidad". Se podrá pensar que se trata de una disquisición sin trascendencia por cuanto la penalidad va a ser la misma en uno y otro tipo, pero nada más lejos de tal trivialidad si tenemos en cuenta que el párrafo segundo del artículo 250 les da diferente trato. En

[362] Recuérdese la STS de 3-5-1985 (R. 2434) que trata del caso de una letra de cambio vacía en la que el defraudador hizo creer al Banco que el aceptante de la cambial que le entregaba para su descuento era una persona de gran solvencia económica, lo que influyó decisivamente para que él banco accediera a su descuento con la creencia, luego frustrada, de que sería abonada a su vencimiento.

efecto y a diferencia de lo que ocurre con la agravante 3ª, establece dicho párrafo que si concurriera la circunstancia 7ª con la 1ª, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Es decir, que la incriminación por la agravante 7ª podría llegar a acarrear hasta dos años más de privación de libertad y una doble pena de multa en relación a la incriminación por la agravante 3ª (véase el siguiente apartado).

Finalmente y en otro orden de cosas, para la interpretación del tipo de la agravante 7ª es necesario discernir quién debe ser considerado víctima en una estafa en triángulo. En principio, deberían considerarse como víctimas tanto al engañado como al perjudicado patrimonialmente, puesto que el primero también es perjudicado en ese bien jurídico, siquiera secundario, que es la confianza. Pero en la anterior agravante 6ª el legislador establece como víctima sólo al segundo al agravar según "el perjuicio y la situación económica en que se deje a la víctima", por lo que, no habiendo motivo para variar esta interpretación en la agravante séptima, procede entender igualmente a la víctima como perjudicado patrimonial.

5.3.2.- Sobre la posible mayor penalidad de la agravante 7ª.

Otra cuestión es la interpretación que deba darse a la agravante con la que debe conjugarse la 7ª -esto es, la 1ª- para que se llegue a la penalidad máxima del art. 250.2. La jurisprudencia es escasa y parca en su tratamiento sobre lo que deba entenderse por cosas de primera necesidad o de reconocida utilidad social. Nuestros tribunales no dudan en aplicar la agravante a la estafa que tiene por objeto la vivienda [363], por cuanto consta expresamente reflejada en el tipo, pero ahí se acaba la claridad y seguridad jurídicas

[363] V. la Sentencia anterior, que establece que "Es claro que cualquier clase de vivienda no es apta para merecer la especial consideración penal que le proporciona este art. 529.1.°, que persigue la protección de los consumidores en aquellos contratos que tienen por objeto las cosas de primera necesidad o de reconocida utilidad social, entre las cuales menciona expresamente las viviendas, sin duda porque el uso de éstas satisface una necesidad tan elemental como lo es el que todos podamos disponer de un espacio apto para que en él sea posible el desarrollo de nuestra propia intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).
El art. 47 de esta misma Ley Fundamental recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Y, aunque cualquier espacio cerrado utilizado para tal desarrollo de nuestra intimidad merece la especial protección que la Constitución y las Leyes reconocen al domicilio (art. 18.2 CE), sin embargo cualquier vivienda no se encuentra comprendida en el ámbito del aquí estudiado núm. 1.° del art. 529, sino sólo aquella que pueda considerarse como bien «de primera necesidad» o «de reconocida utilidad social», esto es, la primera vivienda que tenga una persona para la satisfacción de esa fundamental necesidad de disponer de un albergue que le permita atender sus propias exigencias personales y, en su caso, familiares, excluyendo, desde luego, las que no sirven para este derecho prioritario, como son, sin duda, las viviendas de segundo uso o de utilización exclusivamente recreativa, como dice la Sentencia de esta Sala de 14 febrero 1994 (RJ 1994\775)".

al adolecer el resto del tipo de esta agravante 1ª de la más absoluta abstracción, ya que no existe ninguna ley que nos diga qué es un bien de primera necesidad o de reconocida utilidad social, dando paso aquí a lo que se ha dado en llamar penalidad de los jueces, arbitrio judicial que pugna, junto a la abstracción ya dicha, contra el principio de legalidad penal. En una concreción sobre lo que deba entenderse por aquellos conceptos la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-11-1991, R. 8549, establece que "no puede entenderse que el coche, como pretende el Ministerio Fiscal, sea un bien de primera necesidad cuando muchos ciudadanos ni lo poseen ni lo usan. No cubre ninguna esencial y es perfectamente sustituible por otro medio de transporte; menos lo es de utilidad social, ya que el automóvil particular sólo sirve a intereses individuales, sea para el ocio o para el trabajo".

Siguiendo la relación y valoración realizadas por la anterior sentencia para determinar cuándo un bien puede ser considerado como de primera necesidad o de utilidad social o debe ser por el contrario excluido de estas categorías, podemos realizar lo propio con los títulos abstractos de la agravante tercera [364]. Así, si hemos de atender al número de ciudadanos que usan de dichos títulos abstractos, ciertamente que nos hallamos ante un uso muy extendido, pero que, al igual que sucede con el coche, existen

[364] Entendido aquí el título, obviamente, como objeto de la estafa en tanto que representa uno de los dos bienes objeto de intercambio.

ciudadanos que no los usan, sin que lleguen a cubrir ninguna necesidad esencial y son perfectamente sustituibles por otros medios de pago o de crédito como las tarjetas de crédito en sus varias posibilidades, entre las que se encuentran también las de pago y las de crédito. Y sobre la utilidad social del cheque, del pagaré y de la letra de cambio, es obvio como en nuestro ejemplo anterior, que sólo sirven intereses individuales, por lo que debemos concluir que, en aplicación de los criterios jurisprudenciales, los efectos relacionados en la agravante 3ª del artículo no son cosas de primera necesidad ni constituyen bienes de reconocida utilidad social, por lo que no pueden integrar la agravante primera del artículo 250 del código penal y no es susceptible en consecuencia de combinarse con la agravante séptima para resultar la penalidad extrema del párrafo segundo del artículo 250.

5.4.- Letra en blanco incluida definitivamente en el concepto de negocio cambiario de la agravante 3ª: Exclusión de la 4ª y la 7ª.

Descartada la posibilidad de incriminar por el concepto de letra de cambio en blanco de la agravante 3ª del artículo 250 al no colmarse el principio de legalidad [365], y descartada también la posibilidad de incluir idéntica

[365] Vide supra, apartado 4.2.2 ("Vicio del tipo: mención innecesaria y vulneración del principio de legalidad"). No olvidemos que tampoco se colmaba ya antes debido a la falta

comisión de la estafa en la agravante séptima del mismo artículo en virtud ahora del principio de especialidad del artículo 8 del código, sólo nos quedaría acudir a la agravante del número 4 para incriminar por estafa abusando de firma de otro, que no otra cosa es la realizada con letra de cambio en blanco. La conclusión que se afianza una vez más, es la inutilidad de la tipificación de la letra de cambio en blanco, no ya por falta de legalidad, sino ahora por estar contemplada ya en otra agravante del mismo artículo.

Pero es que si continuamos en la profundización de nuestro estudio vemos que ni por dicha agravante 4ª sería posible la incriminación por estafa realizada con letra de cambio en blanco puesto que nos lo priva a mi juicio la tipificación especial del "negocio cambiario ficticio", siendo de aplicación la agravante 3ª en vez de la 4ª también en virtud del principio de especialidad ya reseñado. Naturalmente que esto no lo establece claramente el tipo, pero hay que interpretarlo así si se quieren integrar de la manera más lógica posible los distintos supuestos contemplados en las distintas agravantes del artículo 250, que es lo que estamos intentando.

En efecto, la estafa entraña necesariamente ficción [366], siendo "ficticio" un atributo aplicable a todo delito

---

de remisión expresa.

[366] Donde no hay ficción no hay delito defraudatorio. Ver la intervención en este sentido del Sr. Olabarría Muñoz en el debate parlamentario en comisiones, Diario de Sesiones 511 de

de estafa y por tanto nuevamente innecesario en la aplicación del último inciso de la agravante 3ª puesto que ya tuvo que apreciarse necesariamente la ficción para incriminar por estafa, paso previo a la apreciación de la agravante [367].

5.5.- Sobre la no penalización especial en la concurrencia de los distintos supuestos agravados no contemplados en el art. 250.2 CP.

Para finalizar, deberemos remarcar que la concurrencia de aquellas circunstancias agravantes que queden fuera de la conjunción entre la primera del art. 250.1, por un lado, y la sexta o séptima del mismo apartado, por otro lado, no podrán ser objeto de penalidad específica, en primer lugar por estar en presencia del mismo delito de estafa, como ya

---

5-6-1995, pág. 15547. La Sentencia del TS de 24-5-1985, R. 2533 considera como elemento constitutivo del delito de estafa, resumiendo la doctrina de la Sala 2ª de este Tribunal y equiparándola al engaño, a la ficción, de la siguiente manera: "engaño precedente o concurrente, a la defraudación, maliciosamente provocado por el sujeto activo del delito, proyectando sobre el sujeto pasivo que puede consistir en cualquier clase de ficción, que el Código de 1944, enumeraba, sin carácter exhaustivo, en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, crédito, comisión, saldo en cuenta corriente, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante, hoy sintetizado con acierto en la frase «engaño bastante".

[367] Que la apreciación de la primera precede a la apreciación de la segunda es evidente y se deduce de la lógica del sistema penal (como agravante es accesoria del delito básico) y también de la propia redacción del artículo 250 ("El delito de estafa será castigado con las penas...cuando...").

se adelantó, y en segundo lugar, al no ser aplicables las reglas generales del art. 66, puesto que las mismas "no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley ha tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción" (art. 67), debiendo aplicarse los límites establecidos entre uno y seis años, además de la multa de hasta doce meses, a todos aquellos supuestos coincidentes en el resto de agravantes excluidas de la conjunción establecida en el citado art. 250.2 CP. Ello puede acarrear consecuencias injustas. Así, con la actual regulación, el castigo de la estafa mediante un cheque de mil millones de pesetas, por poner un ejemplo exagerado, no podrá exceder del límite máximo de la recién citada pena, por más que se haya dejado a la víctima o su familia en situación extremadamente precaria (agravante 6ª), a diferencia de lo que ocurriría cuando tal extrema precariedad sea resultado de la estafa sobre una vivienda, siendo paradójicamente castigado el mismo nefasto resultado con diferente intensidad, con la única diferencia de la cualidad de lo defraudado, la vivienda, aunque el perjudicado disponga de segunda residencia.

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

CAPITULO III:

EL CONCURSO ENTRE ESTAFA Y FALSEDAD

La relación entre el delito de falsedad y el de estafa no está exenta de dificultades y de posiciones encontradas, cuya resolución definitiva quizá tarde tiempo en llegar. El presente artículo, dedica su atención a tal relación en el ámbito de los títulos mercantiles abstractos tipificados en la agravante 3ª del art. 250.1 de nuestro Código Penal.

Las líneas que siguen intentan "bucear" en lo que puede resultar un laberinto hasta llegar a la comprensión y posterior deducción de la pena a aplicar cuando ambos delitos se tocan.

Esta dificultad no hace más que mostrar las "orejas del lobo" que supone la dificultad del ciudadano medio, al que teóricamente va dirigido el Código Penal llamado de la Democracia y de la Constitución, para saber de antemano qué respuesta penal concreta va a provocar una determinada actitud. Asignatura pendiente que los técnicos deberán resolver, pero que mientras tanto está impidiendo la completa emancipación penal de ese ciudadano medio, que continuará viendo cómo, en algunos casos, otros decidirán por él las consecuencias de su acción.

1.- La supuestamente necesaria concurrencia de la falsedad cuando hay estafa con título mercantil abstracto.

La doctrina de nuestro Tribunal Supremo considera que la estafa mediante cheques, pagarés o letras de cambio comportan una necesaria falsedad de esta clase de títulos por cuanto es gracias a la misma que se consigue el engaño propio de la estafa. Ejemplos de esto son las Sentencias de 24-4-1987 (R. 2612) y de 20-9-1989 (R.6759) y las que en ellas se citan. La primera referente a un talón bancario y la segunda a una letra de cambio, estas resoluciones del Supremo cierran filas en torno a la forzosa falsedad de esta clase de títulos para que puedan provocar el engaño bastante. En idéntico sentido se pronuncian Vives Antón y González Cussac cuando afirman que en la agravación que nos ocupa "el engaño posee una naturaleza falsaria evidente, radicando ahí su fundamento" [368], o, en un sentido similar, Fernández Pantoja cuando considera a las falsedades como "delitos instrumentales" [369].

Ciertamente que el grueso de los supuestos en que interviene cualquiera de los títulos contemplados en la agravante que estudiamos lo compone la falsificación de los mismos. Pero esto que no tiene por qué ser siempre así, sino que es posible el supuesto en que cualquiera de estos

[368] En "Comentarios al Código Penal de 1995", Valencia 1996, p. 1243.

[369] En "El delito de falsedad en documento público", Madrid, 1996, p. 68.

títulos no esté falsificado y sirva al agente de medio para provocar el error bastante en el sujeto pasivo para conseguir el desplazamiento patrimonial. Veamos dos ejemplos: Imaginemos en primer lugar el caso en que A no quiere vender un bien a B por ser éste de conocida insolvencia y faltado de crédito, y que éste muestra una letra de cambio millonaria, en forma y auténtica, librada a su nombre o a su orden por persona de conocida solvencia, a A con el fin de acreditarle su poder adquisitivo, a lo que éste ante la evidencia y autenticidad del título accede a la venta. Pero lo que no sabe A es que B posee la letra con la obligación, no manifestada en el título cambiario (perteneciente al negocio causal), de cederla en virtud de mandato [370] u otro negocio civil y, efectuado el engaño, B cumple su obligación y lo cede u endosa a su mandante o tercero.

Así, el mandatario que obra en nombre propio y que aprovecha el ínterin de estar la letra a su nombre para aparentar solvencia con el mismo y lograr así el engaño típico, incurrirá en estafa mediante negocio cambiario ficticio (en este caso) sin que estemos ante documento mercantil falso y sin que quepa apreciar en consecuencia concurso de delitos o ningún tipo de absorción entre falsedad y estafa. Y el mismo modus operandi es igualmente posible con un cheque o un pagaré.

---

[370] En este caso obrando en propio nombre, conforme al artículo 1717 del Código Civil.

En idéntico sentido de falta de mendacidad debe entenderse el segundo de nuestros ejemplos, en este caso el libramiento de un cheque, pagaré o letra de cambio sin haberse procedido a la correspondiente provisión de fondos al librado. Ciertamente que salta la duda sobre si estamos en este caso ante una falsedad ideológica, al tratarse de un documento que se sabe de antemano que no va a ser pagado –de manera que induzca a error sobre su validez como medio de pago, aunque sea aplazado (letra y pagaré), y en consecuencia posiblemente encuadrable en el n° 2 del art. 390 [371]-, pero a diferencia de lo que ocurriría con la expedición del título en el que fueran inexistentes el librado o la relación mercantil entre éste y el librador, la falta concreta de provisión para el pago del título concreto, siendo ciertos los otros elementos del título ha de hacernos inclinar por la no consideración de la falsedad del título cuando sólo falta la provisión de fondos.

Este no es el parecer por ejemplo de la Sentencia del TS de 1-7-1992 (R. 5865), la cual estima que se da el delito de falsedad por simulación de documento (antiguo art. 302, 9° y actual 390,2°) en el libramiento de talones contra una cuenta corriente de cuyos fondos no se estaba

[371] Y ello con independencia de las diferentes clasificaciones de las falsedades realizadas por la doctrina. Así, véase por ejemplo a Rodríguez Ramos en "Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados", AJA, n° 366 de 19-11-1998, que considera a la falsedad del art. 390.1.2° CP como falsedad material, contrariamente a Villacampa Estiarte en "Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código Penal de 1995", AP 1996, p. 63 y al criterio adoptado en el

autorizado a disponer, basándose en la teoría del "dominio funcional del acto" para establecer que "conocer la disponibilidad de un depósito bancario es algo elemental". Pero discrepo de la anterior posición y entiendo que no existe falsedad documental, ideológica en este caso, por cuanto no existe simulación (menos aún alteración) del documento cambiario en sí y porque el negocio abstracto es diferente e independiente del negocio que le dió causa. Esto último es evidente por cuanto los tres títulos de la agravante 3ª del art. 250.1 CP pueden transmitirse por endoso (de ahí su abstracción) y <u>sería absurdo exigir que el endosante deba tener el control del depósito bancario del librador</u> (y así los sucesivos endosantes respecto de las cuentas de aquellos que les han precedido en la cadena de endosos), con lo que el "dominio funcional del acto" pierde aquí su sentido, y ello sin perjuicio de que deba responder civilmente ante el endosatario en vía de regreso. Además, el propio artículo 108 de la Ley Cambiaria da validez al documento (cheque en este caso) aunque se dé el evento que nos ocupa al establecer que el título valdrá como cheque aunque el Banco o entidad de crédito no tenga fondos a disposición del librador o no tenga derecho a disponer de los mismos, desvinculando así la formalidad del título respecto de su provisión.

Coincidimos, pues, con Quintano Ripollés, cuando deja un pequeño resquicio en la comisión de estafa mediante

---

presente estudio.

instrumento cambiario. Así, considera este autor que "la estafa cambiaria está vinculada casi fatalmente a la falsedad documental, prodigándose en ella los supuestos concursales, que son los que suelen complicar la valoración en el orden penal, por ser apenas imaginables actividades falsarias en efectos cambiales que no persigan asimismo finalidades defraudatorias" [372], pero admite al mismo tiempo que "la letra de cambio revestida de todas las formalidades extrínsecas de legalidad, y sin falseamiento alguno objetivo, puede ser sin embargo instrumento de la estafa, claro es, al margen de la relación cambial propiamente dicha, si combinados el librador y el aceptante se persiguió la provocación de un procedimiento ejecutivo y de embargo subsiguiente de los bienes comunitarios, adjudicándose a bajo precio uno de los correos (STS de 3-6-1948)" [373]. Este supuesto extraído de la anterior sentencia deberá sumarse, pues, a los dos anteriormente citados, como ejemplos de instrumento cambiario de la estafa sin existencia de falsedad documental.

[372] En "Tratado de la parte especial de Derecho penal", Madrid, 1964, p. 769.

2.- Los diferentes supuestos en la relación entre falsedad y estafa.

La relación penológica que ha de tener el título como medio de comisión de la estafa y como falsedad en sí ha sido objeto de polémica. La propia doctrina del Tribunal Supremo sobre el concurso entre la estafa y la falsedad es rica e interesante aunque también contradictoria. Dicha doctrina es aplicable al articulado del nuevo código penal por no haber variado apenas su redacción al respecto, aparte de la regulación concreta de la imprudencia para el caso de los funcionarios (art. 391), por la desaparición de la misma para los particulares [374], y una cierta simplificación de los tipos (esto incluye la supresión del ánimo de lucro en el uso), aunque sí que ha cambiado en el nuevo código el sistema establecido para la resolución del problema concursal, como más adelante se verá.

Siguiendo lo establecido por el alto Tribunal podemos analizar las diferentes posiciones al respecto de la siguiente manera:

---

[373] Ibídem, p. 770.

[374] Se obvia aquí la posibilidad de comisión por los particulares de las llamadas falsedades ideológicas porque, como ya dijimos en nota anterior, existe discusión sobre qué deba incluirse bajo este concepto.

2.1.- Tesis dominante: Delitos independientes.

Esta postura considera que la concurrencia entre estafa y falsedad obliga a penar por los dos delitos al ser éstos compatibles entre sí, al proteger ambas a bienes jurídicos diferentes (fe pública ésta y patrimonio aquella) [375], no ser necesario el daño o perjuicio para la perfección de la falsedad, bastando que se falte a la verdad en alguna de las formas tipificadas en el código (antes art. 302, ahora 490) y no realizarse en unidad de acto. Pero estas categorías son movedizas, de tal manera que no siempre el bien jurídico protegido en la falsedad de un documento mercantil es la fe pública (búsquese la fe pública en un cheque o pagaré en los que, a diferencia de la letra de cambio, no se emiten ni siquiera con timbre oficial [376], y donde los intervinientes sean, como ocurre casi siempre, particulares), ni tampoco es necesario que estafa y falsedad se lleven a cabo en actos diferentes o al menos en actos a los que sea fácil diferenciar entre sí (piénsese en el defraudador que falsifica el documento en la misma puesta en escena utilizada para el engaño).

El fundamento legal de tal independencia reside en que, el antes artículo 69 y ahora el 73, obliga en lo

[375] En este sentido se pronuncia Quintero Olivares en "Sobre la falsedad en documento privado", RJC, 1976, p. 57.

[376] Lo cual no quiere decir que no estén sujetos al impuesto de Actos Jurídicos documentados. Véase el art. 33.2 de la ley reguladora de dicho impuesto (RDL 1/1993 de 24 de septiembre) y la S. del TEAC de 24-3-1994 (R. 590).

posible a imponer al responsable de dos o más delitos todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si bien cuando el documento mendaz era medio necesario de comisión de la estafa debía hacerse uso de lo dispuesto en la alternidad del artículo 68 en unión con el artículo 71, ahora el 77, penando por todo conforme a la mitad superior de la pena más grave, salvo que sea más beneficiosa para el reo la sanción separada. Son muestra de lo anterior el Auto de 24-1-1992 y la sentencia de 29-12-1980, R. 447 y 5067 respectivamente, penalidad separada, agrega esta última, desde que en 1944 desapareció la figura de falsedad con lucro[377].

Bajo Fernández y Pérez Manzano comparten esta misma solución pero en base a otro enfoque diferente de los anteriores, en función del objeto específico de la defraudación, de tal manera que "habrá concurso medial cuando se trate de estafa cometida por medio de falsificación de documentos públicos, oficiales o de comercio", y consideran que en este caso el objeto específico de defraudación no contiene la falsedad [378].

---

[377] En idéntico sentido las SS del TS de 28-1-1992, 22-4-1989, 20-9-1989 y 25-9-1989, R. 479, 3500, 6759 y 6788, respectivamente.

[378] En "Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Madrid, 1993, ps. 290 y 291 a sensu contrario, ya que consideran (ibídem) que "cuando la falsedad documental está descrita en el delito de estafa como objeto específico de la defraudación, no puede haber concurso de delitos y debe apreciarse sólo el de estafa".

2.1.1.- Contradicción.

Esta tesis alberga a mi juicio una gran incongruencia que se pone de manifiesto al tratar la cuestión de la estafa inmobiliaria. Mantiene el mismo sector jurisprudencial que, a diferencia de lo que ocurre con la falsificación de documentos mercantiles utilizados en la posterior estafa, en la estafa del entonces artículo 531 y ahora 251, se produce una excepción, a mi juicio injustificada. Dice el recién citado Auto del Tribunal Supremo que "tratándose de las denominadas estafas documentales de los artículos 531 y 532.2 del CP, como la presencia del documento falsario, de ordinario (!),precede o acompaña a la defraudación, embebiendo ésta a la falsedad, es de aplicación para resolver el concurso, el principio de especialidad, y en consecuencia sólo se sancionará la estafa que absorbe o engloba la superchería documental cometida". Llama aquí la atención en primer lugar que en una misma resolución se entienda que la estafa absorbe la falsedad en documento público y no lo haga en relación a un documento mercantil (en este caso era un cheque) cuando el código sancionador da el mismo trato a uno y otro. Pero también y además, llama la atención que se diga que "de ordinario" ocurre lo que dicha resolución considera suficiente para que la estafa embeba a la falsedad (falsedad anterior o concurrente a la

defraudación), en primer lugar, porque no siempre se acude al Notario para realizar un negocio jurídico que tenga por objeto un inmueble, ya que también es muy normal que tal negocio se lleve a cabo a través de un documento privado (por ejemplo una compraventa) sin perjuicio de que las partes puedan exigir su elevación a público, atendido además que nuestro ordenamiento no exige la inscripción registral (beneficio que ostenta la escritura pública frente al documento privado) para entender válida la transmisión (si además se entrega la posesión), y porque en cualquier caso esta expresión denota falta de profundización y carece del sentido categórico que han de tener las resoluciones judiciales [379], máxime en el ámbito penal cuando se trata de la libertad de las personas. Y en segundo lugar, porque también en la estafa con documento mercantil la mendacidad precede o acompaña la defraudación, siendo que la mendacidad posterior en ningún caso puede integrar engaño y por ende defraudación alguna.

En igual sentido que el anterior Auto, la Sentencia del TS de 12-6-1992, R. 5206, que se transcribe parcialmente a continuación por la jurisprudencia acorde con la postura que estamos tratando y por la fundamentación que realiza, afirma que "como quiera que aquella infracción, tratándose de inmuebles, suele (!) adquirir cuerpo a través de instrumentos públicos. se planteó su posible compatibilidad con el delito de falsedad, problema

[379] V. STS de 18-5-1993, Sala 1ª, R. 3561.

concursal entre la estafa, en las modalidad específica que nos ocupa, y la falsedad documental, que ha tiempo fue resuelto por la jurisprudencia en el sentido de que ha sido voluntad legal la de conjuntar en un sólo delito el acto falsario y el defraudatorio, absorbiendo la estafa a la falsificación, siguiendo la regla penal de prevalencia de la norma específica sobre la genérica (...) ya que si, ciertamente, la calificación de falsedad en documento público, en su modalidad de falsedad ideológica, puede coexistir con la estafa común, no es menos cierto que tal concurso no puede darse cuando se trata de la estafa específica del art. 531, en la que tal falsedad ideológica, perpetrada precisamente a través de documento, es elemento integrante de la misma, por lo que en acatamiento del secular principio non bis in idem, no puede darse paso a tal concurso delictual; criterio que alienta en sentencias de esta Sala de 13-6-1953 (RJ 1953\1511), 2-11-1970 (RJ 1970\5454), 25-10-1972 (RJ 1972\4180), 12-11-1975 (RJ 1975\4129), 4-4-1979 (RJ 1979\1606), 22-5-1987 (RJ 1987\3112), 5-2-1990 (RJ 1990\1056) y 18-2-1991 (RJ 1991\1130). Sin que ello afecte a la doctrina general sobre compatibilidad entre la falsedad en documento público, oficial o mercantil y la estafa común, apreciables, en su caso, como delitos ligados en régimen de concurso ideal y sujetos en su punición a las reglas del art. 71 del Código Penal [380] ". Como se ve, esta resolución adolece de la

[380] Haciendo la misma salvedad, v. la STS de 22-5-1987,

ligereza ya denunciada cuando utiliza la expresión "suele". Pero esto aparte, la doctrina que se estudia considera que esta falsedad ideológica que se realiza en este supuesto de estafa inmobiliaria es un elemento integrante de la estafa [381] y por ello no puede darse el concurso por prohibirlo el principio non bis in idem. Esta argumentación es totalmente respetable y congruente en su sentido estricto, si bien es incongruente en su enfoque global al dar diferente trato a las otras modalidades de falsedad documental, sin que sea de recibo la salvedad última de no absorción en estas otras modalidades porque la propia doctrina no da ninguna fundamentación para ello, cosa que resultaría por otra parte realmente difícil porque no la tiene. En efecto, se dice que el Fedatario público da fe de los intervinientes y del acto mismo, pero no de las manifestaciones de éstos, pero esto, que es cierto, afectaría en todo caso a la falsedad del propio Notario, mas la alteración de la verdad la realizan los intervinientes y utilizan al Notario en autoría mediata para consignar documentalmente la mendacidad (por ejemplo que se es el dueño, no siéndolo) del mismo modo que lo harían directamente ellos mismos en un documento privado, modalidad también tipificada y penada del delito de falsedad [382].

R. 3112.

[381] En igual sentido, las SSTS de 12-5-1994 y 5-1-1990, R. 3692 y 1056, respectivamente.

[382] Aunque no todas las manifestaciones inveraces de los particulares ante Notario merecen la calificación de falsedad

2.1.2.- Nueva profundización en el tratamiento de la falsedad.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial dominante, el Tribunal Supremo ha ido configurando un estadio más detallado de la falsedad documental. La jurisprudencia tradicional del Alto Tribunal ha venido manteniendo que la falsedad debe afectar a un elemento esencial del documento [383] y más recientemente ha ido afirmando que no hay falsedad si no se afecta a las funciones esenciales del documento, fijando estas funciones en tres: perpetuación (fija la manifestación de voluntad), garantista (permite identificar al autor de la declaración de voluntad) y probatoria (permite probarla) [384]. La aún más reciente Sentencia de 21-11-1995 (R. 8317) establece que no es suficiente la simple falsedad formal sino que es necesario el "plus" de

---

en documento público, sino sólo las que inciden en la fe probatoria del documento o en extremos esenciales que el fedatario garantiza (v. Córdoba Roda en "Fraude fiscal y falsedad documental, en "Falsedad y defraudaciones", ob. cit., p. 204). Ello sin perjuicio de la posible negligencia del Notario en orden a efectuar las comprobaciones oportunas. Véase en este sentido la STS –Sala 1ª- de 2-12-1998 (R. 9156), que condena civilmente a un Notario que "dio fe del conocimiento personal de la compareciente, lo que, con palmaria evidencia, facilitó objetivamente las intenciones delictivas de aquélla. En definitiva, el notario no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad, para garantizar la identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones".

[383] Sentencias de 30-10-1894, de 24-5-1926, de 2-7-1966 (R. 3577), de 22-1-1975 (R. 178) y de 5-7-1982 (R. 4474).

[384] Sentencias de 18-3-1991 (R. 2311), de 6-5-1993 (R.

antijuridicidad material capaz de provocar por sí la lesión bien jurídico protegido por el tipo [385]. Pero la culminación al menos por ahora en esta progresión viene dada por la Sentencia de 3-4-1996 (R. 2871), que establece que el delito de falsedad documental es un delito contra la seguridad del tráfico basado en pruebas documentales, no afectando las declaraciones mendaces contenidas en el documento mercantil necesariamente a la función de perpetuación si no se ha destruido el documento [386], ni a la función garantista si los sujetos activos de las manifestaciones no han suplantado ninguna personalidad, y que tampoco afecta a la función probatoria ya que considera al documento mercantil como un documento privado [387], al menos desde el punto de vista de su fuerza probatoria [388].

3852) y de 12-5-1994 (R. 3692).

[385] En cuyo texto se hace acertada mención del brocardo "non punitur quae non solum non nocet, sed nec erat apta nocere".

[386] Función de perpetuación que estaba protegida penalmente por el antiguo art. 560.

[387] Dice textualmente la sentencia (FD 11°) que "Teniendo en cuenta que los documentos mercantiles son privados y lo establecido en el art. 1225 CC, no es posible afirmar que en el presente caso se haya vulnerado la función probatoria de los documentos, toda vez que una declaración unilateral, sólo prueba contra quien lo ha suscrito que éste ha hecho la declaración que allí consta, pero no su realidad; de otra manera: el documento privado prueba la declaración, no la veracidad de lo declarado. La mendacidad de lo declarado, como es lógico, constituye, de todos modos, un engaño, en este caso propio de la estafa, pero en modo alguno afecta a la función probatoria del documento, pues éste sólo tiene valor entre quienes lo suscriben; frente a terceros que no lo han suscrito la veracidad de lo declarado en él no se puede probar por medio del documento. Por lo tanto, el supuesto de falsedad

Esta sentencia destierra definitivamente el dudoso concepto de carácter público que en virtud de la citada tutela penal teñía a esta clase de documentos, tal como ya apuntábamos al cuestionar la fe pública como bien jurídico protegido de los mismos. También se ocupa de las tres funciones tradicionalmente consideradas esenciales en un documento. Siguiendo con la misma orientación entiendo que dichas funciones esenciales, aunque igualmente diferenciables, adquieren tintes diferentes en un documento mercantil en relación con los públicos. Así, la función de perpetuación se encuentra en aquél más limitada por cuanto tiene una duración determinada y perentoria, acorde con la naturaleza de tales operaciones [389]. Igualmente la función

---

ideológica en documento mercantil (arts. 303, 302.4.° CP) no se da por la declaración mendaz del firmante, pues la alteración del documento aquí analizada no recae sobre un elemento esencial del mismo.

En resumen: la declaración unilateral mendaz contenida en las facturas, en los pagarés y en los contratos de «comisión mercantil» no afecta la función probatoria de los mismos dado que éstos, por lo establecido en el art. 1225 CC, no podían probar la existencia de los créditos. Por el contrario, constituyen engaños escritos que reúnen todos los elementos del delito de estafa".

[388] Tal afirmación la realiza la propia sentencia en el mismo fundamento jurídico anterior, como si se apartara de su postura inicial y la reconduciera sólo a una de las funciones del documento. A pesar de ello, sigue vigente la categoría privada del documento mercantil para todo el documento conforme a las definiciones del art. 1216 CC y 596 LEC (son privados los que no son públicos conforme a estos artículos).

[389] Aún en el caso en que el título esté destinado a la circulación desligada del negocio que le dió vida, como lo son los títulos de la agravante que estamos estudiando, la duración del giro cambiario quedará condicionada por el vencimiento de los mismos.

garantista no adquiere la misma fuerza cuando en el documento mercantil ninguno de los firmantes tiene el carácter de autoridad o funcionario público, cuya intervención entiendo que le dará automáticamente tal carácter al documento resultante en virtud del art. 596. 3 LEC [390].

Es por ello que tiene razón Rodríguez Ramos cuando dice que "sin duda alguna los documentos mercantiles son siempre documentos privados" [391], aunque luego justifique la elevación de la protección penal de los títulos valores al rango de los documentos públicos con un argumento con el que no estamos de acuerdo conforme a lo expuesto más arriba. En efecto, justifica este autor tal protección como públicos pues no sólo sirven para estafar sino que poseen una potencialidad erga omnes y se afecta potencialmente, en términos de peligro, intereses de personas ajenas a las que intervienen en el negocio jurídico concreto [392], lo que entiendo que no es justificación suficiente, pues en cualquier caso el número de terceros ajenos perjudicados

---

[390] Y entonces sí que le serán reclamables con toda su fuerza las tres funciones mencionadas, pero por su carácter público, que no mercantil.

[391] En "Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil", PJ n° 11, 1988, p. 112. Véase igualmente a Casas Barquero, en "La falsedad en documento privado", ob. cit., p. 446, cuando asevera que "la protección debida al comercio aumenta la gravedad de la falsificación de un documento mercantil, asimilado en cuanto a su penalidad al documento público, pero ello no altera ciertamente la naturaleza intrínseca de documento privado".

[392] Ibídem, p. 113.

continúa siendo reducido, incluso menor, muchas veces, que el de afectados por un documento privado (así, en la falsificación de un contrato privado pueden intervenir y resultar perjudicadas más personas que en la de un cheque).

2.2.- Tesis de la absorción.

2.2.1.- Estafa absorbe falsedad.

Esta sería la postura que la tesis dominante establece exclusivamente para la estafa inmobiliaria, pero que ahora se hace extensible a todos los supuestos en que ambas figuras tengan una relación de medio a fin, como ocurre en la mayoría de los casos del supuesto regulado en la agravante del artículo 250.1.3° CP. Esta postura considera en fin que aquí, por tratarse de estafa perpetrada precisamente a través del documento, la falsificación es un elemento integrante de la estafa y que debe ser absorbida por ésta, remitiéndonos para lo demás a lo dicho anteriormente.

Por su parte, Bacigalupo Zapater, aunque en el ámbito restringido de la falsedad de uso, considera que "entre falsedad de documento público y estafa se da un concurso aparente de leyes en que la estafa absorbe el uso del documento" [393].

Y en relación ya con el ámbito patrimonial Quintero Olivares defiende la idea de que "las falsedades documentales –especialmente las que versan sobre documentos de comercio o documentos privados- deben perder su autonomía de valoración penal cuando no tengan sentido separadas del hecho principal al que sirven, toda vez que no hay un bien jurídico 'verdad de tráfico' separable como objeto específico de ataque, sino que ese ataque ha sido materialmente tan sólo de carácter patrimonial" [394]. Y siguiendo este hilo argumental, García Cantizano razona de un modo ciertamente similar al que ya apuntamos más arriba en la relación entre título y otros elementos no agravados en la formación del engaño bastante [395] y considera que, en la falsificación de documento para cometer estafa, la falsedad "opera de dos maneras diferentes: bien como punto central donde se fundamente el engaño constitutivo de la estafa (...), o bien, como un punto de apoyo del engaño, donde el documento falso no serviría mas que para corroborar o sustentar la puesta en escena montada por el estafador", añadiendo que "En el primer caso, falsificación documental y estafa quedan confundidas en un mismo hecho (...). En cambio, esa unidad de hecho no concurre con tanta

---

[393] En "Estudios sobre la parte especial del derecho penal", ob. cit., p. 441.

[394] En "Las falsedades documentales y la evolución en el derecho positivo español", en "Falsedad y defraudaciones", CDJ n° XI, CGPJ, Madrid 1995, p. 91.

[395] Ver el apartado "Título y engaño" en al Capítulo anterior.

claridad en el segundo grupo de casos en los que el engaño perseguido por el sujeto se ha conseguido, entre otras causas, mediante el empleo de un documento falso, hecho de por sí constitutivo de delito" [396].

Pero en la misma lógica, la absorción que nos ocupa debería aplicarse igualmente a todos aquellos supuestos en que en la mente del falsificador se encuentre la finalidad de engañar (léase estafar), aunque no sea en unidad de acto o de hecho [397] -diferente, recuérdese, del plan delictivo-, y debería aplicarse esta absorción puesto que, al igual que ocurre en la estafa inmobiliaria, el sujeto activo no está haciendo otra cosa que preparar uno de los elementos necesarios para la puesta en escena ideada para el éxito del engaño, por más que esta puesta en escena se componga

---

[396] "De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema", en "Falsedad y defraudaciones", CDJ n° XI, CGPJ, Madrid 1995, p. 264). A pesar de la transcripción realizada es necesario advertir que la citada autora no se decanta finalmente de forma clara por una opción concreta, entendiendo que "no puede ofrecerse una respuesta a priori y de carácter general, ya que, ante todo, deberá tenerse presente la forma concreta en la que se presentan los hechos objeto de enjuiciamiento, siendo el plan del autor y la descripción típica de estos delitos los criterios que, junto con la lesión del bien jurídico, deben determinar la admisión de un concurso de leyes o de delitos" (Ibídem, p. 277).

[397] Aquí nuevamente debe advertirse de los peligros de la terminología. En ese sentido, Joshi Jubert, en "Unidad de hecho y concurso medial de delitos" ADPCP 1992, da al hecho mayor amplitud que a la acción, por cuanto "es más adecuado el término hecho, que refleja algo ya acabado, que el de acción, que quizás pone el acento en lo que se está haciendo, denota más la actividad" (p. 618), pero sobre todo, porque nuestro Código penal se refiere a la palabra hecho y no a la acción cuando regula el concurso ideal (ibídem).

de actos diferentes, siempre que estén contenidos en el mismo plan delictivo.

2.2.2.- Falsedad absorbe estafa.

Mayoritariamente se sostiene que el uso de documento mercantil falso por el autor de la falsedad constituye un acto posterior impune en virtud del principio de absorción. Esta es la línea que siguen por ejemplo las Sentencias del T. S. de 19-3-1994 y de 30-4-1990, R. 2371 y 3396 respectivamente.

Esta doctrina duda, cuando no excluye, de la absorción del uso del documento mendaz por el no interviniente en el delito posterior [398]. Aunque me ocupo más adelante de esta cuestión, adelanto ya ahora que, contrariamente a la misma, entiendo que utilizado un documento mendaz para lograr el engaño de la estafa no tiene sentido dar diferente trato al "usador falsificador" y al "usador no

[398] Establece la primera de las sentencias recién citadas que "Acreditada la autoría del recurrente en la originaria falsificación, el uso del documento falso por el mismo, constituye un acto posterior impune". Y la segunda establece que "el artículo 304 del Código Penal, sólo se aplica cuando, quienes presentan en juicio o usan con intención de lucro un documento falsificado, son personas distintas a las que participaron en la referida falsedad, pues, siendo las mismas, (...) sólo se aplica el precepto dominante, imponiéndose la pena en él señalada".

En sentido dudoso, Muñoz Conde, "D. Penal. P. Especial", Valencia 1988 (pág. 509), y García Arán, "El CP de 1995 y la voluntad del Legislador", Madrid 1996 (pág. 174).

En contra, v. la STS de 28-6-1988 (R. 5376), que admite que puede entenderse que el delito de falsedad de uso absorbe la estafa.

falsificador" si uno y otro van a ver penada su conducta en virtud de la falsedad, y el medio para conseguir la estafa va a ser ese mismo documento mendaz que, puestos a utilizarlo, carecerá luego de importancia quién lo haya falseado. Además, si, para poder ser incriminado, el usador ha de saber que el documento es falso, entiendo que inevitablemente se presentará luego al menos como partícipe de los efectos de la falsedad, a pesar de que no sepa la identidad del falsificador –lo que normalmente no se dará, al ir casi siempre ligados ambos conocimientos-, ya que a las falsedades hay que denunciarlas y no sacarlas provecho [399]. Ello abunda aún más en la relación de ambas figuras falsarias.

[399] Véase el art. 259 Lecrim. en cuanto a la obligación de denunciar, y el art. 298.2 CP en cuanto al provecho del documento falsificado.

3.- La falsedad en los documentos de la agravante del art. 250.1.3° CP.

Al tratar más arriba de la progresiva profundización jurisprudencial en el delito de falsedad documental he apuntado que, a diferencia de lo que ocurre con los documentos públicos y solemnes, los documentos mercantiles no tienen tan definidas las tres funciones tradicionales debido a la finalidad más limitada en el tiempo, y las personas intervinientes y el fin a que van destinados. Pero en cualquier caso se defendía con la sentencia del TS de 3-4-1996 citada que no es suficiente cualquier mendacidad para que estemos ante el delito de falsedad documental, y en concreto, que no es suficiente la declaración unilateral mendaz del emisor del documento mercantil si no existe suplantación de personalidad [400].

También decíamos que, a diferencia de lo que opina un sector jurisprudencial, tampoco existe falsedad documental

[400] Sin que esta acción llegue a significar el delito de usurpación de estado civil del artículo 401 CP, puesto que no basta para el mismo una suplantación momentánea y parcial de los derechos del suplantado, como ocurre en la firma mendaz del título abstracto, sino que es preciso continuidad y persistencia y asunción total de la personalidad ajena con ejercicio de sus derechos y acciones dentro de su "status" familiar y social (v. STS de 23-5-1986, R. 2873). En igual sentido, la STS de 4-4-1960, R. 1175 consideró que no había usurpación del estado civil de un hermano cuando se asumió e invocó el nombre de éste tan sólo para la obtención de un pasaporte.

cuando no existe la provisión de fondos para efectuar el pago que refleja el documento.

Suplantación de personalidad por el librador-firmante del documento (falsedad ideológica), y mendacidad efectuada por el falsificador después de emitida y fijada en el mismo la declaración de voluntad de cualquier firmante del mismo (falsedad material) quedan, pues, como los dos principales modos de comisión del delito de falsedad en los títulos tipificados en la agravante que estudiamos, pero sin cerrar la puerta a cualquier otra modalidad que pueda integrar el tipo falsario, que resultaría ciertamente extraña e inusual.

En cualquier caso la falsedad, en la medida que haga las funciones del engaño, deberá ser bastante. Ello debe ponerse en relación con la ley cambiaria, que establece algunas normas que protegen el título de la falsedad o exigen una cierta diligencia en el sujeto pasivo. Así, los artículos 7 y 115 establecen, en términos imperativos, la pauta a seguir para el caso de que en el título figuren importes diferentes en letras y números, y asimismo se pronuncian los artículos 8 y 116 para el caso de firmas falsas o de personas incapaces o imaginarias, otorgando el art. 9 el derecho a exigir la exhibición del poder en su caso, estableciendo presunciones en caso de ciertas tachaduras que no invalidan la letra o pagaré (art. 34) ni el cheque (art. 145), o lo mismo respecto de ciertas alteraciones de la letra de cambio o pagaré (art. 93) o

respecto de la responsabilidad en caso de falsificación del cheque (art. 156). Y fuera ya de la anterior relación con el engaño bastante, incluso establece la ley cambiaria un remedio protector del patrimonio, ex post, para el caso de falsedad, en una de las escasas excepciones que concede al demandado cambiario, preceptuando su artículo 67, 1ª que éste podrá oponer "La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma".

En otro orden de cosas la supresión en el nuevo código de la falsedad documental cometida imprudentemente por los particulares cierra el paso a su incriminación en aquellos casos en que no exista dolo falsario, lo que no afecta este aspecto a la relación concursal que nos ocupa, al no permitir la estafa la forma imprudente.

Suárez Montes considera que, en el caso del cheque y partiendo de la hipótesis de que se quiera "limitar el tipo agravado al cheque sin provisión" (vide supra la primera parte), hubiera sido más acertado para evitar problemas concursales entre estafa y falsedad expresarlo de algún modo "'mediante cheque sin fondos', 'en descubierto', 'carente de provisión', u otra expresión similar" [401], cuestión que entronca con la insuficiencia en la explicitación del bien protegido ya expuesta en la primera parte, a la que nos remitimos. Pero no podemos estar de acuerdo con tal planteamiento, pues significaría limitar la

[401] En "La estafa mediante cheque...", ob. cit., p. 5162.

estafa mediante tal título a la simple ausencia de provisión, siendo que las posibilidades de engaño mediante tal documento exceden a tal supuesto, como por ejemplo, el bloqueo de la provisión [402] o la estafa realizada mediante abuso de cheque en blanco (vide supra).

Rodríguez Mourullo realiza un repaso a la casuística falsaria en estos títulos valores en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y partiendo de la Sentencia de 6 de Diciembre de 1971, entiende que existe falsedad en la "extensión de cheque sobre cuenta ajena por quien no es su titular, por más que ello se haga sin imitación de firma o con rasgos ilegibles, supone la inserción en el círculo negocial de persona que en realidad no la ha tenido (v. actual art. 390.3) y, en cualquier caso, se simula un documento susceptible de inducir a error sobre su autenticidad (v. actual art. 390.2)", e igualmente, "El hecho que, al no figurar la firma del titular, el librado difícilmente llegue a atender la orden de pago no es decisivo por sí mismo para negar al efecto toda virtualidad en el tráfico jurídico, pues desde el momento en que se extiende y entrega, se crea con él una apariencia que permite negociaciones tales como el endoso" [403]. En cuanto a la letra de cambio y en el mismo sentido

[402] Véase a Luzón Cuesta en "El bloqueo del cheque y sus consecuencias penales", Actualidad Jurídica, 1981.

[403] Rodríguez Mourullo, en "La protección penal del cheque y la letra de cambio", ob. cit., p. 940. En un sentido similar véase a Bajo Fernández, en "Protección penal de los instrumentos de pago y de crédito", ob.cit., ps. 514 y 515.

anterior, recuerda este autor que "igualmente se falsea la letra cuando se supone en ella intervención de persona que no la ha tenido, cualquiera que sea la intervención que se le atribuya, librador, librado, aceptante, avalista, etc.", pero "no constituyen en cambio falsedad, aunque no respondan a deuda alguna, las denominadas 'letras de favor', cuya validez y licitud es reconocida por la doctrina mercantil" (vide supra) "en cambio, si se alteran materialmente las fechas verdaderas consignadas en la cambial, se incurre en la modalidad falsaria contenida en el n° 5 del art. 302 (v. actual 390.1). Sucede así cuando se enmiendan o sustituyen, por ejemplo, las fechas del libramiento o vencimiento para evitar u ocultar el perjuicio de la letra (...) Alteraciones tales como la cuantía de la suma a pagar o intercalación de cláusulas ni consignadas originalmente en la letra ni consentidas por quien la suscribió se reconducen a la falsedad descrita en el n° 6 del art. 302 (v. actual 390.1)", dándose la falsedad del actual art. Art. 390.2 "cuando se desfigura en la cambial la propia escritura con el fin de oponerse en su día a la correspondiente reclamación judicial o extrajudicial [404] (....) sin que sea obstáculo para su

[404] Véase en ese sentido a Muñoz Conde en "Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios", ob. cit., p. 151, cuando refiere la dificultad para castigar este tipo de falsedad cuando el perjuicio que exige el antiguo art. 306 CP –léase ahora el art. 395 CP- no llegue a verificarse, aunque en este supuesto que nos ocupa "la falsificación de la firma por parte del aceptante, el problema se presentará en el momento del vencimiento de la letra y entonces ya hay estafa consumada, con perjuicio y

apreciación que la cambial haya de extenderse en impreso oficial, pues el término 'simulando' que se emplea en el referido precepto no puede traducirse por 'confeccionando', sino por 'dar apariencia de realidad', y en este sentido, el uso del impreso oficial, lejos de hacer imposible el concepto típico, lo facilita, pues nada se parece tanto a la realidad, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, como el uso de un documento con formato y literatura prefijada, cuya concepción y expedición está monopolizada por el estado, y sobre el cual y precisamente al llenar las partes originariamente en blanco y estampar las firmas de modo real o ficticio intervinientes, cabe volcar en su contenido toda clase de ficciones" [405].

Para que la falsedad sea determinante del engaño será necesario, en fin, que consiga un desplazamiento patrimonial gracias a la misma, es decir, que la falsedad sea el desencadenante de los elementos de la estafa y que el autor tenga el dolo de no satisfacer su contraprestación ya desde entonces (ex ante). En otro caso, se penalizará exclusivamente por la falsedad del título mercantil abstracto, [406].

ánimo de causárselo, cualquiera que sea después lo que suceda en el correspondiente juicio ejecutivo, con lo que, aunque se considere que no hay falsedad, siempre cabe castigar por estafa consumada".

[405] Rodríguez Mourullo, ibídem, págs. 944-946.

[406] Ver a Bajo Fernández en "Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial", Madrid 1978, p. 396, y también a Aparicio Ramos en "la falsedad en la letra de cambio", Madrid, 1945, p. 18.

4.- La preferencia del concurso de delitos al concurso de normas en el nuevo Código penal.

En el anterior código sancionador el concurso de delitos (art. 71) se aplicaba con independencia de lo poco que en la propia ley penal se establecía para el caso de concurso de normas (art. 68).

Pero el panorama ha cambiado con el nuevo código de 1995 al establecer éste que el concurso de normas y su sistema de resolución sólo se aplicará en defecto del concurso ideal y medial (art. 77). Al efecto establece el art. 8 que se observará el orden de los cuatro principios tradicionalmente admitidos para resolver el concurso aparente de normas (especialidad, subsidiariedad, absorción -o consunción- y alternidad -antiguo art. 68-) [407] sólo cuando no sean de aplicación los arts. 73 a 77 del código.

Con este orden de prelación en el que prima por voluntad expresa del art. 8 el concurso de delitos sobre el aparente de normas se gana en seguridad jurídica y se logra una aplicación más homogénea de la sanción penal por parte de nuestros Tribunales al establecer una pauta legal que antes no teníamos.

[407] En esta regulación es de destacar la aportación de Rodríguez Ramos, en "Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes: Exégesis crítica del art. 8 del Código Penal", AJA n° 330 de 19-2-1998, al simplificar la aplicación del concurso de normas reduciéndola básicamente al criterio de especialidad.

Pero al mismo tiempo entiendo que se pierde en equidad entre la infracción y la pena en algunas ocasiones en virtud de dicha fijación, con vulneración del principio de proporcionalidad.

No es ésta la interpretación que dan algunos autores, como Quintero Olivares y Morales Prats cuando destacan que "Evidentemente, la advertencia legal de que los hechos sean de los no comprendidos en los arts. 73 a 77 puede dar la impresión de que el concurso aparente de normas es una regulación subsidiaria de la que corresponde al concurso de delitos. Mas no es así, sino que se trata de problemas que tan sólo se parecen en que hay una pluralidad de normas a examinar, pero en el concurso aparente a la postre se decide la transgresión de una sola de ellas, lo que significa que jurídicamente sólo es apreciable un delito. (...) si por un lado la definición parcialmente negativa del concurso de leyes podría llevar a restringir la admisión de este instituto, en el polo opuesto, el que el contraste se efectúe no sólo con el concurso ideal de delitos sino expresamente con la totalidad de las normas reguladoras del concurso de delitos -concurso real, delito continuado- apunta que, para el legislador de 1995, la pluralidad de acciones o hechos no empece a la admisión del concurso de leyes en estos casos" [408].

[408] En "Comentarios al nuevo Código penal", Pamplona 1996. En el mismo sentido que los anteriores, Valle Muñiz, ibídem p. 1146, ante la concurrencia de falsedad en documento privado y estafa, aplica el concurso de normas prescindiendo del concurso de delitos.

Sanz Morán no está de acuerdo con esta regulación y considera que "se debe dejar al arbitrio del juzgador y a las reglas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular y cuándo estamos, por el contrario, ante una hipótesis concursal. Y en este mismo sentido se expresa la doctrina absolutamente mayoritaria así como los Códigos penales de nuestro entorno. Por el contrario, nuestro legislador ha decidido intervenir en este proceso interpretativo conducente a la unidad o pluralidad de delitos" y concluye que "el nuevo precepto contiene dos defectos fundamentales. En primer lugar, circunscribe su ámbito de aplicación a los 'hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77', invirtiendo los términos del problema, pues sólo si, de acuerdo con los criterios que evoca el mismo precepto, resulta la necesidad de aplicar todas las normas penales concurrentes, por darse un efectivo concurso de delitos, entrarán en juego las reglas de los mencionados artículos. Además, perpetúa la regla del art. 68 del Código derogado, de dudosa constitucionalidad, en cuya virtud, se grava al reo con los errores del legislador cuando éste recoja, con toda lógica, un mismo hecho, en todos sus pormenores, en dos preceptos distintos, con respuestas sancionadoras diversas (principio de alternatividad del n° 4 del art. 8)" [409].

[409] A. Sanz Morán, en "Concurso de delitos. Criterios y

La consecuencia más notable de este cambio normativo, en lo que ahora nos ocupa, es la de reorientar –y ensombrecer- la anterior división sistemática de la absorción entre falsedad y estafa y la relación entre ambas expuesta anteriormente.

4.1. La modificación sistemática operada por la prelación legal del concurso de delitos.

Antes dijimos que el articulado referente a la falsedad de documento mercantil no había variado sustancialmente (aparte de reducir la explicitación casuística en cierto modo incoherente y de vedar a los particulares el reproche de faltar a la verdad de los hechos) [410] y que la doctrina sobre el mismo era igualmente aplicable salvando las modificaciones habidas en el código vigente, aunque sí ha variado el sistema de resolución concursal por la prelación establecida en el artículo 8.

No obstante, dicho artículo regula los supuestos en que intervenga un sólo hecho, mientras que el artículo 77.1 es más amplio y no necesariamente se ciñe a un hecho sino

---

problemas", ob.cit., ps. 80 y 81.

[410] Ver en este sentido a Villacampa Estiarte, en "Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código Penal de 1995", ob. cit., p. 69. No consideramos, a diferencia de la opinión del citado autor (ibídem, p. 52) que la sustitución de la antigua fórmula "abusando de su oficio" por "la actual "en el ejercicio de sus funciones" referido al funcionario público, sea modificación sustancial, ya que en cualquiera de ambos casos se está haciendo un mal uso o uso desviado del cargo.

que se refiere a infracciones (dos o más), las cuales pueden darse en un mismo acto (por ejemplo, el que falsifica un cheque ante el sujeto pasivo de la estafa) o ser sucesivas (cuando el estafador falsifica el cheque con anterioridad). Pero es precisamente la mayor amplitud de este precepto la que no permite operar al artículo 8 en ningún caso, puesto que, al menos al objeto de nuestro estudio, siempre estaremos bajo aquel precepto.

Pero a pesar de esta novedad el concurso entre falsedad y estafa sigue sin estar definitivamente resuelto, interviniendo en el mismo diferentes teorías y modos de entender la relación entre ambas figuras que a su vez hay que conjugar con el sistema dispuesto en el nuevo código sancionador, el cual, como cualquier código, pretende la sistematicidad integrada de toda su estructura, y la prevalencia del concurso de delitos frente al aparente de normas liga y da cuerpo a dicha sistematicidad. Pero al intentar cohesionar estructuras de carácter general puede ocurrir que otras estructuras parciales del sistema punitivo resulten vulneradas.

La prelación que nos ocupa aporta mayor fijación que la que teníamos, pero esta opción de carácter general puede colisionar con viejas estructuras del anterior código mantenidas en el nuevo. No olvidemos que el articulado de la falsedad mantiene la mayoría de los elementos del anterior código, con lo que aquella modificación de

carácter general puede tener sobre dicho articulado el mismo efecto que poner el vino viejo en odres nuevos.

4.1.1- Interpretación integrada de los artículos 392 y 393 CP.

Pues bien, uno de los sistemas parciales que puede verse modificado con la prelación del concurso de delitos sobre el de normas es el integrado por los artículos 392 y 393, de los que el segundo ha venido siendo tradicionalmente considerado complementario del primero (no hay uso sin falsificación previa) [411].

La doctrina que considera que la falsedad absorbe el uso posterior realizado por el propio falsificador, integra en una consideración lógica y sistemática el antiguo artículo 304, actual 393 del código penal. Y al igual que ocurría con el antiguo art. 304 en relación con el 303, el vigente artículo 393 es el complemento del 392 en la incriminación por falsedad para los terceros no intervinientes en la falsificación pero que se aprovechan de la misma, sin que por el contrario, y aquí reside la piedra de toque, no haya dedicado el legislador otro precepto a penalizar el uso por el falseador. Es precisamente la falta de penalidad del uso por el falseador del documento (cuando en cambio sí está penado el uso por

[411] SSTS de 15-10-1985 y de 30-4-1990 (R.s respectivos 4990 y 3396).

el no falseador) lo que nos indica que la mens legis supedita el reproche de dicho uso, cualquiera que sea, al reproche de la acción previa que es la falsificación, de la cual depende y por la cual es absorbida.

Y en cuanto a la penalidad del uso por el no falseador y siguiendo la misma lógica utilizada para el falsificador, al ser dicho uso específicamente penado, debería prevalecer este precepto por encima de cualquier otro en virtud del principio de especialidad, por ser éste preferente a cualquier otro en la resolución del concurso de normas [412] en evitación de la penalización dos veces por el mismo hecho por más que la segunda penalización resulte atenuada al constituir sólo el plus de situar la primera en su mitad superior. Pero obsérvese que ahora la prelación "ope legis" del concurso de delitos va a privarle de las posibilidades de conjugación que ofrece el concurso de normas.

Y es que la falsedad por la falsedad no tiene sentido [413], y éste se adquiere por el beneficio [414] que de la misma obtenga el falseador en el tráfico jurídico. En nuestro caso la falsificación de cheque, pagaré o letra de cambio

---

[412] SSTS de 12-2-1955 y de 17-11-1974, R. 416 y 9276, respectivamente. Esta última prelaciona después del principio de especialidad, el de consunción o absorción, y en último término, el de alternatividad (art. 68 del CP derogado). Recuérdese además la STS de 28-6-1988, citada, que entiende posible la absorción de la estafa por la falsedad de uso.

[413] V. STS de 19-3-1994, R. 2371, citada. En idéntico sentido Muñoz Conde (ob.cit.) y los que él cita.

[414] El beneficio de la falsedad no tiene por qué ser patrimonial, aunque en documentos mercantiles será siempre de tal naturaleza.

será usada para obtener un beneficio patrimonial e integrará siempre un delito de esta naturaleza. Y decimos "siempre" porque a diferencia de la estafa con estos títulos, en que no siempre deberán estar falsificados (recuérdense los dos ejemplos del primer apartado), el sentido inverso, es decir, la falsedad intencionada de los mismos no se concibe sin su uso fraudulento posterior.

Pero además de las anteriores consideraciones, el propio código hace depender la pena que se le imponga al usador no falsificador de la que se le imponga al falsificador. Es, pues, esta relación simbiótica entre falsedad y uso la que nos impide separar, al menos de forma no traumática, la falsedad de su uso posterior, sea quien sea el sujeto de una y otro, y nos lleva asimismo a entender por tanto y con la misma lógica, que también la incriminación por simple uso debe prevalecer sobre la que se pueda hacer por el delito que tal uso integre.

En definitiva, los arts. 392 y 393 CP pueden comportar una penalidad muy diferente al fragmentarse este microsistema por el concurso de delitos. Así, el falseador va a ver impune la estafa posterior y será castigado entre uno a tres años de prisión, mientras que el usador no falseador va a ver aumentada su pena hasta de dos a cuatro años (si es estafa básica, y más años –seis o incluso ocho- si concurren determinadas circunstancias agravadas) en aplicación del concurso de delitos, cuando en cambio el tipo establece la pena inferior en grado a la del

falsificador (ver más adelante el criterio cronológico como posible resolución de este conflicto). Y es que la indefinición del antiguo código de 1973 permitía la solución que aquí se defiende, que es la establecida en la STS de 28-6-1988 citada, algo que a mi juicio resulta imposible con la regulación del actual artículo 8, por más que algunos autores (vide supra) lo sigan interpretando en este aspecto conforme al sistema del código de 1973.

4.2.- Sobre la posibilidad de incriminación exclusiva por el tipo específico del art. 250.1.3° CP.

Pero el mismo principio de especialidad –conforme a la citada interpretación del artículo 8 que no comparto- y también el de non bis in idem, ambos antes mencionados, permiten al mismo tiempo decantarnos a concebir, al menos en principio, que el apartado 3° del art. 250 CP es preferente frente a cualquier otro en orden a resolver el concurso entre la estafa y la falsedad de cualquiera de los títulos en él relacionados [415]. Incluso frente al que tipifica expresamente el uso del documento falsificado (art. 393).

Esta preferencia vendría dada por la concreta mención de dichos títulos en el tipo de la agravante objeto de este estudio, y sobre todo por la mención específica de la

[415] Tal es la conclusión de Valle Muñiz (o.u.c., p. 1147) en base al principio de consunción, pero sin plantearse la prevalencia imperativa del art. 77 establecida por el art. 8

relación de medio a fin entre éstos y la comisión de la estafa, relación que cabe interpretar como expresamente tipificada con la palabra "mediante".

Por contra, esto podría no ser del todo cierto por cuanto, aparte de la anterior interpretación de la palabra "mediante" –recuérdese la doble acepción de este término y la crítica de técnica legislativa que hacíamos más arriba que aquí vuelve a ser de aplicación- el tipo no establece ninguna relación de medio a fin entre falsedad y estafa –léase delitos- sino, como máximo, entre estafa y documento –léase delito y medio para llevarlo a cabo-, el cual y según otra interpretación, no tiene por que ser forzosamente mendaz y aún siéndolo no tiene por qué integrar luego el delito de falsedad (v. supra).

4.3.-. Exclusión del concurso de delitos.

A la posible incriminación exclusiva por falsedad, en virtud de la no penalización por uso del documento falsificado por el propio falsificador, de la especialidad que representa para el no falseador la específica sanción de su uso y de su penalidad dependiente de la del falseador, y a la posible incriminación, también exclusiva, por la agravante específica del art. 250.1.3°, se suma una tercera posibilidad, cual es la del concurso medial o ideal entre ambas figuras delictivas, con la fuerza añadida que

---

CP.

le da la preferencia del art. 8 CP. Bajo Fernández considera que "Hoy es opinión común de la doctrina y jurisprudencia que la estafa cometida por medio de un cheque falsificado obliga a apreciar concurso ideal de delitos del art. 71 CP (actual art. 77) por cuanto la falsedad constituye un medio para cometer la defraudación" [416]. Sin entrar ahora en discusiones estériles sobre la nomenclatura utilizada –Obsérvese que este autor considera concurso ideal lo que puede también considerarse concurso real- [417], conviene cuestionar dicha posición como se verá.

Por imperativo del artículo 77 del código sancionador, cuando un sólo acto constituya dos infracciones o una sea medio necesario para cometer la otra, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave. El concurso aquí regulado podría aplicarse, también prima facie, a todo supuesto en que la falsificación del cheque, pagaré o letra de cambio sea medio necesario para cometer la estafa, lo que ocurrirá siempre, ya que no se nos antoja ningún supuesto en que se falsifique uno de estos documentos y a la vez no sean utilizados mendazmente para provocar el engaño, atendida la naturaleza mercantil, esto es, de lucro, intrínseco de dichos títulos. A esto

---

[416] Bajo Fernández, en " Derecho penal económico aplicado a la empresa", ob. cit., p. 404.

[417] Véase a Bacigalupo Zapater en "Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal", ob. cit., p. 438 cuando establece que "Reconocido que la falsificación de documento público se consuma sin requerir el resultado de una lesión en los derechos del tercero, la solución del concurso real es la correcta".

anterior y como peso añadido para aplicar el concurso de delitos se puede recuperar el argumento mencionado en el anterior apartado de que el propio tipo de la agravante tipifica la estafa "mediante" cheque, etc. y que es el tipo agravado el que establece la relación de medio a fin entre la mendacidad del título abstracto y la estafa, con independencia de que la falsedad se produzca en el mismo acto o en otro anterior. Pero esto no tiene por qué ser argumento para activar el concurso medial sino que, como en la circunstancia mixta de parentesco, la palabra "mediante" puede entenderse también en sentido contrario, como se acaba de apuntar al tratar de la incriminación exclusiva por el art. 250.1.3°.

Además, no podemos perder de vista en esta cuestión que nos ocupa el principio de proporcionalidad penal. Nuestro Tribunal Constitucional tiene establecida la discrecionalidad del legislador para establecer la penalidad de una conducta delictiva [418] en función de los objetivos de política criminal que adopte, además de corresponder a los Tribunales ordinarios la concreta graduación de la pena en cada caso singular[419], pero tal discrecionalidad está sometida al límite de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Norma Fundamental), y en este sentido establece el Alto Tribunal que tal competencia del legislador sobre el juicio de proporcionalidad de la pena

[418] S. del TC de 4-7-1991, R. 150.

[419] Ver también y por todas, la S. del TS de 27-9-1994,

lo es "siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la Justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de la culpabilidad penal derivado de ella". Pues bien, de estas categorías capaces de vulnerar el principio de proporcionalidad de la pena, las tres últimas deben entenderse de dudoso asentamiento en cuanto a dicho principio y a efectos de nuestro estudio, una vez situados ante la obligación de aplicar el concurso de delitos y de penar por el tramo superior de la infracción más grave.

Y es que llegada la efectiva concurrencia de falsedad documental y estafa, nos encontraríamos en la obligación de penar por el delito más grave, esto es, el del artículo 250.1.3° (de uno a seis años frente a de uno a tres años de la falsedad más penosa) en su mitad superior, lo que sería sin duda fuente de penalidades injustas y zozobra del valor de la Justicia. Y no me estoy refiriendo a una penalidad injusta desde un punto de vista subjetivo, como pueda serlo el del que suscribe, o incluso el de una generalidad de personas (consciente de que la idea de Justicia es de las más variables y controvertidas), sino de un resultado no querido ni siquiera por el propio legislador. En efecto, entiendo que, si éste hubiera querido que entrara en juego el concurso del artículo 77 CP, no hubiera puesto el listón mínimo de la pena de nuestra agravante a un sólo año sabiendo que sólo se penaría a partir de tres. Ciertamente

---

R. 7227.

que existe un grupúsculo de supuestos en que no habrá falsedad –v. supra al inicio de este Capítulo- y donde se aplicará la pena del art. 250 en toda su extensión, pero esta posibilidad no deja de ser microscópica, básicamente por dos razones, la primera, por el casi despreciable número de veces que se darán en la práctica supuestos como los que se han puesto como ejemplo de utilización de documento no falsificado, la segunda, por la amplitud de supuestos que caben en la falsedad documental del art. 390 CP, siendo así que la falsificación de los títulos mercantiles abstractos como medio de la estafa viene aplicándose generalmente con criterios de necesariedad por nuestros Tribunales. Recuérdese las sentencias mencionadas al principio en las que se establece que la estafa con letra de cambio siempre va acompañada de un delito de falsedad y que la falta de provisión de fondos supone falsedad por vulneración de elemento esencial del mismo; y no es de extrañar en absoluto interpretaciones como las anteriores, atendido el tipo abierto de la falsedad, especialmente el art. 390.2 CP, ya que ambos supuestos pueden entenderse, sin forzar demasiado el tipo, como simulaciones (totales o parciales) de documento que induzcan a error sobre su autenticidad.

Partiendo, pues, de que en la práctica puede penarse como falsedad la inmensa mayoría de los supuestos de estafa mediante cheque, pagaré o letra de cambio, no es lógico [420]

[420] La lógica deviene así la única pauta que queda para

pensar luego, en esta tesitura, que en el juego de los diferentes elementos que van a integrar la estafa con alguno de los mencionados títulos abstractos, no haya lugar a una penalidad inferior a dichos tres años.

Uno de esos elementos es el valor de lo defraudado, obviamente cuando no tenga la suficiente entidad como para hacer entrar en funcionamiento la otra agravante que sanciona tal evento[421]. Piénsese en la estafa de 55.000 pesetas realizado con cheque al que se le ha falsificado la firma del titular o se le ha añadido un dígito y una palabra respectivamente delante de la cantidad inicial de 5.000 pts., y sirva este caso aséptico como ejemplo en que debería aplicarse la penalidad mínima conforme a la voluntad del legislador establecida en el art. 250 CP en vez de los tres años a que daría lugar el juego del concurso del art. 77, con la consiguiente dureza que supone el cumplimiento íntegro de la condena y la no posibilidad de la remisión condicional ni siquiera para el que delinque por primera vez (v. art. 80 y ss. CP).

Las dos características restantes a que antes hacíamos referencia, dignidad humana y culpabilidad, van íntimamente relacionadas. Piénsese ahora en el desliz del autor del ejemplo anterior que comete el acto descrito en

---

interpretar la voluntad del legislador a falta de su voluntad expresa, pauta que viene impuesta por el Principio General del Derecho que prohibe el sinsentido.

[421] Recordemos que dicho juego de las dos agravantes (3ª y 6ª) no da lugar a consecuencia alguna, y sí sólo al coincidir esta última con la 1ª, conforme establece el

consideración a la gran capacidad económica del perjudicado, lo cual no es de por sí ni siquiera un atenuante, para añadir a la injusticia (léase aquí como desproporción) de la pena la perspectiva de dichas dos características.

Ciertamente que el juez podrá aplicar los beneficios de los artículos 4.3 y 4 CP, pero es conforme al Estado de Derecho que el beneficiado lo sea por la normal atribución en el juicio de proporción de la pena –en su más amplio sentido, que llega hasta la aplicación o no de la misma- a quien constitucionalmente le corresponde, esto es, al legislador.

A lo anterior hay que añadirle la tradicional dificultad de precisión de lo que es "medio necesario" [422]. En este sentido y para aplicación a nuestro estudio, nos remitimos a lo dicho más arriba sobre las combinaciones de diferentes elementos en orden a integrar el engaño (apartado 1 del Capítulo anterior).

Es por ello que, aunque en nuestra agravante el concurso entre falsedad y estafa lo será casi siempre de medio a fin -lo que implica que se dará, por imperativo del art. 77, la consiguiente distorsión que se acaba de apuntar-, debe descartarse esta tercera vía para resolver la cuestión que nos ocupa.

---

párrafo segundo del art. 250.

[422] V. Quintero Olivares, "Derecho penal, PG", ob. cit.,

5.- Criterios de resolución del conflicto.

5.1.- El criterio cronológico.

5.1.1.- Plan delictivo único.

Para evitar las distorsiones anteriores provocadas por la aplicación del concurso ideal o medial, una solución (aunque parcial e insatisfactoria, como se verá) del concurso que nos ocupa es la basada en una apreciación estricta de la sucesión de la acción desde los primeros estadios de comisión y hasta que finaliza en el mismo u otro delito, situado ello bajo el tradicional prisma de la unidad de plan.

De esta manera, se estará ante la falsedad cuando, en el momento de producirse, se haya dado únicamente ésta, y se estará ante la estafa cuando aquella se produzca coetáneamente al engaño de ésta. Así,

- Cuando hay falsedad anterior:

a) La estafa posterior del propio falseador sería impune, sin que quepa apreciar concurso de delitos, existiendo sólo el primero, esto es, la falsedad. Esta posición, que se aplicaba con el anterior código sin que se

---

pág. 631.

apreciara ningún tipo de concurso (ni de delitos ni de normas) y por consiguiente sin que se entrara en disquisiciones sobre la prevalencia entre unos y otros, puede aplicarse igualmente ahora con la misma lógica.

b) El uso integrante de la estafa por parte de un no falseador debe seguir el mismo destino que la anterior. La razón está en que la desaparición del requisito del ánimo de lucro en el uso del no falseador le separa y da más autonomía en relación a la estafa y le permite ensamblarse ahora por completo a su artículo anterior, del que depende incluso para su penalidad. Desde el punto de vista cronológico –aunque sólo de él- también se da el "uso" antes que cualquier otro elemento, puesto que para llegar a un fin delictivo (el que sea) con un documento falso es imprescindible previamente echar mano de él, y eso ya es usarlo.

Además, la incriminación exclusiva por falsedad de uso adquiere aún más fuerza en los supuestos en que no se consigue la estafa a pesar de intentarse (formas imperfectas de ejecución), ya que, entonces con mayor razón, el acto queda más lejos de la estafa, permitiéndole mantenerse más claramente bajo la esfera de la falsedad y absorber el intento de uso fraudulento posterior.

Pero sobre todo y como ya adelantamos antes, porque la idea del valor Justicia, integrante del principio de proporcionalidad de la pena, se vería de nuevo vulnerado si

el uso por el no falseador no siguiera la misma suerte que el uso por el falseador, ya que aquél se arriesga al doble de pena de prisión que éste (posiblemente si se incluye en la estafa agravada, forzosamente si se aplica el concurso medial) a pesar de tener menor reproche penal (pena inferior en grado al falsificador).

- Cuando hay falsedad coetánea al engaño.

c) La falsedad cometida por el falseador en la misma puesta en escena del engaño deviene un elemento de la estafa, de igual manera que sucede con la escritura pública en la estafa inmobiliaria.

Esta posición permite integrar la coautoría del no falsificador que en cambio colabora necesariamente en dicha puesta en escena para lograr el engaño y que también está usando en definitiva de la falsedad realizada por el primero [423].

Y siendo además más favorable para el reo es procedente su aplicación en virtud del principio del beneficio de la duda, ya que no debe cargar el reo con las consecuencias de un sistema normativo sancionador de difícil comprensión, rayano con la inseguridad jurídica.

---

[423] V. La STS de 28-6-1988, citada, que se inclina por entender coautoría por colaboración necesaria en un caso en que el acusado tenía amistad con la víctima, en virtud de que su negativa a la propuesta de colaboración hubiera evitado el delito y, en definitiva, en virtud de la teoría del dominio

5.1.2.-Crítica.

Pero este criterio, como ocurre con la aplicación del concurso de delitos, también puede ser fuente de penalidades injustas en los dos primeros supuestos, a y b, en que sólo se incrimina por falsedad.

En sentido contrario a lo que ocurre con dicho concurso, el hecho de que se incurra en dos delitos y sólo se penalice por uno sólo, el más benévolo, dará lugar a que se vulnere, ahora por defecto, el principio de proporcionalidad de la pena, además de que utilizar este criterio significaría un estímulo para cometer además falsedad documental para todos aquellos que se propongan estafar, resultando la paradoja de que a más delitos, se obtendría menos pena [424], lesionándose el valor Justicia al resultar que se puede penar hasta seis años cuando no haya falsedad frente a los tres de cuando hay falsedad añadida.

A mayor peso, obsérvese que al incriminar exclusivamente en base al delito de falsedad y no por delito contra el patrimonio, no se puede aumentar la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 74.2 CP para permitir mitigar el defecto que aquí se critica en los casos de notoria gravedad o haberse perjudicado a una generalidad de personas.

---

del acto.

[424] Esta incongruencia también es observada por Valle

5.2. La definitiva incriminación exclusiva por el art. 250.1.3° CP.

Las desventajas mencionadas sobre la aplicación del concurso de delitos entre falsedad y estafa, y sobre la incriminación exclusiva por falsedad cuando ésta no es coetánea al engaño de la estafa, nos lleva a considerar de nuevo la posibilidad de la incriminación sólo por la agravante 3ª del artículo 250, sin tener en cuenta la posible falsedad del título ni por tanto el concurso.

Ya anteriormente hemos referido de forma sesgada diferentes razones que avalan esta postura, cuales son la mención expresa de los títulos así como de la palabra "mediante" (participio activo del verbo mediar) entre éstos y la realización de la estafa, unido ello a la posibilidad de falsedad material e ideológica de los mismos, atendida la generalidad del n° 2 del art. 390 CP y la práctica de nuestros Tribunales.

Desde el punto de vista del legislador es también posible y lógico que sea su voluntad la de penar por la agravante que estamos estudiando todos los supuestos en que se realice estafa mediante cheque, pagaré o letra de cambio, aún cuando integren delito de falsedad, al ser posible la interpretación de falsedad en la inmensa mayoría de los supuestos en que se estafa con ellos, y al

---

Muñiz, o.u.c., p. 1147.

significar ya dicha forma de estafa una especial penalidad al tipificarse de forma agravada.

Siendo posible la exclusiva incriminación por el artículo 250.1.3° desde el punto de vista de la voluntad de la ley, entiendo que debe ponderarse a continuación el principio "non bis in idem" para decantar definitivamente la balanza a favor de esta postura.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

TERCERA PARTE:

LA CULPABILIDAD

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

BIBLIOTECA VIRTUAL
MIGUEL DE CERVANTES

ADVERTENCIA PREVIA:

El artículo 5 del Código de 1995 establece que únicamente se podrá penar bajo la existencia, bien de dolo o bien de imprudencia -y en el mismo sentido de exclusividad se pronuncia a su vez el artículo 10 al definir el concepto de delito o falta-, con lo que la culpabilidad penal queda reducida a la existencia de estas dos únicas formas de comisión [425], sin perjuicio de que dicha categoría opere para graduar el reproche –o la culpabilidad, valga la redundancia- del autor, pero ya dentro de una de las dos formas referidas [426]. La lesión de un bien jurídico penalmente protegido, ya por no tener el cuidado debido o ya por quererlo así el autor, afectan, respectivamente, a las dos formas de comisión referidas. Y orillando la comisión imprudente propiamente dicha, que puede definirse como "desatención contraria al deber de cuidado exigido en el ámbito de la relación social en la

[425] Recuérdese la enmienda 221, ya citada, que pretendía sustituir los conceptos de dolo y negligencia por el de culpabilidad. Por otra parte, véase por ejemplo a Elguero y Merino (en "La estafa de seguro". Madrid, 1988, p. 135, que cita a Mir Puig, Bustos Ramírez, Bacigalupo y Jescheck) cuando prescinde de la intención propia del dolo como integrante de la culpabilidad.

[426] Véase la réplica a la anterior enmienda (p. 14894 del Diario del Congreso de 10-5-1995, n° 489), que afirma que "la culpabilidad es más que el dolo y la culpa, evidentemente. La culpabilidad abarca la imputabilidad, la exigibilidad".

que se produce" [427], debemos advertir que en los delitos que no admiten esta forma de comisión puede darse, no obstante y en base a la regulación actual de la figura del error, un reproche basado en el deber de conocer, de la misma naturaleza que el contenido en la penalización de la imprudencia. En el delito doloso no existe intención que no se base en el conocimiento previo sobre el que proyectar la voluntad, y es en este sentido que podemos afirmar que la existencia de la intención depende la previa existencia del conocimiento y que si no se da éste, no puede darse aquella.

En esta precisa estructura del delito dada por la figura del error, las dos formas de culpabilidad repetidas pueden encontrarse en el delito doloso y adoptan una relación determinada, en la cual interviene un elemento nuevo que determina el conocimiento, que es el deber de poseerlo en ciertos supuestos. Así, el conocimiento se sitúa en la base del dolo y en la del deber de conocer, lo que es innecesario abundar en este último caso, ya que no puede existir, por absurdo, ningún deber de conocer un conocimiento inexistente.

El error del sujeto agente (u omitente) en la lesión de un bien penalmente protegido es una figura que se forma de la relación entre dos elementos relacionados con el conocimiento, el deber de conocer y el grado de conocimiento de la lesión del bien protegido. La intención

o dolo delictivo, en cambio, no puede coexistir al mismo tiempo, por definición, con la existencia del error por razón del mismo conocimiento, ya que, a pesar de que ambas figuras se basen en él, la distinta forma en que lo hacen impide su coexistencia al mismo tiempo, debiendo hacerlo alternativa y excluyentemente [428] .

Ambas figuras tienen su incidencia en diferentes fases del delito. Así, el error incide exclusivamente en la fase cognoscitiva, y el dolo en la fase volitiva del delito, por más que el dolo delictivo no pueda existir -y huelgue por ello su planteamiento- si no existe el conocimiento de tal naturaleza delictiva, no pudiendo hablarse, pues, de error o conocimiento deficiente de la naturaleza delictiva de un hecho y al mismo tiempo de dolo que pueda estar basado en esta precisa deficiencia.

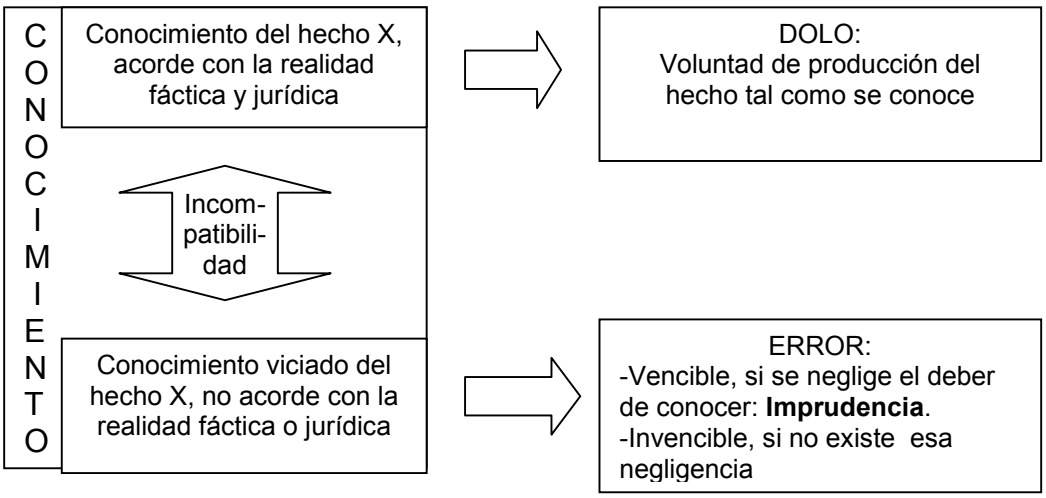
El esquema, acorde en sus resultantes con la limitación establecida por los arts. 5 y 10 CP [429], será, pues, el siguiente:

---

[427] STS de 2-3-1979 (R. 1290).

[428] Ver más adelante, las parcelas del conocimiento en relación con el hecho delictivo.

[429] Con sus dos –únicas- formas diferenciadas de penalización, es decir, dolo e imprudencia. Véase más adelante la crítica al error de prohibición vencible por cuanto no sigue esta lógica básica. Obsérvese, en cualquier caso, que de los tres resultados de dicho esquema (dolo, error vencible y error invencible), el último de ellos responde a la inexistencia tanto de dolo como de culpa, correspondiéndole coherentemente la ausencia de penalidad establecida para ambos casos de error invencible del art. 14



BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

CAPITULO I:

EL DOLO

1.- Introducción.

No es debido a que el nuevo código no la establezca para la estafa, sino que es tradicional y de siempre la exigencia de intención defraudatoria para la comisión de este delito. Es pacífica la jurisprudencia en este sentido, la cual exige en su mecanismo engañoso y como elemento subjetivo del injusto, un ánimo de lucro, incompatible con la posibilidad del delito culposo [430], sobre todo a partir de la inclusión de este ánimo en el tipo con la L.O. 8/1983, mantenido en el actual código.

Diferente trato que la no incriminación por imprudencia recibe de la jurisprudencia la comisión de la estafa por omisión. Sobre este aspecto se manifiesta la sentencia del TS de 27-4-1990 (R. 3352), en el sentido de que aunque debe exigirse siempre en todo caso que concurra como elemento subjetivo el ánimo de lucro, y a pesar de que un sector doctrinal entiende que la maniobra engañosa ha de ir acompañada de comportamientos activos y que los supuestos de omisión deben quedar relegados al ámbito

[430] Ad exemplum las SSTS de 23-4-1992, 2-2-1993, 23-11-1995 (R. respectivo 6783, 635 y 8953), y todas las que en ésta se citan.

civil [431], el Tribunal Supremo ha admitido la modalidad omisiva cuando se silencian o se ocultan circunstancias existentes en el momento de la contratación que debieron ser puestas en conocimiento de la otra parte contratante en aplicación de los principios de lealtad y buena fe contractual [432]. Y aunque en la citada sentencia se manifiesta que "quizá debiera restringirse la posibilidad de la comisión por omisión en los supuestos en los que el enajenante (allí se trataba de la enajenación inmobiliaria del art. 531 del antiguo código en que el vendedor no dijo que la finca estaba gravada ni tampoco dijo que estaba libre: sencillamente calló un elemento esencial -en concreto la cosa vendida- de la compraventa) tenga un especial deber de eliminar el error en que la otra parte pudiera incurrir" [433] (intuición que ha sido confirmada efectivamente por el legislador de 1995), no puede

[431] Véase en dicho sentido a Bajo Fernández ("El delito de estafa", ob. cit., p. 1184), en sentido relativo a Valle Muñiz ("El delito de estafa", ob. cit., p. 183), y a favor de la omisión como forma de engaño, a González Rus ("Los intereses económicos de los consumidores", ob. cit., p. 282). Para Antón Oneca ("Las estafas..." ob. cit., ps. 64 y 65) "muchos de los casos citados como de estafa por omisión no son tales, sino que en ellos hay una acción determinante del error. Ejemplo: (...) quien paga mediante cheque da a entender la provisión de fondos en su cuenta corriente, etc. De lo dicho resulta que no constituirá siempre acción concluyente encargar una mercancía, sino en los casos en que se simule propósito de pagar".

[432] V. SSTS de 25-9-1970, R.3568, y de 22-1-1975, R.177.

[433] Obsérvese que esta sentencia pertenece al sector jurisprudencial que considera que a las "estafas" del anterior art. 531 y 532 - actual 251- debe exigírseles los mismos elementos que a la definida en el actual 248, para cuya crítica me remito a lo expresado en su momento.

descartarse la posibilidad de que la estafa realizada mediante la entrega de un título abstracto sin existir provisión de fondos (por ejemplo) pueda cometerse a título de omisión para aquellos casos en que el crédito, sabiéndolo y callándolo su expedidor, no sea satisfecho al vencimiento, bien por no existir fondo alguno, bien por estar afecta la cuenta contra la que se gira a otros negocios del librador (de entre las numerosísimas posibilidades de los negocios civiles piénsese por ejemplo en la cuenta en la que se ingresan cada mes certificaciones de obra de una constructora, y se libra la orden de pago inmediata –léase cheque- dos días antes de que se efectúe en la misma el ingreso mensual, sin que haya fondos bastantes el día del pago [434]), o bien porque sólo sea pagado parcialmente por la entidad bancaria.

La STS de 22-9-1993 (R.6823) va más allá que la anterior en la admisión de la comisión de la estafa por omisión y establece que ésta puede darse cuando determinadas reacciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar y el autor omite tal deber. Tal fundamentación del deber de obrar resulta ahora, con la nueva legislación, insuficiente, debiendo integrarse con un deber específico de obrar en cualquiera de los tres

[434] Piénsese por ejemplo en un negocio millonario y en el montante que en concepto de intereses puede representar el retraso de unos días en el pago del mismo.

supuestos del artículo 11 CP, lo que no sucedía en el caso debatido [435].

Así y en cualquier caso, estas situaciones son conducibles a la posición de garante regulada ahora explícitamente por el nuevo código penal (art. 11) y que después abordaré en atención a que tal posición resultará decisiva no sólo en la estafa básica, sino también en la realizada mediante título mercantil abstracto. Pero permítaseme que no encare esta cuestión directamente y que lo haga principiando por el análisis del dolo para luego, ya sí, llegar a aquel planteamiento.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

[435] Los acusados omitieron poner en conocimiento de los perjudicados la pendencia de un crédito hipotecario y el procedimiento de ejecución que se derivó con el fin de adjudicarse la finca a bajo precio, comisión por omisión que la Sentencia atribuye en base a "la próxima relación parenteral y a la comunidad de intereses sobre la casa".

2.- Sobre el dolo necesario para la comisión de la estafa. Estudio del dolo eventual.

2.1.- Introducción.

Si bien será la existencia de dolo lo que permitirá apreciar la existencia del delito de estafa, hay discusión acerca del tipo de dolo necesario para que se produzca dicha integración. De esta discusión se orilla obviamente el dolo directo (sobre el que no la hay) y también el dolo sobrevenido, este último considerado irrelevante penalmente y sí sólo en el ámbito civil [436] desde la reforma operada por la L.O. 8/1983 y mantenido de igual forma en el nuevo código, pues el tipo exige que el engaño sea causa precisamente del desplazamiento patrimonial, con lo que el dolo ha de ser antecedente o concurrente al engaño [437].

---

[436] En el peor de los casos integrando una hipótesis del art. 1102 del Código Civil (STS de 27-9-1979, R.3162), o de los arts. 1269, 1270, o 1476 del citado código (Véase Valle Muñiz – o.u.c., p. 54 y ss.- sobre las dos configuraciones diferentes del dolo -obligacional y como vicio del consentimiento en el repetido código).

[437] Entre muchas, SSTS de 23-11-1995 (R.8953), 26-5-1994 (R.4953) y de 27-9-1979 citada. A favor en cambio de la incriminación por dolo subsequens en la estafa y de forma aislada, véase la STS de 4-9-1992 (R.7084). Diferente del dolo subsequens es la participación adhesiva a la conducta del autor principal, incluso "subsequens" de que habla la STS de 15-6-1994 (R.4960), que es la situación que se da cuando alguien se suma a la comisión del hecho delictivo iniciado por otro y durante el "iter" de su ejecución realizando otros actos que contribuyen a la consumación final del delito ya iniciado, independientemente de que el principio de culpabilidad impida aplicar retroactivamente el reproche culpabilístico a actos cometidos sin su participación.

Es el dolo eventual el que acapara la atención de la doctrina [438] y de la jurisprudencia en orden a si puede o no integrar, junto con el ánimo de lucro, el elemento subjetivo del injusto, moviéndose el Tribunal Supremo -aunque de forma no pacífica como se verá- entre la teoría de la probabilidad y la teoría del consentimiento en lo que a voluntad del agente se refiere, y sin que la confianza o esperanza de que el resultado no se produzca llegue a eliminar la existencia del dolo eventual, ya que la acción del agente no será entonces más que una indiferencia respecto a la producción del resultado, pues la conciencia de la posibilidad de engañar no excluye que el autor continúe con su acción motivado por el beneficio patrimonial o ánimo de lucro. Como dice la STS de 5-5-1995 (R. 3590), el dolo eventual viene dado por el actuar del autor conociendo los peligros de su acción [439].

---

[438] Aunque mayoritariamente a favor de la comisión de la estafa por dolo eventual (véase a Antón Oneca en "Las formas de culpabilidad en las falsedades documentales" AAMN 1948, ps. 101 y ss., Rodríguez Mourullo en "Protección penal del cheque...", ob. cit., p. 927, y a Bajo Fernández en "Protección penal del crédito", ob. cit., p. 181), véase no obstante, en contra, a Valle Muñiz (o.u.c., p. 264 y ss.) aludiendo a la necesidad de certeza y seguridad jurídica y a que el dolo eventual dificulta considerablemente la delimitación del dolo penal con el civil, y también González Rus ("Consumidores...", ob. cit., p. 304) en base a "la naturaleza eminentemente intencional del delito".

[439] Esta sentencia, por el resumen que realiza de la jurisprudencia en esta materia, se transcribe parcialmente a continuación:

"Como ha recogido la Sentencia 1619/1994, de 16 septiembre (R.6961), en el dolo eventual, zona fronteriza con la más grave forma de culpa consciente, el resultado aparece como posible o probable y esta Sala ha seguido las principales teorías mantenidas en la dogmática: la de la

Esta primera aproximación será después objeto de mayor estudio. Ahora es necesario recordar, con la Sentencia del TS de 20-9-1993 (R. 6798), que el dolo se configura en la psiquis de la persona articulado en dos circunstancias distintas, una el requisito intelectual o capacidad cognoscitiva, y otra el requisito de la voluntad, de tal manera que, a pesar de ser ambos indispensables, el elemento cognoscitivo es esencial y sobre el que se asienta el volitivo, ya que es evidente que no se puede querer -o

---

probabilidad, la del sentimiento y la del consentimiento, pero dando mayor relevancia a esta última - Sentencia de 27 marzo 1990 (R.2626)- por diversas razones -Sentencias, de 16 octubre 1986 (R. 5624), 19 diciembre 1987 (R.9800) y 27 diciembre 1988- pero, a partir, sobre todo, de la importante Resolución de 23 abril 1992 (R.6783), conocida vulgarmente del «síndrome tóxico» o «caso de la colza», en la que se afirma rotundamente que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y, si no obstante ello, obró en la forma que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia en la configuración del dolo eventual...» añadiendo que «se permite admitir la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico». El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la «esperanza» de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor. En esta línea destaca sobre todo la Sentencia de 27 diciembre 1982 (R.7869) (conocida como «caso Bultó») en la que la Sala consideró que se debe apreciar dolo eventual cuando el autor toma medidas poco serias para eliminar el peligro que conoce como tal. En tales supuestos, en realidad su acción no es sino una manifestación de su independencia respecto de unos resultados, cuya producción se ha refutado como no improbable -Sentencias de 3 octubre 1987 (R.6951), 26 diciembre 1987 (R.9879), 6 junio 1989 (R.5034), 24 octubre 1989 (R.7744)-. Asevera tal Sentencia de 23 abril 1992 que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa, a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella -como afirma la más reciente Resolución 348/1993, de 20 febrero (R.1383) no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción".

no querer- lo que no se conoce. Conocer el hecho delictivo -y sus consecuencias- y quererlo devienen así los dos elementos psíquicos básicos sobre los que se asienta la intención humana que, a efectos criminológicos, se va a exteriorizar en el consiguiente actuar doloso.

Así, y volviendo a la diferencia entre uno y otro dolo, ya dijimos que reina básico acuerdo jurisprudencial (ver las SSTS de 29-1-1992, R. 581, y de 20-9-1993, R. 6801) en que el dolo directo existe cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto querido, en tanto que el denominado dolo eventual concurre si habiéndose representado el agente un resultado de posible y de no necesaria originación, no directamente querido ni deseado, de ser inevitable su producción, no desiste de la acción que pueda causarlo.

Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, el que se esté ante uno y otro dolo es irrelevante a la hora de llegar a la imputación penal, puesto que en ambos casos estamos hablando de dolo, siendo suficiente también el más débil -el eventual- para incriminar por estafa. Sin embargo, adelantemos ya, aunque este aspecto será tratado más adelante, que en la estafa que puede suceder a una previa relación contractual, como acontece en muchos de los supuestos donde interviene la agravante de título mercantil abstracto, la incriminación por esta clase de dolo va estar

impregnada cuando menos de serias dudas en relación a la mezcolanza con la imprudencia. En efecto, estas dudas, que existen ya a nivel general respecto a cualquier hecho delictivo en que el resultado excede de lo planeado por el autor, en la estafa adquiere visos de solución inaceptable si nos atenemos a muchas de las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo. Estas apreciaciones van a ser objeto, seguidamente, de explicación.

2.2.- La Jurisprudencia del Tribunal Supremo [440].

Entrando ya en materia, una primera cuestión se presenta a la hora de discernir entre ese dolo eventual, que sí sirve de forma genérica para incriminar por estafa, y la llamada culpa consciente, que se da cuando se sabe y conoce todo lo necesario para actuar correctamente pero se tiene un "despiste" –léase desatención- y se produce el resultado "sin querer", actuación perteneciente al ámbito de la imprudencia e ineficaz por tanto para tal efecto incriminador. Esta categoría, representa el estadio superior en la imprudencia y la más rayana a la intención del agente.

[440] Sobre la elaboración doctrinal que ha alimentado las actuales posiciones jurisprudenciales que se analizarán puede verse a Bustos Ramírez, en "Política criminal y dolo eventual", RJC 1984, o a Zugaldía Espinar en "la demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual", ADPCP 1986, este último atreviéndose, después de exponer las diferentes posiciones doctrinales en torno al mismo tema, a calificar la diferenciación teórica de "clara" (p. 404).

Pero la diferencia entre una y otra categoría no está nada clara. Como dice la STS de 20-9-1993 ya citada, "La diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente suscita doctrinalmente las más dispares controversias en un amplio tema en el que las perspectivas subjetiva y objetiva se entrecruzan y confunden para puntualizar y matizar los condicionantes de los delitos de resultado en el contorno de la teoría de la imputación objetiva, tema tan amplio como excesivo en los límites de la resolución judicial".

La STS de 24-10-1989 (R. 7744) parte de la misma problemática cuando afirma que "entre el llamado «dolo eventual» y la «culpa consciente» existe un escalón tan tenue de diferenciación que es muy difícil llegar a conclusiones generales y abstractas realmente definitorias de cuándo al autor del hecho le es imputable su acción de una u otra forma, habida cuenta que, de una parte, y según ha indicado algún ilustre tratadista, el dolo eventual entraña siempre un problema de «fronteras», y, de otra, porque la diferencia entre lo que podríamos denominar «cuasi intencional» y lo puramente culposo o negligente ha tenido que ser creada por la doctrina y la jurisprudencia rozando muchas veces lo alambicado". Con esta última manifestación, la anterior Sentencia se hace eco nuevamente del constante problema del déficit legislativo, ya apuntado en el anterior capítulo, y expresa el deseo, y no aislado por cierto (en idéntico sentido la STS de 5-11-1990, R. 8667), de que "sería conveniente que, en el futuro (aun

comprendiendo la dificultad que ello entraña), esta figura del dolo eventual tuviera un tratamiento legislativo de carácter específico, intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente". Pero entiendo respetuosamente que ha sido el propio Tribunal Supremo el coadyuvante si no el promotor [441] de tal supuestamente necesario pronunciamiento del legislador, ya que, tal como luego intentaré demostrar, se ha desnaturalizado el concepto de intención delictiva mediante el empleo del dolo eventual.

El llamado "problema" del dolo eventual se compone, pues, de un doble frente, esto es, de delimitación con la culpa consciente y, ligado a éste, de superación del déficit del elemento volitivo que debe acompañar a toda intención o dolo.

Empezando por el primero de ellos, nuestra jurisprudencia viene a establecer básicamente una múltiple y a veces contradictoria diferenciación al respecto, mezclando las diversas teorías dogmáticas que se verán, sin duda en busca de soluciones unitarias [442]. Por una parte, la basada en la teoría de la representación, que consiste en que el peligro de lo que puede acontecer sea representado en abstracto o bien en concreto [443], estando ante la culpa

[441] En la medida que no es la doctrina científica sino el órgano judicial el que puede llevar y ha llevado a la práctica tal teoría.

[442] V. Díaz Pita (en "El dolo eventual". Valencia 1994, ps. 290 y ss.) sobre la necesidad de una teoría unitaria del dolo.

[443] SSTS de 24-7-1989 (R. 6276) y de 24-10-1989 (R. 7744).

consciente en el primer caso y ante el dolo eventual en el segundo. Como dice la STS de 23-4-1992 (R. 6783) [444], "La jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo (por lo menos en forma eventual) cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el peligro permitido (...) obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado". Y si la anterior diferenciación viene dada por la cualidad de la representación, la siguiente viene dada por el momento en que ésta se produce, de tal manera que, en esta última, en el dolo eventual la producción del resultado se representa antes de iniciar la acción, y en la culpa consciente se presenta en la mente del agente durante su ejecución [445].

Otro tipo de diferenciación viene dado por el uso por parte de nuestra jurisprudencia de tres teorías principales, muchas veces entremezcladas, en clara progresión hacia el elemento volitivo del sujeto agente [446]. En primer lugar, la teoría de la probabilidad, en la que la posibilidad del evento es tan alta que se representa como probable en la mente del agente, donde si bien al representarse el posible evento se conoce el mismo, la voluntad del agente de que ese hecho se produzca

---

[444] Ver también la STS de 5-2-1997 (R. 698).

[445] SSTS de 20-9-1993 (R. 6801), y de 24-7-1989 recién citada.

[446] SSTS de 5-11-1990 (citada), de 18-3-1992 (R. 2365), y de 11-12-1992 (R. 10212).

sencillamente se presume, brillando por su ausencia –falta de acreditación-, no excluyéndose el dolo eventual por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor [447]. Como teoría cercana a la probabilidad se ha defendido por nuestro Alto Tribunal que es necesario "que el sujeto se tome en serio la posibilidad del delito" (STS de 24-11-1995, R. 8214) [448]. La segunda teoría, llamada del sentimiento, viene dada por la pasividad o indiferencia ante el resultado que se representa como probable, con lo que la voluntad permanece inerte [449]. La tercera y última teoría, la del consentimiento, supone el paso cualificativo en la integración del doble componente -cognoscitivo y volitivo- del dolo y consiste en la aceptación del eventual resultado, previamente representado -conocido- por parte del autor, y sobre el que la voluntad se presenta activa y dirigida a la referida aceptación, lo que se equipara a la asunción del resultado cuando el autor que conoce los peligros concretos de su acción, la ejecuta [450].

---

[447] STS de 23-4-1992, R. 6783.

[448] Ver las SSTS de 5-2-1997 (R. 698), 23-4-1992 (R. 6783) y de 20-2-1993 (R. 1383) que también se hacen eco de dicha afirmación. La primera de ellas añade además el requisito de que se trate de un peligro inmediato.

[449] V. STS de 5-5-1995 citada.

[450] SSTS de 23-4-1992 (R. 6783) y 19-12-1987 (R. 9800). De las tres teorías citadas la primera y la última se presentan como principales para algunos autores, como Luzón Peña, para quien además resulta difícil conciliar ambas posturas, pues como bien expone, "un sujeto puede considerar probable la realización de una lesión típica, ser plenamente

Otro pronunciamiento del Tribunal Supremo viene representado por la STS de 17-4-1997 (R. 3526) cuando establece que "en una postura ecléctica, propugnada por un sector doctrinal, y la doctrina de esta Sala, se exige, en el dolo eventual, que el autor no descarte la posibilidad de que el delito se pueda producir, conformándose o resignándose con ella, mientras en la culpa consciente, aun no queriendo se cause el daño, se advierte su posibilidad, pero se confía en que el resultado no se dará, y en cuanto se deje de confiar en ello, nacerá el dolo eventual" [451].

Y una última diferenciación, en fin, está configurada por la teoría del dominio del acto y viene prestada del ámbito de la autoría y participación delictiva ("dominio funcional del hecho"). La Sentencia del TS de 20-12-1996 (R. 9034) [452] define dicha teoría y realiza el engarce entre el ámbito de la autoría citado y el del dolo eventual que

---

consciente incluso de las elevadas probabilidades de ello y, sin embargo, confiar plenamente en su buena suerte, habilidad o pericia para evitar dicha lesión; es decir, que pese a darse cuenta de la probabilidad descarta que se produzca el resultado y, por tanto, no lo acepta" (En Derecho Penal de la circulación", Barcelona 1990, p. 165). Véase también a Gimbernat Ordeig (en "Acerca del Dolo eventual", Madrid 1990, p.263) que opta por la aplicación de esta última teoría y, obviando en cierta medida el elemento volitivo, defiende que "la teoría de la probabilidad, a pesar de tener un concepto de dolo más amplio que el de la teoría del consentimiento, no obstante fija también unos límites estrictos al dolo y tiene por criterio reglas bien determinadas que permiten alcanzar una cierta seguridad jurídica".

[451] Postura que se compadece mal con la establecida por la teoría del consentimiento así como la del dominio del hecho (vide infra) por cuanto en éstas es indiferente tal confianza.

[452] Ver además y por ejemplo las SSTS de 17-3-1992 (R. 2360), 13-7-1996 (R. 5930), 16-4-1997 (R. 3289) y de 23-5-

ahora nos ocupa, manifestando que "En la doctrina científica patria la denominada teoría del hecho es la que cuenta con más partidarios y de acuerdo con ella los autores son los que deciden sobre los aspectos fundamentales de la ejecución del delito, y para la coautoría el dominio funcional con vierte en coautor a todo interviniente cuya aportación supone un imprescindible requisito a la realización del resultado perseguido. Aquí existe un acuerdo previo, (un aporte armado), un arrastre de todas las consecuencias, no existe exceso pues el resultado ha sido previamente aceptado y el hecho ejecutado es equivalente al planeado. En todo caso, el dolo eventual es bastante para cubrir la producción más grave que el delito proyectado". Para nuestro Tribunal Supremo, esta última afirmación no puede llegar a confundirse con la preterintencionalidad, ya que, aparte de que ésta se establece respecto a dos hechos delictivos -a diferencia del dolo eventual, que sólo se circunscribe a un delito-; como afirma la STS de 18-10-1994 (R. 8023), "la preterintencionalidad representa un 'plus effectum' en el que el resultado va más allá de lo realmente querido, y el dolo eventual contiene esa volición del resultado, aunque sea por la simple aceptación del mismo para el caso de que se llegue a producir". Dicha Sentencia, como se ve, enlaza a su vez con –y se basa en- la teoría del consentimiento. Pero como más adelante se abundará, esta postura es

---

1997 (R. 4264).

susceptible de serias objeciones, puesto que la aceptación es a lo sumo asunción voluntaria de la responsabilidad criminal, no la querencia del resultado; si fuera esto último, el dolo sería directo y no existiría el "problema" que nos ocupa.

El dolo eventual existirá, pues, en la teoría del dominio, cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas sobre las que no tiene el control -dominio del hecho-, sin que igualmente la esperanza o deseo de que el resultado no directamente querido no se produzca elimine esta clase de dolo [453]. Existe en esta teoría una clara posición de garante -lo que no quiere decir que en las otras teorías tal posición no exista, sino que se encuentra más relativizada-, que conlleva el reproche de no dominar la situación en orden a evitar que el evento delictivo se produzca y que entronca con la regulación de la comisión por omisión -vide infra-.

2.3.- Elementos y requisitos del dolo eventual conforme a la anterior jurisprudencia.

Expuestas las posiciones básicas en la materia por parte de nuestro Alto Tribunal, estamos en condiciones suficientes de establecer los diferentes elementos que de

[453] Los precedentes más notorios de esta teoría, aunque no exentas de mezcla con las descritas anteriormente, vienen representados por las SSTS de 27-12-1982 conocida como el "caso Bultó" y de 23-4-1992 (R. 6783), conocida vulgarmente como de la colza. Ver en el mismo sentido la STS de 5-2-1997

ellas se derivan. Así el dolo eventual estará compuesto de conocimiento de un hecho de producción eventual, y de querencia del mismo, pero interviene además aquí, como elemento característico, el riesgo o peligro de producción del evento delictivo.

No se comparte, pues, por notoriamente insuficiente, la relación de elementos integrantes del dolo eventual efectuada por el propio Tribunal Supremo en sentencia de 24-11-1995 (R. 8214), según la cual "para que haya dolo eventual han de concurrir los elementos siguientes:

1.° Previsión del resultado. El autor del hecho ha de reflejar en su mente la posibilidad de que se produzca el resultado del delito de que se trate, en este caso la muerte de la niña. Elemento común al dolo eventual y a la culpa consciente.

2.° Previsión del resultado como probable. Tomárselo en serio, dicen ahora algunos autores con una expresión singularmente gráfica. No basta que objetivamente sea probable el resultado como consecuencia del comportamiento de que se trate, medida tal probabilidad por los datos que la experiencia nos ofrece. Es necesario que tal probabilidad esté en la mente del autor. Pero si tal probabilidad objetiva no existe será difícil acreditar que se la pudo representar el sujeto en su mente en el caso concreto.

(R. 698).

El grado de tal probabilidad es un extremo discutido en la doctrina.

3.° Que sobre ese resultado, que aparece como probable en la mente del sujeto, intervenga de algún modo la voluntad, aceptándolo, aprobándolo o conformándose con él. Cuando nuestro Código Penal castiga los delitos dolosos, lo que sanciona es la voluntad del autor rebelde al mandato que toda norma de este carácter implica".

Así, en la anterior resolución el elemento cognoscitivo deviene establecido de forma difusa y falto de fronteras, tanto con la culpa consciente -primer elemento- como del grado de probabilidad necesario -segundo elemento-.

El riesgo o peligro que entendemos integrante esencial del llamado dolo eventual contiene unos determinados requisitos, debiendo por tanto ponerse en relación los elementos cognoscitivo y volitivo de lo que me ocupo inmediatamente aunque principiando por aquél.

A) Riesgo o peligro: 1) Éste debe de situarse "por encima de lo permitido" y ser "jurídicamente desaprobado", 2) "serio, elevado [454], previsible e inmediato", 3) "no controlado por el autor", 4) "participado -mejor que provocado- por él", 5) estar representado "en concreto" y "ex ante" ya que tanto si lo está "en abstracto" como "durante" estaremos ante la culpa consciente.

[454] La STS de 20-10-1997 exige este requisito siempre en

B) Conocimiento: Deberá concretarse en el riesgo o peligro antes expuesto, pues de otro modo no existiría conciencia sobre el hecho posible o probable -evento- sobre el que recae el dolo eventual, y este hecho está precedido por un riesgo o peligro, pero no un riesgo cualquiera sino el constituido por los requisitos ya expuestos, con lo que resulta clara la exigencia de conocimiento de la cualificación del mismo. La falta de ese preciso conocimiento determinará que la intención carezca de asentamiento, puesto que no se puede querer lo que no se conoce, determinando la aparición del error de tipo sobre un componente -conocimiento- del elemento subjetivo del injusto -dolo eventual-, y su consiguiente exoneración de responsabilidad penal.

C) Voluntad: 1) Ésta no sólo no se dirige hacia el hecho eventual, sino que tampoco se dirige hacia la consecución del riesgo [455], y sí únicamente a la acción principal de la que éste se deriva, con lo que queda claro que, en el dolo eventual, la intención del sujeto ha sido articulada por nuestra jurisprudencia fuera de la clara y elemental estructura "Sí/No o Existencia/No existencia", propia del dolo directo. Esta intencionalidad sobre el hecho probable e incierto deberá versar sobre lo conocido, que deberá ser

---

cualquier caso.

[455] Se estaría luego ante un claro indicio de voluntad -

"no directamente querido por el mismo", o lo que es lo mismo, deberá "quererse indirectamente" -extraña expresión de la que me ocupo en el siguiente apartado- que se mantenga el riesgo cualificado a que hacíamos referencia y el probable resultado que como consecuencia se pueda producir.

En relación a la voluntad estrictamente sobre el resultado, hemos de apuntar que el mismo ha de ser "de no necesaria producción" puesto que estaríamos en caso contrario ante el dolo directo de segundo grado.

Y hemos de apuntar también aquí otro elemento que deviene por la propia naturaleza de todas aquellas figuras en que el resultado supera lo estrictamente planeado. Se trata del carácter de derivación del hecho no querido respecto del directamente querido, derivación que, obviamente, no es exclusiva del dolo eventual sino también de la imprudencia e incluso del dolo directo de segundo grado en cuanto a la consecuencia necesaria que éste conlleva [456]. En el dolo eventual, tal derivación no puede ser, pues, forzosa o necesaria.

La intencionalidad directa puede pertenecer al ámbito civil, por ejemplo ante un contrato, donde se quiere directamente obtener un lucro con el mismo y donde los

---

directa- de producción del evento.

[456] Se diferencia así entre la derivación eventual y la necesaria, donde ésta, recuérdese, pertenece al dolo directo. La doctrina clasifica a las consecuencias necesarias como integrantes del dolo directo de segundo grado, por contraposición a la consecuencia principal a la que denomina dolo directo de primer grado (v. la STS de 14-2-1997, ya

tratos preliminares pueden acarrear consecuencias no directamente queridas, en nuestro caso, posibilidad de que una parte sea llevada a error por el celo negociador de la otra, mas no por un engaño querido [457] [458]. Y puede también pertenecer el dolo directo a un elemento fundamental del hecho criminalizado, como sucede al querer decididamente el engaño bastante para producir error en otro a fin de lucrarse con su acto de disposición, pero sin que al agente le importe un ápice el perjuicio del prójimo [459] ni se plantee en consecuencia voluntad activa alguna respecto al mismo ni si éste se produce o no; o como sucede también cuando se quiere engañar "un poco" pero sin querer de forma directa provocar el error de la otra parte (simplemente "se le fue la mano"), produciéndose aquí, aparte del relativo al posible error del agente, el dilema de si se estará luego ante un dolo débil o ante una culpa fuerte. En cualquier caso -y por eso se menciona el requisito de derivación del hecho, y no sólo el del riesgo, respecto del hecho directamente querido-, en los supuestos en que el

---

citada).

[457] El engaño es posible aunque el que contrata tenga intención de negociar realmente y de defender su derecho. Ver más adelante la definición de "dolo bueno" que nos da el diccionario oficial.

[458] Evitamos entrar aquí y ahora, por estar en el ámbito de un sólo delito, en la llamada preterintencionalidad delictiva, a pesar de que no podemos perder de vista el paralelismo entre esta figura y el objeto de nuestro estudio.

[459] Recuérdese que a la indiferencia ante el perjuicio -aunque exista representación o conocimiento de la posibilidad del mismo- la teoría del consentimiento le asigna carta de

dolo eventual penal deriva de un dolo directo civil, la producción del evento derivado de la acción directamente querida es la que va a permitir precisamente que el mismo sea tomado en consideración, pues si no se produce será atípico. Sobre esta interesante cuestión me ocupo más adelante para cuestionar la fundamentación del dolo eventual tal como ha sido construido por la jurisprudencia del TS.

La asunción de la totalidad del riesgo -y no sólo el creado por el propio autor- y del hecho que eventualmente pueda llegar a producirse conlleva una emisión de voluntad por parte del autor que se equipara al consentimiento, exigido en otros ámbitos del derecho, y en concreto en el ámbito civil. Es posible afirmar incluso que la construcción de la teoría del consentimiento por parte de la Sala segunda del Tribunal Supremo se asienta sobre el consentimiento propio del ámbito civil. La Sentencia del TS de 20-2-1993 (R. 1383) plasma lo anterior con gráfica expresión al establecer, como uno de los dos elementos propios del dolo eventual [460], "el de aceptar o cargar con la incertidumbre o eventualidad de que tal resultado se produzca". Esta aceptación o asunción supone el elemento volitivo de cualquier empresa, como puede ser la perfección de un contrato, donde aquél se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa

---

voluntad -vide supra-.

[460] El otro elemento es, según dicha resolución, el del conocimiento o conciencia del elevado riesgo de producción

que han de constituir el contrato (art. 1262 CC). Y no creemos que se altere ninguno de estos elementos ni que exista distorsión alguna si mantenemos mutatis mutandi y ya en el campo penal, que el riesgo y posterior resultado derivado de una acción directamente querida por el autor se le es ofrecido, o dicho de otro modo, lo tiene a su alcance y es representado por el mismo, de modo que ante tal elección -donde operaría precisamente la voluntad según el TS- el autor opta por aceptar -en vez de rechazarlo- el hecho y sus consecuencias para el caso de que se produzca, aceptación del hecho ilícito del mismo modo que se acepta el objeto (hecho eventual en el ámbito penal) y la causa (ilícita o delictiva en lo penal) ante un contrato civil. Y como ocurre en el ámbito contractual, en que será indiferente que la iniciativa provenga o no del aceptante, con tal de que contrate -consienta-, en el campo penal será igualmente indiferente a la intención o dolo del autor la circunstancia de que la iniciativa en la producción del hecho provenga directamente del autor, por ser este hecho principal y su iniciativa directamente queridos, o que en cambio provenga propuesto por el futuro e incierto devenir de los acontecimientos -futuro probable participado o quizá iniciado por él con la creación del riesgo pero, recuérdese, incierto o de no necesaria producción- con tal de que lo acepte si finalmente se produce. Siguiendo con la comparación contractual civil y a los solos efectos de la

---

del resultado.

manifestación de voluntad, podemos asimilar la aceptación que configura el dolo eventual con la aceptación de un contrato aleatorio, como el de seguro, en el que el asegurador asume el riesgo de cargar con las responsabilidades civiles del evento dañoso cuando el mismo, en su caso, se produzca, cosa que dependerá del "aleas" o azar, y donde la característica gravedad del riesgo o de peligro elevado no empaña tal asimilación puesto que las probabilidades de producción del evento también son tenidas en cuenta en el contrato de seguro, básicamente para calcular la contraprestación -prima-.

2.4.- Sobre la necesidad de apreciar dolo eventual y su aplicación selectiva en función del delito como solución.

En pro de la necesidad de la aplicación del dolo eventual puede alegarse la en principio nada desdeñable alegación consistente en que del hecho no directamente querido puede resultar la comisión de un delito, con lo que cualquier ciudadano medio debería cejar en cualquier intención que pueda potenciar esa posibilidad o riesgo en tanto que deber de evitar el delito si está en su mano -y evidente lo está cuando es el propio autor quien crea las circunstancias o inicia los desencadenantes para ello-. Basándose en un reproche similar establece el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15-4-1997 (R. 2931) que "En el concepto de dolo a que se refiere el artículo 10 del CP de

1995 ha de entenderse no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y, sin embargo, aceptado bajo ese signo de eventualidad. Es detestable el dolo eventual cuando el sujeto, representándose un resultado dañoso de muy probable originación, aunque no fuese directamente perseguido, le presta su aprobación, contando con su posibilidad y asumiéndolo en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales".

Existen determinados supuestos que parecen claros ejemplos de la necesariedad del dolo eventual, como el que abandona a otro que depende exclusivamente de sus cuidados [461], creando o aumentando en este caso de la sentencia

[461] Este es el supuesto juzgado en la STS de 28-1-1994 (R. 125). Recuérdese también el macabro ejemplo extraído de algunas secuencias del séptimo arte ("el cazador") donde se apuesta utilizando la llamada ruleta rusa sobre otro y donde las posibilidades de muerte no serían elevadas (una de cada seis -16,6%-, dependiendo del cargador), lo que traspuesto al mundo real cuestionaría la característica de "riesgo elevado" exigido por la jurisprudencia al tratarse de un supuesto notoriamente reprochable de riesgo de muerte. Considero no obstante que en este desagradable ejemplo, la vida de la víctima no es objeto de voluntad del agente sino de luctuosa indiferencia que le sirve de exclusivo pasatiempo, objetivo similar al de cualquiera que sometiera a otra persona dolosamente a cualquier evento -léase sometimiento intencionado a un riesgo de producir un resultado- delictivo, pudiendo llegar al resultado sin necesidad de pasar por la fase previa de riesgo -por ejemplo, matar a la víctima sin además "pasárselo bien" con dicha situación previa. Alguien podría en esta tesitura entender que la única solución es atribuir el azar bajo la responsabilidad del agente (cobrando así fuerza la necesidad del dolo eventual). Pero cabe contraponer a ello que la afirmación "quiero que eventualmente suceda", que sería la definición aséptica y estricta del dolo eventual (y que nada tiene que ver con los supuestos en que nuestra jurisprudencia aplica el mismo) no tiene sentido en sí misma como objeto intencional, ya que nadie pasa por la eventualidad cargando con el contratiempo

anotada -puesto que ya preexistía la situación de dependencia de la víctima- considerablemente un riesgo jurídicamente desaprobado en que el autor sabe que puede producir la muerte con su actuar. Me refiero a la expresión que pudiera alojarse en la mente del agente similar a "Quiero que eventualmente se produzca el delito". En tales supuestos cabría plantearse -luego veremos la viabilidad de este planteamiento- una incriminación restrictiva, basada exclusivamente en una aceptación expresa y directa del eventual delito por parte del autor, no presumida por el hecho de continuar su acción principal ni por ningún otro hecho, efectivamente probado por la prueba de indicios, debiendo de concurrir al menos dos de dichos indicios sobre dicha aceptación y asunción del delito para el caso que se llegue a producir.

He hablado de aceptación "directa", porque entiendo que tal ha de ser la cualidad de dicha aceptación. En caso contrario estaríamos ante el castigo basado en una emisión de voluntad viciada, lo que en el delito de estafa significaría la paradoja de castigar con el mismo fundamento que se quiere combatir, esto es, el engaño, que consiste precisamente en viciar la voluntad de la víctima.

---

de que el evento no suceda, repetimos, pudiendo prescindir de ella, puesto que desde el momento que no se busca directamente el delito éste deja de ser objetivo -fin o meta-, donde pesa más el triste divertimiento -objetivo directo de la voluntad- que la indiferencia sobre el posible hecho delictivo. Y la indiferencia no es voluntad, por más que sea preocupante falta de valores.

Pero otra importante razón para la exigencia de aceptación y asunción expresa y directa reside en otro dato fundamental: a efectos de voluntad, la aceptación y asunción responsable de un evento es independiente y perfectamente diferenciable del hecho mismo, con lo que es dable una voluntad diferente respecto a aceptación y respecto de la producción del hecho eventual -recuérdense las Sentencias antes transcritas en las que existe asunción del hecho por un lado y deseo de que no se produzca por otro-. Es igualmente posible, pues, que exista emisión de voluntad, activa, expresa y directa sobre la aceptación y asunción del delito para el caso que llegara a producirse, y que en cambio no exista voluntad alguna del agente, ni positiva ni negativa sobre la producción del hecho mismo, siéndole éste indiferente.

Es más, y lo que sigue se menciona en coherencia con lo hasta ahora expuesto, la querencia sobre la producción del evento ha de ser inexistente, ya que si existe querencia afirmativa de producción eventual del delito, estaríamos ante el dolo directo, bien en grado de tentativa si el hecho no llega a realizarse, al realizar parte de los actos en orden a la producción del resultado, bien en grado consumado si tal voluntad obtiene satisfacción; y si existe querencia negativa, es decir, de que el hecho no se produzca, no sólo se estrecha luego el paso sin contradicción con la aceptación del evento -que aisladamente considerado sería aún soslayable si ésta se

efectúa por mor exclusivo de la querencia principal (vide infra)-, sino que tal contradicción resulta insalvable además por la misma querencia directa de que el evento no se produzca (vide infra).

Pero a pesar de lo dicho en términos genéricos sobre la admisión de una aceptación expresa y directa, será necesario fijar en qué supuestos y hasta qué límites deberá operar tal restrictiva emisión de voluntad por aceptación del evento en vez de evitarlo. A tal fin debemos recordar que el legislador no castiga expresamente la no evitación de todos los delitos, sino que sólo adquiere reproche penal la no evitación de algunos, sin duda los que considera más fundamentales para la convivencia. Así, en su artículo 450 el Código reprocha y castiga al que pudiendo hacerlo sin riesgo no impida o acuda a la autoridad para impedir la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, en su integridad o salud, o en su libertad -incluida la sexual-. A tal comparación no empece el hecho de que en la omisión pura se exija un hacer y en la impura un no hacer [462], puesto que lo que importa es el reproche de lesión del bien jurídico (pudiendo actuar de otro modo).

A mi juicio, la aplicación del dolo eventual, se limitaría a estos delitos [463], ya que existe una clara

[462] V. Silva Sánchez, en "El delito de omisión: concepto y sistema", Barcelona 1986, ps. 158 y 159).

[463] Véase no obstante a Córdoba Roda ("Comentarios al Código Penal, Barcelona 1976, p. 21), cuando, en otra vía diferente a la expuesta, limita la entrada del dolo eventual en ciertos delitos, en base a que "en la ley penal se

similitud entre la actitud del agente en el dolo eventual y la no evitación del delito que reprocha este artículo, donde el agente, aunque no quiera el evento, pudiera decirse en la misma lógica que la empleada para fundamentar esta clase de dolo, que lo acepta o consiente si no hace nada para evitarlo pudiendo hacerlo, ya que en ambos casos los hechos por los que se castiga no han sido queridos por el autor (no existe voluntad sobre los mismos) [464]. No entiendo, pues, que deba tenerse en cuenta el art. 195.3 CP porque requiere de unas circunstancias que no han de darse forzosamente en todos los delitos ni por supuesto en los del art. 450 CP. Así, aquél exige víctima desamparada, en peligro (se subraya este término) manifiesto y grave, por causa de accidente ocasionado fortuitamente por un omitente que puede actuar sin riesgo propio o ajeno, mientras que éste sólo exige esto último [465].

Con lo anterior no se establece el límite a partir del cual admitiríamos la restrictiva entrada en juego del dolo eventual en los delitos comprendidos en el art. 450, sino que únicamente lo excluiríamos para los demás, lo que nos

---

contienen determinados tipos que por sus especiales características, no pueden ser cometidos con el eventual. Así, en relación al aborto del art. 411, a la injuria del segundo párrafo del artículo 422, y a la exención del servicio militar del artículo 425, la concurrencia de esta modalidad de dolo resulta insuficiente".

[464] Véase a Díaz y García Conlledo (en "Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión: ¿Un caso de dolo alternativo?". PJ n° 24, 1991).

[465] Véase a Silva Sánchez, en "La comisión por omisión", en Jornadas sobre el nuevo CP de 1995. Bilbao, 1998, ps. 40 a

permite concentrarnos al objeto de nuestro estudio. Así, a efectos de estafa y especialmente de estafa mercantil a que hace referencia la agravante del art. 250.1.3° CP, y puesto que nuestro legislador no considera digno de reproche penal la no evitación de ciertos delitos -los excluidos del art. 450-, entre los que se encuentran los de tipo patrimonial, resulta a mi juicio imposible exigir conducta alguna del agente en orden a evitar tal delito desde el punto de vista de la propia ley penal que, repetimos, no reprocha la no evitación de la estafa.

A mayor abundamiento debe recordarse una vez más que la producción de dicho resultado, al menos en la estafa con sustrato comercial, viene determinada por la incerteza -eventualidad- del hecho y en parte también por la concreta conducta y estrategia -y consiguiente intencionalidad o negligencia- del sujeto llevado a error, con lo que cargar al agente la totalidad de la producción del repetido resultado no sólo aumenta desproporcionadamente el reforzamiento de un deber [466] sino que va en contra de "la sagaz precaución con que uno debe defender su derecho", que es la definición que sobre el llamado "dolo bueno" nos da el Diccionario de la Real Academia.

En las reflexiones que anteceden se contempla la posibilidad de fragmentar, por decirlo así, la incriminación genérica del dolo eventual, desligándolo de

42.

[466] Ver Córdoba Roda, "Ejercicio de la abogacía..." ob. cit., p. 20.

la teoría general del delito para estudiar su aplicación y validez en función de cada delito en concreto.

Ahora bien, en esta incriminación selectiva por dolo eventual no es posible situar el punto o frontera que permita trazar la anhelada distinción con la culpa consciente, con lo que zozobra igualmente aquí los principios de seguridad jurídica y de igualdad. Asimismo, al atribuir al sujeto lo que resulte del azar, se penaliza por caso fortuito y zozobra luego también el principio de culpabilidad entendido como la atribución del hecho exclusivamente a su autor. En este sentido, se puede caer en la tentación de cargar la responsabilidad del evento al autor aunque el mismo sólo haya coadyuvado o cooperado, junto con el destino o el azar, a la producción del hecho. Pero también desde este sui generis punto de vista es insostenible la incriminación, puesto que es pacífica la doctrina acerca de la necesidad de que el dolo del cooperador necesita obviamente del conocimiento por parte del mismo respecto de la actividad delictiva que el autor propiamente realiza y, además el conocimiento y la intención de que con el propio comportamiento se está ayudando a la comisión de la infracción penal de que se trate [467], y tal dolo de que el hecho se produzca y a cuyo fin se coopera no existe en el autor por dolo eventual.

Así, de las graves contradicciones que en muchos -demasiados- aspectos adolece la incriminación por dolo

[467] V. La Sentencia de la AP de Zaragoza, Sección 3ª, de

eventual, unido a la dinámica y riesgo propios del mundo mercantil y a la exclusiva incriminación por la ley a quien no evita delitos contra la vida, la integridad y salud, o la libertad -incluida la sexual- de las personas, pero no a la estafa, se deducen los tres pilares sucesivos sobre los que se asienta la conclusión final que haría que nos manifestásemos en contra de la incriminación por dolo eventual en la estafa por título mercantil abstracto [468].

2.5.- Crítica y negación del dolo eventual como solución definitiva, y no sólo selectivamente en función del delito, sino de aplicación a todos ellos.

En efecto, las diferenciaciones básicas que se han analizado continúan adoleciendo, a pesar del esfuerzo dedicado, de serios problemas de frontera entre el dolo no directamente querido y la culpa consciente o representada, y no faltan resoluciones del Alto Tribunal que sitúan al dolo eventual precisamente "en la zona fronteriza entre el

5-4-1995 (R. 532).

[468] V. en este sentido a Vila Mayo (en "Ensayo sobre la estructura del delito de estafa", ob.cit., p. 31), que de modo genérico a cualquier estafa, niega la operatividad del dolo eventual en base al ánimo de lucro, afirmando que si este elemento "es la intención específica que proyecta el hacer del agente hacia la consecución final de un lucro injusto, constituyendo ese ánimo el motor de su obrar, tal exigencia no resulta fácilmente asimilable a un supuesto en el que el resultado final aparezca meramente como una posibilidad, y sea otro el fin real del sujeto activo, sino que para éste el logro de un lucro injusto debe ser algo

dolo directo y la culpa consciente" [469], reconociendo implícitamente que ambas categorías "se tocan", y donde el dolo eventual estaría a caballo entre una y otra, mas no separando a las dos.

Hablar de "querer indirectamente" entiendo que ya es en sí un contrasentido si no se está significando con ello un querer velado o disimulado. Si algo se quiere indirectamente lo será de forma velada, pero con el ánimo dirigido a su obtención, sin perjuicio de que para la misma hagan falta otros quereres más inmediatos que le lleven a aquella, ya que sólo la voluntad es capaz de mover y determinar al sujeto en aras a la obtención de lo querido. La actitud indiferente sobre un resultado no es quererlo -tampoco lo contrario-, con lo que la voluntad no deviene ni positiva ni negativa, sino sencillamente neutra e inexistente, incapaz luego de mover y determinar al sujeto hacia dirección alguna. Entiendo por tanto que yerra el sector jurisprudencial -teoría del sentimiento- que adopta la indiferencia sobre el resultado como manifestación de voluntad integradora del dolo eventual.

Más grave es aún a mi juicio la contradicción existente en las sentencias -mayoritarias- del TS cuando afirman que la esperanza o el deseo de que no se produzca el evento no excluye el dolo [470], puesto que se están

---

querido en primera línea".

[469] STS de 14-2-1997 (R. 1357). Véase en el mismo sentido las SSTS de 25-11-1991 (R. 8558) y de 16-9-1994 (R. 6961).

[470] Sentencias que se contradicen a su vez con aquellas otras, como la STS de 11-5-1994 (R. 3686), según la cual el

contraponiendo dos conceptos similares cuando no idénticos. Según el diccionario oficial, "voluntad" significa, entre otras cosas, "gana, deseo de hacer una cosa"; "querer" es un verbo transitivo que significa "desear, apetecer"; "desear" significa "Anhelar que acontezca o deje de acontecer algún suceso"; "deseo" significa "movimiento enérgico de la voluntad"; y "esperar" significa "tener esperanza de conseguir lo que se desea". Las coincidencias entre querer y desear hacen inviable, pues, contrariamente

---

dolo débil y la culpa fuerte se diferencian en que "en el dolo eventual el resultado se acepta o se tolera, y en la culpa consciente se rechaza (el autor confía en que el resultado no se producirá; en otro caso no habría actuado)", resoluciones de signo contrario en perjuicio del valor Justicia y provocada, sin lugar a dudas por tratarse de categorías de origen jurisprudencial o dogmático, que no legal. Contradicciones que se dan también sobre el parecer del propio TS sobre la teoría más utilizada por la jurisprudencia, ya que, mientras la sentencia de 5-11-1990 (R. 8667) manifiesta que "en el sentir de la Jurisprudencia, la teoría del consentimiento es la más enraizada frente a otras como la de la probabilidad", sólo un año más tarde la sentencia de la misma Sala de fecha 23-4-1992 (R. 6783) afirma que "El Tribunal Supremo desde hace tiempo se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se percibe en la teoría del dolo eventual", en lo que deviene así nuevamente una oscilación intolerable en detrimento de la igualdad y la seguridad jurídica. Esta última sentencia ha supuesto en efecto una inflexión en la posición del TS respecto del dolo eventual de nuevo hacia la teoría de la probabilidad, considerando suficiente el elemento cognoscitivo (representación del evento) como prueba de cargo contra el autor y a lo sumo presumiendo que existe aceptación del resultado cuando el autor continúa su acción principal. Son muestra de esta inflexión las SSTS de 28-1-1994 (R. 125), 20-4-1994 (R. 3354), 24-11-1995 (R. 8214), 27-1-1997 (R. 505),5-2-1997 (R. 698), 15-4-1997 (R. 2931). A pesar de ello, véase nuevamente la STS de 17-4-1997 (R. 3526) que vuelve a entender como mayoritaria la teoría del consentimiento como preponderante sobre la de la probabilidad.

al uso efectuado por el TS [471], que el deseo de que no se produzca el resultado eventual no invalide el de que sí se produzca, porque estamos ante dos quereres que "tiran" hacia objetivos diametralmente opuestos, a saber, "indirectamente" hacia la producción del evento, y directamente [472] -deseo directo- hacia su no producción, donde incluso no sólo se invalidan ambos sino que, por ser directo el segundo, debiera prevalecer sobre el primero.

Volviendo a las diferenciaciones antes expuestas, ahora sobre la basada en la representación bien en abstracto o bien en concreto, apreciamos que se mantiene la dificultad en la frontera a partir de la cuál acaba lo concreto y empieza lo abstracto, con lo que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que va a provocar -está provocando- apreciaciones dispares y desiguales, y además de forma exponencial puesto que esta indeterminación no es creada por la ley, como ocurría en los supuestos analizados en la primera parte de este estudio, sino que se trata, repetimos, de límites penales jurídicamente indeterminados que provienen de fuente difusa, cual es la jurisprudencial. Y también podríamos decir lo mismo respecto a la débil diferenciación basada en el momento en que se produce la

[471] Aunque no en todas sus resoluciones: Véase la STS de 7-5-1997 (R. 3864), que identifica expresamente dolo con deseo, conforme, aquí sí, al hablar común.

[472] No se ha definido el TS sobre la cualidad de esta querencia o deseo de que el evento no se produzca, si bien resultaría rocambolesco cualificar de indirecto ese deseo, por más que pueda ser llevada a cabo de forma defectuosa (véase al respecto la STS de 27-12-1982 conocida como "caso

representación del evento, puesto que la representación "durante" la ejecución que caracterizaría a la culpa consciente respecto al dolo eventual es posible también respecto a este último y así lo viene manifestando la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo de forma pacífica -al menos de forma más pacífica que en el presente aspecto- en cuanto a la exigencia del momento en que debe operar el dolo en la estafa [473], con lo que afloran de nuevo aquí interpretaciones contradictorias dentro de la propia Sala segunda del Alto Tribunal.

Sobre la teoría del consentimiento, en tanto que utilizada como herramienta que discierne el dolo (eventual) de la culpa (consciente) -y decantarse por el primero- en función básicamente del elemento volitivo, hay que decir que, aunque aquella contempla los dos requisitos de orden psíquico de que consta el dolo, conocimiento y voluntad, no podemos olvidar que este último elemento se cierne sobre un hecho que no es querido directamente por el sujeto agente, ni a él dirige su intención delictiva: Al tratarse de un hecho no cierto y sí solamente posible, desde un punto de vista aséptico, el agente está aceptando tanto la posibilidad de que ocurra como la de que no ocurra , con lo que al tener sólo en cuenta la primera e ignorarse la segunda, se procede contra reo en un hecho de existencia dudosa, futura e incierta, con posibilidad de resultar así

Bultó").

[473] Entre muchas, SSTS de 23-11-1995 (R.8953), 26-5-1994 (R.4953) y de 27-9-1979, ya citada.

vulnerado tanto el principio constitucional de presunción de inocencia como el procesal principio in dubio pro reo. En este punto aflora de nuevo la inevitable relación entre el derecho penal sustantivo y el procesal, sin que podamos olvidar que serán las circunstancias de cada caso las que llevarán al juzgador, en su soberanía, a apreciar la prueba de cargo suficiente para enervar el primero de los principios recién dichos o para sopesar las pruebas de cargo y descargo en orden a la incriminación ceñida -en lo que ahora nos ocupa- en la intencionalidad del sujeto, usando en caso de duda la herramienta procesal que le brinda el principio pro reo. Baste advertir -ya lo hemos hecho- que la anterior crítica se refiere en abstracto a la solución que nuestra jurisprudencia articula también en abstracto para llegar a la incriminación por dolo eventual.

Por otra parte, aceptar el resultado que puede derivar del principalmente querido, puede que no sea quererlo, sino aceptar la carga que el resultado expresamente querido conlleva, lo que no significa que se pase a querer dicha carga accesoria, sino que, lejos de querer ésta, reafirma la expresa querencia de aquél. En este sentido, el evento que puede seguir al hecho directamente querido puede perfectamente ser no querido y en cambio aceptado por mor de la querencia principal. Puede tratarse en suma de una "aceptación a disgusto" del autor e incluso contra su voluntad, es decir, queriendo que no se produzca pero que cede ante el interés que para el autor representa la acción

principal. Esta reflexión entronca con la crítica antes efectuada sobre la contradicción que supone contraponer querer y deseo, y pone de manifiesto en definitiva la falta de voluntad del agente hacia la producción del evento derivado de su acción principal.

En el anterior apartado ya asimilamos, desde la óptica de la voluntad, la aceptación civil de una obligación aleatoria con la aceptación requerida por la teoría del consentimiento. Ciertamente y como ya dijimos, ocurre que, de entre las diferentes teorías esgrimidas por el TS para fundamentar el dolo eventual, la del consentimiento contiene las mayores garantías de intervención del necesario elemento volitivo, al tener la aceptación del eventual resultado la misma significación que la emisión del consentimiento y con ello de la voluntad para obligarse. Ahora bien, incluso la teoría que nos ocupa es susceptible de merecer reparos y no precisamente someros. Y es que la aceptación aleatoria o del eventual resultado significa asumir causas ajenas en la producción del hecho determinante de la obligación y consiguiente responsabilidad. Eso, que es posible en el ámbito civil, no lo es en cambio cuando hablamos de responsabilidad penal, donde no es dable responder por hechos ajenos, por ir contra los principios sobre los que se asienta nuestro sistema penal (culpabilidad, castigo, reinserción, etc.), y donde únicamente se admite responsabilidad penal -además de la intencionada lesión o puesta en peligro del bien

jurídico que sea- a título de imprudencia por infracción del deber de prudencia o cuidado que desembocan en un resultado reprochable. Pregúntese a una compañía aseguradora si quiere la producción del resultado que ha asumido en cualquiera de sus contratos: la respuesta será obviamente que no, puesto que tal evento va en contra de sus intereses, por más que lo haya asumido; ejemplo que contradice frontalmente la relación directa -practicada por nuestros Tribunales- entre asunción del evento y querencia de que el mismo suceda, voluntad no ya inexistente sino probablemente de signo contrario [474]. Pero se haya inspirado o no el Alto Tribunal en el ámbito civil para la elaboración del dolo eventual en la teoría del consentimiento, lo cierto es que, como más adelante se abundará y matizará, a diferencia de lo que ocurre en dicho ámbito respecto a las responsabilidades civiles, en el derecho penal las responsabilidades penales no se asumen (dicho sea en el sentido voluntarista del término), ni las propias, que vienen impuestas por la ley, independientemente de la voluntad del agente, ni menos aún las que no provienen de su actuar, bien sea del caso fortuito o del azar, bien sea del actuar de la víctima -concurrencia de responsabilidad-.

El legislador ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la figura de la asunción -en concreto de un deber- en el

[474] La única diferencia plausible de este supuesto con el recién citado pocas líneas más arriba es que la aseguradora acepta y asume por precio, y el reo de dolo eventual por mor

derecho penal con ocasión precisamente de la elaboración del Código de 1995 y en concreto, con ocasión del art. 11, de la comisión por omisión -al que luego le dedicamos atención especial-. Así, fue presentada una enmienda por el Grupo mayoritario de la oposición (la n° 225) que proponía el siguiente texto: "Se imputará, también, el resultado a un determinado comportamiento si la no evitación del mismo se equipara por la Ley a su efectiva causación y el autor ha asumido, en su situación, el deber jurídico personal de impedir aquél." Como justificación de dicha enmienda se argumentó que "La enmienda sugiere una referencia expresa a la asunción personal por el autor del deber jurídico de impedir la producción del resultado, que le convierta en garante ante los demás, de que éste no va a ocasionarse". Pero el Grupo parlamentario mayoritario que defendió el proyecto de código penal mantuvo este punto en su texto original, finalmente aprobado y ahora vigente, y, con indudable acierto, rechazó la inclusión de la asunción voluntarista por parte del agente en el derecho penal manifestando que "entendemos nosotros que el deber jurídico de que estamos hablando no se asume. Es decir, el deber jurídico no puede pasar por la acepción subjetiva de considerar si es o no deber (...) Por lo tanto, la asunción de ese deber jurídico -en términos penales, no digo en derecho privado- no tiene sentido, a nuestro entender. (...) Otra cosa es el derecho privado cuando pueda asumirse

---

de la querencia principal.

o no. Pero en derecho penal la asunción de ese deber jurídico no puede pasar por el filtro de la aceptación o no por parte del autor" [475].

Esta posición efectuada con motivo de la elaboración del Código Penal es acorde con otra manifestación explícita del legislador efectuada con motivo de la elaboración del Código Civil, y en concreto en su artículo 6.2, cuando nos dice, en perfecta coherencia con la anterior, que "la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros". Y de interés y orden público es todo el Derecho Penal.

En efecto, la asunción voluntaria de la responsabilidad no puede admitirse en este Derecho [476], por más que se haya provocado la situación de peligro. Cuando el resultado excede de lo planeado por causas ajenas a la voluntad del autor -p.e., culpa de la víctima (p.e., se quiere apuñalar en el muslo pero la víctima se mueve bruscamente y se apuñala en el abdomen o, ya en nuestra materia, se quiere emplear sólo "dolo bueno" en la negociación, con un exceso de celo que lleva error a la

[475] Véase la p. 14988 del diario de sesiones del Congreso de 11-5-1995. En esta tesitura no puede luego aceptarse la posición de Gracia Martín (en "La comisión por omisión en el Derecho penal español". Madrid, 1995, p. 101) que defiende como requisito para equiparar la acción a la omisión, la asunción del autor de su posición de garante (vide infra).

[476] Lo contrario significaría admitir un Código Penal "a la carta".

contraparte) o caso fortuito o azar-, el uso del llamado dolo eventual va contra otras doctrinas también aceptadas en Derecho penal, como la concurrencia de conductas o la preterintencionalidad, propias del ámbito culposo, en las que también interviene la característica de la eventualidad. Así, y en la primera de ellas, es pacífica la jurisprudencia, desde que viene admitiendo tal figura en el ámbito penal, en el sentido de que, dado el carácter eminentemente culpabilista del sistema penal -arts. 5 y 10 CP- [477], no se puede atribuir al imprudente la total responsabilidad del evento ocasionado cuando existen otras concausas, léase la propia víctima u otros elementos externos, en la producción del resultado [478]. Esta afirmación no puede considerarse desatinada por no admitir más que la forma culposa, ya que esta alusión a la concurrencia de culpas debe entenderse realizada "en espíritu", es decir, como ejemplo de consideración, por parte del Derecho penal, de producción de un evento propiciado por el autor en clave de imprudencia y no de dolo, idea que se refuerza, recuérdese, con la falta de

[477] La STS de 14-5-1992 (R. 4031) establece una muy buena aproximación a este principio afirmando que "no sólo impide la sanción criminal respecto aquellos resultados que han de reputarse fortuitos, sino que también obliga a sancionar a título de dolo sólo hasta donde la intención alcance, y como culpa únicamente hasta donde llegue el deber de evitar el daño previsible".

[478] V. SSTS de 14-5-1992 (recién citada), 17-7-1990 (R. 6728), 9-3-1990 (R. 2436), 26-12-1989 (R. 9788), 18-12-1989 (R. 9621), 25-10-1988 (R. 8097), 18-12-1985 (R. 6343), 8-6-1985 (R. 2976), 28-5-1984 (R. 3490), y de 31-3-1982 (R. 2046).

límite claro entre dolo eventual y culpa consciente. Y por lo que respecta a la preterintencionalidad, aunque para algunas voces tal figura ha quedado suprimida con el nuevo código -básicamente en atención a la supresión de la atenuante del art. 9.4 del anterior código- [479], entiendo por contra que sigue igualmente vigente en cuanto nomen iuris de la producción de resultado no planeado por el autor o superación del propósito por los hechos [480]. En tal figura se da un hecho-base de producción intencional y otro hecho-consecuencia que sobrepasa dicha intención pero del que se responde por imprudencia [481], en virtud del deber de cuidado o de evitar el resultado previsible, deber éste de contornos similares al de evitación del resultado propio de la posición de garante de la comisión omisiva y al supuesto base del dolo eventual, similitud que será tratada más adelante en este estudio.

Ocurre además, en otro orden de cosas, que en muchas de las Sentencias que aplican la teoría del consentimiento,

---

[479] V. Mir Puig ("Derecho Penal, PG", Barcelona, 1998, p.288).

[480] V. Rodríguez Mourullo (en "la atenuante de preterintencionalidad", ADPCP 1970, p. 555). Para este autor (ibídem, p. 557) la existencia de la atenuante denunciaba la existencia del principio del "versari, que supone una desviación del principio de culpabilidad y es fuente de responsabilidad objetiva (...) plasmadas en nuestra legalidad punitiva vigente en fórmulas tales como los concretos delitos agravados por razón del resultado" (véase el vigente art. 418 CP).

[481] Debiéndose penalizarse, como bien dice Mir Puig (ibídem), como concurso ideal de delitos -1 hecho 2 infracciones-, uno doloso y otro imprudente, salvo que éste sea imprevisible, en cuyo caso se castigará sólo por el

al igual que ocurre en las de la teoría de la probabilidad, que la aceptación se presume por el hecho de continuar el agente con la acción principal [482], renunciándose con ello a cualquier investigación sobre la voluntad y manteniendo la mezcla de dolo eventual y culpa consciente, puesto que, como dice Quintero Olivares [483], "también en la llamada culpa consciente el autor obra representándose la posibilidad de la producción de un resultado, pese a lo cual continúa voluntariamente actuando".

Dejando ya la teoría del consentimiento, persiste igualmente la contradicción si ponemos en relación la posición que defiende que el deseo de que el resultado no se produzca con aquella otra –vide supra- autollamada ecléctica que contempla culpa consciente cuando concurre la confianza de que el resultado no se dará. Obsérvese que, reconduciendo esta última teoría al dolo eventual "en cuanto se deja de confiar en ello" (producción del evento), se elimina el atisbo de querencia de signo contrario que pueda contener la confianza, pero no hace nacer por ello la querencia dirigida al resultado reprochable, remitiéndonos en este punto a la crítica expresada más arriba.

---

delito doloso.

[482] Ad exemplum, SSTS de 20-2-1993 (R. 1383), de 16-9-1994 (R. 6964), de 5-5-1995 (R. 3590), y de 15-4-1997 (R. 2931), invirtiendo la carga de la prueba y haciéndola recaer sobre el reo. Sobre la crítica sobre las presunciones en derecho penal nos remitimos a las notas precedentes existentes en este sentido.

[483] En "Derecho penal, P. G.", ob.cit., pág. 346.

En cuanto a la aplicación por la jurisprudencia de la teoría del dominio en el dolo eventual, debemos entenderla igualmente desafortunada puesto que nuestro Tribunal Supremo ha incriminado por dolo eventual haciendo uso contrapuesto de la misma, es decir, incriminando tanto por inexistencia como por existencia del citado dominio. Así, por un lado, la Sentencia de 3-4-1996 (R. 2871) establece, en un caso de negociación de pagarés finalmente impagados [484], que "La esperanza de que la situación financiera de la empresa de la que era el único responsable mejoraría, no excluye el dolo, toda vez que tal esperanza se basaba en un desarrollo futuro de los hechos que estaba totalmente fuera de su dominio". Y por el contrario, la Sentencia de 1-7-1992 (R. 5865) resolviendo un recurso interpuesto por un condenado en virtud del extinto delito de cheque en descubierto y en concreto por librar fondos contra una cuenta de la que no estaba autorizado a disponer, establece que "Conocer la disponibilidad de un depósito bancario es algo elemental y mucho más para quien se dedica al comercio. La existencia de un dominio funcional del acto obtura toda posibilidad impugnativa y por ello también este motivo debe ser desestimado".

[484] Debe advertirse que esta resolución considera que el engaño consistió en afirmar como verdaderos créditos que se sabían inexistentes o que "en el mejor de los casos suponían que podían obtener en el futuro". Ocurre sin embargo que la misma resolución establece la suficiencia del dolo eventual como hipótesis sobre el mismo supuesto, a pesar de que éste, según la misma, no es ya necesario para realizar la incriminación.

En la teoría del dominio del acto, además, cobra especial relevancia la intervención directa o indirecta de terceras personas [485], y dentro ya de la estafa, en la producción del error del disponente, bien por negligencia de éste o bien por inconexas malquerencias o simples negligencias de terceros, causas éstas perfectamente posibles y que distan mucho de poder ser ni siquiera conocidas por el autor, por ser desconocidas -y casi infinitas- generalmente las fuentes que conforman el sustrato cultural de las personas, que hace que tanto pueda defenderse que el acto sea previsible como que pueda defenderse lo contrario, y que en consecuencia no se pueda predicar sobre el mismo dominio alguno, ni en el sentido de tenerlo ni en el de no tenerlo, dada la mezcla resultante de elementos ciertos, entre los que al menos se encuentra la iniciación del acto por parte del agente, y de elementos inciertos, que son los recién dichos en un contexto contractual o mercantil donde juega un papel determinante la tan repetida estrategia de los contratantes, con lo que exigir el dominio del acto en este contexto mercantil es poco menos que exigir el dominio del caso fortuito o del azar.

Una nueva objeción, que debe sumarse a las expuestas hasta ahora, aparece al plantearse la penalización por

---

[485] Ocurre en todos los supuestos en que intervienen terceras personas, aunque se menciona en esta sede por operar aquí dicha objeción con más fuerza que en las demás posturas analizadas.

tentativa [486] en base al dolo eventual. Preceptúa el artículo 15 CP que son punibles el delito consumado y la tentativa de delito [487], y según el siguiente artículo 16, "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor", correspondiendo a esos hechos que objetivamente deberían provocar un resultado al final no producido por causas ajenas a la voluntad del agente, la pena de uno o dos grados a la impuesta al delito consumado (art. 62 CP). En buena lógica el Tribunal Supremo establece en su sentencia de 12-7-1995 (R. 5549), que "El dolo en la tentativa es el mismo que en la consumación, incluso igual que en los actos preparatorios. Siempre la intención del sujeto ha de referirse a la consecución del delito en su perfección. No hay un dolo de tentativa diferente a la consumación" [488].

También establece el Alto Tribunal en sentencia de 23-4-1992 (R. 6783), a la que siguieron la de 12-6-1992 (R.

---

[486] Recuérdese que la tentativa es siempre dolosa, lo que se deduce expresamente del texto del art. 16 cuando habla de la voluntad del autor. Véanse en este sentido las SSTS de 10-3-1993 (R. 2133) y de 12-7-1995 (R. 5549) además del diccionario oficial, donde tentativa es "acción con que se intenta una cosa" e intentar, "tener ánimo de hacer una cosa".

[487] Y sólo ellos, puesto que la ley penal –incluida la pena- no puede extenderse a lo no expresado por ella (art. 4).

[488] Véase en contra a Tamarit Sumalla, ob. cit., ps. 539 y 540, e igualmente a Mir Puig (o.u.c., p. 344) aunque admite

5211) y de 15-4-1997 (R. 2931), que "es claro que el dolo eventual es suficiente para la tentativa o el delito frustrado, puesto que si lo es para la consumación, nada justifica que no lo sea para las llamadas formas imperfectas del delito". Pero, a diferencia de la anterior afirmación, entiendo que sí existe justificación para cuestionar la suficiencia del dolo eventual ante la sola tentativa sin consumación [489]. Si el hecho eventual no se produce deberá penarse conforme a dicha postura por tentativa del resultado no directamente querido y aún no producido, lo que no se aviene con la definición legal de tentativa antes expuesta, que requiere dar principio a la ejecución del delito de forma directa ("directamente") [490],

---

la identidad de dolo en tentativa acabada y consumación.

[489] Véase a Tamarit (ob. cit., p. 547), que niega tal afirmación de "lo que vale para la consumación vale para la tentativa" porque "no se compadece con la tesis de la autonomía típica de la tentativa". Y véase en el mismo sentido a Mir Puig (o.u.c., p. 337). A mi juicio y en contra de las anteriores posiciones, tal autonomía no existe, de la misma forma que tampoco existe un dolo diferente en el delito intentado respecto del consumado, pues entiendo que la tentativa es accesoria por naturaleza y forma parte del desvalor de la acción del correspondiente delito de la Parte Especial, penalizándose la intención exteriorizada de comisión de este delito de la citada parte especial por cuanto sabido es que el pensamiento sólo no delinque. En esta tesitura la introducción del término "objetivamente" en la regulación actual obedece a la necesidad de garantizar que se penaliza la tentativa de ese delito (intentado) y no de otro. Véase no obstante a Mir Puig (o.u.c., p. 342) en otra interpretación de la función del término "objetivamente".

[490] En este sentido es destacable alguna resolución aislada del mismo Tribunal Supremo, como la de 12-7-1995 (citada) al aseverar que "En todo caso hemos de tener en cuenta la expresión "directamente" que nuestro CP utiliza al definir la tentativa, que debe servir para restringir la excesiva amplitud con que en la práctica se suele aplicar

y es evidente que sólo la acción principal se ejecuta "directamente", mas no el hecho eventual derivado de aquella.

Y tampoco se aviene la afirmación que comentamos con otra exigencia legal establecida en el mismo precepto y a continuación, de practicar todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado [491], donde la expresión "deber producir" conlleva el requisito de necesariedad de ese resultado y nos reconduce siempre al dolo directo, como mucho de segundo grado -consecuencia necesaria-, y nunca al dolo eventual.

Quiebra definitivamente así, por imposibilidad de incluir las formas imperfectas de ejecución, el sistema de incriminación por dolo eventual, por cuanto conduce a intolerables conclusiones contra legem si se aplica de forma estricta. En efecto, siendo el mismo dolo en tentativa y consumación, debería poder operar idénticamente en uno y otro supuesto, cosa que no ocurre [492].

---

esta forma imperfecta de ejecución de los delitos".

[491] Con este requisito queda descartada por la propia ley la penalización por tentativa inidonea. Al desaparecer la referencia legal a la misma (art. 52 ACP) se elimina una contradicción del antiguo código penal, ya que también contenía -en lo que ahora interesa- el mismo texto del actual art. 16 (art. 3 ACP). V. Cerezo Mir en "Actos preparatorios y tentativa", en Jornadas sobre el Nuevo CP de 1995, Bilbao 1998.

[492] La consideración de la representación del evento sin refrenar los impulsos que llevarán a provocar el delito no directamente querido como infracción del deber de evitar dicho delito, propia de la posición de garante, supera e integra los escollos de la ejecución imperfecta que aquí se denuncian. Obsérvese que el art. 11 CP se refiere a delitos de resultado. Vide infra.

Además de ello y en puro sentido lógico y práctico, la existencia de tentativa en base al dolo eventual obligaría a plantearse, en todos los supuestos de la vida cotidiana, si los eventos no producidos hubieran sido susceptibles de producir algún hecho tipificado como delito, algo que no sólo sería inalcanzable hoy por hoy dado el estado actual de la técnica y de disponibilidad de medios, sino incluso absurdo si lo ponemos en la obligada comparación de los hechos que son tipificados como delito por el legislador en tanto que significan puesta en peligro de determinados bienes jurídicos, es decir, delitos de peligro [493] que han

[493] No se comparte, pues, como se habrá podido comprobar, la distribución o clasificación defendida en nuestro Derecho por el profesor Quintero Olivares ("Derecho Penal, PG", ob.,cit., págs. 323-325) cuando distingue entre delitos de acción y delitos de resultado y, a su vez, dentro de éstos últimos entre los que consisten "en la efectiva lesión del bien jurídico (delitos de resultado 'material'), o únicamente en su puesta en peligro (delitos de peligro)", ubicando, pues, estos últimos entre los de resultado y no entre los de acción. Entiendo por contra que no tendría sentido penalizar acciones que no pongan al menos en peligro -ya sea en concreto, ya en abstracto- un bien jurídico protegido, cosa que ocurre a mi juicio con la clasificación que se critica, donde los delitos de acción quedan huérfanos de sentido, ya que si un delito de acción es suficiente o capaz de lesionar un bien jurídico, tal lesión es forzosamente el resultado de la acción. Entiendo pues, que en la definición dada por Quintero se separan dos cosas que son lo mismo -el por él llamado delito de acción, y el de resultado- y se unen dos cosas que son diferentes -la puesta en peligro y la efectiva lesión- , y que la distinción sobre los delitos de peligro debe de efectuarse un grado más arriba y desplazar u ocupar éstos el lugar de los delitos de acción, y debe entenderse por tanto "resultado" como equivalente a lesión de bien jurídico, con independencia de que dicho bien sea material o espiritual. De esta forma la clasificación deviene más sencilla al estar integrada por dos categorías que abarcan a mi juicio las tres que han sido objeto de comentario, siguiendo el esquema básico y fundamental de que el Derecho Penal protege la lesión del bien jurídico, o a lo sumo su

de ser establecidos por el único a quien corresponde hacerlo, esto es, el legislador. La tentativa sobre el hecho eventual no producido conllevaría, pues, en esta lógica que combatimos, la incriminación de todos los delitos del código como delitos de peligro, pasando por encima de la voluntad del legislador que sólo ha querido penalizar y proteger la puesta en peligro de la lesión de determinados bienes jurídicos, de algunos de los bienes protegidos por el Código, pero no de todos ellos. Piénsese por ejemplo en el conductor que sale a la carretera en condiciones adversas (las que sean: iluminación insuficiente, niebla, firme helado...) en la confianza y deseo de que no ocurrirá nada. Y efectivamente nada ocurre. Tal acción, a todas luces imprudente, se convertiría en virtud de la aplicación del dolo eventual, en tentativa de cualquier delito doloso que pudiera llevarse a cabo

---

puesta en peligro -concreto o abstracto-, sin que quepa hacer abstracción de la cualidad -material o espiritual- de dicho bien y sin perjuicio de que existan bienes jurídicos que no admitan la fase de puesta en peligro en que se pase directamente y de forma automática de la acción a la efectiva lesión. A pesar de que existen diferentes posiciones -ver la STS de 22-2-1993 (R. 1488) sobre las diferentes teorías al respecto- son exponente de la que aquí se defiende, las SSTS de 5-6-1995 (R. 4519) y de 3-12-1993 (R. 9240). Aunque buena parte de esta discusión, entre otras, podría evitarse si se supiera con certeza el bien jurídico que protege cada tipo penal, como ya se dijo en la Parte primera de este estudio.

Con ello, obsérvese ahora el cambio novedoso, en la regulación de la tentativa, introducido en el CP de 1995 respecto de su antecesor, consistente en sustituir "producción de delito" por "producción de resultado". Así, si antes se regulaba la tentativa de delito (art. 3 ACP, in fine), ahora se regula la tentativa de resultado (art. 16.1 CP), lo que a mi juicio es erróneo y perjudicial para lo que defiendo como estructura básica en la clasificación de los delitos reducida a peligro y resultado, a diferencia de la

mediante un vehículo (homicidio, lesiones, daños...) y en su virtud perseguible (en grado de tentativa), además del propio delito contra la seguridad del tráfico, el único penalizado por el legislador como de peligro [494]. Y ya en el tema objeto de estudio -en el que se evita además la discusión que pudiera conllevar el anterior ejemplo entorno al bien jurídico protegido-, ocurre igualmente que el que se proponga defender con sagaz precaución su derecho e interés rozando el engaño pero sin querer llegar y no llegando a él -el engaño no querido no se produce-, será reo de tentativa (por dolo eventual) de estafa, perseguible y sancionable por tal título. Es decir, que la aplicación de la tentativa en virtud de dolo eventual conlleva en definitiva hacer dolosa la imprudencia [495].

---

tripartita citada que unifica estas dos categorías.

[494] Tiene razón y aún se queda corto, Tamarit Sumalla (ob. cit., p. 548), cuando asevera que "la punición de la tentativa con dolo eventual es en ciertos casos (...) indeseable en la medida en que supone una preocupante elevación del nivel de inseguridad jurídica, puesto que no se determina a priori cuáles son los riesgos relevantes". Razón que contradice su posición sobre el riesgo protegido a la vez por tentativa y por delito-riesgo, en lo que es sin duda una duplicidad innecesaria y perturbadora (vide supra nota en la Parte II). De hecho el propio autor se plantea una identidad estructural entre el desvalor de peligro en la tentativa –que recuérdese no se comparte-, la construcción del dolo eventual y los delitos de peligro, lo que descarta, "dada la complejidad de los delitos de riesgo, no reconducibles a un modelo único" (p. 552), lo que debe combatirse por cuanto esos diferentes "modelos" lo serán siempre de delitos de peligro, con la nota común de penalizar la puesta en peligro del bien que sea, sin que sea necesario para tal planteamiento, pues, descender a las diferentes clases de delitos de peligro, por otra parte necesitados sin duda de clarificación legislativa de fondo y de forma (pero esa es ya otra cuestión).

[495] En el mismo sentido, Tamarit Sumalla, ob.cit., p. 549.

Sin dejar aún la tentativa, por operar perfectamente en el delito de estafa como doloso que es, y en concreto el desistimiento [496] (art. 16.2 y .3), debe llamar la atención el hecho de que éste significa la enervación del reproche penal que requiere necesariamente la intención firme y decidida de impedir el delito, es decir, el mismo requisito que enervaría el mismo reproche en el tratamiento del dolo eventual por parte de nuestra jurisprudencia, la cual, recuérdese, aprecia esta figura si el autor toma "medidas poco serias" en evitación del resultado (STS de 27-12-1982 -caso Bultó- y las que le siguieron). Lo que se menciona a efectos de alternativa en la respuesta al reproche de "no desistir de sus impulsos" el autor, situándola en sede de desistimiento de tentativa en lugar del cajón de sastre que es el dolo eventual, al contener la tentativa tal característica de eventualidad, contemplada como posibilidad de no producción del resultado a pesar de la voluntad del autor, bien sea por circunstancias no tenidas en cuenta, bien por intervención de persona interpuesta.

Dejando ya la tentativa, dos objeciones más se unen a las ya expuestas, partiendo las que siguen, del mismo

---

[496] Aseveran las SSTS de 9-6-1992 (R. 4894) y de 31-1-1996 (R. 95), que "El desistimiento es una causa de exclusión de la tipicidad en la tentativa, que consiste en la interrupción realizada por el sujeto porque así lo quiere. Debe ser propio y personal en tanto ha de brotar de la misma intimidad del culpable, ajeno a cualquier motivación exterior. De ahí que no puede quedar impune el referido sujeto cuando desiste porque surgen obstáculos que hacen imposible o más difícil la consumación de la infracción".

tronco común de la necesidad de que el dolo se proyecte sobre todos los elementos de la estafa [497].

La primera objeción viene dada por la enorme complicación que surgiría de conjugar todas las posibilidades que resultarían de admitir la doble forma del dolo. Así, en la estafa, sería, por ejemplo, dolo directo de lucro y eventual sobre el resto de elementos, etc., con la difícil tarea de escindir en cada combinación el dolo eventual de la culpa consciente.

La segunda objeción evitará entrar en la práctica del anterior ejercicio si se tiene en cuenta el esquema básico trasladado a cada elemento del tipo en virtud del principio de tipicidad, es decir, acción y resultado, donde la intención forma parte de aquella pero en absoluto de éste [498]. De esta manera y por ejemplo, el ánimo -dolo- de lucro deberá presentarse como directo, sin lugar a probabilidades o eventualidades, debiendo ser una actitud clara y capaz de mover al autor a llevar a cabo la acción -engaño- [499]. No se comparte, pues, el razonamiento de que se sirve la STS de

---

[497] Vide supra el apartado 6 del Capítulo I, Parte segunda.

[498] Recuérdese que la regulación de la tentativa sólo fundamenta el castigo en la acción, lo que es conforme además con el diccionario oficial, según el cual, "tentativa" es sólo "intento o acción con que se intenta una cosa", sin que quepa enturbiar esta figura con el resultado ni con el peligro del mismo.

[499] Recuérdese que la intención va siempre dirigida a la consecución del resultado en su perfección (V. STS de 12-7-1995, R. 5549).Y recuérdese también la crítica vertida más arriba al dolo eventual por inexistencia de voluntad que moviera o determinara al individuo a la acción.

23-4-1992 (R. 6783) para admitir la validez del dolo eventual sobre el ánimo de lucro, consistente en 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 sí mismo, no depende de la existencia del dolo directo". Aunque no afirma ninguna falsedad, esta Resolución no tiene presente -y de ahí el error- la estructura del elemento lucro que, además del móvil delictivo, es objeto de la intención del agente y, además, resultado de no necesaria producción, confundiendo pues, la intención del agente con las posibilidades de lograr un resultado. Así, el engaño más intensamente querido no garantiza el lucro buscado: ese resultado dependerá de varias circunstancias, como los medios empleados y otras circunstancias incluso ajenas al agente. Como el que quiere coger peces de un lago y arroja para ello al agua el anzuelo o la red (dolo del pescador): la intención del autor es directísima y no eventual -en sí misma-, que sí lo es en cambio, eventual, el resultado. También el pescador actúa movido por la posibilidad de obtener peces (resultado), lo que no empece en absoluto el dolo directo. Si tuviera una "intención eventual" también lo sería la acción exteriorizada (ahora tiraría la red -incluso esta intención sería directa-, ahora la retiraría, o la tiraría cogida sólo de un lado y la dejaría sin efecto del otro), pero incluso eso tiene también, por supuesto, su

reflejo y solución en la tentativa (inacabada), con lo que una vez más queda manifiesta la absurdidad e inexistencia del dolo eventual y su aportación a la complicación del Derecho Punitivo. Lo que se llama "dolo eventual" o "posibilidad de engañar" es en realidad posibilidad de que resulte el engaño con esta acción, y es sobre ésta y no sobre el resultado sobre la que cabe plantearse la intención o dolo: Si se quiere, será dolo directo; si no se quiere, se estará ante la imprudencia (o, lo que es lo mismo, ante resultado no planeado o figura análoga a la "preterintencionalidad" -quizá haya que ponerle nombre-[500]). Entiendo, una vez más, que la voluntad inexistente o la extraña "eventual intención" no mueven a actuar a nadie [501].

Con las líneas precedentes se ha pretendido demostrar que, cuando menos, no existe una solución segura a la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente que ponga el límite preciso entre uno y otra, y que en el estado actual de la técnica penal dicha solución todavía no existe. La frontera más clara no está entre el dolo

[500] V. a Rodríguez Mourullo (o.u.c., ps. 558 y ss.) cuando diferencia los delitos "más allá de la intención" (praeter) donde se da una relación cuantitativa, de los delitos "fuera de la intención", de tal manera que "Se puede hablar de Preterintencionalidad cuando de las lesiones deriva la muerte, pero no cuando, por ejemplo, con la intención de causar daños se dispara sobre un animal y se hiere a una persona".

[501] Véase, en el sentido que aquí se critica, a Córdoba Roda (en "Comentarios...", ob. cit. p. 20).

eventual y la culpa consciente [502], sino entre el dolo directo y el dolo eventual, en tanto que el directo es el único que contiene intención sobre el hecho y las otras figuras -dolo eventual y culpa consciente- no, y la solución más segura está por lo tanto en establecer la incriminación sólo por el primero, más no por el segundo. Esta solución no sólo es la más segura jurídicamente sino que es también la que más se aviene con las disposiciones de un nuevo Código que ha eliminado la incriminación genérica por culpa, haciendo en consecuencia la ley más distantes la culpa del dolo, lo que debería leerse también en clave de voluntad del legislador para eliminar en la misma lógica cualquier incriminación en que la distancia entre ambos títulos sea manifiestamente escasa, como ocurre entre el dolo eventual y la culpa consciente. Y también en clave de interpretación de la voluntad de la ley debe recordarse nuevamente que al exigir el artículo 4 CP que la

[502] Véase a Bustos Ramírez, ob., cit., p. 43, que identifica dolo eventual con culpa por tener ambas figuras la misma estructura básica, a saber, "una actividad que aumenta excesivamente los riesgos". Siguiendo por las identidades estructurales puede verse a Gómez Benítez (en "El ejercicio legítimo del cargo, discrecionalidad administrativa y error en el Derecho penal". Madrid 1980, ps. 289 y 290) cuando afirma que "el riesgo permitido queda absorbido por el cuidado exigido, cuya infracción rellena el delito imprudente". Eso en cuando posturas simplificadoras a las que, en cuanto tales, merecen toda nuestra atención. Véase en cambio, rizando el rizo, a Rodríguez Montañés, que llega a defender el llamado dolo eventual de peligro en base a que considera posible hablar en ciertos casos de "posibilidad de peligro y consciencia de esa posibilidad, de dolo eventual de peligro", en lo que considero, obviamente sin desmerecer su estudio, no es más que un fraccionamiento del peligro en su conjunto en peligros más parciales o secuenciales. Me sumo por tanto a las críticas que la misma autora recoge sobre el

ley penal no se aplique a casos distintos de los expresamente comprendidos en ella, el dolo exigido por los artículos 5 y 10 CP deberá ser también "expreso" en palabras de la propia ley, "claro, diáfano" en palabras sinónimas que añadimos nosotros, términos que difieren en esencia de "incierto" o "eventual", que caracterizan tal especial título de incriminación del que defendemos su eliminación, también y por supuesto, en el delito de estafa con elemento mercantil, donde el riesgo es de por sí especialmente elevado. Piénsese en este sentido sobre el riesgo que conlleva la inversión en bolsa, donde a nadie se le ocurre reclamar por la bajada de las acciones de la empresa en la que se ha "jugado"; este ejemplo significa quizás el mayor exponente del riesgo permitido en el mundo mercantil. Pero en el mundo del comercio, la decisión de muchas personas en orden a iniciar una aventura empresarial puede basarse tanto en intuiciones como en cálculos y expectativas de mercado que pueden modificarse e incluso frustrarse en perjuicio de la marcha normal de la empresa. En virtud de esta realidad peculiar nuestro ordenamiento jurídico articula mecanismos que tienen por finalidad paliar la crisis de la empresa -suspensión de pagos- así como advertir a futuros contratantes del riesgo de una eventual contratación -publicidad de las cuentas de la empresa- y de su estructura y grado de responsabilidad patrimonial -limitada o no, etc.-.

---

sinsentido que significa hablar de un peligro del peligro.

Con ello hay que decir finalmente que no se comparte la afirmación de Zugaldía Espinar [503] de que "Dicho problema (del dolo eventual) trae causa en la diversa intensidad que puede conocer el momento volitivo necesario para el dolo: esto es, en los diversos grados de intensidad en que puede concretarse el 'querer' humano", configurando el dolo eventual como la forma más débil de ese querer, pero dolo al fin y al cabo. Entiendo por contra que sólo el querer que es capaz –y sólo en la medida en que lo es- de mover al sujeto hacia la consecución del delito es dolo criminal (directo), y cuando ello no se da, no hay lugar para planteamiento alguno de dolo en el delito que sea. Es decir, que o bien se quiere, o bien no se quiere, y a lo sumo podrá el autor dudar de si quiere o no (y en este estadio resulta insultante -para la dignidad del justiciable y para el principio de culpabilidad- que un tercero –léase el operador jurídico- realice la ficción de situarse en su lugar y hacerle "decidir", cuando en realidad él se quedó en la duda, por más que se hallara envuelto en las circunstancias que fueren). Otra cosa será la intensidad de los medios empleados en la consecución del primer querer, diferente del evento no planeado y con el que no hay que confundir.

No será luego posible compartir tampoco la crítica que entre nosotros efectúa Farré Trepat [504] a "Stooss, redactor

---

[503] O.u.c., p. 396.

[504] En "Dolo eventual, imprudencia y formas imperfectas

del Código penal suizo, quien argumentó con la imposibilidad de castigar la tentativa de un delito cometida con dolo eventual con el fin de demostrar que el dolo eventual no puede incluirse en el concepto de dolo. Para este autor las acciones cometidas con dolo eventual no son 'acciones verdaderamente queridas' y su aceptación como acciones dolosas aparta al concepto de dolo del 'uso del lenguaje' y de la 'conciencia jurídica del pueblo'". Para esta autora "La posición de Stooss no tuvo repercusión. Este hubiera tenido que demostrar en primer lugar por qué razón no es posible castigar la tentativa con dolo eventual, en lugar de acudir a una 'teoría razonable', al 'uso del lenguaje' y al 'sentimiento jurídico'". Para esta autora "Es muy probable que tanto en Stooss como en otros autores que se han enfrentado a esta cuestión haya jugado un papel importante el hecho, que debe ser puesto de relieve para evitar equívocos, que constituye la diferencia entre el concepto usual de tentativa y el de tentativa del delito. En su acepción vulgar tanto el sustantivo 'tentativa' como el predicado 'intentar' tiene un ámbito más restringido. Ambos términos vendrían a aplicarse en los casos en que la actuación del autor está encaminada a la consecución de in fin previamente establecido. Sólo cuando el autor persigue la consecución de una meta se habla de tentativa. Puesto que en el Derecho penal el dirigirse voluntariamente a la producción de un resultado propuesto

---

de ejecución", ADPCP 1986, ps. 265 y 266.

se conoce como dolo directo de primer grado, según lo expuesto, y si la tentativa de delito debiera corresponderse con la tentativa en sentido usual, sólo cabría hablar de tentativa de delito ante la concurrencia de esta clase de dolo. Ello llevaría consigo, no obstante, no sólo la impunidad de la tentativa con dolo eventual, sino también la impunidad de la tentativa con dolo directo de segundo grado". Y no puede compartirse porque la llamada por la autora diferenciación de la tentativa vulgar de la tentativa del delito -sin necesidad de entrar a discutir sobre la bondad de tal diferenciación-, no puede esgrimirse en favor de esta última si se tiene en cuenta que el Código penal se dirige al ciudadano y no al entendido en derecho penal, tal y como se ha explicitado en el caso de nuestro Código penal de 1995, es decir, con vocación democrática y no aristocrática –lo mismo que defendía Stoos hace ya más de un siglo-, objeción que debe complementarse además con la propia letra del vigente art. 16 en la forma que se expuso más arriba, es decir, que la regulación legal de la tentativa del delito también lo impide. Por otro lado, el hecho de que de seguir por la vía de Stooss implique plantearse la impunidad por dolo directo de segundo grado no implica que deba penalizarse el eventual, sino que implicará sencillamente plantearse lo propio respecto de aquel dolo [505].

[505] Aunque obviamente no es el momento de tal planteamiento, sí que puede decirse que a mi juicio el dolo directo de segundo grado es como el apéndice humano: No sirve

Las objeciones expuestas, tanto respecto de las múltiples e inseguras diferenciaciones elaboradas por nuestra jurisprudencia entre el dolo eventual y la culpa consciente, como de la propia construcción del dolo eventual, carente de verdadera querencia del hecho, hacen a mi juicio insoportable el mantenimiento de una incriminación por dolo eventual que atenta básicamente contra la seguridad jurídica y los principios con ella relacionados, ya que a la penalización por la ley del delito que se quiere cometer, la jurisprudencia ha añadido la penalización del delito que se acepta que eventualmente se produzca, es decir, la penalización del "dolo parcial, o viciado, cuando no inexistente" que por eso mismo es cuando mucho una "culpa parcial", si no caso fortuito, como por ejemplo y en el caso de la estafa, informaciones erróneas que pudieran haber llegado al disponente por otras vías, con lo que en estas circunstancias la aceptación sobre lo que se conoce y de forma incierta o eventual puede producirse -es decir, el resultado posible de la propia acción- lo será sobre causa parcial de la totalidad de causas que eventualmente puedan desembocar en delito -por más que aquella sea su iniciadora-, aceptación parcial que se une a la incerteza del evento para dudar de la solución

---

para nada y cuando esporádicamente sirve para algo es para dar problemas: En efecto, en los últimos veinte años ninguna sentencia del Tribunal Supremo ha ventilado supuesto alguno bajo tal forma delictiva; y en cambio, vemos que sirve para acrecentar el rizo de las discusiones científicas. En cualquier caso tal discusión va ligada ineludiblemente al discernimiento de lo que es "necesario" y lo que no lo es,

basada en la teoría del consentimiento, que es la que más se acerca al elemento volitivo del dolo, con mayor censura aún si nos referimos a la de la probabilidad, que prescinde totalmente de la investigación de dicho elemento y opta por su presunción. El justiciable no sabrá siquiera si se le concederá al menos la exigencia de la aceptación del evento, ya que eso dependerá de la composición de la Sala que le juzgue, lo que corrobora en fin, la insostenibilidad de la incriminación por dolo eventual, sobre todo en lo que a delito de estafa mercantil se refiere.

Efectúa en definitiva la jurisprudencia -invadiendo funciones del legislador- una interpretación extensiva in peius del concepto de dolo, una interpretación analógica del dolo en perjuicio del justiciable, constitucionalmente prohibida (SSTC 151 y 133/1997 y las que en ellas se citan) [506].

Lo que es predicable de la generalidad delictiva y no sólo de la figura objeto de esta tesis.

---

tarea de imposible abordaje en este lugar.

[506] Ver en un sentido parecido a Bustos Ramírez, o.u.c., p. 44.

3.- La comisión por omisión (dolo omisivo).

Conviene, pues, ante la falta de fundamento para incriminar por dolo eventual, plantear una alternativa en base a ese reproche de no evitación del resultado provocado o participado por el autor, el cual viene contemplado ahora explícitamente en el código penal de 1995.

Establece su artículo 11 que "los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente".

El anterior precepto emite un mandato interpretativo restrictivo ("sólo se entenderán") sobre la aplicación de la comisión por omisión, estableciendo al respecto el único supuesto en el que tal figura puede operar, esto es, cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación. Además se instaura en el precepto un elemento guía, como requisito necesario, pues sólo se podrá apreciar dicha equivalencia en base al sentido del texto de la ley, lo que obliga necesariamente a la existencia de ley escrita. Y

aunque no nos especifique dicha disposición a qué ley se refiere, si únicamente a la ley penal, o en cambio a cualquier norma que tenga dicho rango, del propio texto de la ley -valga la redundancia- se deduce que sólo a la ley penal se refiere, puesto que estamos ante una norma interpretativa general aplicable a la "infracción penal" -rúbrica del Título en el que se halla- y en concreto ante la regulación de la comisión delictiva -por omisión-, lo que excluye cualquier ley que no contemple resultados delictivos, únicos a los que va dirigido el artículo 11 CP. Nada tiene que ver, pues, esta mención legal, con la regulada en el supuesto a) del mismo precepto.

Cabe preguntarse si, además de a los delitos de resultado, también es aplicable el precepto a los delitos de peligro [507]. Para ello debe procederse aquí a recordar una matización importante: El artículo 11 CP se refiere sólo a los delitos de comisión impropia, ya que los delitos de omisión propia tienen ya su regulación específica en la Parte Especial del Código, ya sean de peligro (p.e., art. 195), ya lo sean de resultado (art. 450). Asimismo, dentro de la comisión impropia, el precepto que comentamos sólo se refiere a los delitos (y faltas) que consistan en la producción de un resultado, quedando fuera de su esfera los delitos de simple peligro, en tanto que no suponen la efectiva lesión del bien jurídico protegido. Debemos entender que tal exclusión del reproche de puesta en riesgo

[507] Que son los de simple actividad en la clasificación

obedece precisamente a que es voluntad de la ley no sancionar el deber de evitar el riesgo sino sólo el de evitar el resultado (por más que evitando aquél se evite éste), a lo que nada obsta el hecho de que una de las tres situaciones que le sirven de base para incriminar (letra b de dicho artículo) sea precisamente la de crear dicho riesgo. En efecto, en este sentido se manifiesta el legislador con motivo de la discusión parlamentaria de dicho artículo [508].

Asimismo, y tomando ahora las formas imperfectas de ejecución, obsérvese que el precepto que analizamos se refiere literalmente a que la no evitación del resultado equivale a su causación y sólo de él, entendido este resultado, recuérdese, como lesión del bien jurídico y por ende sólo delito consumado, pero ello obviamente no puede interpretarse como que no tenga acogida en el precepto la forma imperfecta de ejecución en tanto que falte el tan repetido resultado. En efecto, el precepto se refiere al resultado en abstracto, como parámetro para la equivalencia entre acción y omisión -"según el texto de la ley"-, y ahí se acaba toda exigencia de resultado para la incriminación por omisión, de modo que es posible el delito intentado y luego típica una omisión intencionadamente delictiva que quede en grado de tentativa por causas ajenas a la voluntad

---

bipartita.

[508] Véase en el siguiente apartado (Reconducción...) la transcripción extraída de la p. 14988 del diario de sesiones de 11-5-1995.

del autor y acorde con la definición que de esta figura nos da el art. 16 CP [509].

El texto del precepto comentado hasta aquí, es decir, hasta el primer punto y seguido, es el que constaba en el proyecto de ley presentado a las Cortes para su aprobación. Fue en virtud de una enmienda -la n° 2- presentada por el Grupo parlamentario Mixto por la que se añadió al texto inicial la mención explícita de los tres supuestos de comisión por omisión que recoge el texto final. La justificación de la enmienda merece ser mencionada ya que insiste en que "El propio Código debe especificar en qué casos el sujeto omitente adquiere una posición de especial [510] garante. Dejar este punto crucial de los delitos de comisión por omisión en la indefinición es fuente de inseguridad jurídica y podría ser contrario al principio de legalidad, que exige que sea el legislador y no los jueces quien se pronuncie acerca de cuándo existe un específico deber de obrar". En respuesta a dicha enmienda manifestó el portavoz del Grupo que defendió el proyecto presentado a

---

[509] La aplicabilidad satisfactoria de la tentativa en la omisión, por contra de lo que ocurre respecto al llamado dolo eventual, refuerza la alternativa del apartado siguiente.

[510] Obsérvese que la justificación de esta enmienda incorporada al texto definitivo habla de posición de garante "especial", con lo que no será suficiente para integrar esta modalidad omisiva cualquier posición de garante genérica, determinando en este sentido el texto del art. 11 CP, tanto en la exigencia de obligación "específica" de su letra a, como en la necesidad de ser el -especial o específico- causante o "creador" de la situación de riesgo previa de su letra b, que en cualquier caso además viene reforzado por la exigencia de especialidad de la primera parte del precepto ("especial deber jurídico").

tramitación parlamentaria que "En la enmienda del Grupo Parlamentario Vasco (...) se dan los tres supuestos de la figura de la comisión por omisión: cuando procede de una obligación -es decir, la obligación como fuente de ese deber jurídico-, cuando el deber jurídico tiene la procedencia de un contrato, o cuando ese deber jurídico procede de la llamada acción precedente; que son los tres supuestos de que habla la doctrina. Creemos nosotros que con el hecho de deber jurídico -sin entrar en ningún tipo de doctrina- ya aparecen estos tres supuestos; pero si ello no se entendiera así entraríamos sin duda en una más correcta definición para que apareciera con exactitud que nos referimos al deber jurídico que nace de la ley, al deber jurídico que nace del contrato o al deber jurídico que nace de la acción precedente [511]".

Lo que ocurre es que, sobre todo en lo que al deber legal se refiere, no nos dice el precepto que nos ocupa cuándo existe tal deber específico. Ciertamente que estamos ahora exigiendo un grado de concreción más, a añadir al ya conseguido por la enmienda incorporada al texto definitivo. Pero no puede haber reparos en aceptar que en este punto estamos ante una ley penal en blanco. En efecto y en primer

[511] Este hecho de las "sabidas" fuentes del deber de garante proveniente del seno del legislador, cuando por el contrario las mismas no estaban nada claras por la jurisprudencia, denota una excesiva confianza por parte del mismo en las también llamadas "fuentes" no legales del Derecho Penal que resulta ciertamente preocupante, al ser el trabajo del legislador la única fuente concreta en su emisión -las demás son difusas e inseguras por naturaleza- y la única que contiene los requisitos de norma scripta, certa, praevia

lugar, no se nos dice qué debe entenderse por obligación "específica". La única herramienta que nos puede ayudar en este punto es, pues, el diccionario de la lengua común, el cual establece como "específico" lo que "caracteriza y distingue una especie de otra", y como "especial" lo singular o particular, que se diferencia de lo común, ordinario o general" además de "muy adecuado o propio para algún efecto", lo que, si bien nos proporciona una definición, continuamos estando ante un concepto jurídico indeterminado que tendrán que interpretar los diferentes operadores jurídicos puesto que la ley desgraciadamente no lo hace. Y en segundo lugar -ley en blanco propiamente dicha- no nos dice el precepto qué clase de obligación integra tal deber. Por ejemplo, uno puede acudir al código civil que establece como norma general que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 6.7), pero esta norma es genérica y no específica. El mismo cuerpo legal establece, verbigracia y para el concreto ámbito de la compraventa, la obligaciones -ya específicas, atendidas las definiciones semánticas expuestas- del vendedor de entregar la cosa vendida y a su saneamiento -por evicción y vicios ocultos (art. 1461 y ss.), pero no la obligación de sacar del error al comprador si dicho error es previo a cualquier intervención del vendedor -en símil patológico, si el comprador ya lo contrajo con anterioridad al contacto con el vendedor-.

---

y stricta constitucionalmente exigidos.

Esta obligación de sacar del error es sin duda de orden moral, pero no es ley positiva que pueda integrar el tipo penal, ya que el término que nos ocupa debe interpretarse restrictivamente. Obsérvese en este sentido que la definición dada por el diccionario oficial concuerda con lo particular -versus genérico- de la posición de garante establecido en las Sentencias del Tribunal Supremo que se analizará más abajo.

No obstante la anterior carencia de falta de remisión expresa [512], hemos de considerar afortunada aquella concreción de la ley penal porque, a diferencia de lo defendido por las manifestaciones del legislador recién transcritas, no toda la jurisprudencia entendía que la comisión por omisión tuviera estas tres exclusivas fuentes [513]. Aunque en algunas ocasiones las establecía clara y precisamente -SSTS de 31-10-1991 (R. 4793) y de 6-10-1995 (R. 7400)-, en otras establecía un sistema indefinido, cuando no de numerus apertus [514]. Así, la STS de 3-12-1990

[512] Nos remitimos por lo demás a lo dicho en su momento sobre la vulneración del principio de legalidad.

[513] Véase por ejemplo a Bacigalupo Zapater (en "Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal", ADPCP 1970, p. 39) cuando escribe que "La teoría que, de una manera tan criticada, estableció fuentes de deber determinadas (contrato, ley, hecho anterior, especiales relaciones de confianza), ha merecido ya críticas que no permiten su mantenimiento. Aquí sólo nos podemos remitir a esas críticas".

[514] V. Luzón Peña (en "Participación por omisión y omisión de impedir determinados delitos". La Ley 1986, p. 541), que afirmaba que "la teoría de la posición de garante como fundamento de la comisión por omisión (en general, es decir, en los casos de autoría, de realización del tipo) es

(R. 9863), establece otro sistema de fuentes y mantiene que "esta posición de garante viene impuesta en base a dos fuentes posibles: por la función protectora de un bien jurídico y por la misión de control de una fuente de peligro", mientras que la STS de 12-11-1990 (R. 8880) manifiesta que "la posición de garante surge y se consolida al corresponder al sujeto la función personal de control de una fuente de peligro, entre otras hipótesis" (que por ser varias no se reducirían sólo a la otra hipótesis conforme a la sentencia anterior). Un paso más en la indefinición en las fuentes de la posición de garante que se critica, lo da la STS de 13-11-1992 (R. 9657) cuando establece que "Tal posición de garante ha de provenir de la ley (en sentido amplio), del contrato, de una injerencia voluntaria [515], del deber de controlar una determinada fuente de peligro, etc.". Esta indefinición que comentamos, de origen jurisprudencial, se extendía obviamente en función de la casuística. Así, sobre la fuente citada de la ley "en sentido amplio", véase la STS de 27-10-1995 (R. 7687) donde se aprecia prevaricación de un alcalde que no intentó impedir que una manifestación produjera daños, y ello en virtud de su deber que como garante le era impuesto por la ley de bases de régimen local, pero extendiendo además

---

incorrecta y debe rechazarse por ampliar indebida y desmedidamente la punibilidad".

[515] Recuérdese lo ya dicho acerca de que el propio legislador manifestó en tramitación parlamentaria del CP que este deber de actuar no se asume, desechando cualquier atisbo de asunción penal de tipo voluntarista en esta precisa figura que nos ocupa (diario de sesiones, p. 14988).

dicha fuente, no sólo a cualquier ley, sino a las disposiciones de rango reglamentario, en tanto que dictadas en virtud de una ley -y sabido es que todos los reglamentos derivan de una ley, conforme al principio de jerarquía normativa consagrado por la Constitución- [516]. Y también entiende el Tribunal Supremo que se da la posición de garante cuando existe un vínculo matrimonial o paterno filial entre el omitente y la víctima [517]. No era de extrañar, pues, que ante un repertorio tan disperso integrante de un elemento penal -la posición de garante-, aparecieran supuestos en los que no quedara nada claro cuándo existía dicho deber de actuar. Tal fue uno de los casos tratados en la STS de 23-4-1992 (R. 6783), conocida como de "la colza", donde se reclamaba por la Acusación particular la apreciación de posición de garante de un comerciante, a lo que la Sala contestó que tal fuente del deber de actuar "no es reconocida ni en la jurisprudencia ni en la doctrina como un supuesto en el que quepa aceptar una posición de garante" -en lo que supone infracción del

---

[516] Dice en concreto que "la posición de garante no ofrece ninguna dificultad en los casos en los que proviene de una ley o de los reglamentos dictados en virtud de una ley., y en lo que concierne a los Alcaldes surge claramente del artículo 21.1.h de la ley 7/1985 y del Reglamento de la misma, artículo 41.15".

[517] Ver al respecto las SSTS de 10-2-1995 (R. 810) y de 15-4-1997 (R. 2931). Aunque en dichas sentencias no se explicita las disposición legales de las que nacen las respectivas posiciones de garante, aquellas pueden encontrarse en el código civil, art. 67 y 68 -deber de ayuda y de socorro entre cónyuges- y art. 154.1 -deber de los padres de velar por sus hijos-. Véase en cambio la STS de 6-10-1995 (R. 7400), donde sí se fundamenta el deber de garante

principio de legalidad, al no ser ni la una ni la otra fuente de derecho penal- y que "La profesión de comerciante de una persona no lo convierte en garante de la no comisión de delitos" [518]. En cambio, sí que estimó esa misma sentencia que existía dicha posición en un coadministrador de una sociedad, ya que, según el Alto Tribunal, cada uno de los administradores es responsable del control de todos los peligros, y "cada administrador resulta obligado a hacer lo que le sea posible para lograr que el producto peligroso sea retirado de la circulación o para que no sea introducido en el mercado". Pero la obligación que aquí se impone no se fundamenta explícitamente en la ley, según la cuál, tenían la indefinida obligación de desempeñar el cargo "con la diligencia de un ordenado comerciante" (art. 79 de la ley de S.A. de 17-7-1951) [519], comerciante al que antes, paradójicamente, no se le exigió responsabilidad de garante.

Obviando los anteriores desmanes, vemos en definitiva que la jurisprudencia ha establecido, pues, la posición de garante como elemento característico de la comisión por

---

en la ley.

[518] Recuérdese que el derecho civil es supletorio al derecho del comercio (art. 2 C. de Com.), y que el art. 7.1 del C. civil exige que todo derecho -también el de comerciar- se ejercite conforme a las exigencias de la buena fe, lo que cuestiona la no existencia de exigencia legal de actuar, de acuerdo con la propia lógica utilizada por el TS.

[519] Vigente entonces. En forma similar se manifiesta el actual art. 127 de la Ley de S.A. de 1989, aunque sustituye el término "comerciante" por el de "empresario".

omisión [520], lo que ha sido afortunadamente concretado por el legislador de 1995. En este sentido manifiesta la STS de 13-11-1992 (R. 9657) que en esta figura es necesario el "requisito consistente en que quien así se comporta se encuentre en una particular situación (posición de garante), pues de otro modo no habría fundamento razonable para valorar su conducta omisiva como equivalente al paralelo comportamiento activo", afortunada resolución en cuanto que establece como requisito propio de la comisión por omisión exclusivamente el de la posición de garante del autor, siendo además que tal posición lo es en base a tal "particular situación" y sólo en base a ella, es decir, como deber específico y especial de evitar el delito que configura tal posición de garante en contraposición al deber genérico -y situación también genérica- de evitación del delito característico de los delitos de omisión propia [521]. La STS de 15-4-1997 (R. 2931) observa que el componente de ajenidad se halla más marcado en estos delitos que en aquellos, puesto que "En la comisión por omisión, ligada a la idea de garante, se actúa en concepto de autor desde el principio del 'iter criminis', existe en puridad, una participación en la realización a que otro da cuerpo activamente ", mientras que en la omisión propia el bien

[520] En el mismo sentido, la STS de 23-10-1996 (R. 9679), contemplando ya la normativa vigente (art. 11 CP).

[521] SSTS de 26-12-1994 (R. 10375), y de 6-10-1995 (R. 7400).

jurídico ya está en peligro antes de cualquier intervención -activa o pasiva- del omitente [522].

El "dominio del acto" es asimismo requisito indispensable para la Sala 2ª del TS en orden a contemplar la figura que comentamos. Así, no se da la posición de garante si no se tiene el control del hecho [523]. Lo que ocurre es que dicho control o dominio tiene contornos ciertamente movedizos siempre que intervienen terceras personas en contacto con el bien jurídico que resulta lesionado. Sobre este aspecto, ya comentado con ocasión del dolo eventual, se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, resolviendo que "la posición de garante surgirá en los supuestos en que el ámbito de dominio constituye un factor decisivo para la ejecución del delito o para asegurar el resultado del hecho. Dicho en otras palabras: la posición de garante debe afirmarse en estos casos cuando el ámbito dominado por el acusado se convierte o puede ser convertido en un medio para la más fácil ejecución del hecho punible" [524].

Dicho lo anterior, no podemos compartir, pues, el planteamiento de la STS de 28-1-1994 (R. 125) cuando establece que "La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica,

---

[522] STS de 6-10-1995 (R. 7400).

[523] STS de 27-11-1996 (R. 8669).

[524] STS de 10-2-1996 (R. 2185).

b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado, y la posibilidad de evitarlo" [525], planteamiento a mi juicio parcialmente erróneo si tenemos en cuenta, en primer lugar, que estos dos últimos son igualmente posibles en la omisión propia, y en segundo lugar, que la producción del resultado –recuérdese que no estamos ante delitos de peligro- sólo interviene en la consumación, pero no en las formas imperfectas de ejecución. Entroncando con esto último, la propia STS que estamos comentando -en cierta contradicción con su propia definición- admite que "no resulta fácil encontrar los fundamentos de las formas imperfectas en los delitos de comisión por omisión (...). Unos toman en consideración un primer momento, en que aparece el peligro para el bien jurídico tutelado o se incrementa el peligro ya existente, a partir del cual ya hubiera resultado posible cumplir el mandato de acción; otros, por el contrario, mantienen que debe esperarse hasta el último momento en que aún era posible evitar el resultado. Para esta segunda posición, las formas imperfectas, son difícilmente defendibles. Esta Sala se inclina por la primera posición, pues, hay que tener en cuenta que cuando todavía es posible cumplir con la acción

[525] Véase en el mismo sentido a Silva Sánchez, o.u.c., p. 37.

exigida cabe un desistimiento voluntario, como igualmente es posible la intervención de un tercero que auxilie a la víctima evitando la lesión del bien jurídico. Procede admitir, pues, la posibilidad de una tentativa en los delitos de comisión por omisión (...). No se produce la consumación hasta que la acción debida resulte ya imposible para evitar el resultado, es decir, cuando la lesión del bien jurídico se presenta ya como inevitable".

Esta Sentencia opta como se ha visto por imputar tentativa de delito 'ad limine', desde el primer momento en que el sujeto debe actuar. Pero entiendo que aunque le asiste parcialmente la razón para apreciar la forma imperfecta de ejecución -posibilita el desistimiento y la no producción del resultado por causas ajenas al omitente, posibles en el delito intentado-, no tiene en cambio en cuenta dos aspectos importantes: Uno, la posibilidad de que intervenga la llamada culpa consciente, lo que comporta de nuevo los problemas de frontera con el dolo, siendo además que el delito culposo no admite tentativa, siendo luego forzosamente delito consumado, aunque éste delito lo sea de peligro [526]; El segundo se fundamenta en que en la comisión por omisión puede haber también indecisión en el sujeto hasta la total calibración de las posibilidades de actuación y evitación del resultado, con lo que ni aún en este estadio inicial puede hablarse de tentativa, al no

[526] No puede confundirse la consumación del delito (que puede ser de peligro) con el resultado (efectiva lesión del bien protegido).

asegurar tal premisa la existencia del dolo o intención de producción del delito.

Con tal argumentación y a efectos de poder fundamentarla convenientemente, llegamos al punto en que debemos afrontar la influencia del dolo y la culpa en la comisión por omisión, ya que esta figura no es un 'tertium genus' que deba añadirse a los dos primeros, sino que la omisión, como la comisión, deberá serlo en base exclusivamente a una de las dos formas establecidas en los arts. 5 y 10 CP.

Dado que la comisión por omisión imprudente sólo es posible si el tipo admite semejante forma [527], y no es el caso del delito de estafa, se hace imprescindible diferenciar la omisión dolosa de la culposa. A tal efecto nuestro Tribunal Supremo establece que "el dolo en los delitos de omisión está constituido por el conocimiento de las circunstancias que condicionan el surgimiento del deber de actuar propio de la posición de garante que ocupa el omitente, así como de su capacidad de realizar la acción requerida para impedir el resultado lesivo del bien jurídico, mientras que habrá que apreciar culpa respecto de la omisión, cuando el omitente por negligencia, es decir por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación generadora del deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el

resultado no alcanza esta meta por la forma descuidada en la que ejecuta dicha acción" [528].

Pero a pesar de la reiterada jurisprudencia en este sentido, no es posible, por contra, afirmar la presencia del dolo sólo en base al conocimiento -de su situación de garante y de su capacidad para evitar el acto-. Recuérdese que el dolo requiere conocer una cosa y quererla, y que el dolo se aloja precisa y directamente en este último elemento, aunque sea necesario el primero -sobre el que se asienta- porque sencillamente no puede quererse lo que no se conoce. Como dice Hassemer, "lo que no podemos hacer es colocar el conocimiento como elemento del dolo en el lugar de la decisión" [529]. Inexplicablemente [530] nuestra Jurisprudencia usa en la omisión un concepto del dolo que

---

[527] Ver la STS de 12-11-1990 (R. 8880).

[528] STS de 17-4-1997 (R. 3526), que, entre otras, contiene idéntico o similar texto que las SSTS de 25-4-1988 (R. 2922), 30-6-1988 (R. 5387), 24-10-1990 (R. 8229), 10-11-1990 (R. 8874), 23-4-1992 (R. 6783), y de 28-1-1994 (R. 125). En todas ellas se trata de omisión impropia (homicidio o parricidio -excepto la 3ª que lo es de infidelidad en la custodia de documentos y la 5ª que lo es de prevaricación-).

[529] En "Los elementos característicos del dolo", Trad. Díaz Pita, ADPCP 1990, p. 920.

[530] Véase no obstante a Bacigalupo Zapater (en "Delitos impropios de omisión", Buenos Aires, 1970, p. 168) en una afirmación que no tiene desperdicio, a saber, que "lo que en realidad se ha llamado dolo en la doctrina clásica, es sólo el conocimiento de la situación. (...) En nuestra dogmática es preciso redefinir el concepto de dolo. La intención es la sobredeterminación voluntaria de la causalidad en relación a un fin prefijado por el autor. Es decir, designa un fenómeno prejurídico. El dolo, en cambio, designa los elementos subjetivos del autor relevantes para la determinación típica del desvalor del acto" , con olvido de este autor de que en nuestra idiosincrasia dolo es "en los delitos, voluntad intencional, propósito de cometerlos" (vide el diccionario

no se aviene con el que utiliza en la comisión activa, cuando debiera ser el mismo [531]. Al no plantearse la exigencia del elemento volitivo, rehusa implícitamente entrar en la problemática tratada acerca del dolo eventual. Si la omisión equivale a la acción [532] y si el dolo es siempre el mismo, ya sea en el delito intentado o en el consumado, ya en el activo o el omisivo, lógico es que no varíe su esencia por más que varíe cualquiera de las anteriores formas delictivas. Tal invariabilidad del dolo es igualmente exigible cualquiera que éste sea, es decir, directo o eventual, desde la óptica -combatida- de la jurisprudencia existente del Tribunal Supremo. Tal definición no puede ser válida por contradecir la propia doctrina establecida por dicho Tribunal y faltar en definitiva el elemento volitivo que diferencia el dolo de la culpa consciente, atendido que también en ésta se da el conocimiento de la situación -vide supra-.

---

oficial).

[531] Las Sentencias del T.S. citadas en la nota anterior contienen las dos definiciones y requisitos, diferentes si no contradictorias, de dolo -eventual y omisivo-, a que nos referimos.

[532] La Sentencia del TS de 23-10-1996 (R. 9679) establece que "La omisión de evitar un resultado perteneciente a un tipo activo puede ser considerada equivalente, en su contenido de ilicitud, a la alternativa típica activa. Esta equivalencia, como lo venía destacando la jurisprudencia y ahora lo establece el art. 11 CP, depende de dos criterios. Por un lado el omitente debe ocupar una posición de garante (...). Por otro lado, la omisión debe ser 'equivalente, según el sentido del texto de la ley, a su causación' (...). De todo ello surge que los delitos de comisión (sic) no son sino una variante de los delitos activos".

La contradicción del TS en su trato del dolo activo y el omisivo cuando deberían ser equivalentes, hace perder credibilidad a la posición jurisprudencial y reclama, una vez más –véase el final del anterior apartado-, el pronunciamiento definitivo del legislador para colmar los principios de legalidad penal y seguridad jurídica.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

4.- Reconducción del llamado dolo eventual a la comisión omisiva ex art. 11b como solución alternativa.

En este Capítulo hemos tratado de demostrar que no existe voluntad sobre el hecho en base al cual nuestro Alto tribunal incrimina por dolo eventual y que a lo sumo aquella se presume si existe aceptación del resultado –lo que es diferente e independiente de la querencia de que éste suceda-. Hemos intentado demostrar, en definitiva, que la incriminación por dolo eventual no se sostiene en absoluto, y no ya en la estafa, sino en delito alguno.

Atendida la práctica –insostenible- de nuestros tribunales, resulta aceptable intentar buscar una solución alternativa que conjugue la necesidad de represión del hecho delictivo eventual con los principios penales ya vistos de culpabilidad, de legalidad, de seguridad jurídica y de igualdad, vulnerados a mi juicio en virtud de la aplicación del dolo eventual.

No podemos olvidar que la aplicación práctica de esta figura lo ha sido de forma difusa por parte de la jurisprudencia, es decir, sentencia a sentencia que llega a formar el cuerpo más o menos definitivo que tenemos ahora, asimilando asimismo en mayor o menor grado la diferente doctrina científica que, en tanto que proveniente de multiplicidad de autores, resulta también ésta a su vez fuente difusa. Tal ocurría con el tratamiento dado a la

posición de garante, pero la aparición del nuevo texto penal regulando en su art. 11, no ya la aplicación en abstracto de la omisión en los delitos de resultado, sino sobre todo los supuestos en que deberá aplicarse tal especial posición, permite un cambio determinante de criterio para aquellos que entiendan que las figuras ya existentes en nuestro código penal y mencionadas a lo largo de los anteriores apartados (tentativa y "preterintencionalidad") no eran suficientes para prescindir de tal forma de dolo.

Así, en la tramitación parlamentaria, el grupo mayoritario que defendió el proyecto de código y que en este, como en otros puntos, se convirtió en texto definitivo y vigente, manifestó [533], con ocasión de la discusión del art. 11 CP -comisión por omisión- que "estamos de acuerdo en la posición del garante, con referencia al especial deber jurídico del autor por evitar el resultado no querido". Resultado no querido que ha sido expresado en la misma sede y discusión, recuérdese, que la no asunción de tal deber de actuar -rebatiéndose así la teoría del TS que más elemento volitivo contiene-, y que enlaza "in solidum" con la inexistencia de querencia dirigida hacia el hecho eventual sobre la que se ha construido el llamado dolo de tal clase.

[533] Pág. 14988 del diario de sesiones de 11-5-1995.

Frente a la situación-base del dolo eventual -infracción del deber de evitar el resultado- [534], la nueva regulación ha establecido claramente la misma situación en sede de comisión omisiva, de tal manera que desde la vigencia del nuevo art. 11 b CP no podrá usarse simultáneamente para integrar la forma omisiva y luego nuevamente, dentro de ésta, para determinar la forma dolosa -eventual-. Tal doble uso de una misma situación dentro de una misma cualificación del hecho, aparte de que vulnera el principio ne bis in idem en contra del reo [535], se aleja de la lógica marcada por una ley que asigna expresamente posición de garante al creador del riesgo del delito eventual, a la que seguirá el resto de instituciones penales aplicables, de entre las que destaca, por su necesariedad, la distinción de su forma de omisión, es decir, bien dolosa o bien culposa. La aplicación nítida de las diferentes figuras o instituciones penales requiere, pues, la aplicación en una sola de ellas, y tal ha de ser la establecida por la ley -posición de garante ex art. 11b-, frente a la de origen jurisprudencial -dolo eventual-, o dicho en otras palabras, dejando a la institución del dolo

---

[534] Retómese la STS de 15-4-1997 (R. 2931) transcrita al inicio del apartado 2.4 de este capítulo (después de su primer punto y seguido).

[535] Véase las SSTS de 20-12-1973 (R. 5075), 19-1-1979 (R. 121), 9-4-1981 (R. 1617) y de 2-12-1995 (R. 8970), expresivas de que un mismo hecho no puede originar dos circunstancias distintas en orden a modificar la responsabilidad criminal. Entiendo asimismo que tampoco puede la misma base fáctica dar lugar a diferente imputación, por dolo eventual y por comisión omisiva, que por contra sí son compatibles cuando

lo que es exclusivamente su función, es decir, únicamente si ha existido intención o planificación del autor en la producción del hecho delictivo [536].

Esta omisión reprochable, tan necesaria para la producción del resultado como la propia acción, será dolosa solamente si contiene el elemento volitivo (además del cognoscitivo) sobre dicho resultado, debiéndose reputar culposa en caso contrario. Este planteamiento conlleva la necesidad de reestructurar y dar coherencia -ésta era necesaria ya antes de la entrada en vigor del nuevo código- entre los elementos constitutivos del dolo directo, los del dolo eventual o indirecto, y los del dolo omisivo -porque este dolo es sólo saber, como la culpa consciente- por parte de nuestra jurisprudencia, o dicho de otro modo, que cualquier construcción del dolo, ya sea el omisivo o ya el

---

parten de bases diferentes, dando lugar a la omisión dolosa.

[536] Es de resaltar la reciente Sentencia del TS de 17-6-1998 (R. 5380) que establece, ante la intención expresa exigida en el actual art. 408 CP (delito de omisión de perseguir delitos), que "Es la malicia o la intención de que hablan uno u otro código. Esa diferencia es realmente intrascendente, aunque pudiera interpretarse que el legislador quiere ahora hacer hincapié en el dolo directo para excluir el dolo indirecto o eventual, es decir, como si se quisiera restringir el tipo a las formas de dolo con una presencia volitiva más intensa". Y es de resaltar precisamente, en primer lugar porque la intención específica del tipo se encuentra ya en el tipo genérico (art. 5 y 10) y es de aplicación con la misma intensidad, tenga o no reflejo expreso en el tipo de la parte especial, sin que tenga sentido darle especial relevancia por el hecho de estar recogido en dicho tipo, y en segundo lugar porque denota la inconsistencia del llamado dolo eventual, al no variar un ápice sus requisitos -según el propio TS que lo admite- tal hecho diferencial el cual, a pesar de ser de escasa importancia, abre paradójicamente -también según el TS- la posibilidad de excluir el repetido dolo.

eventual que combatimos, contenga sus dos elementos constitutivos -saber y querer-, lo que en definitiva conlleva la reinterpretación de nuestro TS del dolo a que se refieren los arts. 5 y 10 CP [537] y que exija en pura coherencia el elemento volitivo sobre el hecho, tanto en el dolo eventual -que dejará entonces de aplicarse en favor del directo- como en la omisión dolosa -donde dicho elemento ni siquiera se plantea-.

Es por ello que la reconducción de aquellas situaciones en que el riesgo haya sido previamente creado por el autor -y sus consiguientes deberes de evitar el resultado anulando aquel riesgo ("refrenando sus impulsos" en palabras de la STS transcrita al inicio del ap. 2.4)- no sólo se presenta como obligada desde la vigencia del actual art. 11b CP, sino que resulta más respetuosa con los principios de nuestro sistema penal y tiene además la ventaja de que se atiene a una regulación legal. No obstante, entiendo que incluso debería revisarse tal regulación por cuanto la consideración del riesgo en esta figura de general aplicación torpedea la estructura básica de nuestro sistema penal que, recuérdese, reprocha el riesgo de lesión de ciertos bienes jurídicos [538],

---

[537] Retómese otra vez la interpretación que del art. 10 CP efectúa la STS de 15-4-1997 (R. 2931), transcrita al inicio del apartado 2.4 de este capítulo.

[538] Estructuralmente contenidos en el Título XVII, aunque fuera de él se hallan desperdigados un montón de delitos de esta naturaleza, básicamente agravaciones del reproche penal por puesta en peligro de la integridad de las personas (entiéndanse incluidas la vida, salud o libertad sexual)

remitiéndonos en nuestra crítica al mismo comentario realizado más arriba respecto de la tentativa [539]. Quede claro, pues, que dicha alternativa es sólo un mal menor.

Con todo, hay que abundar en la necesidad de que nuestro TS revise su postura en el citado dolo omisivo a fin de exigir la voluntad y no sólo el conocimiento de su posición de garante. Lo que ocurre -y aquí reside a mi juicio la piedra de toque- es que, antes de la aparición del código de 1995, nuestro Tribunal Supremo no consideraba la omisión plenamente equivalente a la acción [540], a diferencia de lo expresado ahora por el art. 11 CP. En este sentido, subrayando la diferencia que presenta el tipo subjetivo de las formas omisivas equivalentes a las realizaciones activas dolosas del delito, la STS de 24-10-1990 (R. 8229) establece que "en los delitos de omisión, el «dolo» o, mejor dicho, la forma equivalente al mismo, no se puede definir como la voluntad de realización de una acción, pues el omitente, precisamente, no realiza la acción debida. A partir de aquí se dijo que, en los delitos

---

junto a la lesión de un bien jurídico "menor" (arts. 148, 180, 225, 229, 231.2, 242.2, 266, 316, 325, 328, 455, 495.1, 513, 514, 552, 557, 576, 607, 609, 613, 620, 630), y salvo algún supuesto aislado en que el riesgo lo es respecto al medio ambiente (arts. 325 y 326) o de rebelión (art. 483). La guinda en este desconcierto la pone el art. 148 que integra a la vez delito de riesgo y de resultado, lo que acaba de evidenciar que en esta materia el legislador carece de "ideas claras".

[539] En el apartado "La estafa es siempre un contrato viciado", de la Parte II.

[540] A pesar de las manifestaciones de equivalencia entre acción y omisión de la STS de 23-10-1996 (R. 9679), transcrita parcialmente en nota anterior.

de omisión, la forma más grave de realización del tipo la «decisión de omitir» no es un elemento constitutivo de la misma y que, por lo tanto, el que conoce a) las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y b) su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente". Tal planteamiento original conllevó el desplazamiento del concepto de culpa hacia las posiciones no ocupadas por el dolo (ya apuntadas más arriba) [541]. En idéntico sentido que la anterior se pronuncia la STS de 30-6-1988 (R. 5387) al afirmar que "el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tiene caracteres que, si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido. Precisamente por estas razones, en el delito de

[541] Continúa la anterior sentencia diciendo, en el punto en que la hemos dejado, que "Consecuencia de ello es que la culpa, en los delitos de omisión, será de apreciar cuando el omitente por negligencia, es decir, por su descuido, no tuvo conocimiento de la situación generadora de su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza la meta posible por la forma descuidada o inadecuada en la que intenta dar cumplimiento al deber de garantía".

omisión, la característica básica del 'dolo' es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente".

Pero esta argumentación debe ser analizada pausadamente y en base a los siguientes cuatro puntos, que corresponden a los anteriores subrayados: 1) Mezcla bajo un mismo concepto de dolo los delitos propios con los impropios de omisión, lo cuales tienen, precisamente entre ellos y no entre la acción y la omisión impropia o comisión por omisión, diferencias en cuanto a la voluntad de producción del resultado -el texto del art. 11, al referirse a la causación, confirma la equivalencia plena sin diferencias y, en concreto, un dolo dirigido a tal fin, idéntico al de la forma activa-, confusión que va a provocar la distorsión reflejada en los puntos siguientes. 2) Se dice que ambos 'dolos' -de acción y omisión- son equivalentes pero difieren, en una contradicción que no resulta salvada satisfactoriamente en las explicaciones luego se dan. 3) Así, la afirmación de que en los delitos de omisión el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido, es válida sólo en la omisión propia [542], pero no en la impropia o comisión por omisión, puesto que ésta es sólo una variante de la acción y se causa el resultado precisamente con la omisión, la

[542] Lo que viene corroborado por la referencia de la propia sentencia a la "realización del comportamiento" en vez de la realización del resultado. Tal afirmación es aplicable sin ningún problema por ejemplo en la omisión del deber de socorro, como paradigma de la omisión propia.

cual, para ser dolosa -con dolo directo- deberá querer la producción del resultado o lesión del bien jurídico que el tipo protege. Y eso es voluntad verdadera y plena, en contraposición a la afirmación que se combate. 4) En consecuencia, tal "falta de decisión de emprender la acción" a que alude la Sentencia no será forzosamente dolosa ni tampoco "característica básica" del dolo en los delitos de omisión, sino que podrá ser igualmente culposa: Si se decide no actuar para que así se produzca el resultado lesivo estaremos ante la primera de dichas formas. Y si no se actúa por cualquier negligencia atribuible al omitente (de conocer su posición de garante o su posibilidad de actuar, o bien por su actuar negligente en la evitación) pero sin intervenir voluntad o querencia en la producción del delito, deberá incriminarse por la segunda.

En otro orden de cosas, la teoría del dominio del acto interviene en la posición de garante de la comisión omisiva a mi juicio de forma inherente, ya que tal posibilidad de dominio existe en cualquiera de los tres supuestos legales en que opera dicho deber, en los tres se es dueño de la situación, lo que da fundamento al precepto que exige tal deber de actuar, ya que sería absurdo exigir, por contra, actuar al que no puede o no está en condiciones objetivas de hacerlo [543]. Lo que ocurre es que este dominio sólo es

[543] V. la STS de 27-11-1996 (8669).

exigible a mi juicio, en el art. 11, en el momento de la puesta en riesgo pero no en el del resultado [544].

A).- En la estafa.

Después de todo lo expuesto y desde la aséptica crítica científica, cabe afirmar bajo un prisma conceptual -léase intención y voluntad de que el hecho delictivo se produzca- que el dolo eventual penal, en su vertiente práctica -tal como se viene aplicando por los tribunales- no existe, y desde su vertiente teórica, es inaplicable por absurdo, y que estamos luego ante una construcción errónea -e injusta- dentro del sistema penal y de un mal uso del concepto por parte de un sector de la doctrina y de nuestro TS, en perjuicio del justiciable. Existe en cambio una posición de garante por puesta en riesgo precedente que deberá tratarse como comisión por omisión, por culpa o dolo, pero éste siempre directo sobre el delito y sin perjuicio de que pese a tal voluntad el delito no se produzca. En caso contrario deberá penarse como omisión culposa si el delito admite esta forma o, en caso de no admitirla, perseguirse luego el tuerto por la vía que sea,

[544] En esta tesitura, queda diluido para el apartado b del art. 11 el elemento "capacidad de evitar el resultado" exigido por la jurisprudencia como integrante del dolo en la comisión omisiva (vide supra), ya que, en el ínterin entre la creación del riesgo y la producción del resultado, puede dejar de existir el dominio y con ello la capacidad de evitar el resultado. Por ello debiera hablarse a lo sumo de "capacidad de evitar el riesgo".

pero no la penal. Tal es la construcción, a mi juicio más nítida, que se propone, y no precisamente porque no fuera posible su aplicación con el anterior código [545], sino porque evita la sinrazón del dolo eventual y se ajusta a las demás figuras ya antes existentes que contienen la característica de la eventualidad -comisión por omisión por riesgo precedente, tentativa, y resultado que supera lo planeado (preterintencionalidad)-. Ello obliga al juzgador a llevar hasta el final sus esfuerzos de investigación de la culpabilidad -sin quedarse a medio camino ni contentarse con el presumido dolo eventual-, en base a la prueba de indicios sobre los actos anteriores, coetáneos y posteriores, la personalidad del autor, etc., a fin de indagar a fondo la existencia de la intención del sujeto en orden a la consumación delictiva. Deberá en suma el juzgador abandonar la figura del dolo eventual e indagar, en base al auxilio de otras figuras de nuestro sistema penal conforme se ha expuesto más arriba, si ha habido el único dolo válido y que no provoca desavenencias entre las diferentes figuras de nuestro sistema, el dolo directo, dando por buena la posición antes apuntada de que la frontera más clara está entre el dolo directo y el eventual y no entre éste y la culpa consciente, ya que sólo aquél

[545] Resuelto con dichas figuras ya existentes bien en el código -dolo-, bien en la jurisprudencia -posición de garante por riesgo precedente del autor-, es decir, dolo directo contemplado a través del tamiz de la posición de garante propia de la comisión omisiva que permitía sin forzamiento las formas imperfectas de ejecución.

entraña intención sobre el hecho, a diferencia de lo que ocurre en éstos.

Lo dicho hasta ahora en términos genéricos es susceptible obviamente de ser aplicado al terreno de lo concreto. En cualquier delito de resultado -y la estafa lo es- deberá analizarse si existe acción u omisión, si existe posición de garante a la luz de los supuestos legales, y finalmente analizar si existe voluntad en la omisión y si ésta va dirigida a la producción del delito. En la estafa cometida en la modalidad omisiva, la omisión equivale al engaño y es la causación del delito. En esta modalidad se da una relación de confianza entre autor y víctima que hace que la falta de noticias provenientes de aquél provoque un "no hay ningún problema" o "todo va bien" en el ánimo de ésta. Dicha confianza de la víctima, simétrica al deber de garante del autor (que está obligado a no defraudarla), se produce precisamente ante tal posición regulada en el art. 11 CP, donde el deber contractual de actuar y en menor medida el legal, se presentan como los dos supuestos propios de la comisión de la estafa (vide infra).

En el caso de la estafa debe evitarse el erróneo "no hay ningún problema" a fin de que el disponente no efectúe la transmisión en su falsa creencia, siendo indiferente -y no enervando tal deber- el hecho de que el error fuera previo al contacto o intervención del garante o no, pues es claro que el deber de garante en este delito comprende tanto el evitar que el error se forme, como el de que se

mantenga, si es que del mismo ha de derivarse la transmisión patrimonial.

La peculiar exigencia a la posición de garante, en orden a evitar sólo el resultado (vide supra), conlleva que no se dé esta figura omisiva si el garante no saca del error al disponente pero en cambio evita la disposición patrimonial, sea en favor del garante o de tercero. En este último caso, si el errado efectúa la transmisión sabiéndolo el garante, éste podrá ser reo de estafa -por cooperación necesaria cuando su actuación es decisiva en el error y aunque no exista concierto- si existen los demás elementos, especialmente el dolo de que aquél salga perjudicado, debiendo apreciar culpa en caso contrario -por ejemplo, el garante atareado no le presta más atención-. Por lo demás, si no se evita el error y se llega al momento de la transmisión patrimonial, se estará ante el delito frustrado o tentativa acabada si aquella se detiene en el momento de efectuarse sin llegar a consumarse por intervención ajena al agente. Y si no se evita el error pero sí el desplazamiento, se estará ante el desistimiento, que no tiene consecuencias penales y concuerda así con el exclusivo reproche de la no evitación del resultado -que no del riesgo- que hemos defendido antes en la interpretación del artículo 11 CP.

Analizando los distintos supuestos contemplados en este artículo, vemos lo siguiente:

1) Posición de garante por obligación legal: Al tratarse de una norma penal en blanco –incluida su falta de remisión expresa-, el espectro material de este supuesto es tan amplio como lo pueda ser el propio ordenamiento jurídico, pero siempre con las dos limitaciones impuestas por el tipo de la parte general: debe de ser ley formal -rango de ley- y específica -que establezca específicamente tal deber de obrar-. Por otro lado, será ciertamente inusual encontrar alguna situación regulada por ley en que exista el deber específico de evitar, bien el error de alguien a fin de que no proceda a disponer en perjuicio propio o de tercero, bien directamente ese perjuicio, aunque la tipicidad de este precepto implique dejar la puerta abierta para el caso de que esto llegue a suceder. Pero casual y curiosamente eso es lo que ocurre en el libramiento de un título mercantil abstracto -excepto en el caso del pagaré, quizá porque su emisor se equipara al aceptante de la letra mas no al librador-, donde la ley cambiaria establece expresamente la "garantía" (es término literal) del librador en orden al pago del título, aspecto que será tratado debidamente en el siguiente epígrafe.

2) Posición de garante por obligación contractual:

Junto con la de origen legal, son, en cualquier delito, las dos únicas formas previsibles de antemano por la víctima y las que por ello le generan la confianza a que antes hacíamos referencia. En el delito de estafa esta forma se presenta además como la más característica en la

comisión por omisión, al ser la legal de aplicación ciertamente difícil como hemos dicho, y la del riesgo precedente, de aplicación imposible como se verá.

Requiere igualmente obligación específica -por voluntas legis- que será tan amplia materialmente como lo sea el ámbito en el que se mueva la autonomía de la voluntad propia del derecho civil o mercantil, con las limitaciones establecidas en su legislación para los contratos (básicamente el orden público) y siempre que además sea susceptible de poner en peligro un bien protegido penalmente. Deberá tratarse en definitiva de una cláusula contractual específica que haga nacer la obligación o, lo que es lo mismo, el deber, de evitar el desplazamiento perjudicial por causa de error del disponente. Tal ocurre por ejemplo, en un contrato de suministro en el que existe una cláusula o pacto en el que se estipule la obligación de las partes de preavisar con un tiempo prudencial de antelación la voluntad unilateral de extinguir el contrato, donde faltar a dicha obligación por parte del suministrado, provocando maliciosamente el suministro en la creencia que aquel será mantenido -cuyo dolo delictivo de estafa se inferirá, entre otros, de los actos coetáneos (por ejemplo, si el autor ha realizado gestiones con otro suministrador con anterioridad a la fecha del obligado preaviso)- [546].

[546] Evidentemente que el perjudicado tendría la acción civil por incumplimiento de obligación contractual e indemnización de perjuicios, pero estamos ante un supuesto

Lo que ocurre es que, en esta fuente de posición de garante de evitar el perjuicio causado por el error del disponente, las vicisitudes civiles del contrato y de la obligación en él contenida van a condicionar el nacimiento del deber que nos ocupa, y por ende el de la responsabilidad penal [547]. Así, si el contrato es nulo de

---

claro de dolo integrante de estafa (omisión equivalente al engaño que provoca el error y consiguiente desplazamiento perjudicial -suministro-), existente el ánimo de lucro.

[547] Nos encontraremos luego ante una cuestión prejudicial, con sus inherentes remedios y cauces procesales. En este sentido debe recordarse que la LECrim. establece como regla general que la justicia penal se extiende a resolver las cuestiones civiles prejudiciales cuando estén íntimamente ligadas al hecho punible (art. 3), pero establece también que si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia deberá resolverse por el Tribunal civil con suspensión del procedimiento penal (art. 4), sin que a ello se oponga el art. 10 de la LOPJ puesto que, como dice la STS de 20-1-1996 (R. 46) ambos preceptos no se contradicen, siendo que este último precepto, posterior en el tiempo, en nada viene a modificar aquella normativa "sino más bien a ratificarla, ya que, aún respetando la preferencia de la jurisdicción penal como regla primaria y general, salva sin embargo 'aquellas excepciones que la ley establezca', excepciones que, repetimos, vienen determinadas en el art. 4 de la ley rituaria". Lo que no nos dice la ley es si la cuestión sobre la nulidad del contrato del que dimana el deber de garante deberá seguir la regla general o la excepcional. Se establece no obstante esta última regla para establecer la validez de un matrimonio, lo que pudiera hacer pensar que debería procederse igualmente con el negocio contractual puesto que de tal naturaleza es la del matrimonio, pero la solución contraria se impone si se tiene en cuenta la dificultad de la nulidad de esta institución donde resulta implicada básicamente la situación personal (v. arts. 73 y ss. CC), especialmente compleja si la comparamos ante un negocio civil o mercantil, donde sólo se comprometen básicamente patrimonios. Deberá luego el Juzgador penal atemperarse a las reglas del derecho civil para resolver la cuestión prejudicial (art. 7), sin necesidad a mi juicio de hacer uso de la regla especial en la resolución de la previa validez del deber del garante proveniente de fuente contractual. La STS de 31-5-1993 (R. 4301) es significativa al establecer una clara consecuencia al respecto, en el sentido de que "la facultad de resolver las cuestiones

pleno derecho (ex art. 1261 CC), el perjuicio no será perseguible criminalmente y sólo será resarcible por la vía civil. Si en cambio es simplemente anulable (ex arts. 1300 y ss. CC), parecería que se deja en manos del accionante de nulidad la validez y eficacia del propio tipo penal, lo que es equivalente a dejar en manos de los particulares la aplicación del Derecho Público penal, mereciendo luego el mismo reproche ya referido en su momento (Cap. I de la Parte primera), máxime cuando además en el presente supuesto se añade la posibilidad de que sea el propio autor el que promueva la nulidad contractual civil para autoredimirse de la responsabilidad criminal. Pero debemos decir a renglón seguido que esta posibilidad lo es sólo aparentemente, ya que como dice la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 23-12-1997 (R. 8902) [548], " Una vez declarada la anulación, consecuencia de la anulabilidad, queda anulado o nulo el negocio jurídico (...). La consecuencia, la nulidad, es la misma", y ello porque la anulabilidad sólo será posible en aquellos supuestos en que la ley lo permita [549]. En efecto, conforme al art. 1300 CC,

---

extrapenales determinantes de la inocencia y la culpabilidad es para aquellos supuestos en los que tales cuestiones aparezcan con absoluta claridad (...), de modo que en caso de duda o falta de claridad acerca de la cuestión extrapenal la Jurisdicción de lo Penal habrá de dictar sentencia absolutoria".

[548] Ver también la Sentencia de la misma Sala de 9-5-1994 (R. 3894).

[549] Rizando el rizo cabría plantearse la posibilidad de que el autor otorgue adrede un contrato viciado de nulidad, a sabiendas y con el fin de servirle de cobertura en el

los contratos que no sean nulos de pleno derecho, es decir, "Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados (...) siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley", lo que impide cualquier exclusión voluntarista de la responsabilidad penal por parte de los particulares implicados, por más que éstos puedan poner en marcha los mecanismos tendentes a enervar el contrato del que nace su deber de garante, ya que la misma lo será, repetimos, en virtud exclusiva de la ley, respondiendo por tanto a razón de interés público, el único que puede enervar en su caso el interés de igual naturaleza ínsito en aquel reproche penal.

3) El tercer supuesto: Ciertamente podría pensarse a primera vista que la posición de garante por creación del riesgo de estafa es la más susceptible de producirse, pues a diferencia de los anteriores supuestos no se halla limitado por marco legal o contractual alguno. Pero entiendo que tal postura debe descartarse sin ninguna duda, pues el requisito necesario para que exista posición de garante, necesaria a su vez para la incriminación por comisión omisiva, es decir, la creación del riesgo precedente, en la estafa carece de entidad propia.

En efecto, la omisión está contenida en la acción, o dicho de otro modo, el engaño es dar -acción- a la mentira

---

supuesto que nos ocupa. Pero si se piensa en que el vicio de nulidad es fiscalizable por la otra parte contratante, tal posibilidad resulta prácticamente despreciable.

apariencia de verdad sin advertir -omitiendo- que es mentira, con lo que por esencia todo engaño activo conlleva una inherente parte omisiva. Sería absurdo que acto seguido de afirmar una cosa falsa se advirtiera de su falsedad [550]. Así, no es posible desgajar acción de engañar y omisión de advertir de que se está engañando, pues tanto una como otra son el reproche esencial de la estafa y forman parte del engaño por igual y de forma inherente, sin que sea posible engañar advirtiendo que se está engañando, es decir, sin la repetida omisión. De esta manera, el que da a la mentira apariencia de verdad -creando con ello un riesgo de lesionar el patrimonio ajeno- y después omite advertir que la información dada no es veraz, integraría el art. 11 b CP si pudieran escindirse la acción y omisión citadas como integrantes del engaño, lo que a mi juicio no es posible, puesto que, además de lo dicho, el principio ne bis in idem impide que un hecho conlleve dos consecuencias o dos calificaciones diferentes, de tal manera que quien engaña será reo de estafa -cumplidos el resto de elementos- bien por acción o bien por omisión, pero un mismo engaño no puede integrar primero el hecho que crea el riesgo en tiempo precedente y a su vez el hecho posterior integrante de un reproche penal distinto en virtud de omisión.

Ello implicará que en la estafa no sea posible aplicar la alternativa al dolo eventual que motiva el presente

[550] Lo que por otra parte no obsta a la aplicación del desistimiento del delito intentado, eslabón posible y previsto legalmente del iter delictivo (su finalización).

apartado, aunque deba no obstante proseguirse el estudio por razón de la posible comisión por omisión en la figura que nos ocupa.

B).- En la agravante 3ª del art. 250.1.

¿Puede integrar la omisión -equivalente a la acción ex art. 11 CP- el libramiento de un título del que se sabe a ciencia cierta -y omite informar de ello al destinatario- que no podrá ser satisfecho?, o lo que es lo mismo, ¿ante qué tesitura nos encontramos en la agravante que nos ocupa: ante una acción o ante una omisión engañosa? Estas preguntas nos sitúan ante el supuesto básico del libramiento del título mercantil abstracto ineficaz a sabiendas.

La respuesta vendrá determinada por las dos únicas fuentes que a mi juicio son capaces integrar la necesaria posición de garante o deber del agente en orden a evitar el desplazamiento patrimonial por error del disponente, es decir, la fuente legal y la contractual.

1) Fuente legal: En base al art. 11 CP sólo existirá comisión del art. 250.1.3 CP por omisión si se produce perjuicio en virtud de la infracción de un especial deber jurídico impuesto al autor en orden a evitarlo. Así, el art. 7.1 CC, que impone la buena fe en el ejercicio de los derechos, es deber genérico y carece por tanto del

requisito de especialidad exigido por aquél. Ahora bien, existe un precepto legal aplicable a la letra de cambio y al cheque, aunque no al pagaré, que imponen al librador del efecto la garantía de pago, es decir, de efectividad del título, o lo que es lo mismo, de garante del resultado esperado. Tal es lo que preceptúan los artículos 11 y 118 de la ley cambiaria. Y siendo además que el artículo 11 CP sólo reprocha la producción del resultado (vide supra) mas no la puesta en peligro en sí misma, de ello se deriva que el libramiento de un cheque o de una letra de cambio que se sabe –y así se quiere- que no van a ser pagados a su presentación al pago, deberá ser calificado bajo comisión omisiva por infracción del deber de evitar el resultado –léase impago o perjuicio [551]-, o lo que es lo mismo, de garantizar el pago, impuesto por los citados artículos de la ley cambiaria. Y por el contrario, en la emisión de un pagaré, por faltar tal específico deber de garante, deberá calificarse, libre ya de sometimiento a este artículo, bajo la comisión activa. Aunque el resultado, puestos a no pagar, va a ser al final el mismo, ya que, a pesar de que el pagaré permita integrar directamente la acción engañosa y el cheque y la letra obliguen a pasar por el art. 11 CP –habida cuenta de los términos imperativos en que éste se expresa-, estaremos en cualquier caso ante la integración del mismo elemento típico, es decir, el engaño o puesta en escena.

[551] Aunque no siempre han de ser estos dos conceptos

Decir finalmente que el hecho de que haya que aplicar el imperativo art. 11 CP no implica que haya de apreciar engaño (por omisión) siempre que un cheque o letra de cambio resulten impagados, puesto que, como establece el repetido artículo, ello sólo será posible "a tal efecto", es decir, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación "según el sentido del texto de la Ley", en una acertada explicitación finalista de la norma, lo que en nuestro caso significa que sólo se equipara acción y omisión por deber legal (arts. 11 y 118 LC) cuando la no evitación del impago equivale a la causación del perjuicio según sentido del texto del tipo penal que nos ocupa, es decir, cuando existe intención de aprovecharse del cumplimiento de la contraparte y del propio incumplimiento.

2) Fuente contractual: Como el resto de fuentes, no será suficiente con que sea genérica, sino que deberá ser específica, donde destaca fundamentalmente el llamado "pacto de decir verdad", verbal o escrito, al admitir el contrato ambas formas. Este pacto ha sido tratado por la doctrina y la jurisprudencia con posiciones encontradas acerca de su suficiencia en orden a integrar el engaño de la estafa. Así, para Bajo Fernández, "el incumplimiento del pacto de decir la verdad no puede entenderse como un comportamiento digno de ser penalmente castigado so pena de extender el delito de estafa a límites insufribles. Estamos

---

forzosamente equivalentes (vide supra).

más bien en presencia de una mentira que no basta para apreciar concurrente el engaño típico", citando y considerando acertada este autor la STS de 24-3-1965 que acuerda en este sentido. Pero el propio autor cita otra sentencia del mismo Tribunal con la que no está de acuerdo, la de 11-11-1968 que establece el reproche penal porque "aunque el descuento bancario concedido a los comerciantes e industriales descansa en la confianza que éstos inspiran por sus negocios, se falta a ella y a la lealtad del pacto al presentar a descuento y percibir el importe de letras que no responden a operaciones mercantiles" [552]. Esta última posición, favorable a la incriminación cuando existe tal pacto, es defendida por Rodríguez Mourullo [553] para quien "no se puede prescindir de la significación y relevancia del pacto en virtud del cual el Banco condiciona al descuento al hecho de que realmente se trate de letras comerciales", y siguiendo a Pedrazzi afirma la existencia de engaño por omisión, puesto que "si alguien se ha obligado jurídicamente a facilitar a otras personas ciertas informaciones, éstas tendrán derecho a interpretar la ausencia de comunicaciones como la afirmación de que el sujeto obligado no tiene nada que comunicar". La nueva regulación de 1995 ha venido a dar la razón, pues, a estos últimos (autor y Sentencia).

---

[552] Véase a Bajo Fernández en "Estafa de abuso de crédito...", ob. cit., p. 534.

[553] En "La protección penal del cheque...", ob. cit., ps. 949 y 950.

Finalmente hay que decir que lo dicho hasta ahora respecto de la relación descontante-descontatario es también predicable al resto de intervinientes del círculo cambiario que se hallen en la misma situación (avalistas, endosatarios), es decir, que existiendo pacto entre ellos de informar de la no comercialidad de la letra, estampen su firma sin recibir la obligada comunicación. Y lo dicho acerca de la letra de cambio es predicable a mi juicio también respecto del pagaré, máxime cuando éste también resulta descontado en la práctica bancaria, existiendo además el llamado "pagaré de empresa" usado comúnmente en el giro empresarial y que también responde, por tanto, a una operación real de provisión de fondos. E incluso procede a mi juicio lo propio ante el endoso de un cheque si entre endosante y endosatario existe el pacto de advertir de la precariedad de la solvencia del librador y llegado el caso aquél omite tal deber.

CAPITULO II:

EL ERROR DEL AUTOR

1.- Introducción.

Es un principio básico de nuestro Ordenamiento Jurídico la responsabilidad por los propios actos, así como también la aplicación de las leyes incluso frente a aquellos que alegan su ignorancia [554], y ello en aras de lograr la uniformidad en los cánones básicos de conducta de todos aquellos que componen una sociedad y saber de antemano a qué atenerse ante la resolución de los conflictos. A tal efecto el art. 6.1 de nuestro Código Civil establece la eficacia general de las normas jurídicas sin que la ignorancia de las mismas excuse de su cumplimiento. Y así fue en todas las ramas del Derecho hasta que en el Derecho Sancionador fue desterrada la

---

[554] El desconocimiento del alcance de los propios actos así como el de la prohibición penal implica la distinción entre error de hecho y de derecho recogido en el actual art. 14 CP.

El término "ignorancia" suscita discusiones en materia de error. Mientras a nivel doctrinal se afirma que no es lo mismo error que ignorancia (Quintero Olivares, o.u.c., pág. 407) la jurisprudencia mantiene la equivalencia entre uno y otro (STS de 27-1-1995, R. 80), sin duda porque "tal diferencia no se traduce en distintos efectos jurídico-penales", como admite el propio Quintero (ibídem). En efecto, el error significa ausencia de conocimiento, y eso es ignorancia. No obstante, distinguir error de ignorancia resultará esencial a fin de distinguir a su vez las diferentes clases de error, como más adelante se verá (infra en el estudio realizado con motivo del tercer requisito jurisprudencial del error).

responsabilidad objetiva (válida en aquel derecho) e instaurado definitivamente el principio de culpabilidad del autor, lo que se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de Junio.

Esta ley establece en su Exposición de Motivos que con la modificación del art. 1 del Código de 1973 "se pretende, por un lado, resolver la equivocidad de la referencia a la voluntariedad en el modo en que lo hace el texto actual; de otra parte se desea sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa como únicos fundamentos de la responsabilidad penal se juzga, por consiguiente, como inaplazable. Evidentemente, las consecuencias de la modificación del art. 1° del actual Código inciden, por las mismas razones, (...) así como en la interpretación que habrá de dar a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal se entiende preciso, además, regular los efectos del error, según sus clases, sobre el tipo o sobre la prohibición". Así, se introdujo el art. 6 Bis a) del Código ya derogado que tenía el siguiente tenor: «El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las

personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 66.»

Lo que ocurre es que el anterior articulado no expresa el nomen iuris del error que regula –tampoco el actual de 1995-, el cual sólo se da doctrinal y jurisprudencialmente (además de en aquella exposición de motivos). Esto, junto a otras razones que luego se verán [555], ha dado lugar a errores en su designación e incluso a confundir el error de tipo y el de prohibición. Como dice la STS de 30-1-1996 (R. 190), "Tratándose de Derecho Penal, en materia de error es fácil incurrir en errores". De ello se hace eco también la Sala Segunda del Tribunal Supremo en lo que supone un ejercicio de autocrítica al declarar en su STS de 16-3-1994 (R. 2319) que tal falta de nomenclatura legal "ha permitido a esta Sala como a jurisprudencias foráneas (concretamente la alemana) intercambiar uno y otro error, como en el caso de la Sentencia de 22 marzo 1986 que tras argumentar sobre la creencia del sujeto activo en un comportamiento lícito (párrafo tercero del artículo 6.bis.a) acaba por llevar su conducta al párrafo segundo y aplicar la absolución por entender que el delito imputado de detención ilegal no

[555] V. a Luzón Peña (en "El error sobre causas de justificación: algunas precisiones. La Ley, 1989, p. 573) en cuanto a la falta de consenso sobre el error sobre causas de

puede considerarse como culposo al tratarse de un error vencible". En el mismo sentido se expresa la STS de 9-3-1993 (R. 2163) al decir que "El problema, en el contexto de la técnica jurídica, es ciertamente complejo. Se habla de causas de justificación en relación con el error de tipo, como se habla también de error sobre los límites de la eximente en cuanto al error de prohibición".

A pesar de ello, la jurisprudencia, sobre todo la más reciente, ha ido configurando una línea definitoria y de requisitos suficientemente uniforme, a la que luego me referiré.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

justificación.

2.- El precepto.

Establece el vigente art. 14 CP:

"1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

Diversas variaciones contiene el texto actual en relación con el anterior art. 6 bis a). Una de ellas viene representada por la sustitución, en el error de tipo, de la referencia al "elemento esencial integrante" de la infracción por la de "hecho constitutivo" de la infracción. El legislador de 1995, y en concreto el Grupo Parlamentario mayoritario que defendió el texto finalmente aprobado, razonó este cambio en base a que "desde el año 1983 (...) no se habla de elementos del hecho, sino del hecho concretamente [556]. Cuando estamos hablando de errores de

[556] Cuesta creer que sea precisamente desde la ley que

tipo y errores de prohibición, de las agravaciones y de las atenuaciones que ello supone, normalmente ya se habla casi siempre del hecho y de la ilicitud cuando estamos hablando del tipo o de la prohibición. Entrar más en todos los problemas doctrinales que después cada uno apunta a matices dentro de la doctrina sobre esta cuestión, que ha hecho que se redacten millones de páginas en la doctrina penal, sería una dificultad en la que yo creo que no deberíamos entrar" [557].

Estas declaraciones, realizadas en la Cámara de los Diputados, fueron efectuadas para desvirtuar las pretensiones de la oposición en orden a volver a la nomenclatura anterior y mantener la expresión que hacía referencia al "elemento esencial" y no al "hecho". Curiosa y paradójicamente, el mismo Grupo parlamentario que manifestó lo recién transcrito, introdujo en la tramitación ante el Senado una enmienda al art. 14.2 que consistía en "subsanar la omisión de las palabras 'elemento del'", dando un nuevo redactado a este precepto a fin de que reflejara "El error sobre un elemento del hecho que cualifique la infracción..." -ver la enmienda n° 274 presentada en el Senado-, lo que denota un cierto desconcierto del propio legislador –y más en concreto el Grupo parlamentario mayoritario- en la materia y hace buena cuando menos la

introdujo el término 'elemento' en la regulación del error -y la regulación misma-, que no se hable de aquél.

[557] Sr. Barrero López, en nombre del grupo parlamentario socialista, pág. 14989 del Diario de sesiones del congreso de 11-5-1995.

afirmación al principio apuntada de que "en materia de error es fácil incurrir en errores". Este tuerto fue pseudocorregido [558] en trámite de discusión -comisiones-, afirmando el representante parlamentario que "Nosotros hemos eliminado, y por eso retiramos nuestra enmienda n° 274, la utilización de 'elemento esencial' en cualquier caso (...). Es decir, creemos que es mucho mejor hablar de 'hecho constitutivo', como hace ahora mismo el proyecto del Gobierno y el informe de la Ponencia, que no hablar de 'hecho esencial' o 'hecho accidental'" [559]. Lo que ocurre es que, a pesar de este buceo por la cocina del legislador, continuamos sin saber el motivo de tal opción. Pero en cualquier caso, la sustitución del concepto "esencial" ha de considerarse afortunada por dos razones. La primera, porque se trata de un concepto jurídico de límites indeterminados respecto de lo "accidental". La segunda entronca con la anterior y denota la inutilidad de tal distinción si tenemos en cuenta que todos los elementos, en tanto que incluidos en el tipo penal, son esenciales para integrar la tipicidad en base a este mismo principio [560].

---

[558] No se habla en la enmienda que nos ocupa de "elemento esencial", como pretende el orador, sin perjuicio de que estemos ante una estrategia parlamentaria (aunque eso pertenece al campo de la pura especulación y en cualquier caso ajeno a nuestro estudio).

[559] Pág. 15 del diario de sesiones del Senado de 9-10-1995.

[560] Otra cosa serán las circunstancias del hecho y personales del autor que caigan fuera de la tipicidad y que serán, por ello, accidentales o elementos a tener en cuenta para graduar la responsabilidad, mas no elementos del tipo.

3.- Estudio del error a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3.1.- Introducción.

Recuerdan las SSTS de 22-4-1994 (R. 3135) y de 16-12-1997 (R. 9086) que hasta la Ley orgánica 8/1983 la doctrina jurisprudencial había distinguido ya entre el error de hecho y el de derecho y, dentro de éste, entre error de norma penal y error de normatividad extrapenal [561]. Incluso antes de la citada Ley, la jurisprudencia ya incorporaba la moderna terminología de error de tipo y error de prohibición [562], según afecte, respectivamente, a la tipicidad o a la culpabilidad [563]. Asimismo se afirma que el error de tipo conforma una representación falsa de la realidad [564] concretada en un elemento (o circunstancia) típico que requiere ser alcanzado por el dolo [565], mientras

[561] Estas resoluciones mencionan a su vez las SSTS de 7 de Marzo de 1944 (R. 358) y de 1 de Febrero de 1969 (R. 484).

[562] Ver las SSTS de 26-2-1981 (R. 7879) y de 24-10-1981 (R. 3877).

[563] Además de las dos Sentencias citadas en el texto principal y ad exemplum, ver las SSTS de 29-10-1997 (R. 7714), 9-3-1993 (R.2163), 12-12-1991(R. 9297), 15-4-1996 (R. 3705).

[564] SSTS de 11-3-1996 (R. 1906) y de 31-1-1991 (R.507).

[565] SSTS de 7-7-1995 (R. 5389) y de 27-1-1995 (R. 80).
En error de tipo incurriría quien obra sin saber "lo que hace", es decir, el alcance o consecuencias del hecho, como el que informa de un hecho falso sin saber que lo es (v.

que en el error de prohibición no falta un conocimiento de los elementos configuradores de la tipicidad, circunscribiéndose aquél al dolo natural del delito y éste al conocimiento de la antijuridicidad, que supone la creencia en la licitud del actuar [566]. Dentro de este último se distingue a su vez entre error de prohibición directo, si recae sobre la licitud de la conducta -se actúa típicamente creyendo que el hecho está permitido cuando en realidad está prohibido por la norma [567]- o error de

---

Glez. Rus, o.u.c., p. 303). Aquí la conciencia es de informar, aunque el resultado, no ya querido sino ni tan siquiera sabido, es el mismo que el del engaño, produciendo error en otro, lo que en una transacción comercial desembocará, si se dan el resto de elementos, a la figura del error de tipo de estafa, ya que faltará el dolo de engañar. Otro ejemplo, que integraría error de tipo, lo conformaría el engaño a otro para que realice un desplazamiento patrimonial pero a fin de que el propio engañado obtenga un beneficio patrimonial -mentira piadosa-, ocurriendo en cambio un perjuicio inesperado. Aquí falta el dolo de perjudicar, lo que también excluye la integración del tipo de la estafa.

[566] SSTS de 1-3-1994 (R. 2083) y de 15-4-1996 (R. 3705). Más adelante se discute este fundamento.

[567] Esta es la expresión abstracta utilizada mayoritariamente, aunque, como más adelante se tratará, debería hablarse propiamente de la prohibición proveniente de la norma penal o, a lo sumo, sancionadora (por extensión de los principios del derecho Penal a la sanción administrativa). Ver no obstante la STS de 30-1-1996 (R. 190) que se refiere explícitamente a la Ley Penal, o la STS de 8-3-1996 (R.2015) que exige que el sujeto tenga conciencia de que su conducta es contraria a derecho y que por ello se expone, si la realiza, a una sanción penal. En error de prohibición directo incurre aquel que emite informaciones erróneas (engaño activo) u oculta informaciones relevantes (engaño omisivo), pero tal actuar es entendido por el agente como integrante del tráfico jurídico normal dentro de un ambiente determinado y que en este contexto es tarea de la otra parte no dejarse engañar. Esta situación podría propiciarse en una feria semanal de ganado, donde sólo acostumbran a acudir los propios marchantes y ganaderos, en que el vendedor oculta o da información inveraz sobre las

prohibición indirecto, si recae sobre una causa de justificación -se sabe que se actúa típicamente pero se cree estar legitimado igualmente por la misma norma para hacerlo [568] o por norma, en realidad inexistente, de igual importancia e igualmente justificadora que la que establece la sanción [569]-. Todo ello en el bien entendido de que no resultará fácil la investigación del grado de conciencia del autor en orden a la apreciación del error [570].

Hay que recordar ahora que, de la misma manera que la tentativa sólo opera en las formas dolosas, el error que sea (de tipo, de prohibición directo o indirecto) excluye

---

cualidades de algún ejemplar (que civilmente puede dar lugar a reclamar por vicios ocultos). En estos supuestos el engaño podría no ser bastante para provocar el error en otro -al menos en la mente del autor-, porque ese otro se considera prevenido contra el engaño por pertenecer al mundo de ese concreto comercio.

[568] Tal es el caso de la persona que mata (art. 138 CP) en legítima defensa putativa (creyendo erróneamente que se cumplen los supuestos del art. 20.4 CP) o que aborta (145 CP) creyendo erróneamente que se está dentro de los casos permitidos por la ley (417 Bis ACP, vigente). O, volviendo a nuestro estudio, el que estafa creyendo erróneamente que su precaria situación económica justifica la estafa o, lo que es lo mismo, se corresponde con el estado de necesidad regulado en el art. 20.5 CP (no estamos ante un error de tipo, pues no se trata de un error sobre la infracción, sino sobre su eximente).

Ver, entre las más recientes, las SSTS de 16-12-1997 (R. 9086), 14-11-1997 (R. 7860), 29-10-1997 (R. 7714), 4-6-1997 (R. 5156), 26-12-1996 (R. 9242), 11-10-1996 (R. 7457), 11-3-1996 (R. 1906), y de 30-1-1996 (citada).

[569] Tal es el caso de la víctima de una estafa que cree que se puede hacer lo propio -y así lo ejecuta- con el autor de la misma (ley "del talión"). He de advertir que esta subdistinción no la establece la jurisprudencia, si bien entiendo que es perfectamente encuadrable en el lugar en que se ha ubicado.

[570] V. la STS de 1-3-1994 (citada).

el dolo en el ámbito que le es propio [571] (así, la existencia de error de prohibición indirecto excluye la causa –léase excusa- inventada con la intención de justificar lo que ya se sabe injustificado), donde lo que no sea previsible y evitable entra dentro del caso fortuito o de lo invencible, no mereciendo por tanto reproche penal alguno –sin al menos culpa no hay pena y cualquier error invencible excluye la responsabilidad criminal-, estableciéndose, respecto a la imprudencia, una doble relación: la primera se da entre el error y la lesión culposa de un bien penalmente protegido, y conlleva el planteamiento forzoso de esta forma delictiva junto al planteamiento del error [572]. La segunda relación se da ya dentro de la misma vencibilidad, estableciendo una intensidad del reproche penal que va de menor a mayor, donde no existe reproche en los supuestos de invencibilidad o ausencia de negligencia, aumentando (existiendo) en los

---

[571] Véase más adelante, en el análisis del tercer requisito jurisprudencial del error, lo dicho acerca de las parcelas de esta figura. Adelantemos no obstante que el que no se informa –o mejor dicho, no se acaba de informar- porque no quiere, por razón del hecho delictivo, está empleando dolo delictivo directo, luego no padece error, ya que la parcela de conocimiento que fundamenta tal decisión tiene la suficiente entidad para informar tal voluntad.

[572] No procede plantearse el error sin hacer lo propio con la forma delictiva culposa. En efecto, es siempre obligado el planteamiento del binomio error-culpabilidad, donde la existencia y el grado de ésta van a determinar la aplicación de la vencibilidad de aquél, tanto en el de tipo como en el de prohibición.

Esta relación entronca con el delito doloso a través de la preterintencionalidad, donde se quiere (delito doloso) un resultado y se cree que la acción a él conduce, cuando en

supuestos de vencibilidad, negligencia o culpa en los supuestos expresamente penalizados -y alcanzando su máximo exponente en los delitos intencionados, fuera ya del error, que contienen un plus de reproche y pena respecto de los anteriores-.

Como requisitos para la apreciación de la figura del error del agente establece el Tribunal Supremo básicamente los siguientes [573] [574]:

Primero) Debe de ser probado por quien lo alega [575].

---

realidad esa acción está produciendo un resultado diferente.

[573] Ver, de entre las resoluciones más recientes, las SSTS de 29-9-1997 (R. 6830), 10-2-1997 (R. 6369), 18-7-1997 (R. 6066), 7-7-1997 (R. 5748), 4-6-1997 (citada), 21-3-1997 (R. 2336), 11-2-1997 (R. 723), 26-12-1996 (citada), 11-10-1996 (citada), 15-4-1996 (R. 3705), 8-3-1996 (R. 2015), 11-3-1996 (citada), 23-2-1996 (R. 1051), 30-1-1996 (citada), 7-7-1995 (R. 5389), 27-1-1995 (R. 80), 31-1-1995 (R. 35), 9-12-1994 (R. 9803), 29-11-1994 (R. 9151), 3-11-1994 (R. 8394), 2-7-1994 (R. 5560), 15-6-1994 (R. 4960), 22-4-1994 (R. 3153), 16-3-1994 (R. 2319), 1-3-1994 (R. 2083), 30-9-1993 (R. 7098), 4-6-1993 (R. 4821), 25-3-1993 (R. 2459), 9-3-1993 (R. 2163), y los Autos del mismo Tribunal de 24-2-1993 (R. 1539) y de 28-2-1996 (R. 1332). Aunque la mayoría de las resoluciones se pronuncian con ocasión del error de prohibición, sin especificar que tales requisitos son aplicables a cualquier clase de error, véase no obstante las SSTS de 11-3-1996, de 7-7-1997, citadas, que sí lo establecen expresamente, o la STS de 27-1-1995, citada, que ventila un supuesto de error de tipo (que califica como vencible en base al requisito segundo, es decir, a que "su desconocimiento resulta sólo de un comportamiento poco diligente en informarse").

[574] Se omite el requisito del "respeto al hecho probado", explicitado en muchas de las Sentencias, por tratarse de una obviedad, aplicable en juicio a todas las instituciones penales, como por ejemplo y por su similitud al error, a las eximentes (y a salvo, claro está, la presunción de inocencia, que se basa en el aspecto negativo de la prueba de inculpación).

[575] Contrariamente, las SSTS de 26-12-1996 (R. 9242) y de 9-3-1993 (R. 2163) establecen que la prueba corresponde a la acusación, aunque la primera de dichas resoluciones se

Segundo) Para llegar a esta exculpación o para establecer el grado de vencibilidad del error, en su caso, han de tenerse en cuenta los condicionamientos jurídicos y culturales del agente, así como sus posibilidades de recibir instrucciones y asesoramiento y acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su acción [576].

Tercero) Se precisa la seguridad del agente en la creencia de su correcto obrar, de tal manera que la afloración de la duda o sospecha sobre tal corrección o de la alta probabilidad [577] del obrar injusto excluye el error, llegándose incluso a mantener que en tal supuesto se está ante el llamado dolo eventual (y no ante el error) [578].

Cuarto) No se admite su invocación cuando se trata de infracciones cuya ilicitud sea notoria y de comprensión generalizada [579].

---

refiere a un caso de error de prohibición, sin pronunciarse explícitamente sobre el error de tipo, y la segunda se expresa en términos de duda a pesar de afirmar que tal era entonces la postura jurisprudencial más reciente.

[576] La STS de 11-3-1996 (R. 1906) añade a estas circunstancias a tener en cuenta, la de la naturaleza del hecho delictivo y sus características, que es precisamente uno de los dos requisitos -olvidado en la definición jurisprudencial- establecidos en el art. 14.1 CP (6 ACP).

[577] La mayoría de las Sentencias exigen que la probabilidad sea alta, aunque existen excepciones que sólo exigen la mera probabilidad, sin aquella precisión -que por otro lado no deja de ser un concepto indefinido-, como las SSTS de 11-10-1996 (R. 7457), de 8-3-1996 (R. 2015), o de 4-6-1997 (R. 5156).

[578] SSTS de 5-4-193 (R. 3036), de 29-11-1994 (R. 9151), y Auto TS de 28-2-1996 (R. 1332).

Pero las anteriores definiciones y requisitos no los establece mayormente la ley, única fuente del derecho penal, sino la jurisprudencia (que bebe también de la doctrina científica). En efecto, de los mismos sólo los correspondientes al segundo requisito son mencionados –aunque de forma más genérica- por el art. 14 CP.

Al describir las iniciales definiciones jurisprudenciales ya manifestamos la afirmación de nuestro Alto Tribunal acerca de que el error de tipo afecta a la tipicidad y el de prohibición a la culpabilidad. Pero hemos de decir a renglón seguido que esta distinción en la afectación del error no es un ejemplo de precisión si tenemos en cuenta que también el error de prohibición –el directo- afecta al conocimiento de la tipicidad, y a la inversa, que también la culpabilidad del autor queda afectada en ambas clases de error, ya que el dolo y la culpa son las únicas formas de culpabilidad [580] -arts. 5 y 10 CP- y el error de tipo se basa en la ausencia de dolo, afectando luego también a la culpabilidad. Asimismo también dijimos que el Tribunal Supremo distingue ambos tipos de error y que el de tipo se circunscribía al "dolo natural del delito" [581] y el de prohibición a la creencia en la

[579] Quizá debiera añadirse, a fin de que quedara contemplado el error de tipo, la notoriedad en el propio actuar –y no sólo de la infracción-. Ver más adelante lo que se dice sobre la frontera trazada por la ley entre error de tipo y de prohibición.

[580] Ver la STS de 1-3-1994 (R. 2083) en su FJ 2°.

[581] STS de 15-4-1996 (R. 3705).

licitud del actuar. Y aquí hay que oponer igualmente que también el error de tipo se circunscribe al conocimiento de la antijuridicidad, puesto que si se ignora que se está realizando un actuar que integra un elemento típico, se ignora forzosamente -por ignorar que se está integrando el tipo penal prohibido- que se actúa ilícitamente, con lo que tendremos que convenir en que, efectivamente, entre uno y otro error no existen fronteras delimitadas, produciéndose amplísimos solapamientos entre ambos [582]. Y si ambas clases de error afectan a la tipicidad, a la culpabilidad y al conocimiento de la antijuridicidad, no puede justificarse luego el diferente trato que se da a la vencibilidad en base a ninguna de estas categorías.

3.2.- Primer requisito (carga de la prueba).

Así, respecto del primero de los requisitos apuntados, hay que empezar diciendo que hacer recaer sobre el acusado la prueba de su error es ciertamente discutible, ya que en cualquier caso se está afectando a la culpabilidad y, en palabras de la STS de 26-12-1996 (R. 9242) -aunque esta resolución se refiera explícitamente sólo al error de prohibición-, conforme al principio de presunción de inocencia establecido por la Constitución, "la culpabilidad debe ser probada por la acusación. Considerar que la alegación por el acusado de una circunstancia que excluya

la punibilidad tiene el carácter de una excepción similar a las del proceso civil, es producto de un erróneo paralelismo entre dos sistemas procesales que responden a finalidades diversas".

En efecto y continuando por la vía iniciada por la anterior transcripción, hay que decir que el derecho procesal civil regula el procedimiento de un derecho basado en el principio de la "justicia rogada" y en la distribución de la carga de la prueba que establece el art. 1214 del Código civil, es decir, la prueba de las alegaciones a cargo del que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone [583].

Pero a mi juicio, y apartándome de las anteriores posiciones polarizadas (acusación-acusado) sobre la carga de la prueba, en Derecho penal [584] la aportación de los datos necesarios sobre la culpabilidad corresponde, como primer interesado en el castigo penal, al Estado, ya sea a través del ministerio Fiscal o bien por el juez instructor, ya que es interés del Estado castigar en la justa medida de la culpabilidad y por ende a él le incumbe la aportación de pruebas y la investigación sobre la misma. Pero también le

---

[582] Ver a Quintero Olivares, o.u.c., pág. 408.

[583] Ver por ejemplo la SAP de Córdoba de 20-2-1997 (ARP 228), que no distingue entre principios procesales penales y civiles, aplicando los segundos ya mencionados al ámbito penal (literalmente: "onus probandi incumbit qui dicit, non ei qui negat" y "afirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sunt probanda").

[584] Y lo que sigue vale también para las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en general, a las que también aquí se les aplica el mismo patrón.

corresponde esta tarea al resto de las partes, acusado y al acusador particular, donde sólo la posición de este último, en tanto que parcial en su caso, podría justificar -legalmente, que no ética- la no aportación de prueba sobre el error del acusado, al que obviamente le asiste sus derechos fundamentales a no confesarse culpable y a la defensa, unidos a su lógico interés de descargo.

La cuestión aparece aquí nuevamente ligada al derecho procesal, donde la prueba sobre el error seguirá en primer lugar el camino que marquen los indicios para materializarse finalmente en prueba en el juicio oral de la misma manera que cualquier otra prueba, como por ejemplo la eximente de parentesco en la estafa (art. 268.1 CP). Sería contrario a la misión que tiene legalmente encomendada el Ministerio Fiscal (arts. 1 y 3 de su estatuto orgánico) que el acusador público no profundizara en la averiguación del error del acusado caso de existir indicios o probabilidad del mismo. Y en idéntico sentido debe predicarse del Juez Instructor (ver el art. 785, 3ª y 4ª del procedimiento abreviado o los arts. 377, 378, 381 y 382, todos de la LECrim.). La celeridad del procedimiento, especialmente el abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la LECrim., que obliga a abrir el juicio oral tan pronto como existan elementos suficientes para formular acusación [585],

[585] Art. 790.1 LECrim. Ver en el mismo sentido la Circular 1/1989 de 8 de Marzo de la Fiscalía General del Estado cuando afirma que la finalidad esencial de este procedimiento está en que la fase de investigación judicial tiene como finalidad, a diferencia del procedimiento general,

no ayuda precisamente a la aportación de la prueba por otra parte que no sea el propio acusado. Pero este aspecto procesal no debe enturbiar la visión de la carga [586] de la aportación de la prueba del error (y por extensión, de todas las figuras que afecten al principio de culpabilidad [587]).

Lo que ocurre es que, en todas las circunstancias que lleven a determinar la exclusión o disminución de la responsabilidad penal, y el error del agente es una de ellas, ya sea por exceder (excepción) de lo que se considera la actuación de un ciudadano normal (regla general) que haría que no se siguiera su investigación salvo si se conocen indicios de su existencia, ya sea por la evidente mayor facilidad del conocimiento de su existencia, o ya por la cuenta que le trae, la iniciativa en la alegación y prueba corresponderá normalmente al

---

no preparar el enjuiciamiento, sino la acusación, sin mayores dilaciones, concluyendo las diligencias previas tan pronto se estimen suficientes las actuaciones para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

[586] El término "carga" de la prueba, propio del derecho civil, denota un cierto desviamiento respecto de la peculiaridad del derecho procesal penal, en el que debe primar el interés general del castigo en la justa medida, que hace que lo importante sea la acreditación en autos de los hechos determinantes de la culpabilidad, siendo accidental quién los haya aportado o la iniciativa de su aportación que, en tanto que responden al interés general del castigo justo, incumbe por definición a todos los interesados en que así sea. Ver en este sentido la STS de 23-2-1996 transcrita más adelante que aplica de oficio la figura del error sin haber sido propuesta (ni discutida) por ninguna parte, merced a que constaba en autos prueba suficiente para su aplicación.

[587] Ver más adelante en el lo que se dirá acerca de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

propio acusado. Pero estas razones tampoco pueden enervar la obligación que impone el interés general de castigar sólo en la medida de la culpabilidad [588] que concierne a todos los poderes públicos que ejerzan alguna de las funciones punitivas del Estado. Tal aportación deberá, en consecuencia, realizarse incluso de oficio, y no sólo en la instrucción, como se ha visto, sino también en el juicio oral. Véase en este sentido el art. 746.6° de la LECrim. que establece la suspensión del juicio "Cuando revelaciones (o retractaciones) inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción complementaria". Tal suspensión tiene además carácter imperativo, con independencia de la actuación de las partes, lo que abunda la independencia e indiferencia de la fuente -órgano judicial o partes- de donde la prueba provenga. Además, si ya en el ámbito civil regido por la justicia rogada y el interés privado existe una importante excepción a la aportación de prueba de parte en las llamadas diligencias para mejor proveer (art. 340 LEC), sería luego absurdo que en ámbito público se tuvieran que

---

[588] Estamos aquí ante una de las concreciones del ideal de Justicia, que entre otras cosas significa dar a cada uno lo que se merece, pero no más. Además, los poderes públicos resultan obligados constitucionalmente (art. 9 CE) a promover este principio superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), lo que coadyuva definitivamente a mi juicio a erradicar la falsa idea de exoneración de los poderes públicos -léase Acusación Pública y Organo Judicial- de la "carga" de la prueba que nos ocupa.

soportar más restricciones en la iniciativa "de oficio" que en el ámbito privado.

Pasada tal oportunidad procesal, no obstante, la sentencia que recaiga deberá ceñirse al relato fáctico de los hechos probados y con ella cualquier tratamiento del error que haya podido padecer el agente [589]. Así lo admite implícitamente la STS de 23-2-1996 (R. 1051) cuando, tratando de la materia que nos ocupa, se plantea "si es posible la activación de oficio del expediente del error como exculpante o atenuante de la responsabilidad", en un supuesto en el que tal figura no fue discutida en juicio por las partes, llegando a la conclusión de que tal pregunta debe obtener, excepcionalmente, contestación afirmativa, ya que si bien la tutela judicial efectiva también debe predicarse en relación al derecho de la acusación "a través de una propuesta concreta discutida por las partes bajo los principios de bilateralidad, contradicción, lealtad y buena fe (...) es aplicable la excepción a dicha regla general, dado que, aún sin proposición de parte, la narración fáctica de la sentencia contenga todos los datos que sirven de base para la apreciación de una circunstancia determinada que el

[589] Véase las SSTS apuntadas más arriba. Es prácticamente unánime la Jurisprudencia -en el campo genérico de las circunstancias modificativas de la responsabilidad- que admite no sólo que sin prueba no pueden apreciarse -lo que es obvio, como ya se dijo-, sino que establece el grado de su prueba, exigiendo, para apreciar la circunstancia, que esté tan probada como el hecho mismo.

Tribunal de Instancia, aún de oficio, vendría obligado a aplicar".

Debemos insistir en que, a diferencia de lo afirmado por esta resolución, la apreciación de oficio del error debiera ser la regla general y no la excepción a la misma, porque sería un signo de funcionamiento normal de la Justicia el hecho de que, si es que realmente ha existido el error (u otra circunstancia que afecte a la responsabilidad), quede reflejada en autos la prueba del mismo. Tal constancia en autos es condición indispensable, pues, para la apreciación de la eximente o atenuación de la responsabilidad y es la que coadyuva además superar la posición que postula que la tarea de aportación de prueba concierne al acusado en base a la argumentación –no carente de fundamento- consistente, en palabras de la STS de 9-3-1995 (R. 1918), en que "de otro modo se rompería el equilibrio procesal de las partes, si obligada la acusación a probar los hechos constitutivos del delito imputado, bastara en cambio con que el acusado alegara los hechos impeditivos o atenuatorios de su responsabilidad, sin venir obligado a su vez a hacer prueba sobre ellos". La superación de este conflicto de intereses entre el citado principio procesal de equilibrio entre las partes, llamado de "igualdad de armas", y el principio de culpabilidad, basado en el castigo justo, no tiene por qué hacer perder virtualidad o presencia a ninguno de los dos si recapitulamos en lo dicho hasta ahora. En efecto, no sólo

en la fase procesal de investigación donde a todos incumbe la constancia en autos de las circunstancias determinantes de la culpabilidad (luego también el error y las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad), sino sobre todo en el juicio oral –verdadera fase acreditativa de los extremos atenientes a la culpabilidad-, se deberá procurar que se castigue en su justa medida, debiendo suspender éste si nuevas revelaciones sobre la culpabilidad hacen necesarios nuevos elementos de prueba, y el órgano judicial no podrá rehusar entrar en dicha valoración tendente a procurar el tan repetido castigo justo, dando audiencia e intervención a las partes sobre las nuevas diligencias a fin de preservar aquel principio procesal [590]. Otra cosa será la credibilidad de esas revelaciones en orden a activar el mecanismo suspensivo y las sanciones sobre el mal uso del mismo, cuestión sobre la que ahora no vamos a entrar.

3.3.- Segundo requisito (condicionamientos del agente en orden a salir del error).

Respecto del segundo de los requisitos que estamos analizando, que es básicamente una de las dos condiciones que la ley penal establece en orden a la valoración de la

[590] Sin perjuicio de que estemos aquí ante una negligencia de quien -y aquí entran todos los intervinientes y no sólo la Defensa, aunque esta negligencia pueda ser más grave-, conociendo indicios de su existencia, o debiendo conocerlos, no promovió su aportación a autos en fase

vencibilidad del error de tipo, hay que decir que paradójicamente la jurisprudencia mayoritaria olvida establecer explícitamente como requisito genérico el otro establecido por el art. 14.1 CP, es decir, las circunstancias del hecho mismo [591], sólo implícita y tangencialmente contenido en el reproche de no acudir a medios a su alcance que le permitan conocer la trascendencia de su acción (hecho). Es precisamente en ese reproche por no salir del error donde radica a mi juicio una de las críticas que debe hacerse a la posición jurisprudencial que nos ocupa, ya que en ella late, más o menos visible, un deber de salir del error -de ahí obviamente la negligencia-, deber que no ha sido impuesto por la ley [592]. Y si bien es cierto que también la negligencia -y su inherente incumplimiento del deber de superarla- está penada por el Código, recuérdese sin embargo que esta penalidad es ahora selectiva y no genérica, con lo que aplicar de modo genérico el reproche por negligencia dentro del error, que es aplicable también genéricamente a todos los delitos [593], provoca por eso mismo que se vacíe de contenido el art. 12 CP en cuanto prohibe

---

anterior.

[591] Recuérdese, como excepción, la STS de 11-3-1996, citada.

[592] Al menos de forma explícita, cual exige el art. 4.1 CP.

[593] Se dice -ver la STS de 24-1-1995 (R. 141)- que en las causas de impunidad hay delito pero no delincuente, afirmación que, además de por similitud con la naturaleza del error, viene refrendada en esta figura por la existencia del

el reproche a la negligencia salvo cuando lo disponga la ley de modo expreso, y no existe disposición alguna en ese sentido en lo que respecta al error de prohibición regulado en el art. 14.3 CP, sin que en éste sea posible una interpretación coherente con el artículo 12, ya que, a diferencia del error de tipo, no nos reconduce a la imprudencia "en su caso", sino a la disminución del reproche, que se mantiene aunque el delito no admita la comisión negligente. Es, pues, sobre el error de prohibición, en tanto que mantiene la incriminación dolosa ante un reproche que puede afectar a una actitud exclusivamente negligente, que debemos centrar nuestra atención y nuestra crítica, ya que quien no se informa del alcance del hecho por pura negligencia no está empleando conocimiento –luego tampoco dolo- delictivo [594] y no podrá luego ser incriminado por este título si el delito no admite forma culposa, y ello por más que la negligencia afecte al error del autor, pues esta circunstancia no la transforma en dolosa. Recuérdese en este punto algo importante: La única diferencia o plus de reproche entre el error vencible respecto del invencible consiste en la negligencia –y sólo en ella- del autor en salir de su error, término éste que además denota intrínsecamente negligencia, mas no en absoluto intención (el que se equivoca actúa "sin querer", según expresión usual), sin

art. 118.2 CP en relación con el 109.1.

[594] Esta afirmación no es exclusiva del error de tipo

que tampoco pueda servir el requisito que estamos estudiando para establecer justificación de diferencia de trato alguna, ya que se trata de un requisito común (en cualquier clase de error vencible se neglige al acudir a medios que permitan salir del mismo).

3.3.1.- Error legis. Propuesta de mejora.

La regulación del error no ha seguido lamentablemente la modificación de la negligencia operada con el nuevo Código y se ha mantenido con la misma estructura que en el anterior texto, lo que repercute en el llamado error de prohibición por el motivo antes expuesto. Existe luego contradicción entre el artículo 12 que establece de un lado la penalización singular de la negligencia, y el artículo 14.3 que mantiene por otro lado el reproche (aunque atenuado) en el error de prohibición aunque el delito que sea admita sólo su comisión intencionada y no la forma imprudente, con lo que únicamente modificando la regulación del error se podrá en principio armonizar el tratamiento imprudente ínsito en este error con el tratamiento genérico dado a la negligencia por el art. 12 CP, esto es, su reproche expreso y selectivo en función de cada delito (vide infra).

A mayor abundamiento, hemos de adelantar que las argumentaciones que se dirán en pro de la claridad y

---

sino también del de prohibición, al menos del directo.

delimitación de la figura del error, así como sobre el trato dispensado a la vencibilidad, deben ceder por ahora, lamentablemente, ante lo que se presenta como una clara voluntad de la ley para consolidar la clasificación objeto de nuestra crítica. Y es que una visión de conjunto de la regulación de ambos errores contenida en el art. 14 CP nos conduce irremediablemente hacia esta interpretación. Obsérvese en efecto que en el error de tipo (párrafo primero de dicho artículo) se habla del error sobre "un" hecho constitutivo de la infracción, mientras que en el de prohibición (párrafo tercero) se habla en cambio de "el" hecho (constitutivo de la infracción), lo que denota que en aquél existen o pueden existir varios hechos constitutivos de la infracción, en clara similitud con el "elemento esencial integrante de la infracción" de la anterior regulación, mientras que en éste sólo se contempla un solo hecho, constitutivo pues, en su totalidad, de la infracción. El error sobre la ilicitud del hecho contiene así y a diferencia del error de tipo, el error sobre la existencia de la norma toda o la infracción en sí, debiendo añadirse "ex abundantia" que el texto no puede ser más explícito en orden a incluir bajo la regulación del párrafo tercero del art. 14 el llamado error de prohibición directo, al referirse literalmente a "la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción", de cuya literalidad, al igual que ocurría con el anterior Código, no hay forma de sustraer el error sobre la tipicidad de la propia conducta.

La ley establece un determinado engarce del error de hecho y el de derecho a fin de lograr una regulación de la figura del error a lo largo del iter del conocimiento delictivo. Así, el error de tipo tiene por objeto, en base a la literalidad del anterior texto y también en la del vigente, como hemos visto, únicamente las partes del tipo delictivo, mientras que el error de prohibición coge el testigo a partir de este punto, es decir, cuando existe el conocimiento del hecho, y tiene por objeto el resto de dicho iter, es decir, el conocimiento de la tipicidad o del "todo" o "constitución" de la infracción como típica o prohibida por la ley penal, y, continuando en la repetida dirección , teniendo asimismo por objeto la causa de justificación cuando el error no se ha dado con anterioridad, es decir, cuando ha existido previa conciencia de que se ejecutan todos y cada uno de los diferentes hechos o elementos parciales del delito, sabiendo además que el conjunto de ellos (tipo penal) está prohibido por la ley.

En esta configuración, la ley equipara, en cuanto a la vencibilidad, el desconocimiento de la norma prohibitiva (error de prohibición directo) con el desconocimiento de la justificación (error de prohibición indirecto), agrupándolos además bajo un denominador común, que llega a ser tan común que abarca incluso al error de tipo: me refiero al desconocimiento o error "sobre la ilicitud del hecho", categoría predicable de las tres categorías vistas,

ya que en cualquiera de ellas, ya sea por error parcial, ya total o ya por la justificación de la lesión del bien protegido, el autor se representa un actuar lícito y por ello no castigado o prohibido. Ante tal regulación legal, sólo la aplicación del conflicto de normas permite diferenciar el error de tipo de los demás gracias a su regulación específica, de modo que, a pesar de encontrarse regulado bajo el art. 14.3 CP, se halla más específicamente regulado en los párrafos anteriores de dicho artículo con unas consecuencias penológicas también específicas.

Hasta aquí nos hemos aproximado a lo que se presenta como un problema de fronteras entre los diferentes tipos de error. Debemos abordar ahora el acierto -o desacierto- en el tratamiento legal del error de prohibición en su vertiente vencible o negligente. La razón de ser de este diferente trato en relación con el error de tipo consiste, recuérdese, en que "ningún error de prohibición excluye el dolo" [595], manteniéndose el reproche (atenuado) a título doloso en base a dicha subsistencia. Esta afirmación no debe entenderse desajustada respecto del error sobre la causa de justificación, ya que en este supuesto el autor sabe que está lesionando un bien penalmente protegido y este conocimiento sustenta la voluntad de lesionarlo, conocimiento y voluntad que componen el dolo delictivo. Sin embargo, no puede decirse lo mismo –y discrepamos por tanto en este punto de la anterior afirmación- respecto del error

[595] STS de 26-12-1996, citada.

de prohibición directo. En efecto, si se predica de él que mantiene el dolo, no puede serlo al menos como dolo delictivo ya que falta en él la conciencia de que su actuación está prohibida por la ley penal, quedando luego un dolo no delictivo, tan inocuo a efectos criminales como el dolo o querencia empleados en un hecho sobre el que recae el error de tipo. En esta tesitura, mantener la afirmación que combatimos significa dar carta criminal a un conocimiento que no tiene tal naturaleza, ya que no todo actuar intencionado es criminal, sino sólo el que así ha sido tipificado por la ley penal. La conclusión que se impone, pues, es la de que la ley, a pesar de que sólo el error sobre la causa de justificación contiene voluntad consciente de lesionar el bien protegido por la ley penal, está considerando -erróneamente- como delictivo el conocimiento sobre la ilicitud del hecho en todos los supuestos y, en su virtud, mantiene la imputación a título doloso, lo que perjudica al error de prohibición directo, que no dispone de la regulación específica o privilegio del error de tipo.

Deberemos, pues, detenernos a valorar la equidad del diferente trato dispensado a la vencibilidad del error de hecho en relación a la del de derecho [596], atendiendo a la particularidad añadida respecto a los delitos que no admiten la forma culposa, como la estafa, donde tal

[596] Antigua clasificación que vuelve a cobrar fuerza tras la regulación del error del hecho y su ilicitud establecida por el CP de 1995.

diferencia supone la existencia del delito mismo. Corremos aquí el riesgo de usurpar –aunque sólo sea a nivel de estudio- las funciones del legislador. Pero si bien sólo a él corresponde decidir la respuesta penal a cada una de las situaciones que considere convenientes, sí que podemos abordar la bondad de sus decisiones, y la de ésta en concreto, desde el punto de vista de su propia coherencia. Insistimos, pues, en que el objeto de las siguientes líneas es la coherencia respecto del diferente trato dispensado a la vencibilidad según se esté en el error de tipo o en el de prohibición, puesto que respecto del error invencible, ya anotamos al inicio de esta parte tercera (advertencia previa) que la regulación de la invencibilidad de ambos errores sí es coherente con los límites establecidos en los arts. 5 y 10 CP.

Entrando ya en materia, cabe volver a indicar, ahora en esta sede, la incoherencia de la postura que defiende que la diferencia entre el error de tipo y el de prohibición radica en el dolo, y que lleva a establecer, en palabras del TS ya citadas, que "ningún error de prohibición excluye el dolo". Esta incoherencia se da respecto del trato legal dispensado al error por el propio art. 14 CP. En efecto, si, como ya vimos, la única diferencia entre el error vencible respecto del invencible consiste en la negligencia –y sólo en ella- del autor en salir de su error, el dolo deviene figura ajena a tal planteamiento, pues estaremos siempre ante la ausencia

conocimiento que pueda sustentar el dolo. La incoherencia respecto del error de prohibición salta luego a la vista al no penalizarse el dolo en el invencible y sí en el vencible, ya que tal cambio de cualidad en la imprudencia no la convierte en dolosa. Es absurdo, puestos a actuar intencionadamente, exigir diligencia o modificar el castigo en función de las posibilidades del autor en salir de su error, ya que, o bien se quiere o bien no se quiere el acto delictivo (no hay más combinaciones), pero recuérdese que es sólo en este último caso cuando se produce el error y cabe plantearse o graduar en su caso la vencibilidad del mismo [597].

Para superar tal incoherencia cabría penar como doloso el error de prohibición invencible, lo que es inviable, ya que ello le situaría fuera de los límites establecidos por los art. 5 y 10 ya mencionados [598]. La solución que nos queda es, pues, eliminar el dolo como criterio interviniente en la penalidad del error vencible sobre la lesión de un bien protegido penalmente.

Hemos visto que cualquier clase de error afecta a la culpabilidad y asimismo al conocimiento de la antijuridicidad, sin que ninguna de estas categorías

---

[597] Vide infra, en el Tercer Requisito.

[598] A esta incoherencia, situada dentro del error de prohibición, habrá que añadir la incoherencia del error de tipo, en concreto la regulación del error sobre circunstancia agravante, al que se dispensa el mismo trato que al error invencible, aunque exista negligencia del autor en el conocimiento de la misma (ver más adelante el apartado sobre "el error en la estafa mediante…").

pudiera predicarse como perteneciente en exclusiva a ningún error, y también hemos advertido de la falta de justificación de que adolecería la diferencia de trato que se diera, en base a las mismas, a la vencibilidad de ambos errores. Cierto es -también lo hemos dicho- que la base expresada explícitamente por la jurisprudencia para reducir a culposo el título de imputación del error de tipo vencible radica en ausencia del dolo necesario para integrar el tipo penal, mientras que en el error de prohibición el dolo existe, y de ahí el mantenimiento -aunque disminuido- del título de imputación doloso (además obviamente del culposo). No obstante, existen motivos de peso para dudar de que se dé el dolo (delictivo) en el error de prohibición directo.

En efecto, si éste recae sobre la ilicitud de la conducta, por más que se sea consciente de que se están realizando todos los elementos que componen el tipo, si no se sabe que con ellos se está integrando el tipo mismo y con él la conducta ilícita, tampoco puede hablarse de dolo delictivo. Nos situamos en consecuencia ente una posición que configuraría al conocimiento de la tipicidad penal del actuar como un elemento típico más: el "constitutivo" o "ubicatorio" o "integral" de la infracción misma, donde el conocimiento de la existencia de infracción penal es esencial, tan esencial como cualquiera de los elementos (parciales) que componen la misma (el todo).

No se comparten, pues, los términos excesivamente genéricos de la STS de 14-11-1997 (citada) que asevera en su F.D.7° que "el error de prohibición exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho" -sin especificar qué Derecho-, "sin que nada tenga que ver con el obrar conforme a Derecho la gravedad de la infracción", finalizando con la afirmación de que "nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida" [599]. Y es que, de la misma manera que la relación de causalidad engaño-perjuicio es considerada por la jurisprudencia como un elemento del tipo de la estafa a pesar de no ser uno los elementos que lo componen literalmente, el elemento "conocimiento de la tipicidad (penal)" afecta al dolo del delito en sí (hechos típicos), y debería ser entendido por la jurisprudencia, en la misma lógica, como un elemento más del tipo, al ser el elemento constitutivo del tipo en sí, el que convierte la conducta en infracción penal, y el que alberga el reproche. El fundamento de esta posición que defendemos reside en que no es lo mismo ignorar que se está transgrediendo una norma penal, que una norma administrativa, que una simple norma civil. No es suficiente saber que se actúa ilícitamente si no se sabe además que la ilicitud es penal, pues la

[599] Una razón para no compartir lo anterior se apunta a continuación en el texto principal, aunque se trate de jurisprudencia basada en la anterior regulación del error de prohibición. Véase más adelante la ampliación de dicho fundamento al tratar del cuarto y último de los requisitos

política criminal varía con el tiempo y lo que antes estaba penalizado más tarde puede no estarlo, y ello al margen de cualquier cambio de la conciencia social básica –piénsese por ejemplo en la sutileza que representa la desaparición del delito de cheque en descubierto y la inclusión de la agravante de estafa mediante ese mismo título-, lo que no asegura al ciudadano que pueda saber de antemano qué acciones están penalizadas y cuáles no haciendo uso exclusivo de su "sentido común" o del "reproche básico social", pues puede ser que éstos no coincidan con el parecer del legislador. En nuestro caso, no será lo mismo ignorar que se está integrando el tipo del art. 248 CP que no saber que se infringe el art. 1474 del Código Civil (saneamiento de posesión legal y pacífica o de vicios ocultos), ya que en definitiva se ignora que se está lesionando un bien jurídico esencial para la convivencia social y que por ello se expone a una sanción penal, aunque se tenga perfecto conocimiento de que se expone a una reclamación civil por daños y perjuicios [600]. No existe, pues, dolo delictivo en quien ignora que infringe un tipo penal, lo que no permite penalizar el delito doloso con

---

jurisprudenciales que nos ocupan.

[600] Aunque la crítica realizada a la anterior resolución lo era por los términos genéricos utilizados, y en este sentido la crítica es válida -recuérdese que allí se habla de conocimiento de la norma, lo que excede de la simple sanción dentro de la misma-, hay que advertir que en el concreto supuesto que ventilaba la sentencia lo era sobre este último extremo, es decir, la conciencia de la gravedad de la sanción, pero dentro en cualquier caso del reproche penal -en concreto, si la droga era de una o de otra de las clases que

error vencible bajo ningún concepto y conlleva en definitiva a considerar el actual error de prohibición directo o desconocimiento de la prohibición penal [601] como lo que es, es decir, un error sobre el tipo penal.

Avalan esta reclasificación -del error de prohibición directo como error de tipo- algunas sentencias aisladas del Tribunal Supremo, como la de 1-12-1987 (R. 9518), que afirma que "el error del procesado recae sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, sobre un hecho constitutivo del injusto penal y no sobre la ilicitud de la conducta. Es por tanto, un error sobre el conocimiento del homicidio realizado como un 'injusto integral'", o la de 13-1-1991 (R. 507) que establece que "El error de tipo importa una representación falsa de la realidad, actuando de forma que el agente no puede saber que su acción da vida al tipo de un delito", o finalmente, la de 23-11-1993 (R. 9160) que, a pesar de provenir de la Sala 5ª de lo militar, le es igualmente aplicable a esta disciplina el error establecido en la Parte General del Código Penal común [602], y por ente, también atendibles sus razones a efectos de nuestro estudio. Esta resolución, en su F. D. 6°, establece en primer lugar a modo de definición que "El elemento intelectual del dolo exige del agente delictivo una

---

entonces castigaba el art. 344 con mayor o menor pena-.

[601] O del mandato de la acción establecido por la ley penal, en el caso de los delitos por omisión.

[602] Arts. 5 y 21 del Código Penal militar aprobado por L. Orgánica n° 13/1985 de 9 de Diciembre.

representación mental lo más fidedigna posible de los elementos objetivos que constituyen la antijuridicidad del hecho, o lo que es igual, que conoce y sabe que con su acción va a vulnerar las normas penales establecidas para la protección de un determinado bien jurídico, y la trascendencia que ello ha de tener dentro de la convivencia social, sin que sean exigibles al profano mayores comprensiones de la tipificación delictiva". Y entrando ya en el meollo del caso que allí se ventilaba, afirma que "esta visión deformada de la realidad legal (...)alcanzó no solamente al aspecto normativo del precepto, sino también -y así lo estima la Sala- al elemento finalístico de la norma, al resultado, a su trascendencia(...). La concepción deformada o representación distinta de la realidad que se formó en la mente de los acusados, en relación al elemento normativo complementario de la norma como a la no previsibilidad del riesgo grave (si se entendía que los fondos particulares estaban autorizados y era útiles para el servicio), afectó al elemento intelectual del dolo, constituyendo error de tipo, en cuanto desnaturalizaban los elementos objetivos (normativos y de resultado) de la infracción tipificada. Pero además, también entiende la Sala, que esa concepción o representación deformada de la realidad, afectó igualmente al elemento volitivo, pues no hay dato alguno constatado que, directa o indiciariamente, nos lleve al convencimiento de que los acusados quisieran

actuar en contra de lo que prescribían las Reales Ordenanzas".

A ello hay que añadir un argumento esencial en esta discusión, cual es el cambio operado en la regulación actual que contribuye a la razón de estas últimas resoluciones. Así, mientras la anterior regulación del error de prohibición hacía referencia al obrar ilícito, sin más especificaciones, el actual art. 14.3 reduce la ilicitud al ámbito penal ("ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal"). Y también la modificación de la regulación del error de tipo (art. 14.1y2) coadyuva a lo que estamos defendiendo. En efecto, en el Código de 1973 (a partir de la L.O. 8/1983) se contemplaba este error como el que recaía sobre elemento esencial integrante de la infracción, mientras que en el Código de 1995 se habla del hecho constitutivo de la misma, lo que significa en este punto la sustitución de la parte (integrante) por el todo (constitutivo), y en esta constitución puede entrar, sin forzar en este punto el texto de la ley, el error sobre la existencia de la infracción en sí, calificada hasta ahora como error de prohibición (directo).

Existe, pues, una nota esencial que es común al error de tipo y al error de prohibición directo, cual es que en ambos se desconoce que se actúa típicamente, ya sea por ignorar alguna de las partes de la norma como el todo en sí (ilícito integral), y que esta es precisamente la nota que les diferencia, a ambas, del error de prohibición

indirecto, ya que en éste sí se sabe el agente que actúa típicamente o lo que es lo mismo, que comete una infracción penal y con ella lesiona el bien jurídico protegido, aunque crea erróneamente que en su caso concreto tal actuar está justificado.

Otra razón a añadir en favor de considerar el error de prohibición directo como error de tipo, responde a que esta nueva ubicación facilita el tratamiento genérico del error y ayuda a superar los problemas de fronteras apuntados más arriba. Para verlo mejor podemos recuperar la aseveración expresada anteriormente de que el error es la excepción al principio de general cumplimiento de las normas jurídicas -y consiguiente responsabilidad en virtud de las mismas-, y analizar a su tenor la naturaleza de los distintos errores en base a la nueva clasificación que aquí se defiende. Así, debemos observar que dicho principio no afecta a la misma manera al error de tipo que al indirecto de prohibición. En efecto, quien padece un error sobre la tipicidad del actuar carece forzosamente de intencionalidad típica, mientras que quien teniendo conciencia de la tipicidad de su actuar -luego dolo típico-, cree erróneamente que su ilícito actuar está justificado en su caso y circunstancias, no es que esté ignorando norma alguna, sino que está creando una norma inexistente (o al menos creyendo en ella). Falta en el error de tipo, pues, el conocimiento y por ende el dolo esencial, el típico, que podríamos llamarle en este itinerario del conocimiento

delictivo "conocimiento de ida" o de lesión del bien protegido penalmente, mientras que este conocimiento y por ende dolo típico se encuentra presente en el de prohibición indirecto, pero resulta viciado el conocimiento "de vuelta" o justificativo, al estar basado en una norma inexistente, salvo en la mente del autor [603]. Pues bien, obsérvese que en este contexto el llamado error de prohibición directo no encuadra con su homónimo indirecto sino con el error de tipo, ya que, como éste, carece del dolo típico por falta de conciencia de la tipicidad de su obrar, y a diferencia de aquél, no está creando erróneamente norma alguna (o creyendo en ella).

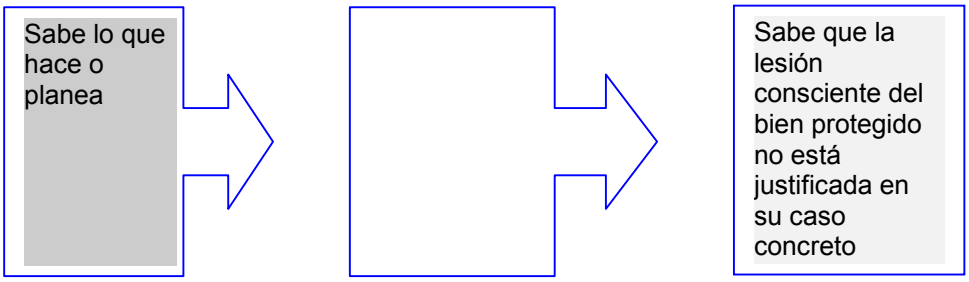
No obstante los anteriores retoques de la actual regulación, las deficiencias de que sigue adoleciendo la regulación dispensada por el actual art. 14 CP –de fronteras y de la vencibilidad en el error de prohibición directo- son superables a mi juicio mediante una relativamente pequeña modificación de la ley. De lo que se trata en definitiva es de no perder el Norte que inspira la razón de ser de la Norma Penal, que no es otra que la protección de bienes jurídicos esenciales. Sólo en clave de bien jurídico protegido es posible lograr una configuración aceptable para principios como el de la seguridad jurídica o el de la culpabilidad. Así, tomando únicamente en

[603] Esta diferencia justifica a mi juicio el diferente trato que se da a la vencibilidad del error, pero siempre que se considere el error sobre la existencia de norma prohibitiva como error de tipo y no como de prohibición –clasificación actual-.

consideración la ignorancia sobre la lesión de dicho bien es posible trazar una frontera clara entre errores, lo que supera el problema actual de fronteras entre ambos, donde el error sobre la tipicidad y por ende sobre la lesión del repetido bien es patrimonio claro del actual error de tipo y del actual error de prohibición directo, excluyendo al actual error de prohibición indirecto, que es el único que contiene dolo delictivo, por más que contenga error sobre la justificación del mismo. Y, asimismo, también el problema del diferente trato dispensado a la vencibilidad queda resuelto, o al menos potentemente mitigado, ya que se reubica el error sobre la infracción en el conocimiento de la lesión del bien penalmente protegido, carente de dolo o intención delictiva y recibiendo el mismo trato que su homogéneo –aunque parcial- "error de tipo".

Lo dicho hasta ahora se resume básicamente en el siguiente expositivo:

Proceso o iter del conocimiento delictivo



Incidencia del error en este proceso

ERROR DE TIPO	ERROR DE PROHIBICION	
	DIRECTO	INDIRECTO
Desconocimiento de los propios actos: Representación no delictiva cuando en realidad sí lo es: Ignorancia de la lesión del bien penalmente protegido (ignorancia de tipicidad). Hecho constitutivo de la infracción: En una transacción comercial, p.e., error sobre el engaño (vg., se cree informar de forma verdadera cuando en realidad la información es falsa y con ella se está llevando a error al otro).	Desconocimiento de la ley penal: Cobertura Ignorada(representación) existente (realidad): Ignorancia de la lesión del bien penalmente protegido (ignorancia de tipicidad). Infracción o actuación completa: No sabe que engañar obteniendo un beneficio a costa del perjuicio de otro está prohibido por la ley penal.	Desconocimiento de la justificación: Cobertura creída (representación) inexistente (realidad): Conocimiento de la lesión del bien penalmente protegido (o de tipicidad de la conducta). Causa de justificación: No sabe que su caso concreto no justifica la estafa o, en positivo, cree erróneamente que la estafa está justificada (p. e. apuro económico o estafa previa realizada por la víctima).

TRATAMIENTO LEGAL ACTUAL DE LA VENCIBILIDAD DEL ERROR (ART. 14 CP)

Error sobre hecho constitutivo de la infracción penal: Responsabilidad sólo a título de negligencia (sin atenuaciones)	Error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal: Responsabilidad (atenuada) por cualquier título (dolo o negligencia)

REGULACION DEL OBJETO DEL ERROR EN CLAVE DE BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COMO SOLUCION A LOS PROBLEMAS DE FRONTERAS Y DE LA VENCIBILIDAD

ERROR DE TIPO	ERROR DE JUSTIFICACION
Error sobre la infracción penal (sin variar el trato penológico actual del error de tipo).	Error sobre la causa de justificación (sin variar el trato penológico actual del error de prohibición) .

En esta nueva configuración que se propone [604] quedan superadas las deficiencias a que hacíamos referencia al principio de este apartado, y en concreto, a la flojedad de la diferenciación de error de tipo y de prohibición según se afecte a la tipicidad o a la culpabilidad, ya que ésta afecta a todo error, y, en el mismo sentido de flojedad, la relativa a la diferenciación del error de prohibición en base al conocimiento de la antijuridicidad, pues, como ya se ha visto, en todos ellos se da tal desconocimiento.

Asimismo, la anterior reclasificación permite aclarar también la problemática de ciertos aspectos sobre los que existe discusión [605], como el error sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación [606] deviniendo en la

---

[604] En la que pueden diferenciarse, en el error de tipo, las dos categorías existentes –sobre elemento del tipo o sobre éste en sí-, igual como ocurre ahora con el error de prohibición.

[605] Llegándose incluso a proponer la fragmentación de la aplicación del error en función del tipo de delito (V. Cerezo Mir, en "La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios". ADPCP, 1985).

[606] Véase el análisis que de esta figura realiza la STS de 2-11-1997 (R. 8432), así como la enmienda n° 3 del Grupo parlamentario Vasco al art. 14 del Proyecto del Código cuya motivación refleja el "debate técnico-jurídico acerca de si el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (legítima defensa putativa, por ejemplo) integra un error de tipo, o de prohibición, o por el contrario constituye un 'tertium genus' de error". V. también a Bacigalupo Zapater (en "El error sobre los elementos del tipo y sobre la antijuridicidad", en La reforma del Código Penal de 1983, Comentarios a la legislación Penal, tomo V, vol. I. Madrid, 1985, p. 79), y a Mir Puig (en "Derecho Penal, PG", Barcelona 1998, p. 572), sobre la división de la doctrina en orden a su clasificación. Para Mir (Ibídem) y

nueva configuración claramente un error de justificación al faltar sólo el conocimiento "de vuelta" mas no el de "ida" o lesión del bien protegido (vide supra). O como el error de derecho sobre algún elemento normativo del tipo [607] o también el error sobre el comportamiento antijurídico [608], que serán luego sendos errores de tipo puesto que en los dos últimos grupos de supuestos se ignora que se infringe

---

para Bustos Ramírez (en "El tratamiento del error...", ob.cit., p. 709), el error sobre una causa de justificación es un error de tipo. A mi juicio, contrariamente, es evidente que no se trata de un error sobre un hecho constitutivo de la infracción o lesión del bien jurídico, sino sobre la justificación para infringirlo. A igual conclusión llega Muñoz Conde (en "El error en Derecho penal". Valencia 1989, p. 57), teniendo presente la regulación legal pero partiendo de la clásica distinción o "careo" entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad, en vez del criterio en clave de bien protegido, defendido en este estudio.

[607] V. a Mir Puig (Ibídem) que cita el ejemplo de la "ajenidad" en el hurto, que llega a la misma solución que en este estudio, aunque partiendo de una premisa a mi juicio equivocada, cual es que "El error 'sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal' no significa desconocimiento de que el hecho concretamente realizado es ilícito", limitándose a decir que no son lo mismo, lo cual es rigurosamente cierto, pero sin advertir que la regulación del error de tipo es absorbida por la del art. 14.3, es decir, que el desconocimiento de "un hecho constitutivo de la infracción penal" siempre implicará desconocimiento del obrar penalmente ilícito, quedando sin resolver la frontera entre ambos errores.

[608] Véase a Muñoz Conde (o.u.c., p. 59) cuando después de citar también el ejemplo de la ajenidad en el hurto, manifiesta que "Pero el problema se complica mucho más en relación a aquellos elementos recogidos en el tipo que claramente aluden a la antijuridicidad del comportamiento. Conceptos como 'sin título o causa legítima' o 'sin hallarse debidamente autorizado', o 'debido' (...) y en un largo número de preceptos del Código penal y leyes penales especiales que contienen en sus tipos esta clase de conceptos, oscurecen la distinción entre tipo y antijuridicidad y con ello el tratamiento del error sobre los mismos. Pues no cabe duda que, al mismo tiempo que elementos integrantes de la infracción penal (del tipo), son también

un tipo penal y por tanto que se lesiona el bien jurídico por él protegido.

El esquema resultante de la nueva regulación que se propone sería el siguiente:

ERROR DE TIPO: Sobre la infracción penal		ERROR DE JUSTIFICACION: Sobre la causa de justificación.	
Fáctico: Sobre el hecho (actual error de tipo)	Legal: Sobre la norma (actual error de prohibición directo)	Fáctico: Sobre el hecho (p.e., estado de necesidad)	Legal: Sobre la norma (p.e., creencia en la ley del talión)

Resulta admisible a mi juicio la incriminación "genérica" que perdura en el error de justificación vencible pues, a diferencia del resto, existe el conocimiento de la lesión del bien jurídico, cuya evitación es la médula espinal de la Parte Especial del Código penal, deviniendo luego esta postura acorde con el art. 12 CP (v. el inicio del epígrafe), pues éste se refiere a la imprudencia en la lesión del bien jurídico y no más allá –justificación de la lesión-, es decir, se refiere sólo a los tipos de la parte especial, no de la general.

Se habrá observado, en definitiva, que lo que se propone en cuanto a tratamiento penológico en materia de error, es sustituir el criterio diferenciador entre hecho y derecho [609], por el más actual e incipiente, basado en el error sobre la lesión del bien jurídico penalmente

---

elementos que caracterizan la antijuridicidad".

[609] Distinción a la que la nueva regulación ha dado fuerza (pues se regula ahora el error sobre el hecho (art. 14.1y2) y sobre la ilicitud del mismo (art. 14.3).

protegido, y no ya por razón de la necesaria integración de este criterio en la coordenada básica del reproche penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, cual es la protección de sus valores esenciales, sino porque además es precisamente este criterio el que permite superar las deficiencias hasta ahora apuntadas.

3.4.- Tercer requisito (necesaria ausencia de duda sobre la corrección del actuar).

3.4.1.- El hablar común y el de los tribunales.

Este requisito jurisprudencial, que guarda estrecha relación con el anterior -especialmente con las posibilidades de recibir información y en las razones que en su caso lo han impedido-, contiene la premisa de que quien duda no ignora, o lo que al caso es lo mismo, no ignora al menos lo suficiente como para que, a criterio de nuestra jurisprudencia, entre en funcionamiento la figura del error.

Llama la atención una desavenencia con el diccionario común y por ende con lo que presumiblemente entiende el ciudadano medio sobre la vencibilidad o no vencibilidad de la ignorancia. En efecto, establece el Diccionario de la Real Academia que "ignorancia invencible" es "la que tiene uno de alguna cosa, por no alcanzar motivo o razón que la haga dudar de ella", con lo que nos encontramos en la

tesitura de que mientras en nuestro hablar común la duda es parámetro para establecer la vencibilidad del error, pero manteniéndose dentro de él, en el hablar de los tribunales la duda es, en cambio, parámetro para establecer la existencia del error mismo (cualquiera de ellos), mas no de su vencibilidad. Dicho en otras palabras: En el hablar común la duda del ignorante marca la frontera, dentro del error, entre su vencibilidad y su no vencibilidad, mientras que en el hablar de los tribunales la duda es límite que impide el acceso al mismo y a sus beneficios. Ello reclama también en este punto la conformidad de sus resoluciones con el lenguaje común, tal como lo viene haciendo habitualmente con la mayoría de conceptos penales [610], y tal como lo ha hecho –o al menos intentado- el propio legislador, máxime cuando, repetimos, sólo éste es fuente de derecho penal.

Paradójicamente, la STS de 14-11-1997, ya antes citada y objeto de comentario, se basa en el diccionario oficial para fundamentar la posición jurisprudencial que criticamos en base al concepto de creencia, el cual ciertamente requiere de firmeza y en este sentido excluiría la duda. Pero a la anterior afirmación hay que oponer una a mi juicio potente razón: Que el concepto que comentamos y que recoge la ley actual, a diferencia del anterior [611], es el

[610] Ver por ejemplo, de entre las SSTS más recientes, las de 24-3-1998 (R.2356), 26-2-1998 (R. 1194), 12-1-1998 (R. 46), 29-11-1997 (R. 8535), 27-11-1997 (R. 8355), 25-11-1997 (R.8321) o la de 14-11-1997 (R. 7860).

del error, no el de la creencia, por más que sea errónea. Cobra fuerza entonces aquí la discusión sobre las equivalencias y diferencias entre error, ignorancia y creencia, en la que hemos de posicionarnos manteniendo que el primero se compone de las dos últimas y que éstas son las dos caras, anverso y reverso, del primero. En efecto, en un contexto delictivo, acción u omisión, fruto forzoso de una decisión basada en el conocimiento, el error se compone de ignorancia, ya que el conocimiento equivocado ignora la realidad, de la misma manera que cree también equivocadamente como cierto algo que no lo es, deviniendo esta creencia, pues, también componente del error.

Ya habrá advertido el lector que si bien la afirmación jurisprudencial objeto de crítica se basa en uno de los dos componentes del error, en concreto la creencia, la afirmación contrapuesta expresada unas cuantas líneas más arriba lo era asimismo sobre el otro de los componentes del error, en concreto, la ignorancia [612], con lo que en un plano teórico, no destacaría la bondad de una posición respecto de la otra, pues ambas son parciales en tanto que basadas ambas sólo en una parte o componente del error. La

---

[611] obsérvese que la Resolución que comentamos fue dictada año y medio después de la entrada en vigor del Código de 1995, el cuál y a diferencia del anterior, ha proscrito el término "creencia" de la regulación de la figura del error.

[612] Aún así, obsérvese que es la definición de la parte del error que no admitiría la duda, es decir, la creencia, la que únicamente se tiene en cuenta a la hora de determinar la posición jurisprudencial, y se obvia la otra definición –ignorancia- que beneficia al reo. Véase esta misma lógica en la crítica que se hace en el siguiente epígrafe.

superación de esta cuestión pasa por una forzosa profundización en el papel que ignorancia y creencia juegan en el error al que constituyen. En este sentido debemos volver a retomar el expositivo anterior (en el estudio del 2° requisito) aplicando la motivación del hecho delictivo objeto de error como criterio diferenciador en la ponderación de una y otra. Así, en el error sobre la infracción (parcial o total, lo que incluye error de tipo y de prohibición directo) domina claramente la ignorancia de la existencia de la infracción, mientras que en el error sobre la justificación (actual error de prohibición indirecto) prima la creencia de la existencia de una norma justificadora en realidad inexistente.

Obsérvese además, después del anterior ejercicio, que la diferenciación resultante de la ponderación entre ignorancia y creencia dentro del error establece una frontera clara entre error de tipo (incluyendo el actual error de prohibición directo, es decir, el error sobre la tipicidad o la infracción) y error de justificación o actual error de prohibición indirecto, quedando reforzada la reclasificación que se defiende en este estudio.

3.4.2.- In dubio contra reo.

La duda sobre la ilicitud penal del hecho representa una situación intermedia en la psiquis del autor, detestable por indefinida -¿cuál será luego el grado de

ignorancia y si la que haya será en realidad suficiente para determinar el error o no?-, situación que debería proscribirse hasta que el estado de la técnica permitiera separar el grano de la paja o, lo que aquí es lo mismo, identificar la parcela del conocimiento que responde precisamente a la base cognoscitiva del alcance del hecho y que es –esta parcela y no otra- la que da asiento a la voluntad delictiva. De la misma manera que en el derecho civil cualquier carga que recaiga sobre una copropiedad indivisa estará limitada a la porción que se le adjudique en la división cuando cese la copropiedad (v. art. 399 C. C.), o de la misma manera que sería injusto que cualquier embargo que recaiga sobre un depósito bancario compartido en que sólo uno de los cotitulares es deudor no estuviera igualmente limitado a la titularidad de éste [613], no debería darse, con la misma buena lógica –y sería igualmente injusto (desgraciadamente lo es)-, el reproche a la parcela de conocimiento que resulta equivocado y con ello la parte de voluntad que sustenta. La superación de esta iniquidad impone -aquí en la medida de lo posible- nuevamente, al igual que ya señalamos al tratar del dolo eventual, un ejercicio de nitidez en la aplicación de las figuras penales.

[613] No hace falta apercibir que en la transposición a nuestro estudio de ambas similitudes una cotitularidad viene representada por la parte o sección del conocimiento que ignora o tira hacia la creencia errónea y la otra, por la sección del conocimiento que ha provocado la duda o que tira hacia el sentido contrario (y que provoca la duda).

Y es que poder consultar y no hacerlo puede responder tanto a una actitud dolosa como a una sencillamente culposa. Dolosa -entendida siempre como intención relacionada con el delito-, podrá serlo si no se consulta para no confirmar las sospechas que ya se tienen de la ilicitud del hecho. Imprudente, si no se consulta por desidia, ajena, a diferencia de la anterior, a cualquier voluntad de alejamiento de la confirmación de la antijuridicidad. Y el que no se informa "porque no quiere" -expresión utilizada por la doctrina-[614] puede serlo, además de en el supuesto doloso citado, por razón ajena a la comisión del hecho delictivo, en situación similar -si no idéntica- a la imprudente, ya que en ésta también se neglige por la distracción provocada por otros quereres. La ajenidad de la motivación o del querer respecto del hecho delictivo marca así el distintivo de la imprudencia.

Obsérvese que el que no se informa porque no quiere, y en concreto, porque informarse supondría tener que afrontar un dilema no deseado que se quiere voluntariamente evitar, ya que podría frenar su objetivo (que se produzca el hecho) tiene evidente similitud con la situación-base del dolo eventual [615], señalada incluso en algunas

---

[614] Ver Quintero Olivares, o.u.c., pág. 413.

[615] A pesar de que aquí la voluntad integrante del dolo sería más fuerte que en la teoría que más contiene el elemento volitivo en el dolo eventual –teoría del consentimiento-. Podría considerarse incluso que la voluntad delictiva existe y será una voluntad directa, dirigida a engañar la propia conciencia en aras de la consecución del

resoluciones del Tribunal Supremo, y podría aparecer aquí el fantasma que haga resurgir un nuevo fundamento en favor del dolo eventual. En efecto, si el agente no quiere el dilema es porque éste ya está resuelto y la decisión tomada, luego quiere no informarse a pesar de que se representa la probabilidad de que el hecho sea delictivo aunque quiere no saberlo, a fin de evitar el conflicto de conciencia [616]. Pero el resurgimiento [617] del dolo eventual tendrá a mi juicio que esperar, por dos razones: 1) El error se sitúa en el conocimiento y en cambio el dolo, aunque se asienta sobre éste, es intención y tiene su sede distintiva en la voluntad, y la aplicación nítida y con propiedad de la figura del dolo impide, pues, su aplicación en base únicamente al área cognoscitiva, esto es, del error, que es el ámbito en el que nos encontramos. 2) la voluntad -luego tampoco la extraña voluntad "eventual"- no puede modificar ni incidir sobre el conocimiento (error) en si mismo, que se tiene por verdadero (equivocadamente). Otra cosa es la capacidad de la voluntad para modificar la realidad de las cosas y por ello también el conocimiento e información que se tiene de las mismas, pero para que esto suceda es necesaria la previa identificación como errónea

---

hecho delictivo.

[616] Cobra aquí vigencia el viejo brocardo que establece que "la inteligencia delibera, la conciencia juzga, y la voluntad resuelve", donde el estadio intermedio resulta aquí soslayado.

[617] Resurgimiento sólo a efectos internos de este estudio, ya que, desgraciadamente continúa siendo aplicado

de la realidad, lo que no sucede en la mente del agente que, recuérdese, la tiene únicamente como objeto de materialización (la producción del hecho) tal como está representado, sin modificaciones. La voluntad no puede incidir o modificar el propio conocimiento que la constituye y sirve de base. Puede determinar el aumento o no (congelación), incluso la modificación de este conocimiento, pero ese aumento o esa modificación ya no será constituyente de la voluntad sino fruto de ésta [618]. Precisamente esta relación entre conocimiento y voluntad, dinámica y no estática, representa un serio escollo en la investigación de la culpabilidad cuando entra en juego la duda sobre la licitud del hecho.

Cuando el autor, ante la duda provocada por la posibilidad de un ilícito penal, no se informa porque no quiere, estaremos en definitiva ante un supuesto bien de dolo delictivo directo –conocimiento suficiente para decidir congelar voluntariamente proveerse de mayor conocimiento-, bien ante voluntad no delictiva –por dejadez, negligencia o influencia de otros quereres ajenos al delito-, donde en el primer caso juegan un papel fundamental las diferentes parcelas cognoscitivas y volitivas [619] de la mente del sujeto, las cuales debieran de

---

por nuestros tribunales.

[618] Lógicamente este argumento escapa del ámbito jurídico, pero entiendo que entra dentro de la lógica o el sentido común y es, en este sentido, detraíble del estricto ámbito psicológico.

tener en justicia diferente trato a fin de que pudiera determinarse la influencia de la parcela (y sólo de ella) del conocimiento viciado en las intenciones delictivas del autor, exigencia que, hoy por hoy significa poco menos que convertir a los operadores jurídicos en doctores en psicología, pero que ante tal imposibilidad y en espera del avance del estado de la técnica, deberá solucionarse en base al favor rei, diferentemente a como se está actualmente llevando a cabo: es decir, aplicando "en bloque" el error (figura que beneficia al reo) sólo si no existe ni pizca de duda, y aplicando también "en bloque" el dolo eventual (figura que perjudica el reo) a pesar de que exista esa misma duda, la cual es de signo contrario en ambas figuras pero que es aplicada en los dos casos desafortunadamente por nuestros tribunales en contra de los intereses del reo. Y es que si se aplicara la misma lógica en ambas figuras, la duda tendría al menos que jugar a favor del reo en una de ellas. Pues no: se aplica diferente rasero en ambas y no precisamente en beneficio del reo, ya que éste sale, por el contrario, perjudicado en los dos casos.

El sustantivo "duda", en lo que ahora interesa, significa según el diccionario oficial "suspensión [620]

[619] Aquí sí influyendo sobre el conocimiento –paralizando su actividad-, y en concreto una parte del mismo (el que no "interesa" al autor).

[620] Suspender significa "detener o diferir por algún tiempo una acción u obra".

acerca de un hecho o noticia" [621]. Pues bien, si la duda lo es sobre la naturaleza o sobre trascendencia del hecho, su comisión en tal circunstancia puede obedecer a múltiples motivos (p.e., la urgencia de la acción no dió tiempo al autor a salir de la duda, o no se informó para que no se confirmaran sus sospechas –luego creía en ellas-, etc.), pero en la investigación de la culpabilidad del autor debería tener cabida el análisis de las diferentes parcelas del conocimiento en orden a su integración de la voluntad delictiva, tanto a nivel de error como a nivel de dolo, ejercicio que permitirá erradicar el uso perjudicial de la duda contra reo (en el error, incertidumbre sobre la ilicitud del hecho, en el dolo, incertidumbre sobre la producción del mismo –dolo eventual-). La plasmación gráfica de parte de lo dicho anteriormente y que sigue a continuación no pretende ser guía de ningún razonamiento psíquico típico, sino simplemente servir de exponente de la dificultad que comportaría una justa investigación de la culpabilidad del autor que ha ejecutado un hecho impregnado de duda sobre su licitud (o ilicitud), justicia que, en tanto que resulte inalcanzable en la práctica, debiera ceder el paso a aplicar al reo el beneficio de la duda,

---

[621] Lo que es diferente de la duda que se plantea sobre la comisión o no del hecho delictivo, presupuesto el conocimiento necesario y la inexistencia, por tanto, del error. Este sería el caso de una parte, no expuesta en el texto principal, de la definición oficial del término duda, esto es, "la indeterminación entre dos decisiones", que presupone la existencia de conocimiento, y no afectaría a éste sino a la voluntad.

justo lo contrario de como ahora viene siendo aplicado por nuestros Tribunales.

A Razón o razones para entender que el hecho es lícito	AB Razones dudosas en si, formadas a su vez por A y B	B Razón o razones para entender que el hecho es ilícito
DUDA COMO CONOCIMIENTO ACTUAL		

RELACIÓN SIMPLE ENTRE SABER Y QUERER EN LA EJECUCIÓN DE UN HECHO DE DUDOSA LICITUD	
Conocimiento	Voluntad
Parcela de la licitud o razones para ello (A)	Ausencia de intención delictiva: Ignorancia de la ilicitud
Parcela de la ilicitud o razones para ello (B)	Dolo directo (basado en el conocimiento de la ilicitud)
No afectación del conocimiento del hecho en la ejecución (“despiste”)	Inexistencia de voluntad sobre el hecho: Ejecución culposa

RELACION COMPLEJA (una de las posibles) ENTRE SABER Y QUERER EN LA EJECUCION DE UN HECHO DE DUDOSA LICITUD		
Conocimiento actual	Congelación del conocimiento necesario	Voluntad
Licitud (parcela A)	Por razones externas al hecho	Inexistente sobre el hecho. Existencia de error.
Ilicitud (parcela B)	Por razón de la ilicitud (B)	Existente (directamente) sobre el hecho: parcela del mismo con entidad suficiente para mover la voluntad en relación con el hecho : incidiendo voluntariamente en el desarrollo de su conocimiento. Inexistencia de error.

3.5.- Cuarto requisito (no notoriedad).

El cuarto y último requisito jurisprudencial entronca con los dos anteriores y expresa la ineficacia de la

ilicitud notoria y de "comprensión generalizada" en orden a activar la figura del error. Tal posicionamiento adolece a mi juicio de tres puntos censurables, siendo el primero ya apuntado al inicio en el sentido de ser una limitación a la aplicación del error no establecida por la ley sino por la propia jurisprudencia. La segunda censura viene dada por establecer a priori un vado en el que no opera el error y renunciar en definitiva a la indagación de la culpabilidad individual en aras de una presunción automática de conocimiento basada en el ciudadano medio o estadístico, sujeto de aquella "comprensión generalizada".

Y la tercera objeción, en fin, tiene su fundamento en que tanto este último concepto como el de la "notoriedad" se sitúan en el campo de lo indeterminado. Vamos a servirnos en este punto, por su conexión inicial y por haberla citado anteriormente, de la STS de 14-11-1997, que expresa que "nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la concreta norma infringida, pues si así fuera, sólo podrían delinquir los expertos en derecho penal".

Esta afirmación necesita sin duda un estudio más amplio que el que aquí se le va a dispensar, pues constituye la punta emergente que esconde una cuestión mayor, cual es la de la enorme potencialidad de la aplicación del actual error de prohibición sobre un ciudadano medio que no es, ciertamente, un experto en derecho penal y, en este sentido, tal posicionamiento

podría devenir una simple excusa bienintencionada que impediría tal vasta aplicación. Pero el fondo de la repetida afirmación trasciende de la simple discusión sobre el acotamiento al ámbito penal del conocimiento de la ilicitud del obrar, resuelta ahora por la nueva regulación del CP de 1995 [622]. En efecto, y a sensu contrario, en la Resolución no se exige al ciudadano que sepa qué norma concreta infringe, sino que tiene bastante para reprocharle penalmente su actitud con tal que conozca el valor o bien protegido que ha lesionado. Así las cosas, no es censurable tal posicionamiento. Ahora bien, no siempre se da, ni mucho menos, una adecuación aceptable entre tipo penal y bien protegido que permita tal posicionamiento, puesto que ya por la complejidad, literalidad y estructura de muchos tipos penales, o ya por el propio principio de fragmentariedad del Derecho penal, que establece la protección penal sólo a una parte de dichos valores, sin que resulte clara en infinidad ocasiones dónde empieza la protección penal, siendo luego un esfuerzo adicional del justiciable en orden a entender la ley penal en sus justos términos y trascendencia.

Pero entender la ley penal en sus justos términos y trascendencia es una condición que sólo presumiblemente cumple el ciudadano medio actual. Pregúntese entre las personas legas más allegadas cuántas conocen por ejemplo

[622] Discusión ahora sólo conducible al conocimiento del tipo, dentro ya de la ley penal, pues de otro modo (fuera de ella) puede resultar chocante si se advierte que tal

los requisitos legales de la legítima defensa, o en qué supuestos se penaliza la emisión de un cheque en descubierto. El resultado de esta pequeña encuesta puede convertir la preconcebida idea del "conocimiento generalizado" en una falacia. Dicho de otro modo: En el estado actual del Derecho Penal existen conceptos y castigos que sólo son sabidos por los expertos en este derecho. Ello nos debe llevar sin duda a cuestionarnos las carencias de nuestro sistema educativo en orden a promover que el futuro ciudadano medio o escolarizado sepa lo necesario al objeto de prever las consecuencias penales de sus acciones, pero también, y no menos importante, deberemos plantearnos lo atinente al sistema punitivo mismo, siempre perfeccionable o, en palabras de Beccaria, hacer que las leyes sean claras y simples [623] para que puedan estar al alcance de todos.

Se ha dicho, no sin razón, que el Código Penal de 1995 no es sino un importante antecedente que va a permitir iniciar la verdadera reforma de nuestro Derecho Penal. Si esto es así, el que la norma penal llegue a ser completamente conocida y comprendida por el ciudadano normal entra dentro de esta empresa y tal sería el verdadero contenido de un Código democrático. En cualquier caso, no debemos dudar que esa anhelada comprensión generalizada de (todos) los reproches penales está llamada

---

resolución data de finales de 1997, vigente el CP de 1995.

[623] En "De los delitos y de las penas", Cap. 41.

a imponerse, siendo la figura del error luego –y sólo luego- de aplicación excepcional.

3.5.1.- Dos avances fuera del ámbito penal (administrativo y civil).

Mientras tanto, ha sido el hermano menor del Derecho Penal, el Derecho Sancionador Administrativo –no felizmente, puesto que el avance que se defiende está llegando antes a las pesetas que a las personas-, el que ya ha dado un primer paso en este sentido al admitir, en forma genérica, la creciente dificultad para el ciudadano normal para saber y entender de la norma sancionadora. Así, la STS –Sala 3ª- de 2-11-1987 (R. 7764) manifiesta que "Al ciudadano común, que no tiene el deber de conocer los complejos entresijos del ordenamiento jurídico, cada día más frondoso, no cabe exigirle el conocimiento de unos saberes con características y desprovistas de exactitud (sic). Ello elimina la malicia, o dolo en su denominación tradicional y por tanto excluye la culpabilidad". E igualmente ha ocurrido en el ámbito de la protección de los intereses económicos de los consumidores, al establecerse la no obligatoriedad de las cláusulas oscuras o las particulares no manifestadas expresamente al consumidor. En este sentido se pronuncia tajantemente la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 [624],

[624] Ley que, como establece su art. 1, asienta sus raíces

sancionando de nulas –luego no oponibles a aquellos- las cláusulas que no cumplan el requisito de "concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual".

Ello pone en evidencia una vez más la necesidad de avance de nuestro Derecho Penal hacia cotas alcanzadas ya en estos otros ámbitos de nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de desconocimiento por parte del ciudadano de las normas jurídicas o de las obligaciones –léase fuentes de mandatos y prohibiciones- , capaces de generarle responsabilidad.

---

directamente en la Constitución.

4.- Error y eximentes: duplicidad innecesaria.

Habida cuenta que la incapacidad legal no es requisito indispensable para apreciar las eximentes del art. 20 CP y en especial las tres primeras (v. art. 25 CP), es claro que a cualquiera que emita un título mercantil abstracto en la forma determinada por el art. 250.1.3 CP puede aplicársele cualquiera de aquellas, además de la figura del error del art. 14 CP.

En algunas de las Sentencias del Tribunal Supremo utilizadas en el estudio del error se advierte del paralelismo existente entre error y eximentes. Este es el caso, por ejemplo, de la STS de 2-7-1994 (R. 5560), cuando establece que "Si el error hubiera sido invencible el acusado se hubiera encontrado en una situación semejante al que actúa en la creencia fundada e insalvable de obrar dentro del marco de la legalidad lo que nos llevaría a la eximente completa, pero su actitud pasiva e inadecuada en orden a procurarse un conocimiento exacto de las consecuencias de su actitud renuente y rebelde, descarta la concurrencia de todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad y abre la vía de la eximente incompleta", o el caso también de la STS de 23-2-1996 (R. 1051) cuando establece que "Los términos del Código penal (artículo 6 bis a. 3) –en los que tendría encaje un error de prohibición vencible- remiten al artículo 66 de dicho

Texto Legal, lo cual significa, no el tratamiento de la acción referida como independiente, sino el traspaso de su responsabilidad a zonas propias de las eximentes incompletas".

De hecho, y eso es algo que se acentúa con la nueva regulación dada a alguna de las eximentes por el Código de 1995, estamos en ambas figuras ante supuestos similares, dándose la duplicidad que en este epígrafe se denuncia respecto de las tres primeras eximentes del art. 20 CP, ya que en la primera de ellas no se alcanza a comprender la ilicitud del hecho, exactamente lo mismo que ocurre con la eximente de intoxicación plena (20.2 CP), mientras que en la tercera no se alcanza la conciencia de la realidad (20.3 CP). La única diferencia estriba en que el error opera ante cualquier circunstancia o situación, y las eximentes en cambio sólo por sendas causas específicas, ya que, el que actúa bajo estas circunstancias eximentes, y como ocurre con el error, también se equivoca [625].

En efecto, detengámonos en la eximente regulada en el art. 20.1 y observemos que ésta se da cuando el autor, "al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho", lo que no es sino una ausencia específica del conocimiento de la ilicitud del hecho del art. 14.3, ilicitud ésta que, como ya hemos visto, es común

[625] Equivocar es, con el diccionario oficial, "tener o tomar una cosa por otra, juzgando u obrando desacertadamente".

a todas las clases de error. Y si esta ilicitud es invencible provocará, como aquella eximente completa, la ausencia de responsabilidad penal. De la misma, manera, si tal conocimiento es vencible, se reduce la intensidad del reproche (a nivel del reproche dado a la negligencia en el error de tipo, o disminución de uno o dos grados en el de prohibición, los mismos grados con que se rebajará aquella eximente si resulta incompleta -art. 21.1-). Obsérvese que aquel precepto no exige causa "psiquiátrica", sino que exime de responsabilidad penal por anomalía o alteración "psíquica", y por tal debemos entender, con el diccionario oficial, anomalía o alteración "del alma", concepto lo suficientemente genérico como para incluir la alteración o anomalía del conocimiento integrante del error, a pesar de que la jurisprudencia contemple en esta eximente casi exclusivamente alteraciones de aquella índole, quizá por la existencia de la figura del error que permite derivar hacia la misma las situaciones de desatino mental que no respondan a una patología determinada. Pero aún en el caso de que se considere que esta interpretación amplia del término "psíquica" fuerza en demasía la literalidad del texto de la ley, deberá convenirse al menos en que el supuesto recogido en la eximente es una especificidad del equívoco contemplado en la genérica figura del error y que aquella se encuentra ínsita en éste.

La misma imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho se da por causa de la intoxicación plena que integra

la segunda de las eximentes del art. 20, donde tanto en ésta como en la anterior, la imposibilidad de comprensión no es otra cosa que la imposibilidad de conocimiento o error sobre la ilicitud del hecho a que se refiere también el art. 14 CP, ya que conocer y comprender son lo mismo [626]. Y en el mismo sentido debemos pronunciarnos sobre la eximente de alteración grave de la conciencia de la realidad desde el nacimiento o la infancia (art. 20.3 CP) [627], al tener el término "conciencia", en el diccionario oficial, el mismo significado que "conocimiento" [628], equiparándose al error de tipo en cuanto que también consiste en una representación falsa de la realidad (vide supra). También en estas eximentes, al igual que con la de alteración psíquica, cuando el individuo puede procurarse el conocimiento necesario y no lo hace por negligencia a él imputable, no se dan los requisitos necesarios para apreciar la eximente y ésta devendrá incompleta (recuérdense las SSTS antes transcritas).

Entiendo que nos encontramos aquí, en definitiva -y como sucede dentro del error, entre el de tipo y el de

---

[626] Conocer significa "Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas", así como "Entender, advertir, saber, echar de ver". Y comprender significa "Entender, alcanzar, penetrar".

[627] Como dice la STS de 18-10-1993 (R. 7791), la perpetuación de esta alteración en el tiempo impide a la persona la sensibilidad respecto al mundo circundante y la valoración de lo justo y de lo injusto.

[628] "Conciencia" significa "Conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar".

prohibición-, ante una regulación genérica, la establecida en el art. 14 CP, que incluye los tres supuestos mencionados de eximentes (art. 20, 1°, 2°, y 3°, y art. 21 CP), las cuales, en virtud de su regulación más específica, resultan de aplicación prioritaria respecto de aquella. Y aunque en la actual regulación el error se aparte de la remisión a las eximentes [629], el trato penológico actual sigue siendo el mismo que dispensaba el Código de 1973 en su redacción dada por la L.O. 8/1983.

Y si se admite que estamos ante una doble regulación de unos mismos supuestos –con la relación peculiar ya dicha de generalidad y especialidad-, deviene forzoso el planteamiento de la respectiva respuesta penal a cada uno de ellos que, en algunos casos, por diferente, deviene injusto. Tal es el caso del que tenga por ejemplo alterada levemente la conciencia de la realidad, sobre la que pueda incidir algún esfuerzo del autor en enmendar aquella conciencia desviada, ya que entonces, y en delitos únicamente dolosos como el objeto de nuestro estudio, se le aplicará una reducción de la pena si se considera eximente incompleta, en vez de resultar exonerado de responsabilidad penal, como resultará de entender el supuesto como error de tipo. Esta diferencia de trato penal en supuestos similares como el expuesto conlleva, pues, un replanteamiento en el trato respectivo con el fin de intentar, una vez más y

[629] Véase el antiguo art. 66 CP.

ahora en este punto concreto, la coherencia del sistema penal.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

5.- El error del autor en la estafa mediante título mercantil abstracto.

Falta por último entrar a analizar, en materia de error, el párrafo segundo del art. 14 CP en orden a determinar la influencia que esta figura proyecta sobre el objeto específico de nuestro estudio, ya que, recuérdese, el error en dicho precepto recae sobre un hecho que cualifique la infracción o una circunstancia que la agrave, con la consecuencia penal de impedir en cualquiera de ambos casos, su apreciación.

Debemos empezar recogiendo el testigo dejado en el apartado anterior con el fin de censurar, partiendo de la falta de coherencia allí denunciada en lo que a trato penológico se refiere entre el error de tipo y el de prohibición, para hacer aquí lo propio, dentro del primero, entre el error que versa sobre un hecho o elemento de la infracción o tipo penal, y el que versa, como el que ahora abordamos, sobre la circunstancia agravante o cualificante de la infracción (tipo agravado o cualificado). En efecto, en la agravante tercera del artículo 250.1 CP, donde el título mercantil abstracto es el instrumento de engaño y, por consiguiente elemento del tipo de estafa, con la particularidad de ser un tipo cualificado o agravado precisamente por lograr el engaño mediante tal circunstancia, el trato dispensado por el párrafo segundo

del art. 14 se aviene con el dispensado por el párrafo primero del mismo artículo, pero ocurre que no se puede decir lo mismo de las infracciones que admiten la forma culposa, ya que bajo esta forma de comisión resultará penado el error sobre el tipo básico, mientras que el error sobre el tipo cualificado o agravado quedará exento de responsabilidad. La respuesta a una eventual pregunta sobre la existencia de fundamento para tal novedosa discriminación dentro del error de tipo, introducida con el nuevo código, deberá ser negativa. Para ello baste recordar que en la tramitación parlamentaria, la razón que sirvió de base para cambiar la redacción del proyecto –similar en este sentido a la regulación del antiguo art. 6 bis a- y dejarla como está ahora, fue, según la enmienda 652 presentada en el Congreso, en que en aquella regulación "se reproduce la confusión del error vencible sobre circunstancias agravantes que parecen remitidas a la pena de la imprudencia, cuando su desconocimiento debe producir, simplemente, la no apreciación de las mismas". Y el por qué de esta réplica penal -y no aquella- no ha sido hecho público, ya que únicamente fue recogido en el informe de la Ponencia el hecho de la aceptación de dicha enmienda, sin que en el debate parlamentario posterior sea destacable discusión alguna que dé luz sobre la fundamentación que andamos buscando. Sea como fuere la razón que haya animado a tal discriminación, sus efectos no se proyectan sobre el objeto de nuestro estudio, al permitir únicamente la forma

dolosa, y sí sólo sobre los delitos que admiten la culposa, razón por la que orillamos entrar más en profundidad sobre dichos efectos [630].

En nuestra agravante puede darse, con igual esquema que el tipo básico, el error a que alude el art. 14.2 CP (de tipo) cuando recae sobre la ficción o vacuidad del título (el autor cree en el respaldo dinerario del título cuando en realidad no es así), y asimismo el error a que alude el art. 14. 3 CP (de prohibición), ya en su modalidad directa (el autor cree que la emisión de un cheque en descubierto ha sido despenalizado en cualquier caso, ignorando la penalización del cheque en descubierto que provoca el desplazamiento patrimonial), ya en la indirecta (el autor cree que su situación de necesidad o su temor a aparecer delante de los demás como moroso justifican su actuar cuando en realidad ninguna de ambas situaciones tiene la entidad suficiente para tal fin). Y en idéntico sentido que ya dijimos en el error en el apartado anterior -y en la misma calidad de ciencia-ficción por no contemplarlo así la regulación actual-, tenemos que decir que quien ignora que el título está vacío –hecho constitutivo de la estafa-, aunque pudiera haberse cerciorado de no haber incurrido en negligencia en orden a salir de su error o ignorancia, y a quien se le aplica el art. 14.2 CP (exención de responsabilidad), no incurre en

[630] Que conllevarán en su caso el problema inherente del trato dispar a supuestos similares, difícilmente entendible por el justiciable, lo que ya se ha repetidamente denunciado

reproche distinto –negligencia en ambos casos- que el que ignora que la extensión de un cheque en descubierto –pongamos por caso este título concreto- creyendo negligentemente que este hecho ha sido despenalizado. En ninguno de ambos casos existe intención de vulnerar el bien jurídico protegido o de cometer delito o infracción penal; sin embargo, el primero exime de responsabilidad mientras el segundo la mantiene (aunque atenuada), debiéndonos remitir en lo que sigue a partir de aquí y para evitar caer en repeticiones, a lo ya dicho en aquella sede.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

---

con ocasión de otros aspectos de este estudio.

CAPITULO III:

VACUIDAD DEL TITULO: CULPABILIDAD DEL LIBRADOR E INTERVENCION DEL DOMICILIATARIO DEL PAGO

1.- Falta de provisión de fondos e impago.

"Pagar" con un cheque o pagaré o una letra de cambio que se sabe de antemano que no van a ser satisfechos [631] es la forma típica de comisión de la estafa realizada mediante alguno de dichos títulos. Aprovecharse del cumplimiento de la otra parte y del propio incumplimiento es condición necesaria para que se esté ante el llamado negocio civil criminalizado, merecedor del reproche penal, siempre que exista intención de lucrarse con la operación de que se trate (y recuérdese que en los negocios mercantiles el ánimo de lucro es consustancial a los mismos, lo que hará prácticamente imposible su no apreciación a efectos del delito).

De hecho, la falta de provisión significa que es materialmente inexistente la concreta relación entre deudor y domiciliatario -por la que éste queda obligado a efectuar el pago en nombre de aquél-, lo que es predicable de los

[631] Siendo varios los supuestos concretos mediante los que se llega a tal fin (por ser falso o mendaz, por no haber realizado el librador la correspondiente provisión de fondos al librado en dinero o en especie -obra, servicio o suministro-, etc.).

tres títulos de la agravante que estudiamos, sin que a ello interfiera la existencia de la otra provisión, correlativa a la que ahora se está tratando, que es la que se da entre acreedor y deudor, y que en el caso de la letra tiene normalmente reflejo en el propio documento (librador-aceptante).

En caso de relación inexistente no hay problema, pero la duda asoma cuando tal relación deudor-domiciliatario existe, pero es defectuosa, o tácita (v. el siguiente apartado). En efecto, la oposición al pago por el librado o domiciliatario no puede conllevar automáticamente a estimar dolo penal, sino que debe aclararse previamente si éste ha incumplido su obligación civil de pago, pues no olvidemos que es el impago el primer dato objetivo que puede derivar en responsabilidad penal. Tal es la cuestión prejudicial a que alude el art. 3 Lecrim., pues esta relación civil -que provoca el impago- deviene conectada con la cuestión penal principal –léase el impago fraudulento integrante del art. 250.1.3 CP- de tal manera que resulta de imposible separación del hecho punible y el civil subyacente, y no me refiero ahora al contrato que da causa al negocio abstracto (deudor-acreedor) sino el que se da entre el deudor y el domiciliatario del pago. En efecto, es necesario determinar previamente si existe negligencia o incumplimiento de este último y por ende su responsabilidad en el impago (por ejemplo, si el Banco sólo disponía de una parte y a pesar de ello no pagó nada -lo que puede determinar el hecho como

delito o como falta-, o iba pagando el descubierto entendiendo el librador que continuaría así; o el librado entendía erróneamente que podía retener la cantidad, o que la provisión de fondos se ha realizado defectuosamente y decide no pagar, lo que será sin duda discutible y de previo pronunciamiento civil), pronunciamiento al que no es de aplicación, sin embargo, el art. 4 de la ley procesal, puesto que no estamos ante una cuestión "determinante" de la culpabilidad o la inocencia, ya que con el diccionario oficial debemos observar que "determinante" se refiere a la esencialidad de la sentencia y su fallo, y éste ha de serlo respecto a la integración del tipo penal, es decir, de sus cinco elementos (ánimo de lucro, engaño, error, disposición y perjuicio), lo que no incluye la relación civil que nos ocupa. Pero aunque carente de esencialidad sí que es, en cambio, "influyente" en el sentido indicado, concepto más débil que le aparta del art. 4 para incardinarle en art. 3 (ambos de la ley de ritos), es decir, a resolver por la propia justicia penal [632].

Tal proceder no es un simple deber formal, sino sobre todo un ejercicio de higiene procesal que permite separar debidamente el grano (penal) de la paja (civil) y persigue en definitiva depurar previamente las responsabilidades

[632] Si bien existe discusión sobre el momento en que debe proceder este planteamiento previo establecido por el art. 3 Lecrim., parece claro que es necesario que debe quedar resuelto en la instrucción, para cuando se formule escrito de acusación, el cual, recuérdese (art. 650) ha de determinar el alcance de la participación en el hecho delictivo. Véase en ese sentido las SSTS de 6-7-1998 (R. 6231), 3-10-1983 (R.

externas –civiles- de todos los intervinientes en la formación del hecho con trascendencia penal para abordar luego con la necesaria nitidez la culpabilidad penal del acusado, es decir, para no hacer responsable de aquéllas penalmente a quien ni siquiera lo es civilmente.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

4697) y 19-5-1963 (R. 2723).

2.- Cheque.

El propio artículo 108 de la Ley Cambiaria abre una brecha en el principio de seguridad jurídica al establecer que la disponibilidad de fondos del librador de un cheque puede llevarse a cabo conforme a un acuerdo tácito con el librado.

La jurisprudencia ha podido tratar, como en otros aspectos, el tema de la falta de provisión con ocasión del desaparecido delito autónomo de cheque en descubierto y, dentro de éste, ha tratado ampliamente las relaciones entre librador y tomador del título, pero en cambio ha quedado huérfana de atención por la misma la relación entre librador y librado.

En efecto, de la relación a tres bandas que supone el libramiento de un cheque bancario, esto es, tomador-librador-librado, sólo el primer binomio ha sido motivo de atención por parte del Tribunal Supremo, y aunque alguna sentencia hay sobre el segundo [633] no se ha profundizado a

[633] Las sentencias que ha podido encontrar el que suscribe son las siguientes: STS de 3-11-1984 (R.5427), la cual hace escuetamente referencia a "relaciones bancarias habitualmente consentidas" (atribuyendo el impago a la larga tramitación bancaria), para determinar la no culpabilidad del librador, y la STS de 21-9-1992 (R. 7199) mantiene que el delito autónomo se mueve entre el ilícito penal y el ilícito civil debido a "los más que irritantes trámites burocráticos de la banca" (igual argumento que la sentencia anterior) "cuando no de la mayor o menor benevolencia de la entidad de turno". El resto de sentencias pertenecen a la jurisprudencia "menor" y son las SSAP de Tarragona de 23-12-1994 (R.591) que ante la duda de si el reo libró el cheque en la confianza del

mi juicio sobre la repercusión que tiene en la culpabilidad del librador de un cheque impagado la voluntad del librado en orden al pago del efecto. Esta voluntad [634], ajena la mayoría de las veces a la del librador [635], será una incógnita en la medida en que hayamos de atenernos a la dificultad de prueba que entraña cualquier intención personal que yace en la mente del sujeto activo [636] -

---

crédito de hecho con la entidad bancaria absuelve en aplicación del principio in dubio pro reo, y la de fecha 19-6-1995 (R.763), que absuelve por no acreditarse los movimientos bancarios de la fecha de la emisión (y por ende tampoco que la cuenta estuviera en descubierto en esa fecha) y por venir tolerando y continuar pagando el banco a pesar del descubierto, cobrando por supuesto los intereses del mismo. Finalmente, la SAP de Huesca de 17-7-1995 (R.884), admite que puede darse el supuesto de que el titular de la cuenta libre un cheque en la creencia de que el mismo sería atendido pese a la inexistencia de fondos, aunque después condena por falta de prueba de dicha creencia (error) y, citando sentencias anteriores de la propia Audiencia, dictamina que el hecho de "que el banco haya permitido en alguna ocasión descubiertos, no quiere decir que tal permisibilidad se mantenga perpetuamente ni que automáticamente el librador pase a actuar creyendo que la entidad bancaria va a abonar en todo caso el cheque....".

[634] Voluntad que puede ser a su vez malintencionada o incluso forzada por cambio en la política general de la entidad bancaria para con los clientes en descubierto (pero que en estos casos sigue siendo una voluntad ajena al librador).

[635] La orden de impago por incumplimiento de la contraprestación por el tomador podría incluirse entre las que dependen de la exclusiva voluntad del librador, pero este caso no tendría trascendencia penal al no existir engaño alguno.

[636] Dicho en palabras de la STS de 7-3-1991 (R.1927), "el principio de culpabilidad implica profundizar, desde la voluntariedad, en los más profundos abismos de la libertad y el libre albedrío. Implica también la valoración de una serie de circunstancias personales del autor como el grado de conocimiento en cuanto a la significación jurídica del hecho para, en su virtud, llegar a una pena adecuada y proporcionada a la 'entidad culpable' en la conducta del

librador-, incógnita que se suma a su vez a la propia dificultad de dilucidar la intención del librado.

Pero prescindiendo de ese difícil elemento psicológico sí que es más fácil en cambio desmigajar los elementos externos, más susceptibles que aquellos en orden a manifestarse a través del actuar de los implicados, y que ayudan a establecer el grado de culpabilidad del emisor del cheque sin provisión de fondos. Estos elementos externos en el segundo de los binomios apuntados están integrados por las relaciones mercantiles entre librador y librado, expresas o tácitas.

Una de las relaciones expresas viene dada fundamentalmente por el contrato de cuenta corriente, cuya principal característica consiste en prestar al depositante, potencial librador del cheque, un continuo servicio de caja, por lo que esta relación no reviste mayor complicación al ser el banco únicamente el cajero del librador.

Algo más de complicación reviste la cuenta corriente cuando sobre la misma se ha instrumentado un contrato de apertura de crédito, en el que el servicio del banco es más complejo que en el simple contrato de cuenta corriente al tener que ir cargando el interés pactado sobre el saldo diario, aunque este obstáculo no tiene por qué afectar a la responsabilidad penal del librador a no ser que la

---

sujeto".

tramitación burocrática que comporta desemboque en la demora del pago [637].

Más interesante resulta a los efectos de este apartado la apertura de un contrato de cuenta corriente en la que, a pesar de no pactarse expresamente la apertura de crédito, sí se pacta en cambio un interés en caso de que la cuenta ofrezca saldo deudor. En este caso y en virtud de que "los contratos son lo que son, independientemente de la denominación de las partes" [638] nos encontraremos en una operación de crédito casi explícita [639] (en virtud de la cláusula que pacta el interés del descubierto en un contrato nominalmente sólo de cuenta corriente) que en su caso habrá de ser tenida en cuenta por el juzgador que tenga que entrar a valorar la relación entre librado y librador en orden a determinar la culpabilidad de éste.

Pero aún resulta más sutil la relación que nos ocupa cuando ésta es implícita, esto es, cuando no se ha pactado expresamente la apertura de crédito, ni fuera de la cuenta corriente ni dentro de ésta con cláusula alguna, sino que la entidad bancaria llegado el momento permita el primer y

---

[637] La STS de 3-11-1984 (R. 5427), citada, entiende que no existe culpabilidad en un librador de un cheque que ha resultado impagado debido a la larga tramitación bancaria a que fue sometida su provisión de fondos.

[638] Ad exemplum SSTS (Sala 1ª) de 26 de enero y 2 de junio de 1994 (R. 445 y 4574) y de 15 de junio y 23 de julio de 1992 (R. 5134 y 6450).

[639] Instrumentada generalmente en un contrato de adhesión redactado unilateralmente por el banco, con la consiguiente merma de la voluntad del cliente-librador en su relación con el contenido de aquél.

ulteriores descubiertos y pague a pesar de ellos los efectos que contra la cuenta se vayan girando, no ya sólo en virtud de la posible cláusula que pacte el interés en previsión de estos casos (párrafo anterior) sino sobre todo en virtud del notorio interés mercantil que puede tener la entidad financiera con determinados clientes [640] que le haga arriesgar un trato de favor hacia su cliente dentro del marco de su estrategia financiera.

Esta última relación, que no por más sutil sea menos usual, representa el extremo hasta el que ya ahora puede y debe llegarse para determinar la culpabilidad del librador del cheque sin fondos, no siendo de recibo que la misma se articule en torno únicamente a las relaciones entre tomador y librador y se evite entrar en cambio a analizar las importantes relaciones e intereses que sobre [641] éste tiene el librado.

Sólo de esta manera va a ser posible salir de esa zona en que la culpabilidad está determinada por el arbitrio de un tercero, léase entidad bancaria, que va a ser quien va a decidir si paga o no el cheque y, por ende, la responsabilidad penal de su emisor [642].

---

[640] Piénsese por ejemplo en la empresa que comienza o en la veterana que atraviesa alguna época de especial penuria económica y en el potencial comercial que para un banco representa este tipo de clientes.

[641] He preferido utilizar "sobre" en vez de "con" por denotar la primera preposición una prominencia en la relación banco-cliente, que es la que acostumbra a darse con más frecuencia.

[642] Cuestión ésta que ya fue diáfanamente denunciada por

3.- Letra de cambio y pagaré.

Aunque en estos títulos también es corriente que el domiciliatario del pago sea una entidad bancaria, sobre todo en el caso del pagaré, se diferencian del cheque en que también puede serlo persona o entidad diferente de aquélla. Y lo dicho para el cheque sirve en concreto aquí en cuanto a que el obligado a efectuar el pago por cuenta del deudor sea otra persona, debiendo ponderarse los intereses que ésta pueda tener en el pago y en definitiva el tipo de relaciones que le unan con el deudor, sin que el hecho del pago diferido en el tiempo afecte especialmente a éstos dos títulos, cuya intención de efectividad o respaldo deberá existir en el momento de su emisión, siendo sólo reprochable penalmente la acción del firmante que en el momento de estampar la firma en orden a su futuro pago sepa que el título no va a poder ser pagado a su vencimiento y así lo quiera, es decir, tomando en consideración sólo la voluntad de no pagar, no siendo posible, en virtud de lo que hemos estado defendiendo en esta parte de nuestro estudio, la incriminación por el llamado dolo indirecto o querencia indeterminada o inexistente sobre el referido pago, donde, además, el error del librador va a ser

---

Quintero Olivares (en "El delito de cheque en descubierto", RGLJ, 1972, p. 711) al expresar que "En la práctica el Banco resulta ser el que decide cuándo podrá intervenir el Juez penal".

susceptible de enervar aquel reproche en atención a las vicisitudes que también hemos señalado.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

CONCLUSIONES

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Parte primera

I

Toda sociedad estable necesita reproducirse y proteger los valores sobre los que se asienta. La Constitución española establece los valores fundamentales de la nuestra y, salvo dos bienes jurídicos (patrimonio histórico y medio ambiente), delega al poder legislativo el diseño de la más enérgica protección de esos valores fundamentales, que dependerá de la política criminal de cada época determinada. Es por ello que la ley penal no coincide en su totalidad con el diseño de los valores establecido en la Constitución.

II

La exclusiva protección de bienes jurídicos del derecho Penal, si bien no se expresa como principio fundamental, es admitido como tal, tanto por el Tribunal Constitucional como por el propio legislador en preceptos concretos en lo que deviene como una incipiente expresión y omnipresencia de dicho principio en el texto de la ley penal, así como en la interpretación judicial de la misma.

III

El ordenamiento jurídico protege los valores de una sociedad civil de forma fragmentada -civil, administrativa o penalmente- en función de su importancia y vulnerabilidad, donde el fragmento penal tiene preferencia sobre los demás. Se establece así la complementariedad entre los diferentes ámbitos o fragmentos de protección, pero sin que entre ellos existan límites precisos, lo que provoca su solapamiento. También se solapa la protección del fraude, especialmente entre el engaño de la estafa y la simple exageración civil, o entre el engaño sobre los elementos fundamentales -penal según el TS- y el que recae sobre elementos accesorios -civil según el TS-.

IV

El Código penal intenta establecer, en los tipos que regula, el límite mínimo de su intervención - en virtud de su preferencia y su más alto nivel protector-, pero no lo consigue debido a la abstracción de los conceptos que utiliza, mayoritariamente, el de la gravedad del hecho, cuyo parámetro, en el caso de la estafa, se reduce a la intensidad y calidad del engaño.

V

Se combate en este estudio la técnica que, lejos de solucionar el solapamiento, consiste en dejar en manos del particular perjudicado la elección de la vía de protección por cuanto mezcla lo público y lo privado, y además supedita aquél a éste (perdón del ofendido y Disp. F. 4ª CP). Entendemos que, por el contrario, la solución al solapamiento y al peregrinar de procedimientos viene dada por la coordinación de los distintos fragmentos de protección, tarea que requiere la previa identificación y delimitación del bien jurídico que debe proteger cada fragmento, a fin de saber dónde empieza y dónde acaba la gravedad de un hecho o lesión de un bien determinado.

VI

Un ejemplo vigente de coordinación nos lo da la Ley especial de represión del Contrabando, donde se utilizan recursos que en el Código prácticamente no se utilizan: límites numéricos -precisos-, remisiones expresas a normas concretas -nunca en blanco-, y definición de los conceptos que utiliza; recursos que clarifican y delimitan el ámbito penal del administrativo, y a los que habría que añadir la todavía no realizada identificación legal de aquello que protegen los tipos, especialmente útil a los tipos que no tienen la suerte de contar con límites o elementos

numéricos, o que tienen además elementos abstractos (p.e. la gravedad).

VII

Dejando la problemática de la elección de la vía protectora y una vez dentro ya de la vía penal, la indefinición sobre el bien jurídico protegido por la norma incide en el concepto de homogeneidad delictiva por imposibilidad de identificar la naturaleza de cada delito. Esta naturaleza a mi juicio tiene que estar determinada por el bien jurídico lesionado y no por la llamada homogeneidad circunstancial -sujetos intervinientes, medio empleado, etc.- sin perjuicio de articular la lesión de otros bienes jurídicos mediante el concurso de delitos, evitando en lo posible los delitos pluriofensivos. A efectos de nuestro estudio tal carencia va a tener influencia sobre el principio acusatorio -con la consiguiente posibilidad de condena o absolución-, en el delito continuado, y, desde la vigencia del Código de 1995, también en la reincidencia.

VIII

Advertidas las limitaciones que impone la no exteriorización por la ley penal de los diferentes y concretos bienes jurídicos que aquella protege, y entrando ya en la indagación de cuál sea el bien protegido en las

defraudaciones, encontramos una primera aproximación al mismo en la distribución sistemática y, posterior y definitivamente, ya en la propia tipicidad, que describe y penaliza actitudes. En cuanto a la primera, y aunque tampoco se diga a cuál de los dos bienes de la rúbrica del Título XIII atentan los delitos contenidos en su Capítulo VI, el paralelismo con las Faltas y la denominación de delitos patrimoniales en el Capítulo que establece disposiciones comunes a los anteriores, entre los que se encuentra el nuestro, nos inclina por interpretar que el bien protegido es el Patrimonio, pudiendo concretar además que se trata del Patrimonio privado al protegerse en otro Título el Erario Público, lo que por otra parte creará problemas concursales, atendida la prelación del artículo 8 CP. La rúbrica del Capítulo -defraudación- aporta un elemento fundamental a la interpretación sistemática, que es la privación de ese patrimonio, y una aportación modal, que es la realizada con abuso de confianza e infidelidad en la obligación. La distribución seccional aporta un elemento interpretativo netamente modal, según se simule, se incumpla obligación o se defraude con medios clandestinos.

IX

Pero la anterior sistemática no tiene valor normativo, ya que sólo el tipo penal describe conductas y prescribe sanciones, debiendo estar a lo que éste diga para

establecer el bien jurídico realmente protegido, que es la fuente básica que además nos va a permitir saber si el delito que sea es de peligro o de resultado. Con ello entramos ya en la segunda y definitiva aproximación al bien jurídico protegido, basada en la tipicidad, donde la propia protección de un tipo respecto de un bien determinado le hace ineficaz y atípico respecto de todos los demás. Aparecen así las tres dimensiones del tipo en relación con el bien protegido: Penalización explícita de una conducta, protección implícita de un bien jurídico, e indiferencia hacia el resto de bienes jurídicos no protegidos por el tipo. El deslinde de las dos últimas partiendo sólo de la primera produce diferentes interpretaciones, tanto de concepto como de delimitación entre el bien protegido y el tolerado o atípico, en detrimento de la seguridad jurídica y demás principios con ella relacionados, coadyuvando además al peregrinar de procedimientos.

X

Del análisis conjunto de sistemática y tipicidad (análisis sistemático-literal), observamos que no todos los tipos integran el Capítulo de las Defraudaciones penalizan el ánimo de lucro, propio de los delitos de enriquecimiento frente a los de simple daño o menoscabo que se caracterizan por el odio o venganza -que sólo pretenden el mal de la víctima y no el propio enriquecimiento-, hecho que

cuestiona que en esos tipos se castigue el enriquecimiento, así como su inclusión en las defraudaciones y su penalidad en vez de en los daños y su penalidad. Ni tampoco penalizan todos los tipos de las defraudaciones el perjuicio -aunque se haga referencia al valor de lo defraudado, ya que puede no haber perjuicio para el supuestamente defraudado-, cuestionándose de la misma manera anterior que protejan el perjuicio patrimonial y no otro bien jurídico diferente y desconocido. Incluso existen tipos donde pueden cuestionarse las dos cosas anteriores al contener las dos peculiaridades expuestas (art. 254 -cobro indebido- y 255 -defraudación de energía-), porque resulta que además estos elementos, enriquecimiento y perjuicio, pueden cambiar perfectamente el título de imputación delictiva. En estos tipos es imposible saber con certeza si se penaliza un delito de peligro de enriquecimiento o si se penaliza en cambio un resultado de menoscabo o perjuicio, o si los que no penalizan el perjuicio penalizan la lesión de otro bien jurídico distinto al patrimonio.

XI

De la cohonestación de las dos vías expuestas de aproximación al bien jurídico protegido se observa que el bien de las rúbricas sistemáticas no coincide en muchos casos con el realmente protegido en los tipos. Este defecto no es destacable en el caso de nuestra agravante, que

conforme al análisis sistemático-literal del bien jurídico protegido, podemos decir que el subtipo agravado del art. 250.1.3 CP está protegiendo o tolerando la verdad, confianza, fidelidad o autenticidad del título mercantil abstracto cuando es utilizado en el intercambio de bienes de titularidad privada. No obstante, no existe coherencia respecto a la razón de ser del bien jurídico protegido explicitado por el legislador en el debate parlamentario, ya que coincide con el del derogado cheque en descubierto, es decir, la seguridad del tráfico jurídico a través del título o valor abstracto en sí, hecho que desautoriza cualquier apoyatura en dicha razón de ser a efectos de búsqueda del bien protegido por la repetida agravante.

La existencia de penalización específica de diferentes modos de lesión al patrimonio como bien jurídicamente protegido conlleva el mantenimiento de un excesivo casuismo que provoca una mescolanza de intereses protegidos en el tipo penal. En el caso de la estafa, al castigarse el engaño como alma mater de este delito, la protección de la buena fe (o similar) es evidente, provocando discusión e inseguridad sobre el bien protegido. En el caso de que éste lo sea exclusivamente el patrimonio, cabe denunciar la vulneración del principio de mínima intervención penal, pues la estafa de 1 pta. ya es objeto de reprensión penal. Por otra parte, la eliminación del engaño bastante y del error como elementos de la estafa para el caso de que ésta se realice por medios informáticos da al traste con

cualquier diferenciación entre fraude civil y penal basada en aquellos. Ello obliga a un replanteamiento en profundidad de la estructura de la represión penal de la lesión al patrimonio que, a diferencia de la actual, sea coherente con la intervención mínima penal y el objeto de protección.

Parte segunda

XII

La estafa clásica tiene como peculiaridad el engaño a otro, y la defraudación análoga a la eléctrica, la de tener por objeto inmediato una máquina. La penalización de la defraudación por medio de máquina se inició con la sección destinada a la de fluido eléctrico y análogas, y se debía de haber continuado en la misma con la defraudación informática siguiendo la doble vía inicial de desplazamiento ilícito según el medio del que se vale el autor para llevar a cabo su acción: hombre o máquina. Debiera estar incluida la llamada estafa informática, pues, en la sección tercera del capítulo VI de las defraudaciones, en vez de en la sección primera donde se halla ubicada actualmente.

XIII

Además del anterior error sistemático existe confusión e inseguridad jurídica a la hora de incriminar por el artículo 248.2 o por el artículo 256 del CP, o incluso por robo con fuerza cuando interviene tarjeta sobre terminal informático, con la lesión del principio de proporcionalidad penal al concurrir tan diferente sanción entre uno y otro precepto.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

XIV

El comercio electrónico puede implicar el pago por dicha vía mediante título mercantil abstracto en un futuro próximo (hoy en día ya se efectúa el pago con tarjeta), con lo que la agravante objeto de nuestro estudio puede verse afectada por los efectos nocivos de esta defectuosa sistemática.

XV

La existencia del delito de estafa presupone siempre la existencia de contrato, donde la disposición es la ejecución o cumplimiento de la obligación de una de las partes en una relación contractual viciada.

XVI

La estafa se engarza así, en el ordenamiento civil, como una relación contractual patológica, donde existe objeto (patrimonial), causa (ilícita para el autor y lícita para el disponente), y consentimiento (auténtico –aunque delictivo- del autor y viciado –error- del disponente), cuya patología no es reparada por el propio ordenamiento civil sino que es remitida al ordenamiento penal.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

XVII

En esta relación contractual viciada, la causa del contrato deberá ser asimétrica en su ilicitud, en concreto, sólo ser ilícita en la mente del autor. De la misma forma deberá ser asimétrico el consentimiento erróneo o no acorde con la realidad de la operación.

XVIII

La estafa realizada mediante título mercantil abstracto se asienta sobre una relación entre agente activo y pasivo consistente en obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas, de cumplimiento simultáneo o sinalagmáticas, presupuesto necesario para que pueda operar la disposición -prestación- inducida engañosamente mediante dicho título -contraprestación-, en cuya virtud, el disponente puede

escudar su no cumplimiento en el propio incumplimiento del agente.

XIX

El doble estadio que representa todo contrato, perfección y cumplimiento, en relación con la naturaleza sinalagmática de la relación obligacional entre autor y disponente, adquiere cabal importancia en la diferenciación de la estafa básica respecto de la realizada mediante título mercantil abstracto, ya que si los contratos son un medio de obligarse, esta clase de títulos –aunque letra y pagaré puedan tener además función financiera-, son medios de pago y de cumplimiento de aquellos. Así, si a la hora de su cumplimiento opera el mismo dolo disimulador que en su perfección –dolo contractual diferido a su cumplimiento-, se estará ante la simple estafa no agravada, mientras que si el dolo engañoso aflora en el autor ex novo, después de perfeccionado el contrato, lo será subsequens respecto a la perfección contractual en sí, pero antecedente respecto a su cumplimiento si se utiliza el título mercantil abstracto para engañar a un disponente que se niega a efectuar su contraprestación escudándose en el incumplimiento del agente.

XX

Al igual que ánimo de "lucro" y "perjuicio", también "engaño" y "error" son caras de la misma moneda, de tal manera que no es posible que éste llegue a producirse sin la consumación de aquél. No obstante, el error es el resultado efectivo del engaño, es decir, externo a él, y no pues, un componente de la cualidad del mismo, como equivocadamente puede interpretarse de la redacción del tipo delictivo.

XXI

A pesar de que de los artículos 5 y 10 del Código Penal así como de cierto sector de la Jurisprudencia, pudiera inferirse la no necesariedad de que el dolo se halle en todos los elementos del tipo de la estafa sino sólo a aquella parte del tipo que constituya la acción –u omisión-, tal interpretación debe ceder ante lo establecido por el Tribunal Constitucional, que extiende el principio de tipicidad a la "conducta" y con ella a todas las circunstancias del tipo y no sólo al elemento que constituye la acción del autor. La intención sobre todos los elementos del tipo permite además que no se penalice por la concurrencia de elementos típicos causados fortuitamente, sin culpabilidad del autor. Esta concurrencia de intención sobre todos y cada uno de los

elementos del tipo de la estafa conlleva que la reproducción de la estructura del delito, desvalor de la acción y desvalor del resultado, se reproduzca en todos los elementos de la estafa, donde la intención sobre alguno de los mismos debe diferenciarse de su consecución, diferenciación que nos será útil para el estudio del dolo eventual.

XXII

Cuando en el engaño, el título mercantil abstracto concurre con otros elementos no agravados, resulta necesario ponderar el grado de protagonismo y la suficiencia de los mismos en orden a provocar el error con el fin de establecer el tipo (básico o agravado) a aplicar. Sólo la estafa "por razón" del título ficticio puede integrar el tipo agravado. En este sentido cabe denunciar la falta de precisión de la técnica legislativa empleada en la redacción del subtipo que nos ocupa, en tanto que no hace uso de la acepción mencionada y sí sólo del término que la contiene, habida cuenta que el término "mediante" contiene dos acepciones de las que sólo la mencionada cumple la precisión exigible conforme a la seguridad jurídica (la otra acepción es el p.p. del verbo mediar).

XXIII

Por la propia coherencia del sistema, debemos exigir que la ley penal y la ley mercantil tengan el mismo concepto de lo que debe entenderse por cheque, pagaré y letra de cambio, sin que pueda separarse el título a efectos mercantiles por un lado y a efectos penales por otro. En virtud de los principios de exclusiva protección del bien jurídico y de mínima intervención, no puede ser más extensa en su protección que la propia ley mercantil.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

XXIV

La agravante es inconstitucional por falta de remisión expresa, atendida la doctrina del Alto Tribunal. El principio de legalidad se tambalea también en el caso de que el librado de un cheque no sea un banco (art. 159 LC), y en el del negocio cambiario al no definir la ley dicho concepto, el cual ha de entenderse referido exclusivamente a la letra de cambio conforme a las disposiciones de la ley cambiaria y del cheque.

XXV

Es necesario distinguir el negocio abstracto de su causal o subyacente. Esta distinción ha sido mencionada ya con ocasión de la estafa básica y, en concreto, en el doble

estadio, perfección y cumplimiento, propio de la relación contractual. Tienen esta última naturaleza la relaciones entre librador y aceptante, entre librador y tomador y entre endosante y endosatario. Así, pues, deberá prestarse especial atención en dichas relaciones a fin de no penarse por la agravante que nos ocupa, no ya por no cumplir la función que estaba en mente del legislador penalizar (recuérdese la ausencia de explicitación coherente del bien protegido), sino por la posibilidad de inexistencia de dolo "ex novo" en las mismas, es decir, por la posibilidad de que el dolo sea el del engaño empleado en el negocio causal (aunque diferido hasta la final ejecución), que sólo permitiría penar por la estafa básica.

XXVI

La voluntad del legislador de ligar la ley penal a la ley mercantil queda de manifiesto al aprobar una enmienda al proyecto de ley con el fin de "ajustar el tipo a la ley cambiaria y del cheque. En cambio la enmienda, también aprobada, que sustituyó en el texto inicial la expresión "vacía" por "en blanco" a fin de adecuar el tipo "a la terminología usual del tráfico mercantil", no responde a un razonamiento técnico ya que, además de con la letra, también se usa la expresión en blanco con el cheque y el pagaré y en cambio no se añadió a éstos aquel calificativo. Esta enmienda rompe el principio de legalidad que venía

cumplido por la explicación que a continuación de letra "vacía" efectuaba el tipo de este concepto ("negocio cambiario ficticio"), y representa una mención innecesaria (incluida tradicionalmente en el abuso de firma) que además distorsiona la incriminación por otros preceptos.

XXVII

Así, la letra en blanco debe incriminarse ahora por la agravante 3ª del art. 250.1 CP y no por la 4ª o la 7ª del mismo artículo al encontrarse incluida específicamente en el concepto de negocio cambiario ficticio y al no operar el concurso de delitos (al encontrarnos dentro del mismo delito) y sí el de normas. No obstante, la opción entre estas agravantes será difícil cuando la importancia del abuso de firma en blanco (4ª) o la del abuso de la credibilidad de la víctima o de las relaciones con la misma (7ª) sea equiparable a la entidad del elemento "título abstracto" (3ª) para conseguir el engaño. Pero en la práctica la penalidad va a ser la misma en cualquier caso por cuanto un cheque, un pagaré o una letra de cambio, no es un bien de reconocida utilidad social (tampoco de primera necesidad) y en consecuencia no puede combinarse la agravante 7ª con la 1ª del art. 250 CP.

XXVIII

Contrariamente a lo que se afirma conforme a una interpretación del art. 390.2 CP, acerca de que la apariencia válida de una letra vacía o de un cheque sin fondos se logra con falsedad por simulación de documento, entiendo que la simulación de documento no abarca todos los supuestos de estafa con letra vacía (ejemplo del mandatario que logra el desplazamiento patrimonial mediante un título expedido a su nombre pero que está obligado a transmitir a su mandante en virtud de obligación extracambiaria con éste, título que no presenta falsedad alguna) ni tampoco la falta de provisión de fondos puede integrar falsedad ideológica porque la abstracción del título le desliga del negocio que le dió causa y del dominio del primer firmante.

XXIX

El tratamiento jurisprudencial de la falsedad ha ido evolucionando hasta considerar protegibles penalmente sólo las tres funciones básicas del documento (de perpetuación, garantista y probatoria), que en los documentos mercantiles tienen menor entidad que en los públicos por su finalidad más limitada en el tiempo y el carácter de los intervinientes. En el caso del título mercantil abstracto debe descartarse la declaración mendaz del emisor y la falta de provisión de fondos como integrantes del delito de falsedad y entender la suplantación de personalidad del

firmante y la mendacidad del no firmante como supuestos básicos de la falsedad.

XXX

El nuevo CP establece la prelación del concurso de delitos sobre el concurso de normas (art.8), lo que da seguridad al establecer una pauta legal pero que en el caso de nuestra agravante vulnera el principio de proporcionalidad de la pena. Existen diferentes elementos que nos llevan a entender que el legislador ha querido integrar bajo la agravante que estudiamos todos los supuestos de estafa con título mercantil, aunque éste esté falseado; así, la mención expresa de los títulos a penalizar, la palabra "mediante" del tipo que puede dar a entender que incluye en sí el concurso medial, el destino forzoso de la falsedad hacia su uso (que dado el inherente ánimo de lucro de las operaciones mercantiles va a encontrar su destino natural en la estafa), además de la generalidad del tipo del art. 390.2 CP como así lo vienen entendiendo nuestros Tribunales. Si el legislador hubiera querido que entrara en juego el concurso de delitos entre falsedad y estafa no hubiera puesto la pena mínima a un sólo año sabiendo que se penaría a partir de tres. Pensar lo contrario significa aceptar el hecho de que una estafa con cheque falsificado por valor de 55.000,-pts. signifique

3 años de prisión sin remisión (léase suspensión de la pena), aunque fuera la primera vez que se delinque.

XXXI

Para evitar la lesión de la proporcionalidad de la pena se proponen en principio dos alternativas. La primera de ellas se basa en el criterio cronológico dentro del plan delictivo único; así, cuando hay falsedad anterior a la estafa ésta es impune tanto si la realiza el propio falseador (esta posición no depende de ninguna clase de concurso y se aplica en el nuevo código como se aplicaba con el antiguo) como si la realiza el no falseador (por el carácter accesorio de la pena de éste respecto de la de aquél, por la desaparición del ánimo de lucro alejándolo de la estafa, por razón cronológica al completarse el uso antes que la estafa, y por razón de proporcionalidad ya que en caso contrario recae sobre el no falseador doble pena que al falseador a pesar de tener menor reproche penal); y cuando la falsedad es coetánea al engaño deviene un elemento de la estafa, tanto respecto del propio falseador como del no falseador que interviene igualmente en la puesta en escena. Pero la aplicación del anterior criterio conlleva la paradoja de que se penalice hasta seis años por estafa sin falsedad y sólo hasta tres años cuando hay falsedad añadida, con lo que se premia ésta en lugar de castigarla. Este contrasentido nos obliga a tomar como

alternativa definitiva la incriminación sólo por estafa, al ser posible una interpretación de la ley que integre todos los supuestos de estafa mediante título abstracto, incluidos los que contengan falsedad del mismo, aplicando luego el principio non bis in idem para afianzar definitivamente esta postura.

Parte tercera

XXXII

Los artículos 5 y 10 CP limitan la culpabilidad penal a la existencia de dos únicas formas de comisión -u omisión-, dolo e imprudencia, sin perjuicio de que aquella categoría opere para graduar el reproche –o la culpabilidad del autor, valga la redundancia-, pero ya dentro de una de las dos formas referidas. En los delitos exclusivamente dolosos y por el juego de la actual regulación del error, estas dos formas de culpabilidad coexisten de forma alternativa y adoptan una relación determinada en la que interviene el conocimiento, situado en la base del dolo y en el deber de conocer, sin que pueda hablarse de error o conocimiento deficiente de la naturaleza delictiva de un hecho y al mismo tiempo de dolo que pueda estar basado en esa precisa deficiencia.

XXXIII

Cabe plantearse la suficiencia de la incriminación por dolo eventual, ya que éste presenta un problema de delimitación o encabalgamiento con la culpa consciente, así como un serio cuestionamiento de que contenga una verdadera voluntad sobre el hecho. Este planteamiento debe resolverse a favor de la negación de la incriminación por el llamado dolo eventual porque, además de la no superación del examen de las dos anteriores objeciones, no es acorde con los principios básicos del derecho penal el cargar con la incertidumbre de la eventualidad del hecho, pues significa cargar con causas ajenas o fortuitas. Por otra parte, la existencia del dolo eventual contrasta con doctrinas también aceptadas en Derecho Penal, como la concurrencia de culpas o la preterintencionalidad, propias del ámbito imprudente, en las que también interviene la característica de la eventualidad. Asimismo, la incriminación por dolo eventual significa hacer dolosa la imprudencia, por mor de la figura de la tentativa, es decir, en todos aquellos supuestos en que no se dé el delito consumado, así como considerar como delitos de peligro todos los delitos del código penal, vaciando de contenido la voluntad del legislador, que sólo ha querido la penalización avanzada de algunos de ellos, pero no de todos.

XXXIV

Ante la falta de fundamento de la incriminación por dolo eventual que desafortunadamente efectúan a diario nuestros Tribunales, se plantea en este estudio la alternativa de incriminación por dolo (directo) omisivo que permite el nuevo art. 11 CP y en concreto a través del deber de garante de su letra b, lo que permite la aplicación nítida de la figura del dolo, reducida a la intención o voluntad sobre el hecho delictivo, y en definitiva, permite interpretar que los arts. 5 y 10 CP se refieren sólo al dolo directo, con exclusión del llamado eventual. En la agravante objeto del presente estudio, no obstante, la consideración de la emisión del título vacío o sin respaldo dinerario no puede considerarse comisión omisiva (del deber de información de la vacuidad del título), pues además de irrelevante –todo engaño conlleva inherente una no información de la realidad-, significaría privar de aplicación el tipo agravado por la normal inexistencia de específica obligación contractual de informar.

XXXV

La aplicación de la figura del error, a diferencia también de lo que vienen aplicando nuestros Tribunales a diario, debería ser aplicada incluso de oficio por los

mismos y su prueba debería ser aportada a autos por todos los interesados en el castigo según la justa culpabilidad del autor, entre los que sin duda se encuentran el órgano judicial y el ministerio fiscal.

XXXVI

En la actual regulación del error, sólo la aplicación del conflicto de normas permite diferenciar el error de tipo de los demás. En efecto, la ley penal considera –equivocadamente a mi juicio- como delictivo el conocimiento sobre la ilicitud del hecho en todos los supuestos (art. 14.3 CP) y, en su virtud, se mantiene la imputación a título doloso a los supuestos que no disponen de la regulación específica o privilegio del error de tipo, lo que afecta negativamente al error de prohibición directo. Pero existen razones para dudar que en el error de prohibición directo se dé el dolo delictivo, ya que aquél alberga el conocimiento de la categoría penal de la infracción. Los actuales problemas de fronteras y del diferente trato que presta la ley penal a la vencibilidad del error, según sea de tipo o de prohibición, deben superarse en clave de bien jurídico protegido y abandonar la tradicional postura en torno al error de hecho y de derecho, pero eso es algo que sólo es posible modificando la ley penal, a fin de que ésta contemple por un lado el error de tipo, incluyendo el actual error de prohibición

directo, y por otro lado el error sobre la justificación, integrado por el actual error de prohibición indirecto.

XXXVII

En el hablar común, la duda del ignorante marca la frontera, dentro del error, entre su vencibilidad y su no vencibilidad, mientras que en el hablar de nuestros tribunales la duda es el límite que impide el acceso a la figura del error y a sus beneficios. Ello reclama una adecuación del hablar de nuestros tribunales al común de los ciudadanos, conforme al diccionario oficial. La duda sobre la ilicitud penal del hecho (lo que es aplicable también al error de tipo) representa una situación intermedia en la psiquis del autor, detestable por indefinida, la cual, contrariamente a la práctica de nuestros tribunales, debería proscribirse en la determinación del reproche hasta que el estado de la técnica permita identificar la parcela del conocimiento que responde precisamente a la base cognoscitiva del alcance del hecho y que es –esta parcela y no otra- la que da asiento a la voluntad delictiva. Por otro lado, establecer a priori la ineficacia de la ilicitud notoria o de comprensión generalizada, como lo viene haciendo la jurisprudencia, significa renunciar a investigar la culpabilidad individual y aplicar la culpabilidad del ciudadano medio o estadístico, donde comprender la ley en

sus justos términos y trascendencia es un requisito que sólo presumiblemente cumple el ciudadano medio actual, como por ejemplo ocurre en el conocimiento, en absoluto generalizado, de los supuestos en que se penaliza la emisión de un título mercantil sin respaldo dinerario.

XXXVIII

El error regulado en el art. 14 CP contiene de forma genérica las tres primeras eximentes del art. 20 CP, lo que representa una duplicidad innecesaria.

XXXIX

El ánimo de lucro es inherente al tráfico mercantil, lo que hará difícil su no apreciación en el ámbito comercial. Nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado apenas sobre la relación entre el obligado al pago y la entidad bancaria que ha de realizarlo. Pero si se quiere eliminar la culpabilidad ajena al librador en la estafa mediante título mercantil abstracto deberá analizarse el interés e intenciones entre ambos, que en el caso concreto del cheque significa llegar hasta los supuestos de crédito tácito, no sólo por el interés en futuros beneficios financieros del banco sino por la propia ley cambiaria, que permite el acuerdo tácito sobre la provisión de fondos (art.108 Ley Cambiaria).

CONCLUSION FINAL

El análisis pormenorizado de un precepto tan concreto de la Parte Especial como el presente, así como de las vicisitudes para llegar hasta su aplicación coherente en relación al resto del ordenamiento jurídico –y no sólo del Derecho penal-, nos permite afirmar que el Código Penal de 1995, del que no cabe la menor duda de que es democrático desde el punto de vista formal, no alcanza en cambio el mismo nivel desde la óptica de la democracia material. Con el presente estudio se está reivindicando en suma un Código comprensible para su destinatario, es decir, el ciudadano medio y no el experto en Derecho Penal. Es por ello que un verdadero Código Penal democrático deberá explicitar el Bien Jurídico protegido por la sanción con el fin de avanzar cualitativamente en seguridad jurídica y proporcionalidad de cada pena en relación al resto y, además, con el fin de permitir el control del mandatario parlamentario y censurar el establecimiento del motivo que nos puede llevar a la cárcel o aumentar nuestra estancia en ella, de la misma manera que se censura, por ejemplo, si se ha llevado a cabo un aspecto del programa prometido. Sin duda esta postura conlleva dificultades técnicas y posiblemente incluso un cambio en la forma de elaboración de la ley penal (por ejemplo: la emisión de una ley de bases con el listado de bienes a proteger y su sanción

proporcionada, a la que se ceñiría el proyecto de ley penal, el cual debería someterse nuevamente a ratificación y discusión parlamentaria), pero ello forma parte del cambio global necesario para el funcionamiento coherente del Derecho penal que estamos defendiendo. Y entroncando con lo anterior, se reclama asimismo la cohesión del derecho penal con el resto del ordenamiento jurídico, donde el principio de fragmentación rija en la protección, pero no en la definición ni en el concepto.

La sencillez y simplicidad que se reclama deberá abarcar el sistema de engranaje delictivo, es decir, el concurso de delitos y también el binomio de los delitos de peligro y delitos de resultado, aspectos que todavía pertenecen casi en exclusiva al patrimonio cultural de los expertos en derecho penal, donde ni siquiera reina el acuerdo.

Hemos advertido asimismo de que la necesidad de esta mejora de la técnica legislativa, desde la fuente hasta la redacción literal del precepto penal –donde el art. 448 CP supone la cláusula de salvaguarda del sistema ante la deficiencia que denunciamos-, debe acompañarse igualmente de la mejora o reforma del sistema educativo básico para que, de la misma manera que se enseña matemática básica o ética, ya directamente o ya indirectamente a través de la literatura, etc., el futuro destinatario de la ley penal sepa los bienes jurídicos que su sociedad considera necesarios para la convivencia esencial.

Ello permitirá o al menos ayudará cualitativamente a que el ciudadano medio al que se dirige el código penal conozca el alcance real del hecho delictivo y sepa de antemano las consecuencias de sus acciones en base a lo que diga la ley y no a lo que digan otros que no son el legislador.

Tal es la propuesta de esta tesis para el avance democrático de nuestro Derecho Penal y, en definitiva, para la mejora de nuestra calidad de vida.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

FUENTES

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

NORMATIVA

-Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada por Real Decreto de 3 de Febrero de 1881.

-Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882.

-Código de Comercio, publicado por Real Decreto de 22 de Agosto de 1885.

-Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de Julio de 1889.

-Ley Uniforme de Ginebra de 1930, de 7 de Junio, para la Unificación del Derecho en materia de letras de cambio y pagarés a la orden.

-Orden de 11 de Octubre de 1932, del Ministerio de Justicia.

-Ley de 20-2-1942, de Pesca fluvial.

-Ley de 17-7-1951, de Sociedades Anónimas.

-Convención de Ginebra sobre la alta mar, de 29 de abril de 1958.

-Ley 230/1963, de 28 de Diciembre, General Tributaria.

-Ley 209/1964 de 24 de Diciembre, Penal y Procesal de Navegación Aérea.

-Ley 1/1970 de 4 de Abril, de caza.

-Ley 22/1973 de 21 de Julio, de Minas.

-Código Penal de 1973, Decreto de 14-9-1973, texto refundido conforme a la ley 15-11-1971.

-Decreto 2114/1978 de 2 de Marzo, de Explosivos.

-Constitución Española de 1978.

-Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional.

-Ley 40/1979 de 10 de Diciembre, de Régimen Jurídico del Control de Cambios.

-Decreto 3549/1977 de 16 de Diciembre, sobre Graduados Sociales.

-Ley 50/1981 de 30 de Diciembre, del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

-L.O.1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil del Derecho a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

-Ley 53/1982 de 13 de Julio, sobre infracciones en materia de pesca marítima.

-Real Decreto 2090/1982 de 24 de Julio, sobre el Estatuto General de la Abogacía.

-Real Decreto 2046/1982 de 30 de Julio, sobre el Estatuto General de los Procuradores.

-L.O. 8/1983, de 25 de Junio, de modificación del Código Penal de 1973.

-Real Decreto 1945/1983 de 22 de Junio, sobre infracciones y sanciones en protección de consumidores y en producción agroalimentaria.

-Real Decreto 3349/1983 de 30 de Noviembre, sobre plaguicidas.

-Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

-Ley 7/1985 de 2 de Abril, de Bases del Régimen Local.

-Ley Orgánica 5/1985 de 19 de Junio, del Régimen Electoral General.

-Ley 16/1985 de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico.

-Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

-Ley 19/1985 de 16 de Julio, Cambiaria y del Cheque.

-Ley 29/1985 de 2 de Agosto, de Aguas.

-Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 13/1985 de 9 de Diciembre.

-Real Decreto 33/1986 de 10 de Enero, sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos.

-L.O. 2/1986 de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

-Ley 11/1986 de 20 de Marzo, de patentes.

-Ley 14/1986 de 25 de Abril, General de Sanidad.

-Ley 20/1986 de 14 de Mayo, de Residuos Tóxicos y Peligrosos.

-Real Decreto Legislativo 1298/1986 de 28 de Junio, de adaptación del Derecho vigente al de las Comunidades Europeas en materia de entidades de crédito (Directiva 77/780 de 12 de Diciembre).

-Ley 8/1988 de 7 de Abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

-Ley 22/1988 de 22 de Julio, de Costas.

-Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/1988 de 3 de Noviembre.

-Ley 32/1988 de 10 de Noviembre, de marcas.

-Ley 35/1988 de 22 de Noviembre, de Reproducción asistida.

-Ley 42/1988 de 22 de Diciembre, de Donación de Embriones.

-Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 de 8 de Marzo.

-Ley 4/1989 de 27 de Marzo, de Espacios naturales.

-Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio, de modificación del CP de 1973.

-Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de Diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

-Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de Marzo, texto refundido de la ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad vial.

-Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1990 de 26 de Septiembre.

-Ley 10/1990 de 15 de Octubre, del Deporte.

-Ley 25/1990 de 20 de Diciembre, del Medicamento.

-Real Decreto 53/1992 de 24 de Enero, sobre Protección de Radiaciones.

-L.O. 1/1992, de 21 de Febrero, de Seguridad Ciudadana.

-Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de Junio, texto refundido de la ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

-Reglamento (CE) 2913/1992, del Consejo, de 12 de Octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

-Ley 30/1992 de 26 de Noviembre sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

-Real Decreto Legislativo 1/1993 de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

-Real Decreto Legislativo 1/1994, de 10 de Junio, de Seguridad Social.

-Código Penal de 1995, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre.

-Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

-Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de Abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

-Ley del Parlament de Catalunya 8/1995 de 27 de Julio, de atención y protección a los niños y adolescentes.

-Ley Orgánica 12/1995 de 12 de Diciembre, de Represión del Contrabando.

-Real Decreto Ley 11 /1995 de 28 de Diciembre, convalidado en Resolución de 30-1-1996, de aguas residuales.

-Ley 3/1996 de 10 de Enero, sobre control de sustancias químicas.

-Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección del Menor.

-Reglamento (CE), del Consejo, 338/1997 de 9 de Diciembre de 1996, relativo a la aplicación del Convenio Internacional de Especies amenazadas de Fauna y Flora silvestres (Convenio de Washington de 3 de Marzo de 1973).

-Ley 22/1998 de 6 de Julio, de Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutoria.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

RESOLUCIONES JUDICIALES

-Tribunal Constitucional-

(El n° de sentencia coincide con el marginal Aranzadi)

STC	30-1-1981	n° 2
STC	30-3-1981	n° 7
STC	10-4-1981	n° 12
STC	7-5-1981	n° 15
STC	28-4-1982	n° 16
STC	16-6-1982	n° 37
STC	15-10-1982	n° 62
STC	20-12-1982	n° 80
STC	2-11-1983	n° 89
STC	23-11-1983	n° 105
STC	17-2-1984	n° 22
STC	23-3-1984	n° 42
STC	27-6-1984	n° 75
STC	22-7-1985	n° 90
STC	13-1-1986	n° 2
STC	22-5-1986	n° 65
STC	17-7-1986	n° 104
STC	16-12-1986	n° 160
STC	14-1-1987	n° 1
STC	7-4-1987	n° 42
STC	14-7-1987	n° 122
STC	21-7-1987	n° 133

STC	27-10-1987	n° 160
STC	11-12-1987	n° 196
STC	21-1-1988	n° 3
STC	8-6-1988	n° 105
STC	29 -11-1988	n° 227
STC	6-2-1989	n° 29
STC	21-12-1989	n° 219
STC	18-6-1990	n° 110
STC	2-7-1990	n° 124
STC	5-7-1990	n° 127
STC	4-10-1990	n° 150
STC	18-10-1990	n° 157
STC	15-11-1990	n° 182
STC	15-11-1990	n° 186
STC	4-7-1991	n° 150
STC	16-12-1991	n° 241
STC	11-6-1992	n° 93
STC	18-9-1992	n° 119
STC	25-3-1993	n° 11
STC	18-1-1993	n° 20
STC	12-3-1993	n° 89
STC	25-3-1993	n° 111
STC	29-3-1993	n° 116
STC	24-2-1994	n° 53
STC	11-4-1994	n° 102
STC	25-4-1994	n° 120
STC	19-9-1994	n° 252

STC	17-10-1994	n° 270
STC	12-12-1994	n° 325
STC	13-2-1996	n° 24
STC	27-2-1996	n° 31
STC	11-3-1996	n° 34
STC	28-3-1996	n° 55
ATC	25-3-1996	n° 68
STC	31-10-1996	n°173
STC	9-12-1996	n° 203
STC	19-12-1996	n° 212
ATC	28-10-1996	n° 304
ATC	29-10-1996	n° 319
STC	10-3-1997	n° 41
STC	21-4-1997	n° 74
STC	16-7-1997	n° 133
ATC	21-5-1997	n° 175
STC	29-9-1997	n° 151

-Tribunal Supremo-

-Sala 1ª de lo civil-

STS	9-3-1962	(R. 1230)
STS	19-5-1973	(R. 2339)
STS	26-10-1978	(R.3286)
STS	10-5-1979	(R. 1764)
STS	3-11-1984	(R. 5364)
STS	30-1-1987	(R. 366)

STS	15-6-1992	(R. 5134)
STS	23-7-1992	(R. 6450)
STS	21-5-1993	(R. 3720)
STS	18-5-1993	(R. 3561)
STS	26-1-1994	(R. 445)
STS	9-5-1994	(R. 3894)
STS	2-6-1994	(R. 4574)
STS	3-7-1995	(R. 5425)
STS	5-12-1995	(R. 9260)
STS	23-12-1997	(R. 8902)
STS	2-12-1998	(R. 9156)

-Sala 2ª de lo penal-

STS	7-3-1944	(R. 358)
STS	1-5-1952	(R. 1224)
STS	13-6-1953	(R. 1511)
STS	12-2-1955	(R. 416)
STS	5-3-1957	(R. 614)
STS	4-4-1960	(R. 1175)
STS	19-5-1964	(R. 2723)
STS	2-7-1966	(R. 3577)
STS	1-2-1969	(R. 484)
STS	25-9-1970	(R. 3568)
STS	2-11-1970	(R. 5454)
STS	10-2-1972	(R. 585)
STS	25-10-1972	(R. 4180)
STS	20-12-1973	(R. 5075)

STS	2-11-1974	(R. 4088)
STS	17-11-1974	(R. 9276)
STS	22-1-1975	(R. 177)
STS	22-1-1975	(R. 178)
STS	12-11-1975	(R. 4129)
STS	6-6-1976	(R. 2140)
STS	19-12-1978	(R. 4402)
STS	19-1-1979	(R. 121)
STS	2-3-1979	(R. 1290)
STS	3-3-1979	(R. 1041)
STS	4-4-1979	(R.1606)
STS	10-4-1979	(R. 1632)
STS	21-5-1979	(R. 2136)
STS	25-9-1979	(R. 3139)
STS	27-9-1979	(R. 3162)
STS	9-4-1980	(R. 1263)
STS	8-5-1980	(R. 1829)
STS	29-12-1980	(R. 5067)
STS	26-2-1981	(R. 7879)
STS	9-4-1981	(R. 1617)
STS	18-4-1981	(R. 1656)
STS	24-10-1981	(R. 3877)
STS	26-10-1981	(R. 3884)
STS	31-3-1982	(R. 2046)
STS	8-7-1982	(R. 4127)
STS	5-7-1982	(R. 4474)
STS	18-7-1982	(R. 6713)

STS	27-12-1982	(R. 7869)
STS	23-4-1983	(R. 2201)
STS	28-6-1983	(R. 3597)
STS	8-7-1983	(R. 4127)
STS	3-10-1983	(R. 4697)
STS	30-11-1983	(R. 6734)
STS	28-5-1984	(R. 3490)
STS	3-11-1984	(R. 5427)
STS	26-2-1985	(R. 1543)
STS	3-5-1985	(R. 2434)
STS	1-4-1985	(R. 2054)
STS	1-4-1985	(R. 2055)
STS	24-5-1985	(R. 2533)
STS	8-6-1985	(R. 2976)
STS	25-6-1985	(R. 3056)
STS	4-10-1985	(R. 4621)
STS	15-10-1985	(R. 4990)
STS	18-12-1985	(R. 6343)
STS	29-1-1986	(R. 196)
STS	23-5-1986	(R. 2873)
STS	30-9-1986	(R. 4864)
STS	16-10-1986	(R. 5624)
STS	12-12-1986	(R. 7907)
STS	16-1-1987	(R. 391)
STS	24-4-1987	(R. 2612)
STS	22-5-1987	(R. 3112)
STS	3-10-1987	(R. 6951)

STS	5-10-1987	(R. 6956)
STS	10-11-1987	(R. 8479)
STS	10-11-1987	(R. 8486)
STS	1-12-1987	(R. 9518)
STS	19-12-1987	(R. 9800)
STS	26-12-1987	(R. 9879)
STS	4-2-1988	(R. 702)
STS	17-2-1988	(R. 1099)
STS	16-3-1988	(R. 2031)
STS	25-4-1988	(R. 2922)
STS	28-6-1988	(R. 5376)
STS	30-6-1988	(R. 5387)
STS	15-7-1988	(R. 6582)
STS	23-9-1988	(R. 6989)
STS	14-10-1988	(R. 7917)
STS	25-10-1988	(R. 8097)
STS	3-11-1988	(R. 8960)
STS	23-2-1989	(R. 1394)
STS	22-4-1989	(R. 3500)
STS	22-6-1989	(R. 4777)
STS	6-6-1989	(R. 5034)
STS	14-7-1989	(R. 6247)
STS	24-7-1989	(R. 6276)
STS	20-9-1989	(R. 6759)
STS	25-9-1989	(R. 6788)
STS	24-10-1989	(R. 7744)
STS	18-12-1989	(R. 9621)

STS	26-12-1989	(R. 9788)
STS	5-2-1990	(R. 1056)
STS	16-2-1990	(R. 1562)
STS	28-2-1990	(R. 2101)
STS	9-3-1990	(R. 2436)
STS	27-3-1990	(R.2626)
STS	20-3-1990	(R. 3000)
STS	27-4-1990	(R. 3352)
STS	30-4-1990	(R. 3396)
STS	17-5-1990	(R. 4139)
STS	17-7-1990	(R. 6728)
STS	18-9-1990	(R. 7175)
STS	28-9-1990	(R. 7272)
STS	24-10-1990	(R. 8229)
STS	5-11-1990	(R. 8667)
STS	10-11-1990	(R. 8874)
STS	12-11-1990	(R. 8880)
STS	3-12-1990	(R. 9863)
STS	31-1-1991	(R. 507)
STS	31-1-1991	(R. 511)
STS	14-2-1991	(R. 1031)
STS	18-2-1991	(R. 1130)
STS	7-3-1991	(R.1927)
STS	11-3-1991	(R. 1965)
STS	12-3-1991	(R. 2092)
STS	18-3-1991	(R. 2311)
STS	31-10-1991	(R. 4793)

STS	9-7-1991	(R. 5712)
STS	11-7-1991	(R. 5789)
STS	11-7-1991	(R. 5807)
STS	27-9-1991	(R. 6628)
STS	14-11-1991	(R. 8132)
STS	25-11-1991	(R. 8549)
STS	25-11-1991	(R. 8558)
STS	2-12-1991	(R. 8941)
STS	4-12-1991	(R. 8978)
STS	12-12-1991	(R. 9297)
STS	13-1-1992	(R. 257)
ATS	24-1-1992	(R. 447)
STS	28-1-1992	(R. 479)
STS	29-1-1992	(R. 581)
STS	10-2-1992	(R. 1083)
STS	19-2-1992	(R. 1300)
STS	10-3-1992	(R. 1961)
STS	17-3-1992	(R. 2360)
STS	18-3-1992	(R. 2365)
STS	24-3-1992	(R. 2435)
STS	2-4-1992	(R. 2737)
STS	8-5-1992	(R. 3768)
STS	14-5-1992	(R. 4031)
STS	6-5-1992	(R. 4314)
STS	9-6-1992	(R. 4894)
STS	4-4-1992	(R. 5033)
STS	12-6-1992	(R. 5206)

STS	12-6-1992	(R. 5211)
STS	16-6-1992	(R. 5397)
STS	23-6-1992	(R. 5828)
STS	1-7-1992	(R. 5865)
STS	18-6-1992	(R. 5961)
STS	18-7-1992	(R. 6713)
STS	23-4-1992	(R. 6783)
STS	4-9-1992	(R. 7084)
STS	21-9-1992	(R. 7199)
STS	16-10-1992	(R. 8018)
STS	13-11-1992	(R. 9657)
STS	11-12-1992	(R. 10212)
STS	23-12-1992	(R. 10318)
STS	25-1-1993	(R. 165)
STS	23-1-1993	(R. 490)
STS	26-1-1993	(R. 503)
STS	2-2-1993	(R. 635)
STS	20-2-1993	(R. 1001)
STS	20-2-1993	(R. 1383)
STS	22-2-1993	(R. 1488)
ATS	24-2-1993	(R. 1539)
STS	10-3-1993	(R. 2133)
STS	9-3-1993	(R. 2163)
STS	16-3-1993	(R. 2316)
STS	25-3-1993	(R. 2459)
STS	27-3-1993	(R. 2592)
STS	21-4-1993	(R. 3167)

STS	5-4-1993	(R. 3036)
STS	6-5-1993	(R. 3852)
STS	7-5-1993	(R. 3864)
STS	27-5-1993	(R. 4076)
STS	22-5-1993	(R. 4250)
STS	31-5-1993	(R. 4301)
STS	4-6-1993	(R. 4817)
STS	4-6-1993	(R. 4821)
STS	10-6-1993	(R. 4868)
STS	11-5-1993	(R. 5078)
STS	22-9-1993	(R. 6823)
STS	19-7-1993	(R. 6307)
STS	24-7-1993	(R. 6478)
STS	20-9-1993	(R. 6798)
STS	20-9-1993	(R. 6801)
STS	22-9-1993	(R. 6823)
STS	30-9-1993	(R. 7098)
STS	18-10-1993	(R. 7788)
STS	18-10-1993	(R. 7791)
STS	27-10-1993	(R. 7874)
STS	15-11-1993	(R. 8578)
STS	3-12-1993	(R. 9240)
STS	28-1-1994	(R. 125)
STS	14-2-1994	(R. 775)
STS	1-3-1994	(R. 2083)
STS	16-3-1994	(R. 2319)
STS	19-3-1994	(R. 2371)

STS	22-4-1994	(R. 3135)
STS	22-4-1994	(R. 3153)
STS	20-4-1994	(R. 3354)
STS	11-5-1994	(R. 3686)
STS	12-5-1994	(R. 3692)
STS	13-5-1994	(R. 3696)
STS	18-5-1994	(R. 3933)
STS	7-6-1994	(R. 4539)
STS	26-5-1994	(R. 4953)
STS	15-6-1994	(R. 4960)
STS	2-7-1994	(R. 5560)
STS	7-7-1994	(R. 5880)
STS	5-7-1994	(R. 6248)
STS	16-9-1994	(R. 6961)
STS	16-9-1994	(R. 6964)
STS	8-9-1994	(R. 7202)
STS	27-9-1994	(R. 7227)
STS	10-10-1994	(R. 7888)
STS	18-10-1994	(R. 8023)
STS	3-11-1994	(R. 8394)
STS	15-11-1994	(R. 9012)
STS	29-11-1994	(R. 9151)
STS	9-12-1994	(R. 9803)
STS	26-12-1994	(R. 10375)
STS	31-1-1995	(R. 35)
STS	27-1-1995	(R. 80)
STS	24-1-1995	(R. 141)

STS	10-2-1995	(R. 810)
STS	9-3-1995	(R. 1918)
STS	7-4-1995	(R. 2857)
STS	5-5-1995	(R. 3590)
STS	5-6-1995	(R. 4519)
STS	14-6-1995	(R. 4853)
STS	19-6-1995	(R. 5315)
STS	6-7-1995	(R. 5387)
STS	7-7-1995	(R. 5389)
STS	3-7-1995	(R. 5548)
STS	12-7-1995	(R. 5549)
STS	6-10-1995	(R. 7400)
STS	27-10-1995	(R. 7687)
STS	24-11-1995	(R. 8214)
STS	21-11-1995	(R. 8317)
STS	23-11-1995	(R. 8953)
STS	2-12-1995	(R. 8970)
STS	20-1-1996	(R. 46)
STS	31-1-1996	(R. 95)
STS	5-3-1996	(R. 119)
STS	30-1-1996	(R. 190)
STS	10-2-1996	(R. 2185)
STS	16-2-1996	(R. 882)
STS	23-2-1996	(R. 1051)
ATS	28-2-1996	(R. 1332)
STS	11-3-1996	(R. 1906)
ATS	13-3-1996	(R. 1958)

STS	29-3-1996	(R. 2006)
STS	8-3-1996	(R. 2015)
STS	23-2-1996	(R. 2187)
STS	30-3-1996	(R. 2623)
STS	3-4-1996	(R. 2871)
STS	15-4-1996	(R. 3701)
STS	15-4-1996	(R. 3705)
STS	8-5-1996	(R. 3803)
STS	13-5-1996	(R. 3817)
STS	13-7-1996	(R. 5930)
STS	19-9-1996	(R. 6925)
STS	11-10-1996	(R. 7457)
STS	18-10-1996	(R. 7816)
STS	27-11-1996	(R. 8669)
STS	20-12-1996	(R. 9034)
STS	23-10-1996	(R. 9679)
STS	26-12-1996	(R. 9242)
STS	27-1-1997	(R. 505)
STS	5-2-1997	(R. 698)
STS	10-2-1997	(R. 6369)
STS	11-2-1997	(R. 723)
STS	14-2-1997	(R. 1357)
STS	13-2-1997	(R. 1611)
STS	21-2-1997	(R. 1906)
STS	21-3-1997	(R. 2186)
STS	21-3-1997	(R. 2336)
STS	15-4-1997	(R. 2931)

STS	7-3-1997	(R. 3253)
STS	16-4-1997	(R. 3289)
STS	17-4-1997	(R. 3526)
STS	7-5-1997	(R. 3864)
STS	23-5-1997	(R. 4264)
STS	4-6-1997	(R. 5156)
STS	12-6-1997	(R. 4679)
STS	17-6-1997	(R. 4841)
STS	19-6-1997	(R. 5159)
STS	7-7-1997	(R. 5748)
STS	18-7-1997	(R. 6066)
STS	29-9-1997	(R. 6830)
STS	20-10-1997	(R. 7605)
STS	20-10-1997	(R. 7606)
STS	29-10-1997	(R. 7714)
STS	2-11-1997	(R. 8432)
STS	4-11-1977	(R. 4266)
STS	14-11-1997	(R. 7860)
STS	25-11-1997	(R. 8321)
STS	27-11-1997	(R. 8355)
STS	29-11-1997	(R. 8535)
STS	16-12-1997	(R. 9086)
STS	30-12-1997	(R. 8750)
STS	30-12-1997	(R. 9223)
STS	12-1-1998	(R. 46)
STS	30-1-1998	(R. 3757)
STS	26-2-1998	(R. 1194)

STS	24-3-1998	(R. 2356)
STS	17-6-1998	(R. 5380)
STS	6-7-1998	(R. 6231)

-Sala 3ª de lo contencioso-administrativo-

STS	2-11-1987	(R. 7764)

-Sala 4ª de lo social-

STS	20-12-1988	(R. 10169)

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

-Sala 5ª de lo militar-

STS	23-11-1993	(R. 9160)

-Tribunales Superiores de Justicia-

STSJ de Galicia	18-7-1996	(R. 2104)

-Audiencias provinciales-

SAP de Asturias	4-6-1992	(R. 965)
SAP de Valencia	8-3-1993	(R. 282)
SAP de Murcia	18-5-1993	(R. 1048)
SAP de Córdoba	4-10-1993	(R. 2153)
SAP de Navarra	15-4-1994	(R. 526)
SAP de Valencia	3-6-1994	(R. 1021)
SAP de Granada	5-7-1994	(R. 1327)
SAP de Tarragona	23-12-1994	(R. 591)
SAP de Barcelona	13-1-1995	(R. 274)
SAP de Madrid	13-1-1995	(R. 113)

SAP de Madrid	17-1-1995	(R. 118)
SAP de Tarragona	20-1-1995	(R. 202)
SAP de Madrid	30-1-1995	(R. 495)
SAP de Barcelona	1-2-1995	(R. 339)
SAP de Tarragona	14-2-1995	(R. 361)
SAP de Barcelona	28-2-1995	(R. 308)
SAP de Badajoz	14-3-1995	(R.1124)
SAP de Zaragoza	5-4-1995	(R. 532)
SAP de Cantabria	18-4-1995	(R. 530)
SAP de León	11-5-1995	(R. 2495)
SAP de Tarragona	19-5-1995	(R. 755)
SAP de Barcelona	22-5-1995	(R. 1252)
SAP de Granada	30-5-1995	(R. 775)
SAP de Tarragona	19-6-1995	(R.763)
SAP de Huesca	17-7-1995	(R.884)
SAP de Barcelona	7-9-1995	(R.972)
SAP de Badajoz	12-9-1995	(R. 937)
SAP de Navarra	17-10-1995	(R. 1987)
SAP de Murcia	31-10-1995	(R. 1273)
SAP de Baleares	5-12-1995	(R. 2329)
SAP de Madrid	29-12-1995	(R. 2293)
SAP de Ciudad Real	30-12-1995	(R. 2442)
SAP de Valencia	29-1-1996	(R. 167)
SAP de Córdoba	13-3-1996	(R. 582)
SAP de La Coruña	12-9-1996	(R. 692)
SAP de Murcia	12-9-1996	(R.697)
SAP de Toledo	19-2-1997	(R. 198)

SAP de Barcelona	7-2-1997	(R. 378)
SAP de Córdoba	20-2-1997	(R. 228)

-Tribunal económico-administrativo central-

STEAC	24-3-1994	(R. 590)

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

BIBLIOGRAFIA

Albácar López,

- Código Penal, Doctrina y jurisprudencia. Madrid, 1997.

Antón Oneca,

- Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales, AAMN, 1948.
- Las estafas y otros engaños, NEJ, tomo IX, ed. Seix, Barcelona, 1957.
- El Código Penal de 1870. ADPCP, 1970.

Aparicio Ramos,

- la falsedad en la letra de cambio, ed. Reus, Madrid, 1945

Asua Batarrita,

- El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. ADPCP 1993.

Bacigalupo Zapater,

- Estudios sobre insolvencia y delito. Buenos Aires, 1970.
- Delitos impropios de omisión. Buenos Aires, 1970.
- Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal, ADPCP, 1970.
- Estafa y abuso de crédito, La Ley, 1983.
- El error sobre los elementos del tipo y sobre la antijuridicidad, en La reforma del Código Penal de 1983, Comentarios a la legislación Penal, tomo V, vol. I. Madrid, 1985.

- Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados. Poder Judicial, 1989.
- Principios de Derecho penal, Parte General. Madrid, 1990.
- Estudios sobre la parte especial del Derecho penal. Madrid 1994.
- Curso de Derecho penal económico. Madrid 1998.

Bajo Fernández,

- El parentesco en el Derecho penal. Barcelona, 1973.
- Cláusulas contractuales abusivas que conducen por propia voluntad de la víctima, a facilitar estafas típicas. Revista de Derecho público 1977.
- Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de letras vacías o no comerciales, ADPCP, 1977.
- Derecho penal económico. Madrid 1978.
- Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial. Madrid 1978.
- Derecho penal y Constitución, Comentarios a la legislación penal. Madrid 1982.
- El delito de estafa, Comentarios a la legislación penal, tomo V, vol. II, Madrid, 1985.
- Protección penal del crédito. PJ n° especial IX, 1989.

Bajo Fernández/Pérez Manzano,

- Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Madrid, 1993.

Beccaria,

- De los delitos y de las penas.

Bueno Arús,

- El delito informático. Actualidad informática Aranzadi n° 11, Abril de 1994.

Bustos Ramírez,

- Política criminal y dolo eventual. RJC, 1984.
- El tratamiento del error en la reforma de 1983: el art. 6 bis a. ADPCP 1985.

Carretero Pérez,

- Cheque en descubierto: tipo básico, finalidad, postdatación. RDBB, 1981.

Casado Cerviño,

- La validez de la letra de favor. RDBB, 1981.

Casas Barquero,

- La falsedad en documento privado, Barcelona, 1984.

Cases, Antonio,

- La estafa: su concepto jurídico. Barcelona, 1945.

Castiñeira Palou,

- El delito continuado. Barcelona 1977.

Castiñeira/Corcoy/Silva

- La reforma del art. 531 del código penal: Sobre la utilización del Derecho penal para sancionar ilícitos civiles.La Ley, 1985.

Cerezo Mir,

- La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios. ADPCP, 1985.

- Actos preparatorios y tentativa, en Jornadas sobre el nuevo CP de 1995. Bilbao, 1998.

Cobo del Rosal,

- Derecho penal, Parte General. Valencia 1991.

Conde-Pumpido Ferreiro,

- Código Penal, Doctrina y jurisprudencia. Madrid, 1997.

Conde-Pumpido Tourón,

- Las tarjetas de crédito como instrumentos de la comisión de un delito: dos sentencias. PJ, n° especial IX, 1989.

Corcoy Bidasolo / Joshi Jubert,

- Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos. RJC, n° 3, 1988.

Córdoba Roda,

- Notas de Derecho español y traducción de Reinhart Maurach, Tratado de Derecho penal. Barcelona 1962.
- Comentarios al Código Penal. Barcelona, 1976.
- Fraude fiscal y falsedad documental. CDJ, falsedad y defraudaciones, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.
- Ejercicio de la Abogacía y garantías penales, Barcelona, 1997.

Cortes Generales,

- Ley Orgánica del Código Penal: Trabajos Parlamentarios. Madrid, 1996.

Cuello Calón,

- Derecho penal, parte especial, vol. II. Barcelona 1972.

Choclán Montalvo,

- Acerca de la mal llamada 'apropiación indebida' de dinero", Actualidad Jurídica Aranzadi n° 335.
- Engaño bastante y deberes de auto protección. Actualidad Jurídica Aranzadi n° 398 de 8-7-1999.

Díaz y García Conlledo,

- Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión: ¿Un caso de dolo alternativo?. PJ n° 24, 1991.

Díaz Palos,

- Animo de lucro. NEJ, vol. II, Seix, Barcelona 1950.
- Cheque. NEJ, vol. VI, Seix, Barcelona 1957.

Díaz Pita,

- El dolo eventual. Ed. Tirant lo blanc, Valencia 1994.

Díaz Valcárcel,

- Acerca de la posible supresión del Libro III del Código Penal. RJC 1984.

Díez Picazo /Gullón,

- Sistema de Derecho civil, vol. II, 5ª ed., Madrid, 1988.

Díez Sabina,

- Protección penal del crédito. PJ n° especial, 1989.

Elguero y Merino,

- La estafa de seguro. Madrid, 1988.

Farré Trepat,

- Dolo eventual, imprudencia y formas imperfectas de ejecución. ADPCP 1986.

Fernández Pantoja,

- Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil. Madrid, 1996.

Ferrer Sama,

- La estafa procesal, ADPCP 1966.

Fiscalía General del Estado,

- Memoria de 1987, Madrid, 1988.

García Cantizano,

- De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (Nuevas soluciones a un viejo problema). CDJ, Falsedades y defraudaciones, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

Gimbernat Ordeig,

- Acerca del dolo eventual. Estudios de Derecho Penal, 2ª ed., Madrid 1990.

Gómez Benítez,

- Notas para una discusión sobre delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal. ADPCP, 1980.
- El ejercicio legítimo del cargo, discrecionalidad administrativa y error en el Derecho penal. Madrid 1980.
- Función y contenido del error en el tipo de estafa. ADPCP, 1985.

González Rus,

- Los intereses económicos de los consumidores: Protección penal. Madrid 1986.

- Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos. PJ, n° especial IX, 1989.
- Curso de Derecho Penal español, Parte Especial, vol. I. Madrid, 1996.

Gracia Martín,

- La comisión por omisión en el Derecho penal español. Madrid, 1995.

Groizard y Gómez de la Serna,

- El Código Penal de 1870. Salamanca, 1897.

Gutiérrez Francés,

- Fraude informático y estafa. Madrid, 1991.
- En torno a los fraudes informáticos en el Derecho español. Actualidad Informática Aranzadi, n° 11, Abril de 1994.

Hassemer,

- Los elementos característicos del dolo. Trad. Díaz Pita, ADPCP 1990.

Hentig,

- La estafa. Madrid, 1972.

Hormazábal Malarée,

- Bien Jurídico y Estado Democrático de Derecho. Barcelona, 1991.

Huerta Tocildo,

- La protección penal del patrimonio inmobiliario. Madrid 1980.
- Sobre el contenido de la antijuridicidad. Madrid, 1984.

Joshi Jubert,

- Unidad de hecho y concurso medial de delitos. ADPCP 1992.

Landrove Díaz,

- Los fraudes colectivos. Barcelona 1978.

López Garrido /García Aran,

- El Código Penal de 1995 y Voluntad del Legislador. Madrid, 1996.

López Hernández,

- Sobre la tutela penal del patrimonio. ADPCP 1965.

Lorca Martínez,

- Las estafas del art. 251 CP de 1995. Pamplona, 1997.

Lorenzo Lesmes,

- El delito de cheque en descubierto.. Madrid, 1993.

Lucas Fernández,

- El cheque como medio de pago. Anuario de Derecho Civil, 1973.

Luzón Cuesta,

- El bloqueo del cheque y sus consecuencias penales. Actualidad Jurídica, 1981.

Luzón Peña,

- Participación por omisión y omisión de impedir determinados delitos. La Ley 1986.
- El error sobre causas de justificación: algunas precisiones. La Ley, 1989.
- Derecho penal de la circulación, Barcelona 1990.

Majada Planelles,

- Cheques y talones de cuenta corriente en sus aspectos mercantil y penal. Barcelona, 1977.

Manjón-Cabeza Olmedo,

- Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas. La Ley, 1988.

Martín García,

- Falsedad y estafa. CDJ, falsedad y defraudaciones, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.

Martínez-Pereda Rodríguez,

- La falsedad documental en el ámbito de la función pública. CDJ, falsedad y defraudaciones, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.

Martos Núñez,

- El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Madrid 1990.

Mata Barranco, de la,

- Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico en el delito de estafa. Poder Judicial 1994.

Mir Puig,

- Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal en la reforma penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n° 12, 1987.
- Derecho penal, Parte General. Barcelona, 1998.

Móner Muñoz,

- Protección penal del crédito. PJ, n° especial IX, 1989.

Morales-Arce Macías,

- El régimen punitivo del cheque postdatado sin fondos. Revista General del Derecho, 1983.

Morales Prats,

- Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora. RFDUG n°12, 1987.

Muñoz Conde,

- El error en Derecho penal. Valencia 1989.
- Derecho penal, Parte Especial, 7ª ed. Valencia 1988, y 11ª ed. Valencia 1996.
- Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios. Falsedad y defraudaciones, CDJ n° XI, CGPJ, Madrid 1995.

Muñoz Cuesta,

- Estafa a pluralidad de personas y falsedad documental. La Ley, 1991.

Navarro Villarrocha,

- Condición y tratamiento penal del cheque postdatado. Revista General del Derecho, 1982.

Núñez Castaño,

- La estafa de Crédito. Valencia, 1998.

Platón,

- Libro VII de La República.

Puerta Luis,

- Las tarjetas de crédito en el campo penal. PJ, n° especial IX, 1989.

Quintano Ripollés,

- De nuevo sobre el delito de cheque en descubierto. Revista de Derecho Privado, 1964.
- Tratado de la parte especial de Derecho penal, vol. II. Madrid 1964.

Quintero Olivares,

- El nuevo delito de cheque en descubierto. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1972.
- Sobre la falsedad en documento privado, RJC, 1976.
- Derecho Penal, Parte General. Barcelona, 1986.
- Las falsedades documentales y la evolución del Derecho positivo español. Falsedad y defraudaciones, CDJ n° XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.
- Comentarios al Nuevo Código Penal. Aranzadi, Pamplona 1996.
- La justicia penal en España. Pamplona, 1998.

Real Academia Española de la Lengua,

- Diccionario de la lengua española, decimonovena edición, 1970, y vigesimoprimera edición, 1992.

Ribó Durán,

- La problemática jurídica del descuento. Barcelona, 1983.

Rodríguez Montañés,

- Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, 1994.
- Acerca del momento consumativo de la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial, Poder Judicial n° 39, Madrid, Septiembre de 1995.

Rodríguez Mourullo,

- La atenuante de preterintencionalidad. ADPCP, 1970.
- La protección penal del cheque y la letra de cambio, en Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque, dirigido por Aurelio Menéndez. Madrid 1986.

Rodríguez Ramos,

- Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil. PJ n° 11, 1988.
- Error duplicado en la regulación del concurso de leyes (Exégesis crítica del art. 8 del Código Penal). Actualidad Jurídica Aranzadi n° 330, de 19-2-1999.
- Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos (bienes jurídicos protegidos en estos delitos). Actualidad Jurídica Aranzadi n° 366, de 19-11-1999.

Romeo Casabona,

- Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos. PJ, n° especial IX, 1989.

Romero Barranquero,

- Los elementos del tipo de estafa. Buenos Aires, 1985.

Rosal, del,

- De la relación concursal entre falsificación y estafa. ADPCP 1949.

Ruiz Vadillo,

- El delito de emisión de cheque en descubierto en la práctica judicial. Documentación Jurídica, 1974.

- Falsedad y defraudaciones por abuso informático. CDJ, falsedad y defraudaciones, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.

Sánchez Carrión,

- Problemas que plantea la incidencia del ámbito socio-laboral en la delimitación y enjuiciamiento de los delitos contra los derechos de los trabajadores. Actualidad Jurídica Aranzadi n° 397, de 1-7-1999.

Sanz Morán,

- El concurso de Delitos: criterios y problemas, en Jornadas sobre el nuevo CP de 1995. U. País Vasco, 1998.

Selcuk,

- El objeto del delito de estafa. Trad. De Romero Sirvent, Cuadernos de Política Criminal n° 28, Madrid 1986.

Serrano González de Murillo,

- La duda de la víctima como forma del error en el delito de estafa. Cuadernos de política criminal 1993.

Serrano-piedecasas Fernández,

- La estafa en el contrato de seguro. Barcelona, 1991.

Silva Sánchez,

- El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona, 1986.
- La esterilización de disminuidos psíquicos. Barcelona 1988.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

- El Derecho Penal bancario en España. AP n° 48, Diciembre-1994-Enero 1995.
- La comisión por omisión, en Jornadas sobre el nuevo CP de 1995. Bilbao, 1998.

Silva Silva,

- Las estafas: doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. Santiago de Chile, 1996.

Suárez Montes,

- El cheque en descubierto. Barcelona 1965.
- Estafa mediante cheque en el proyecto de CP de 1994. Estudios Jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez, tomo IV, 1996.

Tamarit Sumalla,

- La tentativa con dolo eventual. ADPCP 1992.

Tapia Hermida,

- Pago indebido de cheques. Representación. Litisconsorcio pasivo necesario. RDBB, 1981.

Torío López,

- Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal. Reforma del sistema penal, ed. Fernández Albor, Estudios penales y criminológicos, tomo V, Santiago de Compostela 1982.

Uría González,

- Derecho Mercantil. Madrid, 1990.

Valle Muñiz,

- El delito de estafa, delimitación jurídico-penal con el fraude civil. Barcelona 1986.

- Circunstancias que agravan la responsabilidad en la estafa. RJC, n° 2, 1988.
- De las defraudaciones, en Comentarios al Código Penal de 1995. Pamplona, 1996.

Vega Ruiz (de),

- Protección penal del consumidor. La Ley, 1989.

Viada Vilaseca,

- El Código Penal reformado de 1870. Madrid, 1927.

Vicente Chamorro-Pérez Escolar,

- El cheque en descubierto. Revista de Derecho Mercantil, 1964.

Vicente Remesal (de),

- Alzamiento de bienes, otorgamiento de contrato simulado y falsedad en documento público: delimitación y problemas concursales. La Ley, 1990.

Vila Mayo,

- Consideraciones acerca del engaño en la estafa. La Ley, 1984.
- Ensayo sobre la estructura del delito de estafa, Revista General del Derecho, 1988.
- Consideraciones acerca del contrato criminalizado. Revista General del Derecho, 1991.

Villacampa Estiarte,

- Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código Penal de 1995. Actualidad Penal 1996.

Vives Antón,

- Derecho penal y Constitución, Comentarios a la legislación penal. Madrid, 1982.
- Fundamentos del sistema penal. Valencia, 1996.
- Comentarios al Código Penal de 1995. Valencia 1996.

Zugaldía Espinar,

- La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. ADPCP 1986.
- Delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, en Jornadas sobre el nuevo CP de 1995. U. País Vasco, 1998.

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES

Pág.

INDICE

7 Abreviaturas utilizadas

9 Introducción

PRIMERA PARTE: EL BIEN JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Capítulo I: CARENCIAS DEFINITORIAS Y DELIMITADORAS.

15 1.- Introducción.

15 1.1.- Sociedad, valores o bienes jurídicos, y medios de protección.

16 1.2.- Nuestra Constitución.

19 21 1.3.- Bienes protegidos y diseño legislativo de la política criminal: Constitución y Código Penal

20 29 1.4.- El Bien Jurídico y su relación con otros principios informadores del ordenamiento.

31 1.4.1.- Legalidad.

A) Concepto

B) Bien jurídico y tipo penal.

41 1.4.2.- Seguridad.

44 1.4.3.- Mínima intervención penal.

47 2.- Solapamiento de la ley penal con los demás ámbitos protectores de nuestro Derecho: Primer nivel de carencia.

47 2.1.- Complementariedad y principio de fragmentariedad: Preferencia penal en su segmento.

54 2.2.- Doctrina Constitucional acerca de la vía de protección del bien jurídico lesionado.

63 2.1.1- La dicotomía entre preferencia penal y tutela judicial efectiva.

65 2.3.- La aparente contradicción entre la preferencia penal y el principio de intervención mínima.

70 2.4.- Recursos de la Ley penal para establecer el límite mínimo de su intervención.

76 2.5.- El solapamiento en las defraudaciones.

77 2.5.1.- La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

85 2.5.2.- Crítica.

103 2.6.- La previa definición del bien jurídico protegido en la norma sancionadora penal y su posterior coordinación con la administrativa y la de resarcimiento civil como superación de la problemática apuntada.

110 2.6.1.- Un ejemplo actual de coordinación: La L.O.12/1995 de Represión del Contrabando.

120 3.- Homogeneidad y heterogeneidad. Segundo nivel de carencia.

120 3.1.- Introducción.

124 3.2.- En el principio acusatorio.

124 3.2.1.- Introducción.

128 3.2.2.- Casuística

134 3.3.- En la reincidencia

142 3.4.- En el delito continuado

146 4.- Sobre el objeto del presente estudio.

Capítulo II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA ESTAFA MEDIANTE TITULO MERCANTIL ABSTRACTO: ANALISIS SISTEMATICO-LITERAL.

149 1.- Sobre los bienes jurídicos protegidos en el Título XIII.

149 1.1.- La doble rúbrica.

157 1.2.- Reubicación de antiguas defraudaciones en otros capítulos del mismo Título como pista sobre la voluntad del legislador acerca de la ubicación sistemática del Bien protegido.

158 1.3.- La voluntad de parte del legislador.

166 1.4.- Delitos contra el patrimonio privado.

172 1.5.- Otra posible lectura.

174 2.- El bien protegido en el Capítulo de las Defraudaciones (VI del Título XIII del Libro II del Código Penal).

177 3.- La Sección sistemática en relación con el bien jurídico protegido.

177 3.1.- Introducción: La aportación netamente modal de las secciones del Capítulo De las Defraudaciones.

182 3.2.- La sección primera “De las estafas”.

188 4.- Tipicidad y bien jurídico protegido.

188 4.1.- Introducción.

189 4.1.1.- Penalizar, permitir o tolerar, proteger.
197 4.2.- Lucro y perjuicio: dos caras de la misma moneda en los delitos de enriquecimiento a costa de otro.
199 4.2.1.- Animo de lucro.
206 4.2.2.- Perjuicio.
211 4.3.- Sistemática y tipicidad
211 4.3.1.- Advertencia previa
211 4.3.2.- Aproximación al bien jurídicamente protegido a partir de la letra del tipo penal.
226 4.3.3.- Sobre la coherencia entre sistemática y tipicidad.
233 5.- El bien protegido en la estafa mediante título mercantil abstracto.
233 5.1.- El bien sistemática y literalmente
231 protegido.
239 5.2.- Sobre la voluntad del legislador. Ausencia de explicación coherente del bien protegido.
241 5.3.- Los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de mínima intervención en relación con el título mercantil abstracto. No protección del título desnaturalizado.
253 6.- Recapitulación.

SEGUNDA PARTE: LA ESTAFA AGRAVADA.

Capítulo I: LA ESTAFA BASICA.

269 1.-El precepto.

271 2.-El proyecto de ley y su apresurada tramitación parlamentaria.

A) LA ESTAFA INFORMATICA

276 3.-El error sistemático en el tratamiento del fraude informático.

276 3.1.-Figura ya contemplada en el Código.

281 3.2.-Déficits subsanados, nuevos déficits.

283 3.2.1.-Fraude informático y tarjeta de crédito (o de pago).

A) Fraude informático y robo con fuerza.

B) Fraude informático y estafa propia.

297 3.3.-Tipo abierto de fraude informático: previsión de futuro.

B) LA ESTAFA PROPIA.

299 4.- La estafa es siempre un contrato viciado.

309 4.1.- La asimetría en la licitud de la causa y el consentimiento contractual.

311 4.2.-El doble estadio contractual: perfección y cumplimiento.319

5.- Algunas cuestiones sobre los elementos de la estafa.

328 6.- Sobre la necesidad del dolo en todos los elementos del tipo.

Capítulo II: EL TIPO AGRAVADO.

343 1.-El precepto.

345 1.1.- Antecedentes.

350 1.2.- Analogías y diferencias entre los títulos del precepto.

354 1.3.- También anduvo aquí el legislador con prisas.

359 2.-La agravante en la estructura del delito básico: Título y engaño.

365 3.-Ley penal en blanco.

365 3.1.-Introducción.

368 3.2.-Doctrina constitucional.

370 3.3.-Inconstitucionalidad por falta de remisión expresa.

374 3.4.-Principio de legalidad y cheque.

377 3.5.-Principio de legalidad y letra de cambio y pagaré.

380 3.6.-Principio de legalidad y negocio cambiario

384 4.-Sobre la indagación de la voluntad del legislador en el tipo agravado del art. 250.1.3° CP.

384 4.1.-La primera enmienda.

384 4.2.-La modificación provocada por la enmienda núm. 378.

384 4.2.1.-"En blanco" en vez de "vacía".

394 4.2.2.-Vicio del tipo: Mención innecesaria y vulneración del principio de legalidad.

401 4.3.- La tercera enmienda como voluntad del legislador de ligar la protección penal a la ley mercantil.
403 5.- Nuestra agravante en relación con otros preceptos.
403 5.1.- Con el contrato simulado del art. 251.3 CP.
407 5.2.-Con la agravante 4ª.
410 5.3.-Con la agravante 7ª.
410 5.3.1.-Por abuso de relaciones personales y por aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional.
414 5.3.2.-Sobre la posible mayor penalidad de la agravante 7ª.
416 5.4.-Letra en blanco: incluida en el negocio cambiario de la agravante 3ª. Exclusión de la 4ª y la 7ª.
418 5.5.- Sobre la no penalización especial en la concurrencia de los distintos supuestos agravados no contemplados en el art. 250.2 CP.

Capítulo III: CONCURSO ENTRE ESTAFA Y FALSEDAD.
422 1.- La supuestamente necesaria concurrencia de la falsedad cuando hay estafa con título mercantil abstracto.
427 2.-Los diferentes supuestos en la relación entre falsedad y estafa.
428 2.1.-Tesis dominante: delitos independientes.
430 2.1.1.-Contradicción.

434 2.1.2.-Nueva profundización en el tratamiento de la falsedad.
438 2.2.-Tesis de la absorción.
438 2.2.1.-Estafa absorbe falsedad.
441 2.2.2.-Falsedad absorbe estafa.
443 3.-La falsedad en los documentos de la agravante del art. 250.1.3° CP.
449 4.-La preferencia del concurso de delitos al concurso de normas en el nuevo CP.
452 4.1.-La modificación sistemática operada por la prelación legal del concurso de delitos.
454 4.1.1.-La interpretación integrada de los arts. 392 y 393 CP.
458 4.2.-Sobre la posibilidad de incriminación exclusiva por el tipo del art. 250.1.3° CP.
458 4.3.-Exclusión del concurso de delitos.
465 5.-Criterios de resolución del conflicto.
465 5.1.-El criterio cronológico.
465 5.1.1.-Plan delictivo único.
468 5.1.2.-Crítica.
469 5.2.-La definitiva incriminación exclusiva por el art. 250.1.3° CP.

TERCERA PARTE: LA CULPABILIDAD

473 Advertencia Previa.

Capítulo I: EL DOLO.

477 1.- Introducción.

481 2.- El dolo necesario para la comisión de la estafa. Estudio del dolo eventual.

481 2.1.- Introducción.

485 2.2.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

492 2.3.- Elementos y requisitos del dolo eventual conforme a la anterior jurisprudencia.

500 2.4.- Sobre la necesidad del dolo eventual y su aplicación selectiva en función del delito como solución.

508 2.5.- Crítica y negación del dolo eventual como solución definitiva, y no sólo selectivamente en función del delito, sino de aplicación a todos ellos.

540 3.- La comisión por omisión (dolo omisivo).

558 4.- Reconducción del dolo eventual a la posición de garante (art. 11b) como solución alternativa.

A) En la estafa

B) En la estafa agravada (art. 250.1.3 CP).

Capítulo II: EL ERROR DEL AUTOR.

582 1.- Introducción.

586 2.- El Precepto.

589 3.- Estudio del error a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

589 3.1.- Introducción. Clases, definiciones y requisitos.

596 3.2.- Primer requisito (carga de la prueba).

603 3.3.- Segundo requisito (condicionamientos del agente en orden a salir del error).

606 3.3.1.- Error legis y propuesta de mejora.

626 3.4.- Tercer requisito (ausencia de duda).

626 3.4.1.- El hablar común y el de los tribunales.

629 3.4.2.- In dubio contra reo.

636 3.5.- Cuarto requisito (notoriedad).

640 3.5.1.- Dos avances fuera del ámbito penal (administrativo y civil).

642 4.- Error y eximentes: duplicidad innecesaria.

648 5.- El error del autor en la estafa mediante título mercantil abstracto.

Capítulo III: VACUIDAD DEL TITULO: CULPABILIDAD DEL LIBRADOR E INTERVENCIÓN DEL DOMICILIATARIO DEL PAGO

652 1.- Falta de provisión de fondos e impago.

656 2.-Cheque.

661 3.-Letra de cambio y pagaré.

663 CONCLUSIONES.

693 FUENTES.

RESUMEN

Esta tesis tiene un doble objetivo: Por un lado el estudio de la agravante en sí y por otro lado las vicisitudes de su aplicación, es decir, que por este segundo objetivo la tesis es también un botón de muestra de la repercusión del D. Penal sobre el ciudadano, objetivos ambos presididos por el método inductivo, partiendo de lo concreto para llegar a posiciones genéricas.

Es un estudio práctico y por eso se orienta y se elabora a partir de aquello que afecta al justiciable, es decir, la ley y las resoluciones judiciales que la aplican y la interpretan, sin olvidar la posición de la doctrina científica, tal como se expone en el sistema de fuentes.

Se utiliza el recurso al "derecho comparado", pero no con el derecho extranjero, sino dentro de nuestro mismo ordenamiento, en lo que es una opción expresamente querida, es decir, la búsqueda de nuestra propia coherencia, como por ejemplo en el engarce civil de la estafa, o entre la ley especial y el código en lo que sería una técnica deseable, o con otras ramas de nuestro ordenamiento en los avances también deseables para el Derecho Penal, o incluso dentro del propio código en la coherencia de sus distintas figuras.

Entrando ya en materia, dedico el primer capítulo a lo que podríamos llamar pecado original en materia de bien jurídico protegido, que es su condición de elemento "fantasma", a pesar de ser imprescindible. Y ese pecado original conlleva un montón de desatinos: primero en el establecimiento de la vía de protección provocando el peregrinar de procedimientos y el nefasto "derecho de opción" de la víctima, cuestiones a mi juicio mal resueltas por el TC que está desmontando el actual sistema de preferencia del D. Penal, sobre todo después de la famosa sentencia del "non bis in idem" (STC 177/1999). Y metidos ya en la vía de protección penal provoca otros desatinos que giran en torno a la homogeneidad delictiva y que por la incidencia en nuestra agravante se concretan en tres aspectos: el principio acusatorio, el delito continuado y la reincidencia.

Una vez advertido este defecto esencial, entramos en la indagación del objeto de protección de las defraudaciones, cuya primera aproximación nos la da la distribución sistemática; y partiendo de la rúbrica del Título XIII se deduce el patrimonio como bien protegido, básicamente por el paralelismo con las Faltas, cuya rúbrica se refiere sólo al patrimonio y no al orden socioeconómico, y por la denominación de delitos patrimoniales en el Capítulo X que establece disposiciones comunes a los anteriores entre los que se encuentra el nuestro; pudiendo concretarse además que se trata del patrimonio privado al protegerse en otro título distinto el Erario Público, lo está destinado a crear problemas concursales dada la prelación del art. 8 CP. La rúbrica del capítulo VI aporta a la interpretación sistemática del bien protegido dos elementos, uno de acción básica, que es la privación de ese patrimonio, y otro modal, que es el abuso de confianza y la infidelidad de la obligación, es decir, aporta el qué –privación- y el cómo –abusando de la confianza y siendo infiel-. En cambio, la aportación sistemática de las secciones es netamente modal, según se simule, se incumpla obligación o se defraude con medios clandestinos.

Pero como la distribución sistemática no tiene valor normativo se impone la segunda y definitiva aproximación al bien protegido, esto es, en base a la

tipicidad. Aquí se distinguen tres dimensiones del tipo en relación con el bien jurídico protegido: Penalización explícita de una conducta, protección implícita de un bien jurídico, y atipicidad o indiferencia hacia todo lo demás; lo que ocurre es que el no deslinde de las dos últimas dimensiones, es decir, entre lo atípico y lo implícito-típico o entre lo que no está y lo que sí que está pero no se explica, va a llevar a diferentes interpretaciones y forzosamente a la inseguridad jurídica y a la desigualdad de trato. También al peregrinar de procedimientos.

En este análisis sistemático-literal del capítulo de las defraudaciones se observa que las rúbricas sistemáticas no coinciden en muchos casos con los tipos que contienen, ya que hay tipos que podrían estar en el capítulo de Daños y otros que no se sabe si protegen el patrimonio puesto que no castigan el perjuicio, atendido que el valor de lo defraudado no tiene por qué coincidir con el perjuicio. Aunque esta discordancia entre sistemática y tipicidad no es destacable en nuestro subtipo agravado, del que podemos decir conforme a este análisis que protege o tolera (pecado original) la verdad, la confianza, la fidelidad y la autenticidad del título mercantil abstracto cuando es utilizado en el intercambio de bienes de titularidad privada. Lo que ocurre es que esta definición, que bebe en parte del bien protegido explicitado por el legislador, que es la seguridad del tráfico jurídico a través del título o valor en sí, queda ensombrecida por eso mismo, porque ese bien jurídico coincide con el del derogado cheque en descubierto, con lo que mal puede atenderse a ese bien que sirve a la vez para penalizar y para despenalizar.

Y para acabar esta 1ª parte, denuncio que existe un excesivo casuismo dentro y fuera de los tipos penales; cuando digo fuera de los tipos quiero decir que existen demasiados tipos y subtipos, y dentro de los tipos, en el caso de la estafa (sin necesidad de complicarla con la agravante), al castigarse el engaño como alma mater de este delito, la protección de la buena fe (o similar) es evidente, provocando inseguridad sobre el bien protegido. En el caso de que éste sea el patrimonio (doctrina casi unánime), habrá que denunciar la vulneración del principio esencial de mínima intervención porque 1 pta. ya es objeto de reprensión penal. Esto obliga en fin y como conclusión a un replanteamiento en profundidad del tratamiento penal de la lesión al patrimonio que, a diferencia de la actual, sea coherente con la intervención mínima y con el objeto de protección.

Empiezo la segunda parte con la ubicación de la estafa informática y defiendo el criterio lógico de ubicación seguido hasta ahora basado en el objeto de la acción, hombre o máquina, y que la estafa informática debería estar en la sección tercera en vez de la primera. Este error de ubicación tiene como consecuencia el solapamiento de figuras delictivas: estafa informática y defraudación mediante terminal de telecomunicación, pudiendo entrar en juego también el robo con tarjeta de crédito; es decir, son privaciones de patrimonio por medios similares pero que lesionan el principio de proporcionalidad con una pena tan dispar: de la simple multa hasta ocho años de prisión. Un ejemplo reciente de lo que digo es la aparición en el mercado de las nuevas tecnologías de un teléfono móvil que se conecta a internet y que lee las tarjetas de crédito, con lo que la problemática de este “3 en 1” está servida.

Seguidamente me ocupo de la estafa clásica y engarzo esta figura con el ordenamiento civil y defiendo que la estafa es siempre una relación contractual viciada cuya resolución es remitida por el código civil a la ley penal en una manifestación más de la preferencia penal. Es decir, que la disposición patrimonial es el cumplimiento contractual de la víctima que ha prestado su consentimiento por error, es decir, viciado por el engaño del autor; y este contrato viciado requiere además de ánimo de lucro del agente y perjuicio de la víctima para que sea considerado estafa.

Pues bien, el contrato que sirve de base a la estafa mediante título mercantil abstracto es el de prestaciones recíprocas (el título es la contraprestación vacía de la disposición patrimonial), y esta relación sinalagmática significa que la víctima puede supeditar su cumplimiento al cumplimiento del agente. En este punto es necesario recordar el doble estadio contractual, la perfección y el cumplimiento, porque si el contrato es un medio de obligarse, el cheque, la letra y el pagaré, aunque éstos últimos tengan además función financiera, son un medio de pago y de cumplimiento de ese contrato. Y esto implica, concretando un poco más, que puede haber dolo sobrevenido sólo en el cumplimiento, lo que debe tenerse en cuenta cuando ese cumplimiento se realiza mediante título mercantil abstracto; de tal manera que sólo habrá estafa básica cuando el engaño y el dolo de no cumplir se remonta a la perfección del contrato, y sólo habrá estafa agravada cuando el cumplimiento de la víctima está supeditado al del agente, siendo este cumplimiento ficticio, mediante un título que no va a ser pagado y que es el que engaña y el que provoca el desplazamiento.

Estamos en el segundo capítulo de la parte 2ª y aquí hay que destacar cuatro aspectos más:

1) Que sólo la estafa “por razón” del cheque, pagaré o letra puede integrar el tipo agravado, pero no cuando la suficiencia del engaño se logra por otros elementos de la puesta en escena diferentes al título. Y aprovecho para criticar la falta de concreción de la redacción del subtipo, que debería decir: “por causa o por razón de” en vez de “mediante”, es decir, usando la acepción en vez del término que la contiene.

2) Que, a diferencia de lo que ocurre en muchas sentencias, la protección penal no puede ser más extensa que la mercantil, ni puede considerar un documento como cheque, letra o pagaré cuando no lo hace la ley mercantil (recuérdese que son títulos formales), lo que simplemente es reclamar la mínima intervención penal.

3) Que el subtipo es inconstitucional por falta de remisión expresa a la ley mercantil, ya que el tipo no especifica por ejemplo si se penaliza cualquier cheque o sólo el regulado en la ley cambiaria. Recuérdese que el cheque de viaje también es objeto de protección penal (en la falsedad).

4) Que la enmienda parlamentaria que modificó la expresión de letra vacía del proyecto por la de letra en blanco, no responde a un razonamiento técnico (porque el resto de títulos también pueden ser en blanco, porque representa una mención innecesaria al ya estar cubierta por la firma en blanco, y porque incluso afectaría al principio de legalidad si se entiende la expresión “negocio cambiario ficticio” como explicación legal de letra vacía). Pero en cualquier caso la penalidad será siempre la misma, incluso aunque se penalice

la emisión del título en base a la circunstancia 7ª (abusando de las relaciones con la víctima o de su nombre), porque ni el cheque ni el pagaré ni la letra son bienes de reconocida utilidad social que puedan integrar la penalidad de hasta ocho años del párrafo segundo del art. 250.

En lo que respecta a la falsedad del título (Cap. III), la prelación del concurso de delitos sobre el concurso de normas también vulnera en nuestro caso el principio de proporcionalidad de la pena, ya que un cheque falsificado de 51.000 pts. conlleva como mínimo tres años de prisión por aplicación del art. 77, y aquí no es posible la suspensión de la condena. Por eso me planteo dos alternativas: la primera en base a un criterio cronológico dentro del plan delictivo intentando integrar el microsistema de la falsedad y la falsedad de uso, pero este criterio desemboca en la paradoja de que en algunos casos se castigue más la estafa sola que cuando tiene falsedad añadida. Y la segunda alternativa es plantearse si el legislador puede haber contemplado bajo la agravante el título falseado, entre otras cosas por la mención del término "mediante", que puede dar a entender que incluye el concurso medial, y por el destino forzoso de la falsedad hacia su uso, concluyendo finalmente que sí, aunque sólo sea como la menos mala de las soluciones.

Empiezo la tercera parte, dedicada a la culpabilidad, con algunas premisas básicas, a saber: 1) Que las formas de culpabilidad se reducen a dolo e imprudencia, sin perjuicio de graduar luego el reproche pero ya bajo una de estas dos formas. 2) Que ese reproche tiene que ver siempre con el conocimiento del hecho delictivo: en el dolo, por servir de base a la voluntad, y en la negligencia por el deber de poseerlo oportunamente (lo que incluye la culpa consciente). 3) Que el error incide exclusivamente en el elemento cognoscitivo del delito. 4) Que dolo y error se excluyen porque se excluyen sus respectivos conocimientos: o sea que en el dolo el conocimiento es acorde con la realidad fáctica o jurídica, y en el error no. 5) Y finalmente me quejo de que cuando en los delitos dolosos se aplica el error de prohibición vencible se está incriminando por dolo cuando sólo existe negligencia en el deber de conocer.

Y en el primer capítulo analizo el dolo eventual, partiendo de la posición jurisprudencial mayoritaria que lo considera necesario en base a un supuesto deber de evitar el delito. Pero advierto en seguida que el legislador sólo reprocha la no evitación de determinados delitos, entre los que no se encuentra la estafa: Véase el art. 450.

Pero el que suscribe no acepta el dolo eventual ni en la estafa ni en ningún otro delito, primero porque el dolo eventual sería una figura de la parte general –dolo- y por ello no sería deseable una solución fragmentada en la parte especial. Y porque, además de las dos razones clásicas de falta de fronteras con la culpa consciente y de déficit del elemento volitivo, hay que añadir otras cuatro: 1.- Que ese deber de evitar, no ya el delito sino simplemente la posibilidad del mismo, no lo impone la ley sino la jurisprudencia sobre el dolo eventual. 2.- Esa jurisprudencia no ha sabido elaborar una doctrina mínimamente uniforme. 3.- Que en virtud de la tentativa el dolo eventual convierte la imprudencia en dolo y convierte todos los delitos en delitos de peligro o de castigo avanzado. Con ello defiendo la nitidez funcional de cada figura: la tentativa como desvalor exteriorizado de acción y sólo de

acción, sin reprochar el peligro, que para eso ya están los delitos de peligro (censuro con ello el art. 62); y el dolo como querencia del delito, y lo que esté más allá de esa intención, que se deje para la preterintencionalidad que para eso está. 4.- Castigar por eventos no planeados, aunque se asuman, atenta a principios estructurales de nuestro sistema: A nadie se le ocurre por ejemplo castigar y mucho menos reinsertar al gerente de una aseguradora por los riesgos que asume en su actividad, aunque sean eventos delictivos.

Y finalmente reconduzco el dolo eventual a la posición de garante establecida en el art. 11 b, porque ahora se regula la creación del riesgo precedente y se regula en sede de ejecución (omisión) y no de culpabilidad (dolo). Este precepto es un cedazo que separa el reproche de la creación del riesgo del dolo, y ahora es omisión; y como no es un hecho querido por más que sea asumido, lo que antes era dolo eventual por obra de la jurisprudencia, entiendo que ahora es omisión culposa por obra de la ley. En la estafa lo que ocurre es que la omisión del creador del riesgo es inherente al reproche de la acción, porque la advertencia del error impide el engaño mismo, siendo imposible la reconducción que proponemos como alternativa al dolo eventual; aunque siguiendo con la estricta omisión sí que son aplicables a la estafa los otros dos supuestos: por obligación legal (que en nuestra agravante se da con el cheque y la letra) y por obligación contractual (como el pacto de decir verdad).

Ya en el Cap. II, en materia de error del autor y a diferencia de lo que ocurre con el dolo eventual, la jurisprudencia sí que ha elaborado una línea bastante uniforme, de la que se extraen 4 requisitos básicos que paso a criticarles seguidamente:

1.- Debe probarse por quien lo alega: Y esto casi siempre le toca a la defensa: pero entiendo por contra, que el error, en cuanto afecta a la culpabilidad, incumbe a todos los interesados en el castigo justo, y estos interesados son en primer lugar el órgano judicial y el ministerio fiscal.

2.- Valoración de la vencibilidad: y aquí no tengo más remedio que criticar la ley, por dos razones:

2.1) Continúa teniendo el defecto de la subvención del error de tipo en el de prohibición y el problema de fronteras que conlleva (el que sufre error de tipo tampoco tiene conciencia de su actuar ilícito y sólo el conflicto de normas permite aplicar la regulación más específica del error de tipo, lo que no ocurre en el error de prohibición directo, que es igualmente un error de tipo o de infracción penal o de lesión de un bien protegido penalmente).

2.2) La regulación del error no se ha adaptado a la penalidad específica de la negligencia del código de 1995 ya que, penalizar esa negligencia genéricamente a través del art. 14.3 en todos los delitos de la parte especial aunque no admitan reproche culposo, contraviene el art. 12 que impide castigar un delito por imprudencia salvo que la ley lo diga expresamente. Obsérvese que la única diferencia entre error vencible e invencible está en la negligencia en salir del error, pero eso no transforma el delito en doloso, con lo que se está castigando el delito doloso en base a la exclusiva negligencia.

Como solución a estos dos problemas (de fronteras y de castigo del delito doloso en base a la exclusiva vencibilidad) se propone una pequeña modificación de la ley en clave de bien jurídico protegido, donde el error de tipo

es error sobre la lesión del bien protegido y el error de justificación se reduce a la justificación de esa lesión. La frontera es clara y se sitúa en el conocimiento o no de la lesión del bien, es decir, entre el actual error de prohibición directo y el indirecto, que pasan a ser de tipo o infracción y de justificación, respectivamente. Y la incoherencia de castigar el delito doloso en base exclusivamente a la negligencia queda igualmente superada, pues se salva la incoherencia con el art. 12 ya que este artículo se refiere a la lesión del bien jurídico pero no a la justificación, es decir, se refiere a los delitos y faltas de la Parte Especial pero no fuera de ella (Parte General –art. 20- u otras normas justificantes de la lesión, incluida la ley del talión).

Pero para tal solución también es necesario definir antes el bien protegido de cada tipo de la Parte Especial.

3.- Ausencia de duda en el actuar (Si hay duda no hay error): Pues bien, con este requisito se está aplicando la duda contra el reo igual que ocurre con el dolo eventual, es decir, que la duda es usada en los dos casos para perjudicar al reo, ya que el error, que beneficia al reo, no se le aplica por que existe duda o incerteza, y el dolo eventual, que le perjudica, sí se le aplica porque existe esa misma incerteza del hecho delictivo.

4.- No notoriedad del error para que sea aplicado (Si hay notoriedad no hay error): Criticable porque significa renunciar a la investigación de la culpabilidad individual. Pero incluso si preguntamos a las personas legas que nos rodean cuándo se castiga por ejemplo el cheque sin fondos nos damos cuenta de que el ciudadano medio no entiende la ley penal en sus justos términos o no la sabe (los que contestan algo dicen que en este país no se penaliza, pero en cualquier caso no se concibe como una estafa agravada).

Y en este punto pongo el ejemplo de dos avances de otras ramas de nuestro derecho y me quejo de que esa sensibilidad ha llegado antes a las pesetas que a las personas: Así en primer lugar, en el ámbito tributario, el T. Supremo niega la existencia de culpabilidad del ciudadano que (literalmente dice) “no tiene el deber de conocer los complejos entresijos del ordenamiento jurídico” (STS –Sala 3ª- de 2-11-1987). Y en segundo lugar, en el ámbito civil, el consumidor no responde por las obligaciones que no se le expresen de forma clara y sencilla, sin reenvíos en blanco (art. 10.1.a. de la ley 26/1984).

Dejando ya los cuatro requisitos jurisprudenciales, denuncio la doble regulación de los mismos supuestos en el art. 14 y en los tres primeros supuestos del art. 20, en una relación de genérica a específica. Este defecto endémico de nuestro código conlleva nuevamente diferente trato penal; Así, en un delito doloso como la estafa mediante cheque, letra o pagaré, la alteración leve de la conciencia de la realidad es una eximente incompleta (art. 20.3) que sólo rebaja la pena (art. 68) mientras que el error de tipo vencible le exime completamente.

Finalmente en el Cap. III distingo la culpabilidad del deudor de la del domiciliatario del pago y defiendo que la responsabilidad de éste debe descontarse de la de aquél para que el deudor responda por sus actos y no por los de terceros.