

EL ENGAÑO TÍPICO Y LOS DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN EN EL DELITO DE ESTAFA

(Discurso de ingreso en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia)

Sergio Herrero Alvarez

INDICE:

- 1. LA REGULACION LEGAL DE LA ESTAFAS**
- 2. LA SUFICIENCIA DEL ENGAÑO**
- 3. EL DEBER DE AUTOPROTECCION**
- 4. LA AUTOTUTELA DILIGENTE EN OPERACIONES COMERCIALES**
- 5. LA PRECAUCION DE LOS PARTICULARES**
- 6. OBSERVACIONES FINALES**
- 7. ALGUNAS CONCLUSIONES**

EL ENGAÑO TÍPICO Y LOS DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN EN EL DELITO DE ESTAFA

(Discurso de ingreso en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia)

Sergio Herrero Alvarez

1. LA REGULACION LEGAL DE LAS ESTAFAS

Los artículos 248 a 251 bis del vigente Código Penal español de 1995 (CP) tipifican y sancionan los delitos de estafa, tanto la propia como las impropias, en los términos siguientes:

“Artículo 248

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

2. También se consideran reos de estafa:

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

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

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

Artículo 249

Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste

Artículo 250

1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

5.º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

6.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

7.º Se cometa estafa procesal. Incurrirán en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

2. Si concurrieran las circunstancias 4ª, 5ª o 6ª con la 1ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 251

Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1.º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

3.º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

Artículo 251 bis

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."

2. LA SUFICIENCIA DEL ENGAÑO

Del conjunto de infracciones descritas y penadas en los preceptos señalados es ahora objeto de nuestro interés la estafa propia, con sede actual en el artículo 248.1 CP, es decir, la infracción tradicionalmente consistente en el ataque a un patrimonio ajeno mediante un procedimiento de engaño de una persona a otra, que le provoca un error y con ello le mueve a realizar un acto de disposición perjudicial.

Dentro de los elementos configuradores de esa infracción penal estudiaremos, mediante el examen de la jurisprudencia reciente, la estructura y, sobre todo, la entidad suficiente, del engaño desplegado por el autor, como uno de los requisitos para la existencia del delito de estafa.

Cabe antes recordar que el engaño presupone siempre una relación interpersonal: solo las personas pueden confiar y solo, por tanto, a las personas se les puede engañar. Bastante tiempo atrás quedó ya pacíficamente sentado que a las máquinas no se les induce a error, y, puesto que no se les engaña, la obtención fraudulenta a través de ellas de lo ilícitamente desplazado, genéricamente denominada como estafa informática, no es una estafa encuadrable en el apartado 1º del artículo 248 del Código, sino en su apartado 2ºa, por constituir una especie diferente de defraudación que prescinde de la mendacidad humana. Clara y rotundamente afirma la STS de 9 de julio de 2013 (622/2013) que este tipo de actuación *"no constituye una estafa de las genéricas tipificadas en el mismo artículo 248 en su apartado 1, ya que el procedimiento para atacar el patrimonio ajeno no pasa por una actuación engañosa desplegada por el autor ante otra persona a la que provoca error llevando a ésta a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero"*.

La jurisprudencia ha analizado profusamente el engaño, como elemento típico de la estafa, y lo ha descrito como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente, determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro. Esa enorme amplitud del concepto lo hace extensible, en suma, a cualquier falta de verdad o simulación, cualquiera que sea su modalidad, que motiva una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no se hubiese realizado. Precisamente por esto último, el engaño propio de la estafa debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición, para erigirse en su causa eficaz.

Siendo el ardid engañoso la columna vertebral de la estafa, la doctrina jurisprudencial considera como engaño bastante aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la entidad precisa para que en la convivencia social actúe como estímulo productor del traspaso patrimonial, y esa idoneidad ha de valorarse atendiendo tanto a módulos

objetivos como a las condiciones personales del sujeto engañado y a las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

En todo caso, el Tribunal Supremo descarta la aptitud de los engaños pueriles o elementalmente burdos para integrar la tipicidad del delito: la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes. Solo así será bastante para producir error en otro, o, dicho de otra forma, idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude. No basta, para ello, un ardid ilusorio o fantástico, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan.

3. EL DEBER DE AUTOPROTECCION

Lo indicado se conecta con la existencia, jurisprudencialmente proclamada, de un cierto deber de autoprotección de quienes, de una u otra manera, participan en el tráfico jurídico que pueda afectar a su patrimonio. Se considera que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y que la protección penal se limita a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

En tal sentido, no basta, para realizar el tipo penal objetivo, con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial, sino que es necesario además, en un plano normativo y no meramente ontológico, que ese perjuicio sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". El contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

La teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, sino que, comprobada esa causalidad natural, se requiere, además de verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y, en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, lo que quiere decir que crea un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En segundo lugar, ese riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del peligro permitido es indiferente que la víctima resulte en el caso particular engañada por su excesiva credibilidad, aun que ello sea conocido por el autor.

El juicio de idoneidad del engaño, en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial, comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos. Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria.

Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo (en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última) resulte evitable con una mínima diligencia no puede hablarse de engaño bastante y, por consiguiente, no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa, pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado.

Si esos mecanismos de autodefensa no han sido normalmente activados, entonces, en ese caso, el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Ahora bien, la determinación de cuando es jurídicamente exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Con todo, existe un margen en que le está permitido a la víctima la relajación de su deber de protección. De lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico, que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica.

En conclusión, el ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones a que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre los participantes, las circunstancias personales del sujeto pasivo y su capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autodefensa.

Cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal (en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones) respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y

un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.

Desde otro punto de vista, puede afirmarse que el requisito legal típico consistente en la relación de causalidad entre el engaño, el error fruto del mismo y el acto de disposición derivado, está ausente cuando el sujeto pasivo hubiera asumido el riesgo y efectuada la disposición patrimonial de todos modos, dada su falta de cuidado.

Resumida ya en la forma expuesta la doctrina jurisprudencial sobre la materia, interesa estudiar su aplicación efectiva en orden a perfilar las características concretas de esa exigible cautela autoprotectora, que, como vamos a comprobar, dependen, en buena parte, de las condiciones y actividades del sujeto pasivo de la posible estafa.

4. LA AUTOTUTELA DILIGENTE EN OPERACIONES COMERCIALES

El Tribunal Supremo viene, en general, considerando que no se da un engaño bastante cuando, en el ámbito de operaciones comerciales sencillas, no se realizan comprobaciones rutinarias que no requieren complejidad alguna.

Así, por ejemplo, la STS de 29 de octubre de 1998 (1285/1998) se refiere a un supuesto en el que la empleada de un banco había omitido *“la habitual exigencia de que se identifique debidamente la persona que pretende retirar fondos depositados en el Banco o Caja de Ahorros y acredite suficientemente que está legitimada para hacerlo”*. Se confirma la inicial absolución, respecto al delito de estafa, decretada por la Audiencia Provincial de Asturias. La acusada había afirmado ser otra persona, titular legítima de la cuenta, y no se le había requerido acreditarlo con su identificación. La resolución de casación niega explícitamente que pueda considerarse al banco víctima de una estafa porque su dependiente no actuó *“con arreglo a la pauta de desconfianza a que estaba obligado y el presunto defraudador, en consecuencia, habiendo mentido sin duda alguna, no habrá empleado un engaño bastante para sus fines, toda vez que, para conseguirlos, no habrá tenido necesidad de romper la específica barrera de defensa con que se garantiza la custodia de los fondos en poder del Banco”*.

También en sentido absolutorio se ha pronunciado el Alto Tribunal sobre casos en los que el autor del hecho efectúa compras con la mera exhibición de una tarjeta de crédito, de la que no es realmente titular autorizado.

La STS de 3 de junio de 2003 (807/2003) descarta el engaño típico de la estafa en un supuesto en el que *“la empleada de una de las tiendas que le atendió afirma que no pidió la documentación, porque en esa época no era preciso solicitarla, y no se dio cuenta si la tarjeta correspondía a un hombre o a una mujer, porque no la examinó, limitándose a introducirla en el Terminal de la empresa que activó la tarjeta de crédito”*.

En sentido similar se había pronunciado la STS de 2 de noviembre de 2001 (2017/2001) respecto a la falta de comprobación en un establecimiento público de la

identificación del titular de una tarjeta y la correspondencia o, al menos, cierta similitud entre la firma que consta en ella y la puesta en el tiquet firmado por quien la utiliza.

En este tipo de casos, como señalaba también la STS de 3 de mayo de 2000 (738/2000), *“no se cuestiona que el empleado de la tienda fue engañado, lo que se afirma es que el engaño fue propiciado por su conducta negligente y por lo tanto no fue bastante el desarrollado por el recurrente, ya que contribuyó decisivamente, en su propia victimización, la víctima con una falta de diligencia que le era claramente exigible como es comprobar la identidad del portador de la tarjeta de crédito”*.

La dedicación profesional del afectado es también tenida en cuenta por el Alto Tribunal para valorar la suficiencia del engaño articulado.

Así, por ejemplo, la STS de 8 de junio de 2001 (1068/2001) descartó la existencia de delito en el caso en que un profesional del tráfico inmobiliario había pagado por la supuesta adquisición de fincas que realmente no pertenecían al vendedor, afirmando que *“causa asombro y perplejidad que una persona introducida en el negocio inmobiliario adquiriera bienes inmuebles sin hacer la más mínima comprobación sobre la titularidad registral de los mismos con objeto de comprobar, mediante un sencillo trámite al alcance de cualquier comprador, si la venta podía surtir los efectos deseados”*.

En similar sentido, la STS de 5 de diciembre de 2008 (825/2008) negó igualmente la existencia de delito en un préstamo con garantía hipotecaria otorgado por una entidad bancaria cuyo director *“estuvo de acuerdo con formalizar el crédito hipotecario sin más datos acerca del valor de la finca así gravada que el ofrecido de manera unilateral”* mediante una valoración aportada por el prestatario, de la que no constaba siquiera que hubiera sido realizada por un tasador homologado. Afirma la resolución que *“así las cosas, es imposible sostener que la actuación de los acusados, en el caso de que hubiera estado presidida por el ánimo de defraudar, hubiese contado con aptitud bastante para obtener el efecto buscado de un banco contratante que estuviera en su papel. Teniendo en cuenta, como es obligado, el modo de proceder estándar de las entidades de crédito y lo fácil que habría resultado verificar mínimamente la fiabilidad de esa única tasación de parte. Porque lo realmente producido no fue una mera relajación de los deberes de protección, sino una franca renuncia a protegerse, por parte de Caja de Ahorros del Mediterráneo, que desistió de lo que son las más elementales cautelas, sustituyéndolas por un acto de fe, de su sola responsabilidad.”*

La necesidad de una autoprotección diligente parece, pues, claramente establecida por la jurisprudencia en el terreno de las operaciones comerciales, bancarias e inmobiliarias. Ahora bien ¿cabe decir lo mismo de las conductas privadas de quienes no actúan profesionalmente en esos ámbitos? Lo analizaremos, a continuación, a propósito de dos fenómenos en aparente y moderno auge: la actuación de médiums, videntes y adivinos, por una parte, y el denominado timo de los billetes tintados, por otra.

5. LA PRECAUCION DE LOS PARTICULARES

La STS de 2 de marzo de 2005 (276/2005) resolvió un asunto en el que los hechos probados narran como dos hermanos se pusieron en contacto telefónico con un vidente que, a través de un programa de radio, se dedicaba en directo a echar las cartas del tarot a los oyentes. Al contestar a su llamada el adivino les dijo que en el caso consultado había algo que no veía claro, por lo que acordaron entrevistarse en su gabinete. Acudieron los dos hermanos y allí les echó las cartas y les dijo que sus padres, ya fallecidos, estaban encadenados en la otra vida y que, además, uno de los hermanos iba a sufrir una enfermedad grave, así como que para librar a los padres de tales sufrimientos necesitaba hacer unos trabajos que costaban dos millones de pesetas, y para evitar la enfermedad mencionada necesitaba realizar otros por valor de medio millón más de pesetas, cantidades que efectivamente entregaron al acusado. Después, éste, que se había ganado su confianza, conoció la intención de ellos de adquirir un apartamento y se ofreció a hacer de intermediario con relación a una persona que se dedicaba a comprar pisos en las subastas. De este modo, con el compromiso de adquirir para los dos hermanos el apartamento, consiguió que le entregaran primero 3.000.000 de pesetas, luego 4.500.000 de pesetas y finalmente otros 5.000.000 de pesetas, dinero con el que se quedó sin realizar gestión alguna para la adquisición del piso, si bien, ante la insistencia de dichos hermanos, terminó devolviéndoles la cantidad de 4.500.000 de pesetas.

El Alto Tribunal considera que en lo ocurrido existió el engaño bastante propio de la estafa, y lo hace distinguiendo las dos diferentes fases de actuación de su autor, la primera como vidente y la segunda como intermediario en una adquisición inmobiliaria, y afirmando que no solo en ésta última, sino también en la inicial, se produjo un engaño suficiente.

Respecto a la actuación como vidente esta sentencia expresa que las falsas afirmaciones fueron creídas por los hermanos *“en ese ambiente que tan hábiles son para crear estos profesionales y tan eficaz es para obtener el lucro pretendido, precisamente porque la actuación se realiza respecto de personas que creen en la verdad de esos procedimientos y por eso acuden a esta clase de profesionales para averiguar su porvenir”*.

Añade la sentencia que se ha de calificar de bastante el engaño empleado *“por la condición especial de quienes acuden a esa clase de personas con una ignorancia bien inclinada a creer lo que les diga aquél a quien consideran dotado de poderes especiales”*.

La resolución recuerda también la doctrina jurisprudencial consolidada *“que para resolver si el engaño fue bastante o no, de modo reiterado nos viene diciendo que hay que estar a las circunstancias del caso concreto, particularmente las relativas a las condiciones específicas del sujeto pasivo, teniendo en cuenta que éste puede ser más sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual”*.

Finalmente, respecto a la segunda parte de lo sucedido, se afirma que *“además de ese abuso de la credibilidad de los dos hermanos a la que acabamos de referirnos, que creó una especial relación de confianza y sometimiento de las dos víctimas a la voluntad del*

acusado, hubo un engaño más concreto consistente en hacerles creer que iba a actuar de intermediario en la adquisición del apartamento que querían comprar tales dos hermanos, y que, para ello, necesitaba dinero que habría de adelantarse, porque conocía a quien se dedicaba a participar en las subastas de esta clase de bienes inmuebles."

En sentido distinto, la STS de 2 de febrero de 2007 (89/2007) decretó la absolución de quien había obtenido la entrega de 18.000 euros en condición de médium con supuestos poderes especiales para curar a una persona que sufría carcinoma hepático avanzado, con metástasis, pese a que, como es evidente, su intervención no impidió el curso natural de la enfermedad con resultado de muerte.

El relato de lo ocurrido se refiere en esta ocasión a dos hermanos cuyo padre padecía la gravísima enfermedad mencionada, a los cuales un familiar de la acusada les dijo que ésta tenía poderes y que gracias a ella un tío suyo estaba mejorando del cáncer que sufría. Los hermanos acudieron entonces a ver a la acusada, que les dijo que efectivamente estaba curando a su tío y, tras ver una fotografía del padre de ambos, les indicó que ella podía curarle, pero que había que actuar en una semana como máximo, ya que si no moriría. Les dijo también que el tratamiento era caro, pues incluía la compra de unos líquidos de precio elevado, y les explicó que también era necesario sacrificar animales y extraerles los mismos órganos afectados por el cáncer que sufría su padre, tarea para la que precisaba la ayuda de otra persona. En principio les pidió 2 millones de pesetas, cantidad que elevó en el mismo día hasta 3 millones de pesetas. Les llegó a enseñar su DNI, diciéndoles que anotaran sus datos como garantía de su actuación. Los hermanos, que se encontraban extremadamente asustados y desanimados por la enfermedad que sufría su padre, sin que los médicos les diesen ninguna esperanza de curación, hablaron con otros dos hermanos, decidieron conseguir el dinero que la médium les pedía y se lo entregaron.

Prosigue el relato de la sentencia narrando que hasta en cuatro ocasiones los hermanos se ocuparon de que la acusada fuera llevada desde otra localidad a casa de sus padres, presentándola como una prima del cónyuge de uno de ellos. Además el contacto telefónico fue permanente. En todo momento ella insistió en que estaba curando a su padre y les indicó diversos comportamientos que debían seguir para la curación, como por ejemplo que tenían que poner una vela y un vaso de agua delante de una foto de su padre. Mientras tanto la enfermedad seguía su evolución natural, sin ninguna influencia de los pretendidos poderes de la médium, pese a lo cual ella, con la que hablaban casi todos los días, les decía que continuaba ejerciendo sus poderes para curarlo. Finalmente, a los cinco meses del primer contacto de la acusada con los dos hermanos se produjo la muerte de su padre.

En este asunto el Tribunal Supremo niega la existencia del delito de estafa. Lo hace recordando, al principio, que puesto que el engaño nace de una relación de comunicación, personal o indirecta, con la persona engañada, para graduar su intensidad es necesario tener en cuenta las cualidades del sujeto pasivo. Sin embargo, a continuación advierte que *"para completar este cuadro es necesario tener en cuenta el grado de conocimiento medio de una sociedad que, como sucede en el caso presente, vive ya en el siglo XXI. El ciudadano medio de nuestra sociedad, tiene un nivel de información sobre*

estas enfermedades y sus características, que difícilmente puede alegar confianza racional en poderes paranormales. Se considera que no existe estafa cuando el sujeto pasivo acude a mediums, magos, poseedores de poderes ocultos, echadoras de cartas o de buena ventura o falsos adivinos, cuyas actividades no puedan considerarse como generadoras de un engaño socialmente admisible que origine o sean la base para una respuesta penal. En estos casos, por lo general, se considera que el engaño es tan burdo e inadmisibile que resulta inidóneo para erigirse en el fundamento de un delito de estafa."

Termina afirmando esta sentencia que "los médicos les habían advertido que era imposible la curación de un carcinoma hepático de las características que padecía el padre de los denunciantes. No sería extraño que, aun en contra de los consejos médicos, agotasen todas las posibilidades que la medicina mas avanzada pudiera proporcionar para tratar estas dolencias. Ahora bien, acudir a una médium a la que se atribuían poderes especiales, resulta una decisión quizás comprensible, pero que en ningún caso podía inducir a error a los denunciantes. La esperanza es humanamente entendida, pero la confianza en la magia no puede recabar la protección del derecho penal."

Resulta, pues, que no existe clara jurisprudencia sobre la suficiencia del engaño en situaciones como las expuestas.

Otro tipo de engaño que pudiera parecer, en principio, difícilmente suficiente para embaucar a personas normales (aunque acaso realmente lo justo sería decir a personas decentes) es el utilizado en el denominado timo de los billetes tintados.

Inicialmente, la STS de 3 de mayo de 2007 (351/2007) negó la existencia de delito de estafa en un timo de este tipo, cuyos hechos probados fueron, en resumen, lo siguientes:

"A finales del año 1999, el perjudicado, por mediación de unos conocidos, trabó contacto telefónico con el acusado, quien le comunicó que poseía 25 millones de las antiguas pesetas en billetes de 10.000, pero que estaban teñidos de negro por razones de seguridad y necesitaba unos líquidos especiales para devolverles su condición original, para cuya adquisición precisaba de la suma de 6.000.000 ptas. y que, si se los facilitaba, a cambio le devolvería 12.000.000 ptas.

Posteriormente, el perjudicado se trasladó desde Barcelona a Madrid y contactó personalmente con el acusado en el hotel Colón, quien, en los lavabos de dicho centro le hizo una demostración consistente en aparentar que unos papeles negros, después de echarle unos líquidos "limpiadores" se transformaban en billetes de 10.000 ptas.

Poco después, concertaron una nueva cita en un hotel de Las Rozas, donde el perjudicado entregó al acusado 6.000.000 ptas., de acuerdo con la oferte inicial, a la vez que éste último le entregó un bloque de billetes teñidos de negro que supuestamente coincidían con los 25.000.000 de ptas.

Al día siguiente, el segundo acusado se puso en contacto con el perjudicado, manifestándole que el primer acusado había tenido un problema, pero que él se hacía cargo del

negocio, por lo que, concertaron una nueva cita, esta vez en el Hotel Cuzco de Madrid, donde, después de que este segundo acusado aparentó haber limpiado unos billetes, le comunicó que no se podía terminar el trabajo porque el líquido se había estropeado o evaporado, y tenía que hacer nuevas gestiones para conseguir más líquido. Por ello, y para permitir esa adquisición del indicado líquido, el perjudicado hizo nuevos aportes de dinero, perdiendo finalmente todo lo así entregado."

El Tribunal Supremo afirma que tanto la jurisprudencia, como la doctrina y la ley exigen, para la sanción penal de los hechos, que el error haya sido producido por el engaño, lo cual supone que éste, por lo tanto, debe ser la "causa" del error, y añade, a continuación lo siguiente:

"Esa relación, denominada con frecuencia causal, sin embargo, se debe excluir cuando junto con el error concurren otras "causas" que contribuyen a la falsa representación del sujeto pasivo, en especial, las que ponen de relieve la falta de autoprotección de un sujeto pasivo que no ha tomado las mínimas cautelas para salvaguardar la integridad de su patrimonio. Tales circunstancias son de apreciar sobre todo cuando el sujeto pasivo se introduce en negocios poco claros, en los que el beneficio que se le ofrece carece de explicación comercialmente racional, cuando actúa con total despreocupación respecto de la licitud de los hechos.

En consecuencia, es de apreciar un engaño que fue bastante para provocar un error y la consiguiente disposición patrimonial del sujeto pasivo, pero la omisión de una actuación mínima cuidadosa del mismo excluye la tipicidad. Esta Sala ha aplicado ya este criterio en el caso de instituciones de crédito que no se han asegurado adecuadamente de la solvencia del cliente y los supuestos en los que el sujeto pasivo hubiera podido comprobar el estado del bien que quiere adquirir en un registro público."

Sin embargo, las afirmaciones de esta resolución no fueron luego mantenidas por la jurisprudencia ulterior, que, al contrario, ha venido calificando como estafa lo ocurrido en casos similares.

Así, la STS de 16 de julio de 2008 (479/2008) mantuvo la concurrencia del componente típico del engaño bastante, que requiere el delito de estafa, cuando los hechos consistieron, en resumen, en lo siguiente:

"Los acusados propusieron al perjudicado participar en un negocio consistente en la multiplicación de dinero mediante el procedimiento de introducir supuestos billetes de curso legal manchados de tinta, que ellos poseían, en un barreño con otros normales proporcionados por la víctima, junto con un líquido especial que también ellos tenían, y por cuyo efecto los primeros se transformarían en billetes normales, perdiendo el exceso de tinta. Allí mismo, y para convencerlo realizaron una demostración, aparentando obtener dos billetes de 50 euros, después de haber introducido en un barreño lo que supuestamente eran dos billetes tintados, en realidad dos simples hojas de papel negro, que luego cambiaron por dos billetes verdaderos. Posteriormente la víctima les hizo entrega de 31.500 euros de su propio bolsillo, cantidad que se comprometieron a devolver incrementada en un 10% en 24 horas, reintegro que nunca tuvo lugar, aduciendo haberseles terminado el líquido de efectos transformadores, emplazando

al perjudicado por otros quince días, e interesando una mayor aportación de dinero, con el argumento de que el nuevo líquido era más fuerte y necesitaban más dinero para la supuesta transformación. En una tercera reunión, les entregó otra cantidad de billetes, esta vez 54.000 euros, que los dos acusados introdujeron en un líquido negro y envolvieron en un paquete, que después en un descuido cambiaron por otro con cartulinas negras que previamente habían confeccionado, y le entregaron al perjudicado, con la advertencia de no abrirlo en 24 horas, que había que esperar para que se produjese el efecto prometido."

La resolución del Alto Tribunal constata que la maniobra engañosa desplegada por los acusados dio el resultado apetecido, ya que con tal insidia se consiguió provocar el error de la víctima y el desplazamiento patrimonial de ésta a aquéllos. Para considerarla delictiva añade que *"objetivamente considerado, el engaño fue bastante, aunque ciertamente la materialidad del ardid se aproxima notoriamente a lo inverosímil y fantasioso. Aquí es donde entra el parámetro subjetivo en el análisis de la situación, esto es, las condiciones personales del engañado, del que la sentencia señala dos características: que según lo advertido directamente por los jueces sentenciadores, "se ha podido apreciar claramente que se trata de una persona de natural confiada, y de inteligencia probablemente no muy despierta". No debe olvidarse, de otra parte, que la natural actitud de recelo y desconfianza del elegido como víctima ante una apariencia de realidad tan fuera de lo común como la que exhibían los embaucadores, se debilita progresivamente ante las eficaces maniobras de persuasión que por regla utilizan los timadores, lo que, unido a la codicia de la víctima, va a nublar la facultad de un discernimiento racional ante la situación que se le presenta, considerándola, finalmente, plausible y ventajosa en virtud de las artimañas de que se valen los delincuentes. Conclusión de cuanto ha quedado expuesto es la suficiencia del engaño en este caso concreto, tanto objetiva como subjetivamente, sin que tampoco quepa reprochar al perjudicado la falta de diligencia o de autoprotección a la vista de la "demostración" que presenció de la eficacia del método, aunque por razones obvias no pudiera percatarse del movimiento por el que los acusados sustituyeron arteramente los papeles negros por billetes auténticos."*

También consideró que hubo delito de estafa la STS de 26 de marzo de 2010 (270/2010), en un supuesto que califica como *"un engaño ya clásico y que se conoce como el engaño de los billetes tintados. Se tiende una celada a la víctima ofreciéndole la posibilidad de un lucrativo negocio caso de que preste dinero para quitar la tinta a una importante cantidad de dinero, tinta aplicada a los billetes para posibilitar la salida del dinero de un país africano, Sierra Leona, del cual, según explicaron a su víctima, tuvieron que sacarlos camuflados de esa forma, debido a la situación de conflicto bélico en dicho país, precisando de un producto químico muy caro para el lavado del dinero y su recuperación."*

Igualmente considera, en otro caso del mismo tipo, que existe delito, aunque sin especial análisis de la suficiencia del engaño, la STS de 4 de octubre de 2010 (834/2010), cuya escueta fundamentación es la siguiente:

"Al perjudicado se le hizo creer, mediante una elaborada presentación, que iba a obtener un importante beneficio aportando los medios económicos para "limpiar" unos billetes bancarios previamente tintados, llegándose a realizar un complejo "montaje", con simulación de esa operación de "lavado" respecto de cierto número de billetes y consiguiendo, de esta

forma, un inicial desplazamiento patrimonial, interviniendo el aquí recurrente, sin duda coordinado con los iniciales autores de la defraudación, en un momento ulterior, persiguiendo proseguir, con nuevos argumentos, la obtención de dinero del estafado.”

Con posterioridad, se ha mantenido pacíficamente la línea que considera típico el engaño de estos timos con billetes tintados, en las STS de 28 de octubre de 2010 (920/2010), STS de 22 de febrero de 2011 (100/2011), STS de 16 de mayo de 2011 (500/2011), STS de 11 octubre de 2012 (792/2012) y STS de 18 de junio de 2013 (563/2013).

Del último pronunciamiento indicado, la STS de 18 de junio de 2013 (563/2013) destacamos una afirmación que señala, probablemente, la razón de fondo latente en la decisión jurisprudencial de incriminar, ya resueltamente, estos timos:

Asevera esta sentencia la necesidad de valorar “la idoneidad objetiva de la maniobra engañosa en relación al caso concreto, con la estructura mental de la víctima y con las circunstancias en las que el hecho se desarrolla. No puede hablarse de un engaño burdo, grosero o esperpéntico del que cualquier persona se hubiera apercebido con una mínima diligencia, sino de una manipulación de paquetes aprovechando la distracción de la víctima y valiéndose al mismo tiempo los autores de su indudable destreza, habilidad y capacidad de persuasión para engañar al denunciante. Aunque no se trata de un ardid que pueda engañar a cualquier ciudadano, sino más bien a aquel sector de la población que alcanza un determinado grado de credulidad, ello no significa que ese espectro de la ciudadanía quede desprotegido por la norma penal ante una conducta reprochable que genera un riesgo ilícito para el patrimonio.”

6. OBSERVACIONES FINALES

Las resoluciones analizadas permiten concluir que la jurisprudencia admite la tipicidad de la denominada estafa de los billetes tintados, sin que sea óbice para ello el que un motivo esencial de la caída de la víctima en la trampa tendida sea la propia codicia del perjudicado, que anhela conseguir una fácil y rápida ganancia.

Parece oportuno recordar que, en otras situaciones, y dando un paso más, la posible víctima de la estafa actúa con móviles abiertamente espurios, buscando ella misma un injustificado lucro a costa de otra persona, como ocurre en los denominados timos de la estampita y del tocomocho.

En ello repara, entre las resoluciones recientes, la STS de 10 de septiembre de 2009 (890/2009), que postula la falta de tipicidad delictiva en *“aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos –algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido– en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo. Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el*

merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa."

Hemos de destacar, finalmente, que pronunciamientos aún más recientes matizan y modulan el deber de cautela de los perjudicados, siempre atendiendo a las circunstancias concurrentes caso por caso. Así, la STS de 8 de julio de 2013 (584/2013) afirma lo siguiente:

"Una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra, como se señala en la STS núm. 162/2012, de 15 de marzo, que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

El principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección."

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

Del examen jurisprudencial llevado a cabo podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El engaño, que constituye elemento típico esencial del delito de estafa, puede producirse de modos muy diversos, pero, bajo cualquier forma que se presente, ha de consistir en una puesta en escena o maquinación bastante para persuadir a la víctima del fraude de que realice un acto de disposición patrimonial perjudicial.

2. La maniobra engañosa ha de tener la suficiente entidad para resultar idónea para provocar el error del engañado y, en consecuencia, la disposición patrimonial.

Por eso, se excluyen, en principio, del tipo penal aquellas argucias tan bastas que serian en todo caso inútiles para obtener el fruto perseguido por su autor.

3. En el tráfico jurídico y en los ámbitos habituales de relaciones personales y sociales existe un cierto deber jurídico de proteger los intereses económicos propios, mediante el despliegue de unas mínimas precauciones ante posibles actuaciones fraudulentas en su contra.

4. La exigencia jurisprudencial de autoprotección en aquel a quien se pretende estafar es mayor si se trata de un profesional del ámbito comercial, inmobiliario o bancario, que en el caso de engaños desplegados en el campo de las relaciones personales.

5. Cuando esa cautela mínima no se observa y la persona realiza de forma absolutamente indolente un acto de disposición patrimonial en su perjuicio, no puede imputarse ese acto al engaño sufrido ni reputarse el hecho constitutivo de un delito de estafa.

6. En general, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esa regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado.

7. La idoneidad o no del medio engañoso empleado, para determinar si ha existido el engaño bastante típico del delito, ha de valorarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, de forma que, aunque no se consideren aptos para embaucar a la mayoría de las personas, pueden resultar típicos ardidés usados para engañar a las especialmente crédulas o confiadas, cuya detección suele ser precisamente una de las habilidades del estafador.

8. La necesidad de autotutela jurídica, como requisito para la existencia del delito de estafa, ha de ser, en general, reducida a las prevenciones mínimas al alcance de cualquier persona y compatibles con el desarrollo de la vida normal en sociedad.
