

**EL DELITO DE ESTAFA  
Y LA  
JURISPRUDENCIA DEL  
TRIBUNAL SUPREMO**

**José Manuel Barranco Gámez.**

**José Manuel Barranco Gámez.**

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER  
CONSTITUITUR**

## **INDICE**

### **EL DELITO DE ESTAFA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- 1. INTRODUCCIÓN. LA ESTAFA.**
- 2. LAS ESTAFAS. CONCEPTO.**
- 3. ELEMENTOS DE LA ESTAFA.**
- 4. ENGAÑO.**
  - I. INTRODUCCIÓN. CLASES DE ENGAÑO.**
  - II. DOCTRINA ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995.**
  - III. DOCTRINA POSTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995.**
- 5. ERROR DE LA VÍCTIMA.**
- 6. ACTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL.**
- 7. PERJUICIO PATRIMONIAL.**
- 8. ANIMO DE LUCRO.**
- 9. CIRCUNVENCIÓN DE MENORES O INCAPACES.**
  - I. CONCEPTO Y CIRCUNSTANCIAS PARA SU APRECIACIÓN.**
  - II. EL NOTARIO Y EL DISCERNIMIENTO DE LOS OTORGANTES. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL ASESORAMIENTO EN EL DERECHO ARGENTINO.**

**III. EL SUJETO PASIVO.**

**IV. EL SUJETO ACTIVO.**

**V. LA ACCIÓN TÍPICA Y EL PERJUICIO.**

**VI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.**

**10. DESARROLLO DEL DELITO Y PROBLEMAS CONCURSALES.**

**11. DIVERSAS CLASES DE ESTAFA PARA LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

**I. CURANDERA. MEDIUM CON PODERES CURATIVOS.**

**i. SENTENCIA DEL TS DE 2 DE FEBRERO DE 2007.**

**II. PODERES MAGICOS DEL SABIO DEL DESIERTO.**

**i. SENTENCIA DEL TS DE 9 DE JULIO DE 2009.**

**III. EL TIMO DEL NAZARENO.**

**i. SENTENCIA DEL TS DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2006.**

**ii. SENTENCIA DEL TS DE 21 DE ENERO DE 2010.**

**IV. EL TIMO DEL TOCOMOCHO.**

**i. SENTENCIA DEL TS DE 16 DE JULIO DE 1992.**

**ii. SENTENCIA DEL TS DE 27 DE MARZO DE 2000.**

**iii. SENTENCIA DEL TS DE 11 DE ENERO DE 2002.**

**V. EL TIMADOR TIMADO.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2010.**

**VI. EL TIMO DEL PAÑUELO.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 28 DE FEBRERO DE 1986.**
- ii. SENTENCIA DEL TS DE 16 DE FEBRERO DE 2007.**

**VII. EL TIMO DE LAS CARTAS NIGERIANAS.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 31 DE OCTUBRE DE 2011.**

**VIII. LA ESTAFA DEL LAVADO DE BILLETES TINTADOS.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 16 DE JULIO DE 2008.**
- ii. SENTENCIA DEL TS DE 26 DE MARZO DE 2010.**
- iii. SENTENCIA DEL TS DE 11 DE OCTUBRE DE 2012.**

**IX. EL TIMO “RIP DEAL” O NEGOCIO PODRIDO.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 17 DE ENERO DE 2013.**

**X. EL TIMO DEL CONCURSO DE TELEVISIÓN.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 29 DE ENERO DE 2013.**

**XI. LA ESTA DEL PHISHING.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 25 DE OCTUBRE DE 2012.**

## **XII. ESTAFA INFORMÁTICA**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 12 DE JUNIO DE 2007.**
- ii. SENTENCIA DEL TS DE 16 DE MARZO DE 2009.**

## **XIII. LA ESTAFA PIRAMIDAL.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 10 DE MAYO DE 2012.**

## **XIV. LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDOS.**

- i. SENTENCIA DEL TS DE 10 DE JUNIO DE 2012.**

## **12. PENALIDAD.**

## **13. TIPOS AGRAVADOS.**

## **14. FIGURAS ESPECIALES DE ESTAFA.**

## **15. CONCURSO DE LEYES Y CONCURSO DE DELITOS.**

## **16. DIFERENCIACIÓN ENTRE EL ILÍCITO CIVIL Y EL DELITO DE ESTAFA.**

## **17. RESPONSABILIDAD CIVIL.**

## **18. ANEXO. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**

**I. CONCEPTO DE DEFRAUDACIÓN POR CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES.**

**II. JURISPRUDENCIA DE LA CAMARA CRIMININAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL DE CASACIÓN PENAL DE ARGENTINA.**

- i. RTA. 14/04/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**
- ii. RTA. 22/05/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**
- iii. RTA. 18/06/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**
- iv. RTA. 06/02/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**
- v. RTA. 24/06/10. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**
- vi. RTA. 09/10/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**
- vii. RTA. 17/08/2011. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**
- viii. RTA. 11/09/09. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**
- ix. RTA. 28/10/10. CONTIENDA ENTRE JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Y JUZGADO FEDERAL.**
- x. RTA. 29/06/12. ESTAFA.**
- xi. RTA. 21/03/13. FALSEDAD IDEOLOGICA.**
- xii. RTA. 6/07/12. FALSEDAD IDEOLOGICA.**
- xiii. RTA. 10/07/12. FALSEDAD IDEOLOGICA.**

**19. BIBLIOGRAFÍA.**

## **RESUMEN**

El delito de estafa consiste en el empleo de artificio o engaño, a fin de procurar para sí o para terceros un provecho patrimonial en perjuicio ajeno. Para Muñoz Conde, lesiona, al mismo tiempo, la buena fe y las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico.

El engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La valoración de la idoneidad del engaño no puede prescindir de las reales y concretas circunstancias del sujeto pasivo, conocidas o reconocibles por el autor. Además el engaño habrá de ser bastante, esto es, idóneo, causante, suficiente y bastante para producir el error que genera el fraude, no bastando un engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelven, suficiencia ésta la del engaño que habrá de ser examinada en cada caso concreto.

## **PALABRAS CLAVES**

Engaño, ánimo de perjudicar, ánimo de lucro, error, disposición patrimonial, perjuicio patrimonial, gravamen, fraude, vicios ocultos, vínculo contractual, buena fe, lealtad contractual, consumación, legítimas expectativas, riesgo empresarial, falsedad documento mercantil.

# **EL DELITO DE ESTAFA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

## **1. INTRODUCCIÓN. LA ESTAFA**

El nombre de estafa aparece por primera vez en textos positivos en el Código de 1822, cuyo artículo 766 contenía un concepto enumerativo atendiendo a los medios comisivos, definiéndola así: “cualquiera que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa y otro embuste semejante, hubiese sonsacado a otro, dinero, efectos o escrituras, o le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituyere en verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial”.

Los elencos comisivos de la estafa, que en el artículo 440 del Código de 1848 se reducían a tres, fue aumentando a nueve en el de 1870 (artículo 548) y a veintiuno en el de 1928 (artículo 725), decreciendo a ocho en el artículo 529 del Código de 1944.

El concepto legal unitario de la estafa no se obtuvo hasta la reforma del artículo 528 del Código de 1944 operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, siendo adoptada la definición acuñada por Antón Oneca, seguida por la doctrina y jurisprudencia, como “la conducta engañosa, con ánimo de lucro, 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 perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”.

La casuística que dominaba la formulación de la estafa en nuestro sistema punitivo, en contraste con la ausencia de una definición fundamental de tal delito -se lee en la Exposición de motivos de la Ley de 1983- se obvia con la introducción, en una nueva configuración del artículo 528, de una definición esencial de la estafa, capaz de acoger los diferentes supuestos planteados. Dicho precepto reza así: “cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero”.

## **2. LAS ESTAFAS. CONCEPTO**

Las SSTS 484/2008, de 5 de mayo y 787/2011, de 14 de julio, con cita de la STS 47/2005, de 28 de enero, definen la estafa como “un artificio creado por alguien con objeto de hacer pasar por cierta una situación que no lo es, como forma de inducir a error a otro que, en virtud de la aceptación de tal apariencia como real, dispone de algún bien a favor del primero, que se enriquece ilícitamente, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el segundo”. También los AATS 1925/2012, de 29 de noviembre y 134/2013, de 17 de enero.

El Código actual regula la estafa en la Sección 1ª del capítulo VI (De las defraudaciones) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del Libro II; capítulo que se integra por tres Secciones dedicadas a las estafas, la apropiación indebida y las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, respectivamente.

En cuanto al delito de estafa, el art. 248 CP dispone lo siguiente:

1º. Cometan 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.

2º. 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.

3º. La misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

## **3. ELEMENTOS DE LA ESTAFA**

En cuanto a los elementos del delito, serán necesarios los siguientes

Primero, el engaño del sujeto activo.

Segundo, el error de la víctima.

Tercero, la realización de un acto de disposición patrimonial por parte de la víctima.

Cuarto, el perjuicio patrimonial.

Finalmente, el ánimo de lucro del autor del hecho.

## **4. ENGAÑO**

### **I. INTRODUCCIÓN. CLASES DE ENGAÑO**

La STS 161/2002, de 4 de febrero, dice que engaño es “la acción y el efecto de hacer creer a alguien, algo que no es verdad, y de forma análoga el Diccionario de la Real Academia estima por tal «falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre», y por engañar «dar a la mentira apariencia de verdad». Desde la perspectiva jurisprudencial, la STS de 23 de abril de 1992 (asunto síndrome tóxico), dice que el engaño sería toda afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso o bien el ocultamiento o deformación de hechos verdaderos”.

En cuanto al engaño, será necesario que el sujeto activo haya utilizado engaño bastante para producir error en el sujeto pasivo. En este sentido, la existencia de engaño bastante deberá contemplarse desde un punto de vista subjetivo y objetivo:

Por un lado, desde el punto de vista subjetivo, será engaño bastante aquél que reúna unas condiciones mínimas de idoneidad concreta para producir el error de la víctima teniendo en cuenta sus circunstancias subjetivas y, en particular, sus aptitudes intelectuales para apercibirse del engaño al que es sometida.

En segundo lugar, desde el punto de vista objetivo, será engaño bastante aquél que reúna unas condiciones mínimas de idoneidad abstracta para producir el error o, lo que es lo mismo, aquél que cuente con una apariencia de realidad y seriedad suficientes para defraudar a personas de inteligencia media. De este modo, no darán lugar a la comisión del delito aquellos engaños que no sean objetivamente idóneos como sucedería con la persona que acepta una burda fotocopia de un billete en pago de una determinada prestación.

Para la doctrina se pueden distinguir las siguientes clases de engaños:

- Engaño basado en una simulación expresa, es decir, aparentando un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz, *expresis verbis*.

- Engaño basado en actos concluyentes, esto es, aparentando un hecho y respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas que lleven al engañado a un error.
- Engaño basado en la omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad, ya que se mantiene a la víctima en el error.

Respecto del tipo de conducta<sup>1</sup> que debe ser exigida para estar en la presencia del elemento, esto es, si debe ser activa por parte del agente o está comprendida también la omisión, se entiende que toda conducta engañosa es activa. De esta forma, el comportamiento omisivo no sería constitutivo de engaño, salvo en el caso que la persona tenga una obligación legal de hacer salir del error a quien ha incurrido en éste. Lo mismo sucedería con el silencio, cuya posibilidad como manifestación engañosa también debería rechazarse o con la mera opinión respecto de una cosa o circunstancia, ya que ello evoca a una subjetividad que, a priori, no puede ser considerada como mentirosa, salvo que se demuestre lo contrario en el contexto del caso concreto.

La estafa es un delito que exigiría una calificación del engaño y cierta diligencia en la víctima; o, La estafa, al contrario, es un hecho punible que debe proteger a toda clase de víctimas. Lo primero ha sido tratado con especial interés por la victimodogmática, concepto creado por la doctrina alemana. Bajo este análisis, resultaría decisivo el comportamiento de la víctima en el momento en que se decide la punición del comportamiento, toda vez que un ofendido que no realiza con la suficiente diligencia el resguardo de su ámbito de protección, no recibiría ni debería recibir en lo sucesivo la protección del Estado de Derecho: “Si el daño social resulta de la conducta de la víctima que desatiende sus propios intereses, entonces, de hecho, la víctima, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse de una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación puede ser mejor lograda negándole la protección del Derecho penal si ella descuidó sus propios intereses”. Acerca de la suficiencia o no que debería tener el engaño para resultar típico, en los últimos lustros se han desarrollado tres teorías al respecto. La primera, denominada objetivo-subjetiva, que analiza el engaño como idóneo para inducir a error a otro a través de una consideración objetiva y en conjunto con ello, en una perspectiva subjetiva en que se toman en consideración las condiciones particulares del sujeto pasivo. La segunda, que alude a la extensamente tratada por la literatura penal contemporánea, teoría de la imputación objetiva del resultado; y la tercera, que estudia la infracción de los deberes de veracidad, con gran repercusión en la

---

<sup>1</sup> Leyton Jimenez J.F “Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporánea”. *Ars boni et aequi* (año 10, n.º 2). 2014.

última década gracias a su estimable esfuerzo en realizar un análisis normativo de la conducta típica.

## **II. DOCTRINA ANTERIOR AL CODIGO PENAL DE 1995**

Entre las infracciones patrimoniales<sup>2</sup> que constituyen defraudación, reviste particular interés el delito de estafa, siendo elemento esencial la concurrencia del engaño, ya que lo característico de esta infracción se encuentra, precisamente, en que la apropiación patrimonial que pretende el autor se logra mediante un artificio planeado astutamente, de suyo capaz, para provocar la equivocada aceptación de la víctima. Descansando ésta en la creencia de que su desprendimiento patrimonial es aconsejable, dadas las expectativas de satisfacción o compensación que le animan, no tiene inconveniente en aceptar ese desplazamiento económico con una entrega voluntaria de dinero, sin percatarse de que la pérdida tendrá carácter definitivo si el destinatario no descubre la añagaza que le ha sido tendida con objeto de inducirle a error. De lo expuesto se desprende que son necesarios dos requisitos para la existencia del engaño. Primeramente es preciso el uso de un ardid o maniobra sagazmente urdida, capaz de suscitar la conformidad de la presunta víctima a las promesas ofrecidas por el delincuente. En segundo lugar, es necesario para el logro de la finalidad pretendida que el sujeto pasivo deposite su confianza, otorgando un crédito a la oferta que le fue propuesta, o prevaliéndose en otros casos de la ignorancia de la persona que va a ser perjudicada. El primero de los aspectos pone de relieve la causa desencadenante del perjuicio surgido por una actividad maliciosa desplegada por el ingenio o perfidia, susceptibles de motivar, en una persona de inteligencia media, la falsa creencia que la apariencia suscita, sin reparar en el fraude que, veladamente, se esconde detrás de la superficie. Es, por tanto, característica de la estafa la forma subrepticia de actuar, porque la realidad auténtica, aunque encubierta dentro de la operación, pasa inadvertida a la mirada ligera de quien va a padecer las consecuencias, según los deseos del artífice. La propuesta puede presentarse de manera sugestiva y atrayente, pues un estímulo es el que mueve a interesarse al sujeto, y es en la fuerza incitadora que el ofrecimiento alberga donde, frecuentemente, estriba el poder de captación de la argucia contenida en este delito.

Cualesquiera que sean sus modalidades, siempre existirá un medio doloso empleado como reclamo, porque estimula subjetivamente intereses o sentimientos, sean

---

<sup>2</sup> Onechea Santamaría C. "El engaño en el Delito de Estafa".

o no altruistas, nobles o dignos, pero que impulsan al destinatario a interesarse primero y a aceptar, en su caso, después, el contenido de la propuesta punible. Debe mediar, por tanto, en el delito de estafa una falsedad, pues la verdad no es manifestada explicablemente por el autor. Ahora bien, para que disfrute de eficacia el engaño y se consume la defraudación es preciso, además, que la falsedad pase inadvertida, gracias a una simulación habilidosamente preparada, de forma que la persona elegida, sorprendida su buena fe, prevaleciendo el autor de una necesidad, conocidos sus intereses, preferencias, debilidades o inclinaciones, y en todo caso, basándose en un error o ignorancia, experimente las consecuencias dañosas de unos actos en los que, a veces, cuenta decisivamente la propia negligencia de la víctima, por no reparar en el fondo auténtico y no manifiesto en la presentación que se hace de una operación comercial o económica en general.

En efecto, en su aspecto pasivo la estafa supone una falta de atención, inteligencia y vigilancia por parte del perjudicado. Es explotada su espontánea credulidad, por no abrigar las necesarias sospechas que, ni menos en un principio, cabe oponer hasta tener las oportunas garantías que ofrezcan el crédito necesario antes de formalizar un acuerdo. Si los tratos preliminares deben estar rodeados de las necesarias cautelas, antes de comprometerse seriamente, con mayor razón debe ser esto así si no es conocida la persona con la cual se trata, no es racional o verosímil el contenido de cuanto se expone, o no existen todavía las suficientes seguridades de ser ciertos los hechos que se expresan. El procedimiento utilizado para embaucar a la víctima cuenta con dominar a ésta, la cual apreciará y pasará por lo que se dice o hace fiando el autor en las condiciones personales de la víctima y en la aptitud del medio empleado. Es menester poner en relación las dos vertientes del problema para conocer cuándo el engaño es idóneo al fin pretendido. Si la añagaza no es apta de suyo para llevar a engaño a la persona menos preparada y consciente, de forma que una elemental instrucción permite negar toda credulidad a lo que se dice, entonces y en casos normales se debe negar la existencia de engaño. Cabe recíprocamente la posibilidad de que el medio empleado sea de suyo apto, pero el destinatario, por tratarse de persona precavida y atenta, no se deje impresionar por una apariencia que no resiste un examen detenido. Y siendo evidente que no es necesario esperar al resultado positivo o negativo de la acción para poder incriminar las conductas, es claro que la responsabilidad existe y, por consiguiente, es preciso atender a la virtualidad que tiene objetivamente el medio que el ingenio de la mente criminal ha ideado para así valorar la susceptibilidad de producir engaño se consiga o no el objetivo. Con todo, no es posible examinar solamente el lado activo del problema, pues el aspecto pasivo debe ser debidamente estimado dada la relatividad que se encierra en esta materia, ya que el sujeto destinatario es un elemento a considerar necesariamente. El delincuente, en el logro de su ambición, pondera las dos exigencias a que nos referimos. Y así puede hablarse de un engaño idóneo, cuando es susceptible, en términos generales, de conseguir su propósito contando con el impacto

subjetivo del artificio que intenta provocar consecuencias fraudulentas. Resulta claro que, la eficacia del engaño, es problema, cuya dimensión se plantea en un terreno de extraordinaria relatividad, pues para que la acción del estafador encaje en el ánimo de la víctima hay que contar con la disposición de ésta, ya que el otorgamiento de la voluntad descansa en una serie de condiciones subjetivas previas, de interés, experiencia, preparación, necesidad o confianza, que es muy probable sean estudiadas por el delincuente a fin de poner en juego, con las máximas garantías de éxito, un estudiado plan de ejecución.

Por eso dice Quintano Ripollés en su Tratado de Derecho penal: «que no sólo interesa en el engaño un cómputo objetivamente cuantitativo, sino la relación con su eficacia operativa». En efecto, el grado de perfección de la más consumada maestría, manifestada en la preparación del fraude, puede resultar inoperante ante la sagacidad, no menor, que opone el destinatario. De la misma forma que la candidez más absoluta puede ser presa fácil, y llegar a ser tomada por cierta una falsedad que no es comúnmente digna de crédito. Para explicar de hecho un resultado interesa conocer esa adecuación que tiene en cuenta los dos términos subjetivos de la relación. Y así, la consecución de un propósito criminal puede ser resultado de la entidad del engaño, habida cuenta de la destreza desplegada, que está dirigida, y es dependiente de la ingenuidad de la víctima, de manera que aquella idoneidad viene confirmada si tales circunstancias coinciden hasta ganar la voluntad del perjudicado. Unas veces, el factor sustancialmente determinante será la agudeza de la astucia, otras la debilidad de carácter o la elemental preparación del perjudicado. La entidad del medio comisivo no lo es todo para sorprender la buena fe, pues la variabilidad de condiciones en cada destinatario así lo explica. También puede hablarse de una idoneidad en abstracto, atendiendo a la reacción que provocaría cierto engaño en una persona medianamente diligente. Es de particular interés este aspecto para poder determinar los casos en que el delito ha quedado en grado de tentativa o frustración, pues si, en definitiva, el resultado depende de la reacción que oponga el destinatario, lo negativo de la respuesta puede muy bien ser debido a estar alerta la presunta víctima o ser ésta persona avisada.

Conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, la entidad objetiva de la maniobra engañosa puede ser mínima, ya que la sentencia de 4 de marzo de 1955 declaró que no impide la realidad de la estafa lo deleznable del subterfugio utilizado por el culpable. Importa analizar la génesis de la decisión que lleva al sujeto pasivo a aceptar o transigir, pues descansando la voluntad en el error o ignorancia, es la falta de conocimiento pleno el origen del resultado fraudulento por él padecido. Existe una voluntad viciada, indudablemente, como sostiene Quintano Ripollés, porque si el grado de incapacidad mental fuese absoluto, más que ante estafas estaríamos ante delitos de hurto. Es importante advertir que esa ignorancia debe ser provocada por la maniobra engañosa. Su eficiencia tiene que manifestarse por su valor causal al ser origen de un saber erróneo, preparado y facilitado con el fin de crear las condiciones previas que

llevan a la conformidad de quien es inducido a ello por tales medios. El estafador, para el éxito de su conducta, fiará mucho de los aspectos formales y, cifrando sus esperanzas en que la víctima no llegará a trascender de la pura apariencia que se le ofrece a su consideración, confía en que no se opondrá, fundándose inadvertidamente en un supuesto parcial y erróneo. Por eso el perjudicado consiente en algo, cuyas consecuencias lesivas desconoce por el momento. Con su actuación el delincuente condiciona esa captación de voluntad moviendo los resortes que impulsan a emitir la decisión conveniente a sus intereses, presentando como atrayente o, por lo menos irreprochable, aquello que se propone. Frente a todo formalismo adentrarse en el contenido de un acto y valorarlo en sus resultados económicos y causas justificativas, tras un hondo examen, constituye exigencia ineludible en esta clase de delitos. Puede acontecer que sea muy compleja la conducta y abarcar multiplicidad de actos aislados, porque una consideración independiente no permitiría discernir responsabilidades y obtener una estimativa definitiva y completa.

Un caso particular que merece especial atención por los tratadistas es el supuesto de las exageraciones en que incurre el comerciante o industrial al hacer propaganda de sus productos, llegando a la conclusión de que no puede exigirse responsabilidad penal, pues el posible comprador se encarga de formar juicio depreciando las supuestas excelencias que se proclaman de la mercancía. También se plantea la duda cuando la cosa vendida posee vicios ocultos. La omisión del vendedor que no da a conocer este hecho sabiéndolo y la inadvertencia del comprador, por no estar el defecto a la vista, son circunstancias que permitirían pensar en el engaño. Y creemos que no debe excluirse tal posibilidad porque el Código Penal castiga al que defraudare a otro en sustancia, cantidad o calidad de objeto que debiere entregar en virtud de un título obligatorio. Ahora bien, ¿cómo se puede deslindar el ámbito de la responsabilidad civil y penal? Tanto en uno como en otro caso, existe una merma o detrimento patrimonial en la cosa que se enajena, pudiendo pasar inadvertida tal circunstancia por permanecer ocultos los vicios. Es precisamente la creencia en la bondad e integridad del producto adquirido lo que llevó al comprador a manifestar un asentimiento a la oferta. Mas lo específico de la conducta penal debe ser, junto a la conciencia del vendedor de la existencia del menoscabo que padece la mercancía, una presentación correcta de la misma, con una apariencia que encubriendo la realidad impida la apreciación inmediata del defecto, incluso tras un examen detenido del objeto vendido.

Para que el acto sea punible es precisa una malicia en el autor, pues se trata de un delito esencialmente doloso. En esta infracción penal, como en el saneamiento por vicios ocultos, propio de la responsabilidad civil, existe un menoscabo, más siendo lo específico de la estafa la concurrencia del engaño, se requiere el conocimiento de esa realidad por el vendedor y la consciente simulación de este hecho, pues al estar velados los defectos es probable que pasen inadvertidos a la persona del comprador. Hay en el delito un propósito evidente de ocultar el vicio o, al menos, un prevalimiento de la

natural clandestinidad del defecto por no estar éste a la vista y precisarse para su descubrimiento un examen más metódico, que el momentáneo y superficial, del objeto entregado, un reconocimiento técnico, un uso reiterado o simplemente el paso del tiempo que por sí sólo, a veces, se encarga de denunciar o mostrar. Otro aspecto de mucho interés en el estudio del delito de estafa es el relativo a la necesidad de conectar tanto el resultado como el comportamiento que lo motiva, con la causa o título correspondiente a la gestión o acto, con ocasión del cual se perpetra la transgresión. En efecto, es frecuente que la comisión de este delito lo sea en la preparación, formalización y cumplimiento de un negocio jurídico. Al infringir las obligaciones de lealtad, buena fe y veracidad una de las partes intervinientes en la operación o contrato, y sorprender la buena disposición concurrente en la otra, se lesiona un interés jurídico digno de protección. Ahora bien, el quebranto patrimonial irrogado debe referirse y conectarse con la causa que es inherente al instrumento jurídico empleado por las partes para el logro de un fin práctico. La idoneidad del medio, que permite alcanzar un efecto económicosocial legítimo, es claro que no se cumple cuando una de las partes deviene en la situación de víctima, porque la otra, abusando de la confianza depositada, hace del acto jurídico utilizado un vehículo que da ocasión para el fraude, bien sea por incumplimiento de lo acordado, la falsedad de las manifestaciones o no ser ciertos los supuestos en los que descansaba la creencia del perjudicado. Por eso es preciso una puesta en relación del contenido del acuerdo con el título que da un valor justificativo a lo pactado, atendiendo a los fines perseguidos por una y otra parte.

Para determinar la ilicitud de un hecho es menester valorar no sólo las declaraciones de las partes, sino también los condicionamientos implícitos en que aquéllas descansan, ya que éstos son base del compromiso contraído. El propósito buscado por los interesados les lleva a servirse de una figura jurídica adecuada a su objeto y es, precisamente, la estimativa que analiza, primero, la conducta del presunto culpable para ponerla; después, en relación con la causa o título jurídico del que dimanen un conjunto de deberes de necesario cumplimiento, lo que permite valorar la antijuridicidad de la conducta. De ahí la necesidad de una apreciación de conjunto, porque tras un examen global es cuando se puede deducir la legitimidad o no del comportamiento, teniendo en cuenta la certeza de los hechos que sirvieron de fundamento a promesas recíprocas, términos del acuerdo y modo de cumplimiento. Sobre todo, cuando la índole del asunto es muy compleja, por abarcar la conducta muchas operaciones parciales, es particularmente importante la apreciación tenga en cuenta la necesidad de ese examen general. Si la complejidad facilita la confusión y ésta circunstancia, a su vez, hace el juego a los intereses del sujeto dispuesto a prevalerse de ello planeando hábilmente una actuación fraudulenta, a fin de obtener ilícitas ganancias, no estará de más declarar la conveniencia de obtener claridad en el conocimiento de los hechos.

En la noción de claridad es de notar la interdependencia existente entre aspectos procesales y sustantivos, pues sabido es que la indagación de estos últimos en el procedimiento se hace en función de su posible relevancia y repercusión jurídica. Es aquí, en el delito de estafa, y en estos casos, donde mayor significación tiene lo que antecede, por ser necesario valorar acciones junto a omisiones cometidas por el presunto delincuente, que constituyen la unidad jurídica propia de un acto que puede estar integrado de una pluralidad de conductas. Se trata de formar una estimativa que, unitariamente recoja el fruto de una investigación, técnicamente dirigida, y cuyos resultados, descubierto el hecho punible, deben corresponder con el propósito criminal perseguido por el autor.

Toda la doctrina civilista sobre el enriquecimiento injusto, que tiene en cuenta la existencia de una ganancia en una persona y correlativo empobrecimiento de la víctima, sin causa justificada que motive el desplazamiento patrimonial, puede muy bien ser tenida en cuenta en el estudio del delito de estafa. Siendo necesaria la concurrencia de estos supuestos, sin embargo, y como hemos indicado, ello no es suficiente para la aparición de la responsabilidad penal. El dolo específico de la estafa, que va implícito en el engaño, delimita y reduce la esfera de acción penal, debido a que la consecuencia, calificada genéricamente como injusta, ha sido producto, precisamente, de una sagacidad puesta al servicio de un fin contrario a Derecho. Una relación de causa a efecto mediará, siempre entre acción y resultado; pero, de una manera más concreta y específica, se puede proclamar esta exigencia entre la malicia que acompaña a la conducta y el fraude conseguido, aunque la eficacia, según los casos, puede ser mayor o menor, ya que la defraudación puede no ser lograda. En el delito de estafa se parte de un supuesto general. Estamos siempre ante hechos que tienen un carácter antijurídico, ya que una persona ha sufrido un perjuicio económico y otra correlativamente se ha enriquecido, sin causa justificativa de tal resultado, pero al acotado contenido del Derecho penal esto no basta. Nuestra disciplina jurídica, dando beligerancia a un requisito subjetivo con valor diferenciador y específico, hace del elemento anímico del engaño idea rectora de esta figura delictiva. Hasta tal punto es así que el factor decisivo para poder separar, en cada caso concreto, la materia que nos ocupa de la responsabilidad exigible en el terreno del Derecho privado, estriba, precisamente, en este elemento esencial constitutivo de la estafa. Mas la importancia del engaño no se detiene aquí. No sólo el juez interesa precisar la naturaleza, alcance y contenido, sino también al legislador para determinar la extensión que debe abarcar esta especie delictiva y precisar las tipologías correspondientes a los supuestos previsibles para ser objeto de incriminación. El engaño empleado denota un índice de peligrosidad en el autor y revela la intensidad criminal que el mismo encierra. La reflexión que se precisa para maquinar el artificio, preparado por el delincuente, a fin de lograr con eficacia su objetivo, es incompatible con un proceder espontáneo. En otros delitos son impulsos elementales o primarios los que motivan el crimen y será la falta de educación de los

resortes que llevan a una inhibición o paralizan acciones instintivas, dignas de reproche, la causa de la aparición del delito.

Por el contrario, el mecanismo psicológico que caracteriza la formación interna del delito de estafa es muy otro. Un cálculo que sopesa posibilidades, riesgos, conveniencias u oportunidades es nota que singulariza al engaño. Por eso estimamos que el delito existe tanto en el caso en que predomina la habilidad en la ideación y realización del hecho, como en aquellos otros en que lo fundamental, a efectos de la consumación, es el aprovechamiento de las condiciones personales de la víctima. El estudio de las circunstancias subjetivas de signo negativo en el perjudicado es algo cuyo conocimiento permite captar la voluntad para así abrir paso a la realización de siniestros propósitos. En el primer caso aparecen exteriormente, de una manera más ostensible, los aspectos activos de la conducta penal. En el segundo, por el contrario, la víctima ha sido menos preparada y la voluntad de ésta parece que ha sido ganada de forma más espontánea y voluntaria. Mas, si se profundiza, podrá observarse que el delincuente, prevaliéndose de un estado personal de la víctima, que lo es, precisamente, por las insuficiencias que padece y de las cuales se aprovecha el autor, actúa en consecuencia tras de observar y analizar cuidadosamente.

Por todo ello, es menester estimar en su justo valor los matices psicológicos que acompañan a la génesis de este delito. La dinámica de su formación no puede desconocer que el cálculo está en función de su incidencia en la víctima y presumibles reacciones. De ahí deriva la producción del resultado, siendo la susceptibilidad de eficacia donde radica, en concreto, la idoneidad del engaño. La razón por la cual el legislador recoge en el Código la circunstancia agravante de la astucia, que tiene un marcado carácter subjetivo es, sin duda, por la peligrosidad que revela el delincuente considerando la tendencia criminal del individuo. Mas este aspecto general está cualificado por el refinamiento intelectual que pone en juego el autor para sorprender sin ser descubierto, eliminando la defensa que este último, en otro caso, podría oponer de manifestarse la acción de manera franca y abierta. Esta es también la situación planteada en el delito de estafa, pues el responsable, en su afán de buscar la manera de presentar la conducta con la mayor simulación posible, que le deje a cubierto de toda sospecha, arbitra el modo, exteriormente correcto, permitiéndole llevar adelante sus fraudulentos deseos.

Es de notar que siempre está latente, en este tipo de infracciones, un peligro derivado del enfrentamiento que se da entre la reflexión, por una parte, y la espontaneidad, de otra. La cantidad de atención y la intensidad de la meditación de toda la preparación que ofrece el delincuente, antes de poner en práctica su obrar, tendría una oposición adecuada si la víctima estuviera alerta y precavida. Mas, es sabido que esto no siempre es así, aunque sólo sea pensando que la condición previa de tal disposición psicológica, descansa en la desconfianza que ya inicialmente opone el potencial

perjudicado. Por eso, en el delito de estafa se da con frecuencia un abuso de confianza aunque no en la forma cualificada de la circunstancia agravante del mismo nombre. El delincuente especula, en gran medida, con una propiedad característica del hombre medio quien, para no procurarse excesivas preocupaciones, aun estando en juego sus intereses, forma juicio de una conducta fiando de las apariencias y no reparando más que en aquello que está a la vista, sin profundizar en las verdaderas intenciones del estafador a quien desconoce. Esta actitud de despreocupación frecuente en el vulgo es aprovechada por el responsable penal en beneficio propio. Todo lo expuesto debe conectarse estrechamente con el móvil lucrativo que inspira la decisión del delincuente, sin que el freno moral o jurídico detenga, primero, la intención y, luego, la acción. Es la idea de lucro fuerza impulsora en su actuar y, al ilícito fin perseguido, corresponde un medio no menos ilegal. El engaño es innoble por la deslealtad que supone, la premeditación que implica y la cobardía que encierra.

### **III. DOCTRINA POSTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado las características que debe poseer el engaño típico (STS de 1 de abril de 2003):

Precedente o concurrente. Es decir, el error ha de producirse con anterioridad o al tiempo de realizarse el acto de disposición patrimonial pues debe inspirar la conducta o actuación del sujeto activo desde la iniciación del negocio fraudulento, a diferencia del llamado dolo civil que tiene carácter consecuente, es decir, que surge con posterioridad a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe en su fase de cumplimiento y ejecución.

Bastante. Ello implica que es suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia del específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

En el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial 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”. Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, 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, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además 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, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de “subjetividad” en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente sujeto.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo

permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, 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.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

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

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error dependen 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.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes 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. 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 que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, 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 solo 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. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia.

En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

Como recuerda la citada sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo, “el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad”.

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en la citada sentencia 162/2012, de 15 de marzo, “un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas”, reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que “La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y,

en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina sea de aplicación preferente a 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“.

Por otra parte 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.

Para Cadenas Serrano<sup>3</sup>, las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, 162/2012, de 15 de marzo, y 23.12.2013, entre otras, destacan que el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. En

---

<sup>3</sup> Cadenas Serrano F. A. “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en los delitos económicos”.

relación con la autotutela, como causa de exclusión de la tipicidad, se ha dicho como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, que 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 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. No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico el de que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas. Desde luego, cabe el engaño omisivo (STS de 13.11.2013).

## **5. ERROR DE LA VÍCTIMA**

En cuanto al error de la víctima, será necesario que el engaño haya provocado el error a la víctima. Por tanto, engaño y error deberán hallarse unidos por un nexo de causalidad. Señala la jurisprudencia que, como consecuencia del engaño, tiene lugar el origen o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

## **6. ACTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL**

En cuanto al acto de disposición, será necesario que el error del sujeto pasivo haya provocado la realización por éste de un acto de disposición patrimonial que podrá consistir en la entrega o gravamen de una cosa o en la prestación de un servicio de contenido económico con independencia de la licitud o ilicitud de la posesión de la cosa. El acto de disposición patrimonial es cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño

patrimonial a sí misma o a un tercero no siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

## **7. PERJUICIO PATRIMONIAL**

En cuanto al perjuicio patrimonial, será necesario que el sujeto pasivo haya sufrido un perjuicio patrimonial como consecuencia del acto de disposición realizado. En este sentido, será necesario distinguir entre el daño emergente que hace referencia al valor intrínseco del acto de disposición o disminución patrimonial experimentada por la víctima y el lucro cesante que hace referencia a la pérdida de oportunidades o ganancia que la víctima deja de obtener.

De este modo, algunos autores sostienen que, para el cómputo del perjuicio, sólo deberá tomarse en cuenta el daño emergente pero no las ganancias que todavía no hubieran ingresado en el patrimonio de la víctima. Por tanto, no existiría estafa por falta de perjuicio patrimonial en el caso de la persona que accede a un espectáculo o viaja en un medio de transporte público sin el billete o entrada correspondiente siempre que no ocasione gastos adicionales a quien organiza el espectáculo o el viaje.

Por su parte, otros autores sostienen que también deberá tomarse en cuenta el lucro cesante. De este modo, en el supuesto mencionado anteriormente, habrá estafa siempre que el sujeto activo haya provocado en la víctima la creencia errónea de tener derecho a la utilización del servicio. En particular, la Consulta 4/1993 de la Fiscalía General del Estado calificó como estafa el uso de transportes públicos con manipulación de las tarjetas de transporte multiviaje.

Es indudable que la entrega de unos pagares, en ejecución de un acuerdo negocial previo, puede servir de instrumento para integrar el delito de estafa, siempre que el aceptante de la obligación que aquellos incorporan no tuviere ab initio intención alguna de hacer efectivo su abono. La falta de pago acarrearía un perjuicio económico que, en casos de esa naturaleza, habría estado originado por el engaño determinante de la aceptación de un mandato de pago aplazado de esa naturaleza.

En numerosas resoluciones nos hemos referido al significado de los contratos criminalizados como vehículo para la comisión de un delito de estafa. Su concurrencia se manifiesta -cfr. SSTS. 404/2014, 19 de mayo ; 987/2011, 5 de octubre y 1998/2001, 29 de octubre - cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en

realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo.

De otra manera, como dice la STS 628/2005, 13 de mayo, para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Sin embargo, en estos casos -como en todos aquellos en los que se proclama la concurrencia de los presupuestos típicos de una infracción penal- la acreditación de una actividad probatoria que despeje cualquier duda acerca de la realidad de los elementos que definen el delito del art. 248 del CP, resulta ineludible. No faltan precedentes en esta Sala en los que el engaño se define como " la espina dorsal " del delito de estafa (cfr. por todas, SSTS 565/2012, 29 de junio; 1092/2011, 19 de octubre; 61/2004, 20 de enero y 300/1999, 1 de marzo).

Pues bien, la sentencia de instancia -FJ 6º- cuando razona la valoración probatoria que le ha llevado a proclamar la existencia del engaño como elemento determinante del delito de estafa por el que el acusado Oscar ha sido condenado, se limita a constatar dos presupuestos necesarios, pero no suficientes para el juicio de tipicidad. El primero de ellos, que "... el acusado cobró de la Promotora el importe íntegro de la obra ejecutada con presupuesto aportado como anexo al contrato de ejecución de obra (folios 165 y ss) en el que se detallaban partidas-folios 173 y ss- y una de ellas destinada al pago del trabajo de climatización ejercitado por la querellante, trabajo que el acusado NO pagó a la misma. El segundo, que la entidad subcontratada, Alklima S.A, efectuó los trabajos de climatización del edificio "... en la creencia absoluta de su cobro y confianza plena basada en que con el acusado, empresario dedicado a la construcción, ya venía manteniendo anteriores relaciones comerciales en las que no surgió ningún problema, por lo que actuó pensando que como otras obras ésta sería cobrada si bien en ésta ocasión el acusado le hizo creer que ello sería a fin de obra a diferencia del método aplicado en otras anteriores, y ello se aceptó precisamente por la confianza a la que hemos aludido".

Sin embargo, lo que convierte el impago civil en ilícito penal no es otra cosa que la prueba del engaño que, además, ha de ser antecedente, una maquinación que preexiste y filtra la voluntad del sujeto activo en el momento en el que está emitiendo el título valor mediante el que se ha pactado el pago de la deuda. Y es en este punto concreto en el que la sentencia de la Audiencia se aparta de las reglas de valoración probatoria impuestas por el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Para justificar la existencia del engaño los Jueces de instancia razonan en los siguientes términos: "... el acusado no prueba, tratándose de prueba de descargo, qué motivos o causas pudieron justificar su urdido y planificado impago con expedición de pagarés sabiendo que a su vencimiento éstos no podrían ser cobrados, sin que baste el ya manido argumento de que estalló la crisis económica que afectó de lleno a la construcción quedándose sin línea de descuento, pues tenemos que insistir: ya había cobrado de la promotora y tuvo a su disposición todo el dinero para destinarlo al pago de los distintos oficios, en el caso, del instalador del servicio de climatización. En suma, se acredita cómo el acusado, aprovechándose de una confianza ya existente basada en anteriores relaciones mercantiles que transcurrieron con normalidad, hizo creer a la querellante que su trabajo sería pagado sabiendo de antemano que no lo cobraría aunque en ésta ocasión le dijo que el pago sería "a fin de obra" entregando pagarés sabiendo igualmente que no se iban a cobrar como también los renovó con el mismo convencimiento, resultando que la querellante de haber conocido dicha circunstancia esencial no habría realizado su trabajo cuyo impago le generó los perjuicios reclamados" (mayúsculas en el original).

La sentencia recurrida opera un desplazamiento de la carga de la prueba, en la que la acreditación del engaño -siempre a cargo del Fiscal y las acusaciones- se transmuta en la demostración de la ausencia de engaño -que se haría recaer en el acusado-. En efecto, el hecho de que las operaciones comerciales que precedieron a la firma de los pagarés impagados hubieran transcurrido siempre con absoluta normalidad o el dato de que la crisis económica sea invocada como argumento de descargo, más que frecuente en supuestos similares, no tienen la entidad precisa para convertir la prueba del engaño -elemento de cargo- en la prueba de la ausencia del engaño -elemento de descargo-.

Si a ello se añade, como expresa la sentencia recurrida, que los pagarés fueron objeto de sucesivas renovaciones, la justificación probatoria de ese engaño antecedente queda francamente debilitada. La acusación particular reprocha al acusado, en el escrito de impugnación del recurso, la falta de acreditación documental de que otorgó prioridad al pago de las deudas laborales contraídas con sus trabajadores y de que vio cerrada la fuente de financiación bancaria. Sin embargo, tampoco estos datos resultan decisivos para el juicio de tipicidad. La existencia o ausencia probatoria del engaño no depende de la acreditación de esos extremos.

La función de esta Sala, en la actuación del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, no puede limitarse a constatar -decíamos en nuestra STS 49/2008, 25 de febrero - la coherencia del factum en su dimensión exclusivamente formal, en lo que tiene de narración, más o menos certera, de un suceso histórico. Por el contrario, ha de extender su conocimiento al grado de racionalidad que ese juicio histórico presenta frente al resultado material de la prueba practicada. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Y, en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes (cfr. SSTs 1125/2010, 15 de diciembre; 1014/2010, 11 de noviembre y 985/2010, 3 de noviembre, entre otras). Por cuanto antecede, procede la estimación de los motivos segundo y tercero de los que han sido formalizados, con la consiguiente absolución del recurrente.

## **8. ANIMO DE LUCRO**

El ánimo de lucro es un elemento subjetivo del injusto que prevé el CP para que se vea colmado el tipo de diversos delitos, todos ellos de carácter patrimonial o que atentan contra el orden socioeconómico (hurto, robo, extorsión, estafa, receptación). Puede definirse como «intención o voluntad de obtener ganancia, provecho o utilidad de una cosa» o «intención de obtener una ventaja patrimonial directa (un incremento de patrimonio) como correlato del apoderamiento de las cosas ajenas», pudiendo también definirse en sentido amplio como «propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja» incluyendo los supuestos en que se tenga móvil de liberalidad, pura beneficencia o ánimo contemplativo.

Tradicionalmente la jurisprudencia ha excluido del ánimo de lucro el ánimo de hacerse pago con la cosa sustraída, cuando la sustracción se realiza en cantidad igual o

inferior a la deuda y por el acreedor, pues no existe enriquecimiento injusto por parte del autor ni menoscabo patrimonial en la víctima, siendo encuadrables tales supuestos en el delito de realización arbitraria del propio derecho, y siempre que no se empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, constituyendo un delito contra la Administración de Justicia al no hacer uso de las vías legales para lograr el cobro de la deuda.

En cuanto al elemento subjetivo del injusto, será necesario el ánimo de lucro del autor del hecho, que consiste en la ventaja o provecho patrimonial que aquél se proponga obtener mediante la comisión del delito y con independencia de que se pretenda la obtención de un lucro propio o ajeno. La presencia del ánimo de lucro debe realizarse mediante la acreditación de hechos externos, que constituyan prueba indiciaria de dicho ánimo.

La estafa constituye un tipo penal esencialmente doloso, por lo que nos transmiten las formas imprudentes de comisión. Pero el dolo, como elemento subjetivo del injusto, puede ser directo o eventual, admitiéndose ambas formas en la estafa (STS 23 de abril de 1992).

Siguiendo a Inglesi Nieto<sup>4</sup>, la RAE define el lucro como la “ganancia o provecho que se saca de algo” 8. Existen varias definiciones doctrinarias que acercan esta definición a lo que es el ánimo de lucro en el contexto del delito de estafa; así, definiéndolo como lo que “existe cuando hay cualquier mejora de carácter patrimonial” 9, se introduce la idea de que la ventaja tiene que ser patrimonial y no meramente social o moral. La jurisprudencia española agrega que consiste en el propósito de obtener para sí o para otro una ventaja patrimonial antijurídica. Reuniendo estos elementos, Bajo Fernández define el ánimo de lucro como aquel que persigue la “ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”, destacando también la importancia del sentido económico en el concepto. El *animus lucrandi* se refiere a la cosa objeto del delito de estafa como cosa “valor”, a diferencia del ánimo de apropiación, que sería relativo al apoderamiento de la cosa como elemento físico. En el delito de estafa la cosa sí debe poder ser valorada económicamente; por lo tanto, el ánimo de lucro en tal delito requiere la apropiación de la “cosa valor” que es objeto de la disposición patrimonial. La comprensión del ánimo de lucro como pretensión de obtener una ventaja patrimonial no es unánime ni en la doctrina nacional ni comparada. En ambos casos, la jurisprudencia española entiende usualmente este ánimo en un sentido muy amplio, como el otorgado por la definición de la RAE; como se dijo, se trataría de cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho. O como cualquier beneficio material o moral. Tal interpretación amplía demasiado el sentido de la expresión, por lo

---

<sup>4</sup> Inglesi Nieto Andrea. “El ánimo de lucro en el delito de estafa: ¿Es necesario como elemento subjetivo del tipopenal?. Revista de Derecho y Ciencias Penales n.º 17, 2011. Universidad San Sebastián (Chile).

que actualmente la doctrina dominante acota el sentido del lucro para configurar este delito y realiza dos precisiones muy relevantes. En primer lugar, el lucro ha de ser directo, en el sentido de que va conectado a la posesión de la cosa que es objeto material del delito. Y en segundo lugar, la cosa tiene que tener un valor económico objetivo, es decir tiene un sentido económico, el cual es evidente cuando se entiende que es la contrapartida del daño patrimonial. El ánimo de lucro debe ser el motivo que anima al autor a realizar la acción, por lo que se excluye cuando el autor persigue otros fines y se plantea el enriquecimiento como un paso necesario para llegar a esos fines<sup>15</sup>. Sin embargo, no se debe excluir por la circunstancia de que no sea el beneficio económico la finalidad última del sujeto; no deben confundirse el móvil principal con la finalidad última. El primero, el ánimo de lucro, debe ser siempre la obtención de un beneficio patrimonial, aunque el fin tenga otra naturaleza. No requiere que el autor persiga su propio enriquecimiento; también se presenta cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro. Por lo tanto, el resultado de un enriquecimiento antijurídico no depende de lo que el autor piense hacer con lo obtenido. Por último, para concluir este apartado, quisiéramos destacar que el enriquecimiento es relevante, pero no constituye un elemento del tipo, porque afecta al agotamiento del delito, pero no a su existencia. Por lo tanto, no afecta en nada al delito de estafa que su autor no haya podido beneficiarse de lo obtenido.

## **9. CIRCUNVENCIÓN DE MENORES O INCAPACES**

### **I. CONCEPTO Y CIRCUNSTANCIAS PARA SU APRECIACIÓN**

Este delito es una forma calificada de la defraudación o estafa. Es imputable a quien abusa de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle realizar actos jurídicos en perjuicio de él o de terceros.

El Profesor Ferrer Sama<sup>5</sup> propuso la denominación de “Circunvencción de menores”, para referirse a esta figura, justificando que en Italia este tipo de delito es

---

<sup>5</sup> Ferrer Sama Antonio. Revista de Derecho Español y Americano. Año II, número 8. Julio-agosto 1957. Madrid.

conocido como “circonvezione d’incapaci”, y teniendo en cuenta que el significado del verbo “circunvenir”, como acción de “estrechar u oprimir con artificioso engaño”, no veía obstáculo para admitir la denominación.

Figura existente entre otros en el Derecho Argentino, Buompadre<sup>6</sup>, al referirse a esta figura, explica que fue tomada inicialmente del Código Peruano de 1862, luego prevista en los precedentes nacionales (ej. Proyecto Tejedor, entre otros) y que en la actualidad, el Código Peruano de 1991 la contempla, como una agravante de la usura, mientras que el Código Italiano, bajo la denominación “circunvencción de personas incapaces” la tipifica en el art. 643 penando a “quien, para obtener para si o para otros algún provecho, abusando de las necesidades, de las pasiones o de la inexperiencia de una persona menor de edad, o abusando del estado de enfermedad o de deficiencia psíquica de una persona, aunque no esté interdicta o inhabilitada, la induce a realizar un acto que produzca cualquier efecto jurídico perjudicial para ella o para otros.

El Código Penal Argentino, define la estafa en el artículo 172, correspondiente al capítulo IV, titulado “Estafas y otras defraudaciones”, incluido a su vez, dentro del título VI: “Delitos contra la propiedad”. La figura delictiva consiste en “el que defraudare a otra persona con nombre falso, títulos fraudulentos, calidad simulada influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, comisión, crédito, empresa o negociación o utilizando otro ardid o engaño. La frase final muestra que todos los casos enumerados son simplemente eso, una enumeración innecesaria, ya que podría reducirse a considerar la defraudación mediante cualquier manera de ardid (maniobras para engañar) o engaño (falseamiento de la verdad que pueda ser capaz de inducir error, no una simple mentira fácil de comprobar) que induce al error a la víctima, produciéndole un daño patrimonial efectivo, sin necesidad que el autor del engaño se beneficie. La pena a aplicar volviendo a la versión original del código es la de prisión de un mes a seis años.

El artículo 173 enumera casos especiales de defraudación: 1. la entrega de cosas de distinta calidad, sustancia y cantidad de lo que se ha prometido; 2. El que no devolviera cosas muebles o dinero en el tiempo en que se comprometió; 3. Hacer firmar un documento con engaños; 4. El abuso de firma en blanco; 5. El del propio dueño que tomare la cosa propia, que otro tuviera en su poder legítimamente, provocándole un perjuicio a esa persona o a un tercero; 6. Otorgar contratos simulados o falsos recibos, ocasionando perjuicio; 7. Quien abuse de su cargo de administrador de cosas ajenas; 8. El que sustituyere, ocultare o mutilare un proceso, expediente o documento judicial; 9 El que dispusiese bienes con vicios jurídicos como si no los tuvieran o de bienes ajenos

---

<sup>6</sup> Jorge Eduardo Buompadre, pág. 215 Lexis Nexos y ref. Mantovani Ferrando- Diritto Penale. Dillitti contra il patrimonio, Dedal Padova 1989, pag. 186 y ss; Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Parte Especial, Temis, Bogotá pg. 146 y ss).

como propios; 10. El que con pretexto de supuesta remuneración defraudare a jueces u otros empleados públicos; 11 El que no permitiere cumplir una obligación; 12 Cuando el titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, gravare o perjudicare los bienes defraudando los derechos de los co-contratantes; 13. El que perjudicare al deudor en una subasta extrajudicial de un inmueble; 14. El tenedor de letras hipotecarias que no consignara en el título los pagos recibidos, perjudicando al deudor o a terceros; 15. Las defraudaciones con tarjetas de crédito y de débito; y 16. El que defraudare con manipulación informática.

El artículo 174 enumera otros supuestos que dan origen a una pena de 2 a 6 años: El que provocare un incendio o destruyera la cosa asegurada en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa; el que hiciera firmar a un incapaz un documento que lo perjudicare; el que utilice pesos o medidas falsas; el empresario o el vendedor de materiales de construcción que con fraude pusiere en riesgo la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado; el que perjudicare con fraude a la administración estatal; el que defraudare a una empresa comercial, industrial o de servicios

El tipo penal se encuentra, como se dijo, regulado en el artículo 174, inciso 2, del Código Penal (conforme Ley Nacional 11221, de fe de erratas y vigente de acuerdo a la Ley 23077) y contempla la pena de prisión de 2 a 6 años para "El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo".

Dicha figura exige que el sujeto pasivo se encuentre en inferioridad de condiciones para resistirse ante el influjo o la voluntad de quien lo induce a llevar a cabo lo que constituye el objeto del ilícito, "...por lo que cabe entender que el aspecto objetivo de la norma no exige que se compruebe fehacientemente que una persona se encontraba en estado de inconsciencia, o que se trataba de un demente, sino únicamente la comprobación de una apreciable disminución de sus capacidades psíquicas...", "...bastando simplemente que al momento del hecho atravesase una disminución de sus facultades mentales, de tal modo que lo incapacite para preservar sus intereses..."

En la jurisprudencia italiana, frente al estado de enfermedad o de deficiencia psíquica a los que alude su art. 643 del Código Penal, "...la incapacidad psíquica del sujeto puede derivar, inclusive, de causas no patológicas, ya que la ley comprende todas las formas, aún no morbosas, de debilitamiento intelectual, de disminución del poder de crítica, de debilitamiento de la función volitiva o afectiva, que hacen más fácil la sugestionabilidad y disminuyen el poder de defensa frente a la insidia ajena..."

Se trata, según algunos autores, de un tipo especial de defraudación, en la que el ardid o la maniobra engañosa se ve facilitada por una afectación objetiva de las

defensas naturales del sujeto pasivo, quien psíquicamente se encuentra impedido de conocer las consecuencias del acto al que ha sido inducido por el autor.

Este último actúa, ab initio, con pleno conocimiento de dicha afectación y con lo que ha dado en llamarse “*lucri faciendi causa*”, puesto que uno de los presupuestos necesarios de la figura, consiste en la obtención de un beneficio indebido en desmedro de los intereses de la víctima.

También se ha dicho que el tipo analizado se aparta de los cánones más comunes de la estafa y la defraudación, “...ya que no son aquí, el medio idóneo, el abuso de confianza, el ardid o el engaño. No están en juego la buena fe, ni el error de la víctima. El menor y el incapaz actúan sin ser sorprendidos y conociendo las circunstancias que rodean el hecho o pudiendo fácilmente conocerlas, pero acuciados por sus necesidades o a causa de su inexperiencia, de que se aprovecha quien consume el abuso...”.

Para que se configure el delito de “captación de la voluntad del incapaz”, se requiere que el sujeto activo explote la necesidad, pasión o inexperiencia de la víctima, no solo su incapacidad, bastando con la existencia de alguno de estos tres ingredientes alternativos para que se concrete el ilícito.

En este sentido, se ha definido “necesidad”, como todo aquello que el incapaz considera indispensable, aunque en la realidad no lo sea, pudiendo estar constituido por cosas materiales (inmuebles, dinero, etc.) o inmateriales (afectos, servicios, conocimientos) y “pasión”, como aquellos apetitos o afecciones vehementes a una cosa, especial estado que puede traducirse en entusiasmo o fogosidad y que sintetiza una intensidad de los afectos.

Al respecto, me permito incluir el supuesto de las influencias religiosas y supersticiosas. La alta peligrosidad de los excesos carismáticos que motivan inclinaciones a estados de misticismos o de sometimiento místico, que tienen como víctimas a personas que atraviesan por afecciones psicofísicas o emocionales, que disponen de sus bienes bajo la amenaza de males futuros.

La figura legal de circunvencción de incapaces supone abusar de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aun cuando el acto sea civilmente nulo. Se atiende a las menores posibilidades de defensa de quien por sus necesidades, pasiones o inexperiencia, facilita la defraudación. Es una defraudación por abuso de la condición de la víctima.

En materia del delito son incapaces los que, con o sin declaración judicial, en el momento del hecho padecen una disminución de su inteligencia, voluntad o juicio que los incapacita para resguardar debidamente sus intereses económicos. La figura requiere que el autor explote (abuse) los intereses (necesidades), afectos o apetitos (pasiones) del

incapaz o su falta de saber o inadvertencia (inexperiencia).

En el delito de circunvencción de incapaces, el documento debe significar o tener por contenido cualquier efecto jurídico de carácter patrimonial perjudicial para el incapaz. No requiere efectividad del perjuicio y existe aunque el acto realizado sea civilmente nulo por la incapacidad del firmante o por otra causa de nulidad. Es un delito de daño puramente eventual que se consuma con la firma del documento por el incapaz; es doloso y exige además del conocimiento de la incapacidad del otorgante, la intención de aprovecharse de su necesidad, pasión o inexperiencia. Por necesidad debe entenderse todo interés o inclinación más o menos pronunciada del ánimo, de carácter material o inmaterial, económico o no, que sea manifestación de la menor edad o de la incapacidad; o todo aquello que el incapaz considere indispensable en razón de su edad o de su incapacidad. No se trata sólo de necesidades económicas, sino de cualquier orden, siempre que sean producto de su padecimiento o de su edad y alcancen tal intensidad que disminuyan considerablemente su juicio crítico y las funciones volitiva y afectiva.

La figura señalada supone –conforme autorizada doctrina– abusar de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aun cuando el acto sea civilmente nulo. Se atiende a las menores posibilidades de defensa de quien por sus necesidades, pasiones o inexperiencia, facilita la defraudación. Es una defraudación por abuso de la condición de la víctima. Por necesidad debe entenderse todo interés o inclinación más o menos pronunciada del ánimo, de carácter material o inmaterial, económico o no, que sea manifestación de la menor edad o de la incapacidad; o todo aquello que el incapaz considere indispensable en razón de su edad o de su incapacidad.

Se ha enfatizado, que no se trata sólo de necesidades económicas, sino de cualquier orden, siempre que sean producto de su padecimiento o de su edad y alcancen tal intensidad que disminuyan considerablemente su juicio crítico y las funciones volitiva y afectiva.

## **II. EL NOTARIO Y EL DISCERNIMIENTO DE LOS OTORGANTES. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL ASESORAMIENTO EN EL DERECHO ARGENTINO**

Todo documento notarial<sup>7</sup> contiene un juicio por parte del autorizante relativo al discernimiento de los comparecientes en el momento de la realización del acto, aunque el texto no lo indique expresamente. Bien entendido es que cualquier mención que eventualmente se consigne, relacionada con la capacidad de las partes, no goza del amparo de la fe pública, porque integra la categoría de "juicios" que emite el notario.

Como es sabido, la fe pública es la veracidad impuesta por el ordenamiento legal a las afirmaciones del oficial público consignadas en el documento de su autoría - escritura pública, acta protocolar o actuaciones extra-protocolares- que refiere a los actos o hechos cumplidos por él mismo o aquellos ocurridos en su presencia. Esa creencia de carácter forzoso se limita a lo que el escribano afirma haber realizado por sí mismo (traslado a un determinado lugar, por ejemplo), a los hechos y situaciones percibidos sensorialmente por él (manifestaciones y actos realizados por las partes, descripciones de cosas y de acontecimientos ocurridos en su presencia), incluyéndose la fecha y autoría del instrumento. Cabe recordar, en apretada síntesis, que los efectos de la fe pública alcanzan tanto a las partes otorgantes como a los terceros.

A diferencia de lo establecido para el notariado español, el derecho argentino no obliga a los escribanos que consignen en los documentos que extienden su juicio sobre la aptitud discerniente de los otorgantes del acto. Esa apreciación integra el conjunto de los deberes que les caben como operarios del derecho o intérpretes jurídicos. Se trata de tareas vinculadas con la dación fe, pero que se cumplen con la etapa previa a la formación de los actos jurídicos representados por el documento notarial y que devienen indispensables a los fines de garantizar la eficacia y validez de las actuaciones. Los romanos designaron a esas actividades como *respondere*; son comunes al defensor (abogado) y al escribano, en tanto incumben a ambos en su calidad de intérpretes jurídicos. Entre nosotros se rotula como asesoramiento y es uno de los deberes impuestos al notario, contemplados específicamente en las leyes orgánicas notariales.

El asesoramiento se concreta a través de las audiencias que mantiene el notario con los requirentes en forma previa a la instrumentación del negocio jurídico o diligencia requeridos. Esas entrevistas permiten al profesional ilustrar a los interesados sobre los aspectos jurídicos de la actuación pretendida y, al mismo tiempo, efectuar la apreciación del nivel de entendimiento de aquellos. De allí que esos contactos

---

<sup>7</sup> Arevalo E.J. "La Protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad". Revista IUS. Vol. 9, n.º 36. Julio-diciembre 2015.

personales resulten indispensables a los fines de la individualización de las partes, la prestación del asesoramiento (ya sea en forma oral o escrita) y la detección de eventuales irregularidades. Tales procedimientos permiten llevar a la práctica las acciones tendientes a neutralizar todo posible litigio, ya que una vez advertida la patología jurídica se adoptan las medidas tendientes a su subsanación, particularmente las de carácter preventivo.

La valoración del estado de lucidez de los otorgantes del acto notarial integra ese conjunto de acciones preventivas, con la particularidad de que principia en la primera audiencia y solamente concluye una vez autorizado el documento. Si el fedatario, como resultado de sus comprobaciones, arribara a la convicción fundada de que algún otorgante carece de discernimiento, intención y libertad, requeridos para la formación de los actos jurídicos (artículo 900 del Código Civil), deberá negarse a prestar su ministerio.

La doctrina notarial española, coincidentemente, puntualiza que el notario debe negarse a prestar su autorización al acto requerido "cuando a su juicio, todos o algunos de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento del acto que pretendan". La Ley Orgánica del Notariado Bonaerense (número 9020/1978 y modificatoria número 12623) contempla, en su artículo 131, inciso 3, entre las causas que permiten al escribano rehusar la prestación de su ministerio: "Dudas razonables respecto del estado mental del requirente o de su libertad de volición". Similares ordenamientos vigentes en otras demarcaciones imponen al fedatario la obligación de "intervenir profesionalmente en los casos que sea requerido, no siendo esa intervención contraria a las leyes".

La instrumentación de actos a título gratuito amerita un examen particularmente cuidadoso por parte del profesional respecto al estado de discernimiento, intención y libertad del transmitente de los bienes. Nótese la protección especial que el legislador otorga al donante a fin de evitar una posible situación de indigencia, invalidando la donación de todos sus bienes presentes en caso de que no se prevea la reserva de usufructo o una porción suficiente para subvenir a sus necesidades (artículo 1800).

El brazo de la tutela legal limita igualmente las atribuciones de los mandatarios de los donantes: el instrumento que faculta la realización de tales actos en nombre de otro debe especificar los bienes objeto de la donación (artículo 1807, inciso 6). Ante esos supuestos (liberalidades), resulta aconsejable que el notario profundice sus contactos con el disponente de los bienes a fin de dilucidar con acierto el grado de comprensión y de autonomía de éste.

Sin embargo, como el notario no emite una opinión de carácter técnico, sino - insistimos- un juicio sobre la capacidad de las partes (implícito en el documento autorizado), su responsabilidad se generaría en el caso de que su actuación fuere dolosa

o si mediara grave negligencia. Así parece haberlo entendido el Tribunal en el caso examinado en el punto anterior.

Debe recordarse que el fedatario debe ajustar su actuación a un postulado admitido universalmente en el mundo jurídico: "la capacidad de obrar constituye una presunción iuris tantum". En consecuencia, toda negativa a la prestación de su ministerio que se apoye en motivos fútiles genera responsabilidad en cabeza del fedatario renuente (artículos 1074 y concordantes del Código Civil; artículo 1724, 1725 y concordantes del actual Código Civil y Comercial de la Nación, normas que tratan sobre la responsabilidad derivada de conductas omisivas del agente que causen perjuicio). Su estatus de profesional del derecho en ejercicio de una función pública conlleva el deber de prestación del ministerio para el cual fue designado, como regla general.

En cuanto a la registración de las sentencias a las limitaciones de la capacidad y a la nulidad otorgados por las personas afectadas con posterioridad a esa toma de razón (artículos 39 y 44 del Código Civil y Comercial de la Nación), a la fecha no se encuentra operativo un procedimiento que garantice el conocimiento de esa situación por parte del autorizante. Ello sin contar con la dificultad de su aplicabilidad en circunstancias de que el nacimiento los otorgantes haya ocurrido en demarcaciones diversas a las del lugar de celebración del acto jurídico o en el extranjero. Le resta al escribano aceptar la declaración de las partes de que no se encuentran en la situación que se comenta.

### **III. EL SUJETO PASIVO**

El caso más común de "circunvencción de incapaces" consiste en el abuso de personas mayores con afecciones psicofísicas derivadas del avance de su edad.

El informe médico psiquiátrico practicado por el Cuerpo Médico Forense, en el contexto de un proceso de inhabilitación iniciado por los herederos legítimos y forzosos de la víctima tiene especial gravitación en el análisis de verosimilitud de la existencia del ilícito por parte de la instrucción sumarial, toda vez que la certificación del diagnóstico al que arribaron los facultativos en las actuaciones civiles, sirve como fundamento para la causa penal.

Dicho informe debe tener en el caso, dos elementos trascendentales, el diagnóstico presuntivo de la enfermedad o el estado psicofísico de la víctima y la data

de la afección, puesta esta última permite determinar si el sujeto pasivo, al tiempo de firmar un acto jurídico, poseía la lucidez necesaria para comprender las consecuencias del mismo y por ende, si dicho acto –nulo en lo civil- ha sido fruto de un abuso o aprovechamiento de la fragilidad y afecciones de la víctima.

Es el supuesto al que arriban los facultativos, sobre una persona con personalidad de base esquizoide, con un deterioro cognoscitivo relacionado con la edad, estableciendo que la data de inicio de dicho proceso es de aproximadamente diez años atrás, circunstancia que no puede ser soslayada por la instrucción.

Ahora bien, respecto del valor probatorio de la pericia médico psiquiátrica, conviene formular ciertas consideraciones. “Cuando un peritaje aparece fundado en principios científicos serios y no existe otra prueba que lo desvirtúe, ante la imposibilidad de oponerle argumentos científicos de mayor valor, deben aceptarse sus conclusiones”. Desde el punto de vista penal, en repetidas oportunidades, la jurisprudencia ha expresado que no se requiere la previa interdicción del sujeto pasivo en sede civil. Así se ha dicho que “...no es exigible para que se configure el tipo de circunvencción de incapaces, que el incapaz haya sido declarado en juicio –en el caso, se trataba de una anciana de 74 años que le cedió su única vivienda a la imputada- pues la ley se satisface con un cuadro de deterioro psíquico que puede surgir de las mismas pericias efectuadas en sede penal...”. “...la figura del delito de circunvencción de incapaces no exige que se esté frente a un incapaz civilmente declarado, bastando que en el momento del hecho padezca una disminución de su inteligencia, voluntad o juicio, que lo incapacite para resguardar debidamente sus intereses económicos...”, lo cual introduce en el análisis criminal, la sana crítica del tribunal instructor, al apartarse de la necesidad de un pronunciamiento civil previo acerca de la incapacidad de la víctima. Frente a la denuncia incoada por un heredero respecto de la presunta comisión del ilícito de marras respecto del incapaz, la instrucción dispondrá de una pericia o podrá fundarse en las pericias ya efectuadas en sede civil, aún cuando el tribunal de dicho fuero no se haya expedido sobre su inhabilitación o interdicción. Sin embargo, el resultado pericial no conduce inexorablemente a la acreditación del ilícito, sino en consonancia con el análisis del conjunto de los hechos y muy especialmente, del acto jurídico cuestionado por el denunciante. Ello tiene su fundamento en que la naturaleza del dictamen o pericia médica no obliga al órgano jurisdiccional a la adopción de un criterio específico, sino que sirve de guía para desentrañar la correcta secuencia en que se sucedieron los hechos pesquisados.

También, porque existen otras circunstancias que deben ser merituadas, como ser la “proporcionalidad de las prestaciones” o “el precio y modalidades del acto jurídico o la operación comercial que se impugna”, elementos éstos, que permiten presumir si al tiempo de su celebración, el sujeto pasivo estaba en un intervalo de lucidez. Respecto de los menores, la opinión predominante estima que los menores

involucrados en los casos de emancipación por habilitación de edad –art. 135 CCiv-, por matrimonio –art. 128 y ss. CCiv- o los autorizados para ejercer el comercio –arts. 131 y 134 del CCiv. y 10 y 11 del CCom, no podrían ser sujetos pasivos del delito de “circunvención de incapaces”, porque en dichos supuestos, debe presumirse la plenitud de su discernimiento, por supuesto, con excepción de casos como por ejemplo, la donación de bienes adquiridos a título gratuito. Por eso, conforme a los dichos de Buompadre, “...las conductas defraudatorias contra personas que reúnan las capacidades mencionadas, podrían quedar comprendidas en otros tipos de delitos patrimoniales...”, pero no en esta figura.

#### **IV. EL SUJETO ACTIVO**

El sujeto activo puede ser cualquier persona, sin que para ello se requieran cualidades o condiciones especiales, siendo un delito común en el que rigen los principios generales establecidos en materia de autoría. Sin embargo, en el ámbito tribunalicio, se han producido supuestos complejos, como por ejemplo aquellos en los que ha mediado la intervención de notarios, ante quienes el sujeto pasivo otorga un “poder especial irrevocable” a favor de varias personas, mandato que luego es utilizado por uno de los beneficiarios, para labrar una escritura de cesión de derechos hereditarios sobre un inmueble en sucesión, ante el mismo notario, por un precio sensiblemente inferior al de mercado y en favor de otro de los mandatarios. El supuesto, involucra la participación de varias personas, a saber, el autor principal, el mandatario cedente y un notario que no podía desconocer la irregularidad del acto.

No obstante, la existencia de una pericia psiquiátrica llevada a cabo sobre la víctima, en el marco de un proceso de inhabilitación en sede civil, cuyo inicio es de fecha posterior a la fecha cierta del acto jurídico espurio, determinó que la data de la enfermedad de origen senil que la afectaba, era de diez años atrás, alcanzando en exceso, al tiempo del hecho investigado, circunstancia que, sumada al monto de la operación, perjudicial para el incapaz y sus herederos legítimos, derivó en el pedido de procesamiento de los responsables. Por ello, desde los colegios profesionales, se ha recomendado a los notarios extremar los recaudos cuando se trata del otorgamiento de poderes especiales irrevocables por parte de personas de avanzada edad, así como ocurrió en los casos de donaciones.

La jurisprudencia registra variados supuestos en los que se ha definido el aspecto subjetivo del tipo. “El conocimiento de la incapacidad de la damnificada se trasluce del solo contacto con ella y la voluntad de la conducta defraudatoria deviene de

la transferencia gratuita de la propiedad y su posterior mudanza a otro sitio, mediando una voluntad forzada, causando el perjuicio patrimonial requerido para la configuración del tipo legal”. “El Elemento subjetivo del delito de circunvencción de incapaz, solo exige que el autor conozca la insuficiencia, aunque no sea apreciable por cualquiera, pues la ley no resguarda la incapacidad por su modo de presentarse sino porque existe”. También se ha dicho que si bien se trata de un delito de dolo directo, “...que abarca no solo el conocimiento de la víctima, sino la finalidad de explotar esa situación...”, requiere un elemento subjetivo especial, que trasciende al dolo, o sea, “el ánimo implícito en abusar”, lo cual no significa un simple conocimiento de la incapacidad y a pesar de ello, llevar adelante un negocio, a sabiendas de que resulta perjudicial para los intereses del sujeto pasivo. La conducta será típica cuando el sujeto que se vincula con el incapaz ab initio o posteriormente resuelve explotarla, abusando de su incapacidad.

## **V. LA ACCIÓN TÍPICA Y EL PERJUICIO**

“La acción material del delito, consiste en “abusar”, como término equivalente a “explotar”, “aprovechar”, “obtener una ventaja”, de las necesidades, pasiones o inexperiencia del menor o incapaz”, según Buompadre, quien además explica que dicho abuso puede surgir “...de una situación previa en la víctima o de una actitud inicial del autor que produce la situación de debilidad...”. Existe una limitación para los alcances de esta figura, cual es la exigencia de que dicho abuso tenga por fin “hacer firmar un documento” que importe un efecto jurídico, ya que según el jurista, el tipo no comprende la explotación que resulte de los meros tratos verbales. En cambio, para la legislación alemana, bastaría con la promesa verbal. El hecho consiste en hacer firmar un documento que importe “algún efecto jurídico”, por ende, los abusos cometidos respecto del incapaz y que hubieren permitido al autor, obtener beneficios económicos, sin soporte documental alguno, no están comprendidos en la figura que examinamos“. “..El que abusando de la debilidad mental profunda o imbecílica – demente de la damnificada, obtuvo de la misma, la suscripción a su favor, de un pagaré sin causa que luego ejecutó hasta conseguir inhibiciones, realiza una conducta ilícita cuyo dolo es el mismo de la estafa, porque la suscripción del documento se logró por medio de engaño...”. “...a los fines de lo establecido por el art. 174, inc 2 del CP, no solo son incapaces los individuos a los que la ley civil niega capacidad para negociar (arts. 141 y 153 del CC), sino también todos los que por una u otra causa, en el momento del hecho, padezcan una disminución de su inteligencia, voluntad o juicio que los incapacite para resguardar debidamente sus intereses económicos...”. El delito debe ser cometido en perjuicio del patrimonio del incapaz, lo que implica, por ejemplo, desplazamientos

patrimoniales, endeudamientos sin causa, otorgamiento de poderes especiales irrevocables de administración y disposición. Así pues, la jurisprudencia ha dicho que “...configura el delito de circunvencción de incapaces, la actividad de imputado quien, abusándose de la incapacidad mental de la víctima, logra hacerle suscribir un boleto de compraventa y después la escritura traslativa de dominio de su inmueble, causando a ella y a su hija un daño patrimonial que implicó la transferencia de dicho inmueble a nombre del victimario...”. “...configura prima facie el delito...-art. 174 inc 2 del CP-, la conducta de quien aprovechando el mal estado de salud y la confianza que lo unía con la víctima, le hizo suscribir un poder especial para transferir derechos hereditarios de ésta a favor de un tercero y luego transfirió tales derechos a un tercero, haciendo insertar falsamente en el instrumento público correspondiente como efectuado un pago no hecho”. O sea, la dinámica del tipo penal en trato exige que el accionar desplegado por el autor se enderece a explotar la situación de la víctima y el resultado, debe estar constituido por la firma del instrumento o documento del que pueda surgir algún efecto jurídico. Ese efecto jurídico debe necesariamente tener un contenido económico, ya que para nuestro ordenamiento, el documento debe ser rubricado “en daño o en perjuicio” del incapaz o de un tercero. “...El daño, elemento subjetivo del tipo del art. 174 inc 2 del CP, exige que en razón del documento suscripto, se produzca una lesión de contenido patrimonial lograda mediante fraude, en el caso por abuso de situación, es de por sí pecuniariamente perjudicial, salvo situaciones de excepción, que permiten afirmar que el sujeto pasivo, ha recibido un valor compensatorio...”.

## **VI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA**

La opinión mayoritaria es que se trata de un delito de peligro y no de daño. “...El peligro debe ser concreto y el patrimonio de la víctima debe quedar sometido al riesgo de la futura actividad del agente. La concurrencia del daño, no agrava el delito. Se consuma con la firma del documento, sin importar si el perjuicio se produjo o no, aún cuando la destrucción del documento impida definitivamente que el daño ocurra...”. Más recientemente la Corte Suprema de Justicia de Argentina, al dirimir en una contienda sobre competencia, dijo: “...la circunvencción de incapaces es un delito de peligro concreto y no de daño efectivo, pues se consuma con la sola firma del documento que importe cualquier efecto jurídico de carácter patrimonial en perjuicio del incapaz o de otro...”. El ilícito previsto por el art. 174 inciso 2 del Código Penal se configura, aun cuando el acto sea civilmente nulo. En cuanto a la tentativa, según autores como Buompadre, es factible y se concretaría mediante los actos de abuso tendientes a la obtención de la firma en un documento, aunque por circunstancias ajenas

a la voluntad del autor, no se haya obtenido el resultado pretendido. En este tópico conviene resaltar que la acción del autor transita por tres etapas, la tentativa consistente en la actividad abusiva previa al logro de la firma; la firma del documento espurio como concreción del acto abusivo y finalmente, la obtención del lucro o beneficio indebido, perfeccionándose el tipo con la sola firma del acto jurídico.

## **10. DESARROLLO DEL DELITO Y PROBLEMAS CONCURSALES**

La estafa admite formas imperfectas de ejecución y, por tanto, para su punición, no es indispensable que se produzca el resultado, bastando con que se haya intentado la ejecución o se hayan realizado todos los actos de ejecución, aunque el resultado no se haya producido por causas ajenas a la voluntad del agente o agentes (STS 60/1998, de 27 de enero).

En cuanto al desarrollo del delito, la consumación tendrá lugar desde el momento en que el sujeto pasivo realice el acto de disposición quedando la cosa a disposición del sujeto activo. Por tanto, la consumación exigirá que se haya producido el perjuicio económico para la víctima aunque el culpable no hubiera obtenido el lucro propuesto ya que éste pertenece a la fase de agotamiento del delito.

Por otro lado, se ha planteado la cuestión de determinar si es posible la apreciación de la estafa en comisión por omisión. En este sentido, la doctrina ha distinguido entre conductas realmente omisivas que tienen lugar cuando un sujeto viene obligado a impedir el error de otra persona por hallarse en una posición de garantía derivada de una especial relación de confianza y conductas concluyentes como cuando una persona entra en un restaurante y no paga su consumición en cuyo caso el sujeto no engaña por ocultar su falta de capacidad de pago sino porque la acción de entrar al restaurante revela dicha capacidad.

En cuanto al concurso entre estafa y falsedad documental, distinguimos dos supuestos:

En primer lugar, se apreciará concurso ideal de delitos cuando la estafa concorra con falsedad en documento público, oficial o mercantil ya que este último no exige un ánimo defraudatorio del culpable por lo que la sanción exclusiva de la falsedad no absorbería toda la antijuridicidad del hecho.

En segundo lugar, se apreciará concurso de leyes cuando la estafa concorra con falsedad en documento privado ya que éste sí exige un ánimo defraudatorio.

## **11. DIVERSAS CLASES DE ESTAFA PARA LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **I. CURANDERA. MEDIUM CON PODERES CURATIVOS**

#### **i. SENTENCIA DEL TS DE 2 DE FEBRERO DE 2007**

El día 25 de febrero de 2001 Amelia y Luis Antonio acudieron al domicilio de Concepción y de Iván en Jerez de la Frontera. Los referidos hermanos acudieron a ese domicilio para pedirle a Concepción que curase a su padre, Félix, que sufría un carcinoma hepático avanzado, con metástasis. A los referidos hermanos Amelia y Luis Antonio les había dicho una tía suya que Concepción tenía "poderes" y que gracias a ella su tío Jose Pedro estaba mejorando del cáncer que sufría. Los hermanos y Luis Antonio acudieron a ver a Concepción que les dijo que efectivamente ella estaba curando a su tío y, tras ver una fotografía del padre de Amelia y Iván, les indicó que ella podía curar a su padre pero que había que actuar en una semana como máximo, que si no moriría. Les dijo también que el tratamiento era caro pues incluía la compra de unos líquidos en Madrid, 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 Concepción les pidió 2 millones de pesetas, cantidad que elevó en el mismo día hasta 3 millones de pesetas. Concepción llegó a enseñar a los hermanos Luis Antonio Amelia su D.N.I., diciéndoles que anotaran sus datos como garantía de su actuación. Los hermanos Amelia Luis Antonio, 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, Paloma y Pablo y decidieron intentar conseguir el dinero que Concepción les pedía. El 27 de febrero de 2001 los hermanos Amelia Luis Antonio entregaron a Concepción la cantidad de 2.000.000 de pesetas que les había prestado Lucía. El 6 de marzo de 2001 le entregaron a Concepción otras 995.000 pesetas y un pájaro conocido como "inseparable" que habían adquirido en Ubrique por 5.000 pesetas y que Concepción les había pedido que le comprasen tras haber visto otro igual en su casa de Ubrique. Ese millón de pesetas correspondía a un préstamo por 800.000 pesetas obtenido de Unicaja y otras 200.000 pesetas que tenía Félix depositadas en un banco. Concepción hizo suyo el dinero que le entregaron. Los hermanos Luis Antonio Amelia al adquirir el pájaro en Ubrique solicitaron que la

factura se hiciese a nombre de Concepción e hicieron constar su número de D.N.I., ya que el pájaro era para ella y el precio se descontó de la cantidad de dinero que los hermanos le dieron a Concepción.

Hasta en 4 ocasiones los hermanos Amelia y Luis Antonio se ocuparon de que Concepción e Iván fuesen llevados desde Jerez de la Frontera a Ubrique, a casa de sus padres, presentando a Concepción como una prima de Lebrija del marido de Amelia. En todas esas ocasiones los hermanos se ocuparon de que los dos acusados fuesen llevados a regreso a Jerez. Además el contacto telefónico de Amelia con Concepción fue casi diario. En todo momento Concepción insistió en que ella estaba curando a su padre y les indicó a los hermanos 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.

En otras ocasiones los hermanos Amelia y Luis Antonio acudieron al domicilio de Concepción en Jerez para hablar con ella, sin que estuviese presente Iván, que sí acompañó a Concepción cuando acudió a Ubrique. Al menos en una ocasión en Ubrique Iván confirmó a los hermanos Amelia y Luis Antonio los "poderes" curativos de Concepción, indicándoles casos concretos de curaciones en los que ella habría intervenido. Además les dijo que Concepción iba a curar a su padre, pues nunca nadie había ido a su casa a quejarse, sino a llevarle algún regalo por la curación. No se ha probado que Iván hablase con los hermanos Amelia y Luis Antonio del dinero que habían pagado para conseguir los servicios de Concepción.

Mientras tanto la enfermedad de don Félix seguía su curso natural, sin ninguna influencia de los pretendidos poderes de la acusada, que alrededor de abril de 2001 solicitó a los hermanos Amelia y Luis Antonio que le diesen otro millón y medio de pesetas. Aprovechando que Amelia había sido ingresada en el Hospital por una enfermedad, Concepción llegó a decirle que le había pasado el cáncer de su padre y que era normal que su padre estuviese cada vez más amarillo y desmejorado, porque ella le estaba "tocando" por dentro. Los hermanos Solando le dijeron a Concepción que no tenía más dinero, pese a lo cual mantuvieron los contactos casi diarios con Concepción que decía que continuaba ejerciendo sus "poderes" para curarlo. Finalmente el 18 de julio de 2001 don Félix falleció. Al día siguiente Amelia, con la intención de pedirle que le devolviera la foto de su padre y en presencia de su hermano Iván, llamó a Concepción que les dijo que no los conocía de nada.

A Amelia se le diagnosticó, tras la muerte de su padre, un trastorno de adaptación con predominio de alteraciones de otras emociones, provocado tanto por el padecimiento que sufre su marido como por una reacción emocional derivada de la enfermedad y fallecimiento de su padre, así como de los hechos antes descritos. El marido de Amelia sufre desde al menos el año 2000 un trastorno orgánico de la

personalidad y una epilepsia postraumática. Por sentencia de 29 de noviembre de 2004 fue declarado incapaz para gobernarse y administrar sus bienes. Amelia nació en el año 1964 y ha trabajado como administrativo en el Ayuntamiento de Ubrique. Luis Antonio nació en el año 1973, sus estudios son de auxiliar de clínica y en la época en que ocurrieron los hechos trabajaba en la construcción. Los hermanos Amelia Luis Antonio están devolviendo a razón de 180 euros mensuales el equivalente a 2 millones de pesetas que recibieron en préstamo de la señora Lucía.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Condenamos a Concepción como autora penalmente responsable de un delito continuado de estafa de especial gravedad a las penas de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 8 meses con cuota diaria de 6 euros. Si la condenada no satisficere voluntariamente o por vía de apremio la multa impuesta, quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

La existencia del delito de estafa exige un engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

La esencia delictiva gira en torno a una conducta engañosa, suficientemente convincente, con un contenido tal que pudiera producir error en el común de las gentes. La cualificación del engaño como penalmente relevante suscita problemas de interpretación que es necesario acomodar a los casos concretos.

La dificultad aumenta si tenemos en cuenta que, nuestro Código Civil, en el artículo 1269 nos dice que "existe dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes se induce a otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho". Es evidente que las palabras o maquinaciones insidiosas constituyen un engaño, si bien no siempre es posible derivarlo hacia el campo del derecho penal.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado criterios cuantitativos para delimitar el dolo penal y distinguirlo del dolo civil. En consecuencia, es necesario reservar la aplicación del derecho penal a los casos verdaderamente graves que supongan ataques suficientemente fraudulentos, al patrimonio ajeno.

En términos generales se ha simplificado el debate exigiendo que el engaño sea "bastante". Gramaticalmente significa o es homologable a suficiente, considerable y en cierto modo intenso. Como es lógico, la interpretación jurisprudencial está llamada necesariamente, a integrar este concepto en cada caso concreto.

Si tenemos en cuenta 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. 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 buenaventura 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.

El legislador nos proporciona una interpretación complementaria al considerar, como una modalidad agravada, la estafa cometida con abuso de las relaciones existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

No se discute que los denunciante estuyesen angustiados ante la grave enfermedad que padecía su padre y que buscasen desesperadamente cualquier tratamiento que pudiera curar su enfermedad. En el mundo intercomunicado en el que vivimos, cualquier persona media está en condiciones de conocer cuáles son los efectos de los padecimientos que genéricamente se recogen bajo la denominación genérica de cáncer. Está probado y así se declara que los médicos les habían advertido que era imposible la curación de un carcinoma hepático de las características que padecía el padre de los denunciante.

No sería extraño que, aun en contra de los consejos médicos, agotasen todas las posibilidades que la medicina más 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 denunciante. La esperanza es humanamente entendida, pero la confianza en la magia no puede recabar la protección del derecho penal.

Para reforzar más estas conclusiones, disponemos de las circunstancias personales de los denunciante. La hija era administrativa empleada en el Ayuntamiento de su localidad y el hijo, auxiliar de clínica, aunque ahora trabajaba en el construcción. No es posible admitir que personas con esas cualidades actuasen seriamente bajo error o engaño. En todo caso su reclamación podría encauzarse por la vía civil si es que consiguen demostrar que fueron inducidos por palabras o maquinaciones insidiosas.

Admitida la cuestión de fondo, no es necesario abordar el examen de los restantes motivos. Por lo expuesto el motivo debe ser estimado. Fallamos: que debemos

absolver y absolvemos a Concepción del delito de estafa de especial gravedad por el que venía acusada, declarando la oficio las costas de la instancia.

## **II. PODERES MÁGICOS DEL SABIO DEL DESIERTO**

### **i.SENTENCIA DEL TS DE 9 DE JULIO DE 2009**

El acusado Fausto mayor de edad, sin antecedentes penales, en esta ciudad, a finales de julio de 2005, con propósito de enriquecimiento injusto y conocedor de la credulidad de Carmela, debido a su estrecha amistad; se concertó con otra persona no identificada pero al parecer de origen mauritano y llamada Abdul, e hizo creer a Carmela que éste tenía poderes mágicos pues era "un sabio del desierto", insistiéndole en que a través del "sabio" su vida iba a cambiar, logrando convencerla de que si entregaba cantidades de dinero, con él, el citado "sabio" haría más dinero que entregaría a Carmela . Creyendo ésta en tales afirmaciones entregó a Fausto y su acompañante en su propio domicilio, el día 28 de julio de 2005 la cantidad de 6.800 euros, haciendo Abdul un ritual para que los espíritus lo duplicasen, y al día siguiente Carmela acompañada de Fausto obtuvo de un prestamista otros 20.000 euros que entregó también en su casa a aquel y al "sabio del desierto", el cual hizo un nuevo ritual para que apareciera más dinero; logrando de este modo disponer en beneficio propio el acusado y acompañante de un total de 26.800 euros

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallo: Debemos condenar y condenamos al acusado Fausto como autor criminalmente responsable de un delito de estafa ya definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de confianza también definida, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales causadas con inclusión de causadas por la acusación particular.

Como se ha dicho en sentencias 132/2007 de 16.2, 37/2007 de 1.2, 1169/2006 de 30.11, 700/2006 de 27.6, 182/2005 de 15.2, 1491/2004 de 22.12, entre otras muchas, la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS. 1479/2000 de

22.9, 577/2002 de 8.3 y 267/2003 de 29.2), que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS. 27.1.2000), hacer creer a otro algo que no es verdad (STS. 4.2.2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y "la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece" (SSTS. 44/93 de 25.1, 733/93 de 2.4), y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente constituye un dolo antecedente (SSTS. 17.1.98, 2.3.2000, 26.7.2000).

Ahora bien el concepto calificativo de "bastante" que se predica en el precepto del engaño ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera "mise en scene" capaz de provocar error a las personas más "avisgadas", mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura (STS. 1243/2000 de 11.7).

La STS. 1508/2005 de 13.12 insisten en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello se ha dicho en la STS. 918/2008 de 31.12 - que modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa (STS. 2464/2001 de 20.12).

En el caso presente el problema que se plantea es que si se califica de burdo el engaño, puede atribuirse el resultado lesivo (perjuicio patrimonial en este caso), a la víctima de la acción realizada por el acusado recurrente y ese tercero no identificado.

A este respecto debemos señalar (STS. 1195/2005 de 9.10, 945/2008 de 10.12) que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador.

Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos

pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o "filo-mish", billete de lotería premiado o "tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", etc...).

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta 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. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea".

La reciente sentencia 476/2009 de 7.5, da respuesta a esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta.

Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de autopuesta en peligro. Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Y en este sentido la citada sentencia nos dice: "Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima

sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien - generalmente la víctima- era tenedor o poseedor de esa cosa.

Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquélla, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión.

En algunos casos puede ser un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima.

En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aun cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia.

No existirá la imputación que la doctrina denomina "de segundo nivel", cuando, aún pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse "culpable" del error padecido.

Resulta evidente que en el caso que juzgamos el consentimiento por parte de la víctima en afrontar la acción arriesgada, constituida por el desplazamiento patrimonial, que desembocó en el resultado lesivo, o perjuicio patrimonial, no puede en modo alguno estimarse válido ya que el hecho declarado probado que el acusado era conocedor de la credibilidad de la víctima debido a su estrecha amistad e hizo creer a esta que otra persona tenía poderes mágicos pues era un "sabio del desierto", insistiéndole en que a través del "sabio" iba a cambiar, logrando convencerla de que si entregaba cantidades de dinero, con él, el citado "sabio" haría más dinero que le entregaría, añadiendo en la fundamentación jurídica que "en el presente caso el acusado sabía que Carmela era entusiasta seguidora de los temas parapsicológicos y enigmáticos y ferviente creyente de los "sabios del Tibet", por lo que era fácil de convencer, en que se podían hacer aquellos "milagros", y máxime al confiar en él y en el ávido deseo de ver los milagros".

Pues bien analizados estos hechos debemos concluir que no son atribuibles a la autonomía autorresponsable de la víctima. En efecto podemos admitir que desde un criterio puramente objetivo pudiera parecer que el engaño realizado, la ostentación de poderes mágicos, paranormales, con capacidad de multiplicar y crear dinero, puede ser calificado de insuficiente, pero, como señalábamos, es preciso analizar el hecho también

desde un baremo subjetivo, y en este sentido, el acusado conociendo la credibilidad de la víctima en relación con temas parapsicológicos y enigmáticos, creo la situación de error en la misma en cuya virtud hizo las disposiciones económicas que se relatan.

Consecuentemente ninguna duda cabe que la maniobra engañosa desplegada por el acusado dio el resultado apetecido por cuanto se consigné provocar el error de la víctima y el desplazamiento patrimonial de ésta a aquél. Es decir, 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 de la engañada a las que nos hemos referido anteriormente.

Por ello, esa acción de la víctima, no afecta a la valoración jurídico penal que merece el comportamiento realizado por el acusado. No puede excluirse la tipicidad penal de la conducta descrita como realizada por el recurrente y también ha de concluirse que el comportamiento de la víctima no elimina tampoco la imputación al comportamiento de aquél del resultado lesivo padecido por la víctima.

Muy al contrario, nos encontramos ante un supuesto de exclusión de imputación del resultado a la víctima. Y no tanto porque ésta, en cuanto titular del bien jurídico lesionado, no es la persona a la que el Derecho Penal responsabiliza de tal lesión, sino porque su comportamiento no excluye la imputación del resultado al acusado.

A esta conclusión habría de alegarse de mantenerse que a la víctima no le será imputable el resultado cuando no puede considerarse que lo consciente con voluntad válida, por libre y consciente.

Nos encontramos ante una operación concertada entre el recurrente y su amigo "el mago", dirigida a sorprender la credulidad de la víctima en cuestiones parapsicológicas y enigmáticas, ferviente creyente de los "sabios del Tibet". Engaño, que como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición -no hubiera sido bastante para sorprender a otro tipo de personas, pero que en esta ocasión, el acusado y su amigo actuaron explorando esa credibilidad, esa debilidad de la víctima induciéndola a entregar unas cantidades de dinero para que se produjera el milagro de su multiplicación, era un plan preconcebido a ese fin. El acusado era amigo de la víctima y le conocía desde hacía tiempo y en ese conocimiento era también consciente de su debilidad, lo cual aprovechó en su beneficio. En definitiva fue la condición de la víctima de persona sensible a creer en cosas que la mayor parte de la gente no cree, lo que fue aprovechado por el acusado. Ese engaño hubiera sido estéril, hasta objeto de burla -la propia víctima declaró que sus hermanas se reían y se lo tomaron a guasa diciendo que era un rollo- en muchas personas, pero buscó al tipo de persona que cree en esas cuestiones. Por tanto, utilizó el engaño bastante para conseguir su propósito respecto de la persona a la que orientó sus artimañas.

Pudiera plantearse si la exclusión de la imputación a la víctima desaparece por la coetánea concurrencia de elementos subjetivos en el comportamiento de la víctima, como el afán de lucro con desprecio de la eventual ilegalidad del propósito de enriquecimiento.

La cuestión planteada radica en si el tipo penal de la estafa puede tutelar pérdidas patrimoniales que tienen lugar en el contexto de un negocio con causa ilícita, o más sencillamente en casos de disposición para conseguir un fin ilícito, que incluso llene el tipo subjetivo de un tipo penal.

Con carácter general no es irrelevante la conducta de la víctima en cuanto el fin de protección de la norma en la estafa permitiría dejar al margen del tipo determinados perjuicios causalmente producidos por comportamiento engañoso pero que pueden no hallarse comprendidos en dicho ámbito de protección según su sentido y las finalidades político criminales perseguidas por el legislador.

Por ello la situación víctima delincuente es interesante desde la perspectiva criminológica y de la misma pueden extraerse importantes consecuencias dogmáticas, apuntándose por un sector doctrinal que el fin de protección de la norma en el delito de estafa no puede consistir en dispensar tutela penal a quien sufre sin menoscabo patrimonial como consecuencia de un incumplimiento de una promesa ilícita, incluso constitutiva de delito, o cuando la disposición del patrimonio pretende conseguir determinados efectos contrarios a Derecho, incluso que infringen la norma penal, al menos como tentativa de delito, en estos casos sería posible, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal a la propia víctima en la medida que su comportamiento pueda ser calificado como tentativa punible, y además, que pueda perder la protección penal de aquel patrimonio, pues la norma penal no podría razonablemente extender la protección hasta alcanzar la tutela frente a pérdidas patrimoniales que han tenido lugar en el contexto de un negocio ilícito y la víctima infractora perdería su derecho al resarcimiento produciéndose el comiso de la cantidad defraudada.

Esta postura tiene su apoyo en la STS. 655/97 de 13.5, que en su caso en que el recurrente afirmó como verdadero que "tenía influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas" de la licencia del perjudicado, aunque esto no era cierto, tras declarar que el patrimonio protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal, dispuso que "la protección solo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito, en el sentido del art. 1275 Cc . o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir", concluyendo en este sentido que "el titular de un patrimonio que "compra

influencias" de un funcionario no merece protección del ordenamiento jurídico, pues el que corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido".

No obstante esta postura con independencia de que propiamente no cuestiona la responsabilidad penal del estafador sino que partiendo de la concepción personal del patrimonio excluye el daño patrimonial en los casos en que la finalidad perseguida por su titular sea ilícita, y de esa no producción del perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de la estafa, deriva dos consecuencias: en primer término, que el delito no se haya consumado y deba ser sancionado como una tentativa acabada, y en segundo lugar, que no quepa reconocer el supuesto perjudicado derecho alguno a indemnización, dado que la suma de dinero entregada son efectos provenientes del delito sobre los que el sujeto pasivo de la estafa carece de derecho jurídicamente protegible por tratarse de un negocio jurídico de causa ilícita y que, por lo tanto, debieron ser decomisados, es minoritaria y un sector amplio de la doctrina y la jurisprudencia considera que el daño patrimonial subsiste en tales casos y la estafa se consuma en relación al estafador, toda vez que con su actuación se produjo un quebranto de la norma y hubo como consecuencia de la acción del estafador una efectiva disposición patrimonial por parte del perjudicado, de modo que puede haber estafa cuando el objeto de la misma sea ilícito, pues lo determinante es que con el engaño se produce un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa.

Por ello en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que "siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral".

En efecto, la conducta desvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima, la prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría de reconducir -si fuera posible- la conducta dirigida a esa finalidad delictiva.

En base a lo razonado el motivo debe ser desestimado porque no puede compartirse su juicio de valor que pone a cargo de la víctima cánones de desaprobación más exigentes que los utilizados para valorar el comportamiento de los que se apoderan ilícitamente -de esta ilicitud al menos no se duda- del patrimonio ajeno.

### **III. EL TIMO DEL NAZARENO**

#### **i.SENTENCIA DEL TS DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2006**

El acusado Iván , mayor de edad, y con antecedentes penales no computables, de común acuerdo con el también acusado Ildefonso , mayor de edad, y con antecedentes penales no computables, convenció al también acusado Valentín , mayor de edad, y con antecedentes penales no computables, a sabiendas los dos primeros de que este último tiene limitadas sus facultades psíquicas, "(con una inteligencia por debajo de lo normal, aunque dé sensación de normalidad, lo que es apreciable por los Magistrados de la Sección, a lo largo de las varias sesiones de juicio oral)", para que formaran una empresa de compraventa de productos alimenticios, en que Valentín figuraría como gerente. Iván conocía bien a Valentín, porque con anterioridad éste había trabajado en labores de jardinería para él. Convencido Valentín de su nueva función, gerente de la empresa denominada "Comercial Libra Alimentaria" (denominada también COLIA), empresa que ni estaba registrada, ni dispuso nunca de libros contables, y guiado por los anteriores, quienes habían contactado con el propietario de un local, con fecha 15-11-1.997, suscriben Valentín y Rocío , hija del propietario, un contrato de arrendamiento del local sito en la calle Elche nº 5-Bajo, de Guardamar del Segura (Alicante), para desarrollar allí su actividad. Con el fin de lograr la aceptación de su solvencia, ante las empresas que controlan el nivel de cumplimiento de las mercantiles vendedoras de productos alimenticios, habían adquirido a través de Valentín, con anterioridad al arrendamiento, con fecha 28-8-1.997 una mercantil que no planteaba problemas "ab initio", "Libra Promotora de Inversiones", cuyo objeto social era la promoción y venta de inmuebles cuyo nombre era muy parecido al de la empresa alimentaria antedicha, y que figuraba formalmente como la adquirente. En los sellos de la empresa figuraban ambas mercantiles reseñadas. Los pagarés librados para pago, los rellenaban Iván o Ildefonso y eran firmados por Valentín. En numerosas ocasiones Iván Ildefonso ante los vendedores, bien telefónicamente, bien en persona, se hacían pasar por Valentín, dando su nombre. Puesta en funcionamiento "Comercial Libra Alimentaria", entre los meses de marzo a mayo de 1.998 realizaron numerosas adquisiciones de productos alimenticios, cuyos importes se pagaban normalmente a 90 días, de forma que, antes de que vencieran los mismos, se solicitaba y recibía más género de las mismas mercantiles, que sin haber percibido la primera venta, confiadas en su solvencia, les remitían nuevo género. Así adquirieron mercancía a Legumbres La Asturiana por 3.199.367 ptas., a Conservas Hijos de Alonso S.A 1.723.492 ptas., a Estuchados Ull S.L. por 2.581.235 ptas., a Velasco Estero S.L. por 2.143.024 ptas., a Plataforma Logística Pinar S.L. por 1.457.145 ptas., a José Estevez S.A., Embutidos Seban S.L., y Herederos de Argüesos S.A. por, a A. González Quijada S.L. por 1.558.135 ptas., a Embutidos Palomares S.L. por 300.000 ptas., a Pérez Gaytan S.A. por 1.041.750 ptas., a Feyce S.L. por 847.440

ptas., a Safyc S.L. por 1.109.376 ptas., a Vinagres Parras S.A. por 298.376 ptas., a Olis de Catalunya S.A. por 1.001.229 ptas., a Carniques Serra por 384.460 ptas., a Quesería de Araia por 555.021 ptas., a Sabores Extremeños S.L. por 382.877 ptas., a Bodegas Mariscal S.L. por 527.311 ptas., a Cafés Pont S.L. por 499.305 ptas., a Cuétara S.A. por 509.305 ptas., a Granini Eckes Ibérica S.A. por 1.142.002 ptas., y a Ibéricos de Villaviciosa por 845.180 ptas. Los acusados en todas las compras mencionadas entregaban pagarés, que resultaron impagados a sus respectivos vencimientos, y el día 20-5-1.998, una vez adquirieron y dispusieron de la mercancía comprada, cerraron el almacén, dejándolo vacío, y depositando en un buzón del propietario las llaves del mismo, escasos meses después del arrendamiento. No estando suficientemente acreditadas las sumas que algunas de las mercantiles percibieron de la aseguradora Crédito y Caución.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos al acusado en esta causa Valentín, del delito continuado de estafa del que era acusado, y debemos condenar y condenamos a los acusados en esta causa, Iván y Ildefonso, como autores responsables, cada uno de ellos, de un delito continuado de estafa.

En lo que aquí interesa, el "factum" establece que, constituida la empresa y convencido Valentín de su nueva función, gerente de la empresa denominada "Comercial Libra Alimentaria" (denominada también COLIA), empresa que ni estaba registrada, ni dispuso nunca de libros contables, y guiado por los anteriores, quienes habían contactado con el propietario de un local, con fecha 15-11-1.997, suscriben Valentín y Rocío, hija del propietario, un contrato de arrendamiento del local sito en la calle Elche nº 5-Bajo, de Guardamar del Segura (Alicante), para desarrollar allí su actividad. Con el fin de lograr la aceptación de su solvencia, ante las empresas que controlan el nivel de cumplimiento de las mercantiles vendedoras de productos alimenticios, habían adquirido a través de Jesús, con anterioridad al arrendamiento, con fecha 28-8-1.997 una mercantil que no planteaba problemas "ab initio", "Libra Promotora de Inversiones", cuyo objeto social era la promoción y venta de inmuebles cuyo nombre era muy parecido al de la empresa alimentaria antedicha, y que figuraba formalmente como la adquirente.

En los sellos de la empresa figuraban ambas mercantiles reseñadas. Los pagarés librados para pago, los rellenaban Iván o Ildefonso y eran firmados por Valentín. En numerosas ocasiones Iván Ildefonso ante los vendedores, bien telefónicamente, bien en persona, se hacían pasar por Valentín, dando su nombre. Puesta en funcionamiento "Comercial Libra Alimentaria", entre los meses de marzo a mayo de 1.998 realizaron numerosas adquisiciones de productos alimenticios, cuyos importes se pagaban normalmente a 90 días, de forma que, antes de que vencieran los mismos, se solicitaba y

recibía más género de las mismas mercantiles, que sin haber percibido la primera venta, confiadas en su solvencia, les remitían nuevo género.

Así adquirieron mercancía a Legumbres La Asturiana por 3.199.367 ptas., a Conservas Hijos de Alonso S.A. por 479.799 ptas., a Covering Consulting S.L. por 1.786.754 ptas., a Vinos del Bierzo Sd. Cooperativa por 1.723.492 ptas., a Estuchados Ull S.L. por 2.581.235 ptas., a Velasco Estero S.L. por 2.143.024 ptas., a Plataforma Logística Pinar S.L. por 1.457.145 ptas., a José Estevez S.A., Embutidos Seban S.L., y Herederos de Argüesos S.A. por, a A. González Quijada S.L. por 1.558.135 ptas., a Embutidos Palomares S.L. por 300.000 ptas., a Pérez Gaytan S.A. por 1.041.750 ptas., a Feyce S.L. por 847.440 ptas., a Safyc S.L. por 1.109.376 ptas., a Vinagres Parras S.A. por 298.376 ptas., a Olis de Catalunya S.A. por 1.001.229 ptas., a Carniques Serra por 384.460 ptas., a Quesería de Araia por 555.021 ptas., a Sabores Extremeños S.L. por 382.877 ptas., a Bodegas Mariscal S.L. por 527.311 ptas., a Cafés Pont S.L. por 499.305 ptas., a Cuétara S.A. por 509.305 ptas., a Granini Eckes Ibérica S.A. por 1.142.002 ptas., y a Ibéricos de Villaviciosa por 845.180 ptas. Los acusados en todas las compras mencionadas entregaban pagarés, que resultaron impagados a sus respectivos vencimientos, y el día 20-5-1.998, una vez adquirieron y dispusieron de la mercancía comprada, cerraron el almacén, dejándolo vacío, y depositando en un buzón del propietario las llaves del mismo, escasos meses después del arrendamiento.

Estos hechos configuran de modo paradigmático la modalidad de estafa conocida como "timo del nazareno" que utiliza como mecánica fraudulenta la creación aparente de una empresa, para realizar bajo su cobertura mercantil pedidos millonarios, servidos en la confianza normalmente existente entre empresas del ramo, que no se tiene intención de pagar y que se hacen desaparecer rápidamente. Como con todo acierto argumenta el Fiscal al impugnar el motivo, los perjudicados confiaron -como escribe el "factum"- en la realidad del negocio dada la verosímil apariencia de los pagarés, timbrados con los sellos de la empresa ficticia y de la verdadera y, por tanto, hubo engaño bastante para la injustificada confianza, produciendo el error en las víctimas, consistente en creer en la veracidad y buena fé de la transacción, por cuyo engaño y error dichas víctimas entregaron las mercaderías que no iban a cobrar, como no cobraron. El ánimo de lucro es obvio, pues el recurrente y el coacusado Ildefonso se enriquecieron con el valor de las mercaderías de las que se apropiaron, enriquecimiento productor del perjuicio de las víctimas y, por tanto, hay nexo causal entre dicho enriquecimiento y perjuicio.

## **ii.SENTENCIA DEL TS DE 21 DE ENERO DE 2010**

En el otoño de 1.994 el imputado Olegario, hoy fallecido, junto con su esposa la acusada Celestina, mayor de edad, con DNI NUM000 y sin antecedentes penales, su sobrino el acusado Guillermo con DNI NUM001 y sin antecedentes penales, así como los acusados Jacobo con DNI NUM002 y con antecedentes penales entonces cancelables, y Humberto con DNI NUM003 también penales aunque condenado posteriormente por delitos de estafa y falsedad cuya fecha de comisión no consta, con el fin de obtener un importante beneficio económico urdieron y desarrollaron la siguiente trama: Con fecha 4 de octubre de 1.994 se constituyó notarialmente la sociedad limitada LUBEFRA (nombre que coincide con las respectivas primeras sílabas de los nombres de Olegario, Celestina y Guillermo) cuya actividad económica se centraría en la comercialización de productos alimenticios, siendo socios fundadores de la misma Celestina (que asumía el 70% del capital social y la administración de la sociedad), Guillermo (el 20% del capital social) así como Ángel Daniel (al que se concedió un 10% del capital social) y en la que, si bien formalmente no aparecía Olegario, él era quien llevaba una parte importante de la gestión de la empresa. La finalidad de la creación de dicha sociedad era la de, fingiendo una importante solvencia económica, adquirir productos por precio aplazado (normalmente utilizando letras de cambio o indicando el número de cuentas corrientes a las que los compradores debían girar sus recibos) que realmente pretendían no abonar a los proveedores (salvo que puntualmente fuera necesario algún concreto pago parcial para mantener la apariencia de solvencia y, así, concretar nuevos suministros) para, una vez en su poder la mercancía, proceder a su venta y percibir el importe de ésta. La empresa se mantendría en tanto que pudieran continuar recibiendo pedidos a crédito y, una vez que los proveedores dejaran de confiar en ella al llegar los vencimientos de los pagos y resultar estos infructuosos, dejarla descapitalizada y sin actividad con lo que aquéllos no podrían cobrar. El reparto de funciones era el siguiente: Olegario, junto con su sobrino Guillermo, realizaban la actividad comercial de adquisición de los distintos productos, cuya venta era luego gestionada por Jacobo. Celestina era la titular formal de la empresa por lo que suscribía los correspondientes documentos (entre ellos las letras de cambio en que se plasmaban los pagos aplazados) y, puntualmente, colaboraba en las adquisiciones, como también lo hacía Humberto que, en un momento dado (finales de diciembre de 1.994 coincidiendo con los vencimientos de los primeros pagos) asumió la titularidad y administración de la sociedad para, engatusando a los proveedores informándolos de que al adquirirla le habían sustraído la liquidez pero que la tendría de nuevo a corto plazo y, consecuentemente, ofreciéndoles renegociar los pagos pendientes y en algún caso realizando un abono parcial, conseguir nuevos envíos a crédito (también sin intención de pagarlos) para continuar vendiéndolos y lucrarse con ello el mayor tiempo posible. Todos ellos actuaron de consuno en la operación, siendo plenamente

conscientes de la trama y de que su finalidad no era otra que obtener el dinero de la venta de aquellos productos y no abonárselos a sus proveedores. La apariencia de solvencia la consiguieron con un doble mecanismo: por un lado presentaron a las empresas de las que pretendían adquirir sus productos declaraciones de bienes de Celestina por un importante valor y, por otro, indicaron cuentas bancarias en las que habían depositado sumas millonarias con el fin de que, si el proveedor recababa información de la entidad, ésta fuera la de considerarla plenamente solvente. Convencidos de que la empresa era de fiar, los proveedores accedían a enviarles los pedidos solicitados que luego no serían abonados. La voluntad inicial de no pagar nada más que lo estrictamente necesario condujo a que no sólo se concertaran tales deudas con los proveedores de las mercancías que pretendían comercializar, sino que también se hizo lo mismo con los gastos derivados de la puesta en funcionamiento y desarrollo de la actividad de la empresa y, así, no se llegó a abonar el mobiliario de oficina que se adquirió a Muebles Campo S.A., ni gastos de alquiler de los vehículos destinados a la empresa contratados con Automóviles Pacífico, S.L., ni los de adquisición de teléfonos móviles a Servifónica, ni los de material de oficina comprado a Olympia Máquinas de Oficina, S.A.

El Tribunal razona la subsunción explicando que la apariencia de solvencia con la que se pretendía ganar la confianza de los proveedores aparece documentada en autos, especialmente la referencia a los dieciséis o diecisiete millones "que se moverían de un banco a otro para informes" (extractos bancarios a los folios 855, 856, 870 y corroborada por los testigos que declararon como LUBEFRASA se ganó su confianza exhibiendo notas de bienes de aparente solvencia (folios 367 a 370 respecto de Embutidos y Jamones Hervás, S.A., idénticos a los que aparecen en otras muchas denuncias y a los que varios testigos hicieron referencia en el juicio) en los que aparecían propiedades de Celestina por valor de ciento cuarenta millones de pesetas y un balance de situación al 30 de octubre de 1.984 con una supuesta liquidez en bancos de más de 14.000.000 acompañado de una relación de cuentas bancarias en las que podían confirmar ese extremo, que de hecho confirmaron. También los testigos que recordaban con más detalle aquellas operaciones pese a los catorce años transcurridos comentaron que, vista aquella aparente solvencia, les convencieron de que su política de empresa era de pagos aplazados y accedieron a ello. Y cuando, transcurrido el tiempo y reiterados los pedidos, algún fabricante se mostró reticente a nuevos envíos, le pagaron una parte de la deuda para asegurarse o recuperar su confianza y, así, en el caso de Embutidos y Jamones Hervás, S.A., se le abonó un millón de pesetas (casi toda la factura inicial) para luego dejarle un débito total de 5.234.828 pesetas, o en el caso de Jamones Don Sebastián se le pagó el primer pedido de 569.874 pesetas para luego dejar una deuda final de 2.322.514 pesetas.

Existe, por tanto, en engaño consistente, por un lado, en la utilización de la maquinación descrita para obtener la confianza de los fabricantes en la solvencia de la sociedad y, por otro, en la utilización (a partir de esa confianza) de un sistema de pagos aplazados (y en las puntuales ocasiones citadas el abono parcial de la deuda inicial) con la única finalidad de dilatar el mayor tiempo posible las relaciones comerciales y, con ello, proveerse de la mayor cantidad posible de una mercancía que desde el primer momento no pensaban pagar, voluntad de incumplimiento que se pone de manifiesto en todas las relaciones comerciales entabladas, tanto las relativas al negocio en sí (la adquisición de productos alimenticios para su venta) como las referidas a la instalación de la empresa (vehículos, mobiliario, material de oficina, teléfonos). Mediante este engaño se consiguió que, en la creencia de que se trataba de una empresa seria y solvente, los fabricantes les entregaran las mercancías solicitadas y luego no abonadas, y todo ello se hizo con el fin de obtener un rápido enriquecimiento a su costa. Apreciamos así la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que configuran el delito de estafa regulado en el artículo 248 del Código Penal.

La fundamentación jurídica de la sentencia resulta irreprochable al efectuar la calificación de los hechos probados, como lo es el alegato impugnativo del Fiscal al exponer que los hechos probados, establecen la existencia de un proyecto común con asignación de funciones entre los partícipes para su completa ejecución, en el que el recurrente desarrolló su particular cometido que consistió en la captación de los proveedores, junto con su tío Olegario, hasta convencerles de realizar las ventas a pago aplazado, previa simulación de solvencia de la sociedad deudora. Se trata de un supuesto de coautoría que define el artículo 28 del C. Penal como ejecución conjunta del hecho, en la que cada uno de los concertados colabora con una aportación objetiva, causal y eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo. La actuación del recurrente forma parte esencial del engaño que determina error en quienes contratan y cumplen sus compromisos contractuales en la creencia de que la otra parte va a cumplir también sus obligaciones.

En cuanto al art. 250.3 y 6 C.P. y 74 del mismo Texto, y partiendo de la realidad de la coautoría por la ejecución conjunta del hecho según el papel asignado a cada partícipe, ninguna duda ofrece la agravante específica del art. 250.3 al establecer el "factum" que la sociedad adquiriría los productos a precio aplazado "normalmente utilizando letras de cambio". Más adelante, señalan que la acusada Celestina, como titular formal de la empresa "suscribía los correspondientes documentos (entre ellos las letras de cambio en que se plasmaban los pagos aplazados)". En el primero de los fundamentos jurídicos, con valor integrador, en la motivación fáctica, alude a la documental aportada por los perjudicados a la causa, y enumera "albaranes, facturas, pedidos, letras de cambio, etc.". Seguidamente, en un cuadro relaciona los folios en que

se encuentran los documentos que prueban las cantidades adeudadas a cada perjudicado, para inmediatamente afirmar "la utilización como parte de la trama de letras de cambio y, en alguna ocasión de cheques para documentar (y supuestamente garantizar) el aplazamiento de aquellos pagos".

Respecto de la agravante de especial gravedad, el recurrente alude a que "las cuantías defraudadas, en la mayoría de los supuestos, no superan el millón de las antiguas pesetas; pero olvida que el montante total de la actuación criminal ascendió a más de 20 millones de pesetas y que algunas de las individuales estafas superaban el límite establecido en la época de la "especial gravedad", pues, como resalta la sentencia recurrida, no debe pasarse por alto que estamos hablando de cantidades de hace catorce años, tiempo en el que el índice de precios al consumo ha subido un 53,1%. Y, de acuerdo con la STS de 17 de noviembre de 1.997 y otras posteriores debe tenerse en cuenta la fecha en que se ha cometido la infracción ya que el importe de una determinada defraudación es un valor relativo que hay que medir en relación con los indicadores económicos que establecen la capacidad adquisitiva del dinero en unas circunstancias determinadas.

En relación con la continuidad delictiva, el recurrente alega que se debe rechazar esta figura por estimar que la aplicación del subtipo agravado del párrafo 6º del art. 250, cuya aplicación sí efectúa, hace incompatible aquella continuidad delictiva pues la simultaneidad de ambos preceptos podría suponer una vulneración del principio non bis in idem ya que una misma situación sería aplicada dos veces con finalidad agravatoria.

Recayendo una doble y sucesiva valoración agravatoria sobre la misma situación fáctica. No tiene razón el recurrente. Debemos reiterar que la incompatibilidad entre el "delito continuado" y "la especial gravedad" sólo se producirá, cuando se aprecie dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación; así, tendrá lugar en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, de las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes cada una por sí mismas para cualificar la pena, globalmente consideradas determinen la exasperación de la pena prevista en el art. 250.1.6 C.P. . Otro tanto ocurrirá, cuando las apropiaciones aisladas, originen cada una de ellas el castigo por falta, pero conjuntamente estimadas, dieran lugar al nacimiento de un delito. La continuidad o consideración conjunta sirvió - en estos casos- para elevar a la categoría de delito lo que eran simples faltas, o a un delito cualificado, lo que eran delitos simples, circunstancia que ya supondrá una intensificación punitiva. Por eso la sentencia, en el caso sub iudice, concluye diciendo que cabe la estimación simultánea de la cualificación (art. 250.1.6º C.P.) y la continuidad delictiva (art. 74 C.P.) ya que en el conjunto de infracciones enjuiciadas existen algunas que por sí solas merecen la cualificación.

Como hemos dicho, en el caso actual se produjeron tres estafas (entre otras de menor entidad económica), cada una de las cuales se integra en el subtipo de estafa agravada del art. 250.1.6ª C.P. por la cuantía de lo defraudado en cada caso, atendidas las pautas que a tales efectos establecía la jurisprudencia de esta Sala en la época en que se sitúan los hechos. No estamos ante una pluralidad de estafas básicas de cuya suma global surja la agravación por el valor de la defraudación, sino ante un conjunto de acciones cada una de las cuales, en su propia individualidad, constituye un delito de estafa agravada por el valor de la cantidad defraudada que se tipifica en el art. 250.1.6ª C.P. . Es claro que en el primer supuesto, la circunstancia del importe total de la defraudación no podría servir a la vez para calificar los hechos como delito de estafa agravada y como delito continuado de este concreto tipo, pues ello vulneraría el principio "non bis in idem". Pero también es evidente que no se violenta dicho principio cuando -como aquí acontece- la continuidad delictiva se establece respecto de una serie de infracciones que aisladamente consideradas constituyen el subtipo agravado del art. 250.1.6ª tan repetido, de manera que la sanción de ese conjunto de acciones delictivas a través de la regla penológica del art. 74.2 C.P. resulta legalmente intachable, para castigar una reiteración de acciones delictivas. En el caso actual tres de las estafas superaron los dos millones de pesetas, y otra sobrepasó los cinco millones de pesetas, de suerte que considerando únicamente las citadas, estaríamos ante un delito continuado del tipo agravado del art. 250.1.6º C.P. ., siendo así que en el tiempo en que se produjeron los hechos regía el Acuerdo del Pleno de esta Sala de fecha 26 de abril de 1.991 que establecía la especial gravedad a partir de los dos millones de pesetas y que, aún a efectos orientativos, se recoge este criterio en las SS.T.S. de 12 de mayo de 1.997 y 28 de diciembre de 1.998.

#### **IV. EL TIMO DEL TOCOMOCHO**

##### **i.SENTENCIA DEL TS DE 16 DE JULIO DE 1992**

Declarase probado que el procesado Leonardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, se puso de acuerdo con otra persona, ya juzgada y condenada en la presente causa, para hacer objeto del timo del "tocomocho" a una tercera persona, y así en la mañana del día 8 de Mayo de 1.983, en la plaza del Mercado de Sabadell, esta segunda persona ya condenada que por su avanzada edad parecería más declive a mostrar una ignorancia consustancial a la mecánica del timo se acercó a Lorenzo, haciéndose pasar por semioligofrénico preguntándole donde había una Administración de lotería para ver si cuatro décimos del número 55.141, correspondientes al sorteo celebrado el 20 de Abril del mismo año, habían resultado premiados, momento en el que elegantemente trajeado y bajando de su turismo, el "Seat 132", matrícula F-....-FG , se acercó a los dos

y preguntó dónde se hallaba una calle, repitiendo Lorenzo a su vez su pregunta, momento en el que el procesado dijo al ya condenado que los décimos por lo que sabía habían sido agraciados con cuatro millones y como su poseedor no parecía enterarse de mucho si le daban trescientas mil pesetas cada uno podrían quedarse con el premio, procediendo el procesado a simular extraer trescientas mil pesetas de una Caja de Ahorros próxima al tiempo que el referido Lorenzo se dirige a su domicilio donde cogió una cartilla de ahorros de la Caja de Pensiones de donde extrajo las trescientas mil que a él correspondían entregar.

Tras lo anterior se dirigió a la plaza Granados donde habían quedado citados, haciendo entrega de las trescientas mil pesetas al procesado, que escamoteó, simulando meterlas en un pañuelo de bolsillo donde debían estar las que tal procesado debía aportar, entregándole el pañuelo y diciendo que esperase un momento tras lo que darían el dinero al aparente subnormal y luego cobrarían la lotería. Pasado un tiempo al desconfiar abrió el pañuelo hallando que en su interior no había dinero más si 16 hojas del periódico "La Vanguardia", correspondiente al día 23 de Abril y numeradas de la página 49 a la 90. Como Lorenzo recordaba el color y marca del vehículo así como la M inicial y BD final, aunque la exacta numeración la policía dio una batida hallado el vehículo aparcado en la calle José Renon, personándose poco después su titular, el procesado, y al abrir el coche encontraron en su interior el resto de La Vanguardia del citado día a cuyo ejemplar faltaban exactamente las páginas que han quedado reseñadas.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Fallamos: que debemos condenar y condenamos al procesado Leonardo, como autor responsable de un delito de estafa sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de dos meses de arresto mayor.

El único motivo de impugnación, se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se denuncia infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española que proclama el principio de presunción de inocencia, ya que el recurrente ha negado siempre su intervención en los hechos que se le imputan, y en el acto del juicio oral no comparecieron ni los policías ni el perjudicado. Así mismo, insiste aquél en su negativa a admitir que el ejemplar del diario La Vanguardia hallado en su coche fuese suyo. Aduce, por último que el perjudicado "no reconoce a mi representado como autor de los hechos". Efectivamente, en esta última afirmación tiene razón el recurrente, pero sólo porque en la rueda de reconocimiento no figuraba aquél, de ahí que no pudiera ser reconocido, folio 32 del Sumario. Incomprensiblemente no se efectúa en trámite sumarial ninguna diligencia de identificación respecto al impugnante por parte del perjudicado. Consta a los folios 1 y 18 del Sumario la declaración del perjudicado en la Policía y en el Juzgado, en las que describe cómo tuvo lugar el

conocido timo del "tocomocho", y como tras previa entrega de 300.000 pesetas, le dieron el pañuelo atado que contenía dos envoltorios, simulando fajos de billetes, que realmente eran dieciséis páginas del diario La Vanguardia del día 16 de Abril de 1.985. Media hora después de ocurridos los hechos, el recurrente fue detenido, ocupándose en el interior de su turismo, folios 3 y 21 del Sumario, un ejemplar de La Vanguardia así mismo del 16 de abril de 1.985, al que faltaban las hojas empleadas en la realización del timo. Por otra parte, la policía logró detenerle, porque conocía que un automóvil matrícula de Madrid, con letras finales BD, marca Seat-132, se estaba utilizando en esta clase de timos, cuyas características fueron también facilitadas por el perjudicado. Así mismo, el recurrente declaró que el día de autos, no había dejado su turismo a terceras personas.

Hay, pues, prueba suficiente de cargo, para llegar a un fallo condenatorio, pues de datos objetivos acreditados, indicios plurales, puede deducirse por vía de inferencia la participación del recurrente en los hechos enjuiciados, por existir un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, y como ese proceso deductivo, es racional, coherente y lógico y ajustado a las normas de experiencia, la presunción de inocencia ha de reputarse enervada.

## **ii.SENTENCIA DEL TS DE 27 DE MARZO DE 2000**

Los acusados Rosendo, Pablo y José Manuel, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, se concertaron a fin de obtener de forma ilícita ciertos beneficios económicos, para lo cual llevaron a cabo el siguiente plan previamente establecido. En primero lugar se desplazaban bien en el vehículo propiedad de Pablo o de su conocido, a un pueblo o ciudad de la geografía nacional, una vez en la localidad elegían de entre los transeúntes a quien iba a ser su víctima, optando por personas de avanzada edad o con apariencia de escasa formación cultural.

Tras ello uno de los acusados, indistintamente, según el rol conferido haría el papel de disminuido psíquico (tonto), acercándose a la víctima preguntándole por una calle o edificio. Seguidamente, establecido el contacto, aparecía en escena otro de los acusados (listo), cuyo papel era hacer creer a la víctima, que entregando una cierta cantidad de dinero, podrían lograr la entrega por parte del disminuido psíquico de unos cupones de ciegos premiados con varios millones de pesetas. A fin de vencer la desconfianza de la víctima se le exhibían, por quien interpretaba el papel de "listo", una lista de los números premiados en donde figuraba como tal el correspondiente cupón que llevaba el "tonto", la que había sido previamente confeccionada por los acusados.

Así mismo, el primero exhibía un sobre en donde presuntamente llevaba una cantidad de dinero, que iba a entregar a fin de obtener los cupones premiados, debiendo la víctima hacer lo propio con otra cantidad, que oscilaba según los casos, para luego repartirse el elevado precio con el que presuntamente estaba agraciado el cupón o cupones en cuestión. Mientras dos de los acusados llevaban a cabo dicha representación, el tercero tenía encomendada la vigilancia de las inmediaciones a fin de evitar ser sorprendidos, llevando encima el material necesario para los hechos (cupones, listas, sobre con dinero, etc.) de los cuales hacía entrega en distintos momentos a los otros dos acusados.

A través de dicha puesta en escena del plan preconcebido, el 25 de Mayo de 1996, en la localidad de Albacete, tras un intento no concretado en cuanto a su forma y desarrollo en la C/ Pablo Medina, desconociéndose la víctima, más tarde en la C/ Feria, eligieron como víctima a Juan Manuel, acercándose el acusado Pablo en su papel de "tonto", preguntándole por la oficina de Dragados y Construcciones, interviniendo de inmediato el otro acusado Rosendo, como "listo", diciéndole, que a él el anterior le había enseñado unos cupones de los ciegos que estaban premiados, aportando el referido Rosendo una lista, facilitada en un momento del desarrollo de los hechos por el también acusado José Manuel, quien permanecía en las inmediaciones como vigilante-acompañante, lista en la que figuraban premiados los tres cupones que le habían sido mostrados, ofreciéndose Rosendo a hacerle las gestiones al "poseedor" de los cupones en la oficina correspondiente, diciéndole a la víctima que le habían tocado millones, y que podían quedarse con ellos si le daban al "tonto" una pequeña propina, diciéndoles Juan Manuel , -quien se apercibió de que el acusado Pablo se hacía el tonto-, que él no quería saber nada y que se marchaba, desconociéndose la cantidad que pretendían obtener, pues en tales momentos intervino la Policía, deteniendo a los tres acusados y el material con el que trabajaban.

El día 25-7-96, los acusados Rosendo y Pablo, repitieron los hechos en la localidad de Puertollano, sin que obre acreditado que fuesen acompañados por el acusado José Manuel, acercándose Pablo en su papel de "tonto" a Alberto, preguntándole por la oficina del Mopu, interviniendo de inmediato Rosendo como "listo", sacando el primero tres cupones de los ciegos, marchándose el segundo y regresando con una lista diciéndole que los tres cupones estaban premiados con 3.800.000 pts. cada uno, y que iba al Banco a sacar dinero, regresando con un sobre que decía contener este, animando a la víctima a hacer lo mismo, para que a cambio de una cantidad de dinero entregado al "tonto" pudieran quedarse con los cupones, acompañando Rosendo a la víctima a tal fin a un sucursal del Banco Central de donde extrajo la cantidad de 800.000 pts., las que fueron entregadas al "tonto" a cambio de los tres cupones, marchándose por separado los acusados, diciéndole a Rosendo que se esperase, trascurriendo el tiempo sin que regresara, dirigiéndose Alberto a una

Administración de lotería, comprobando que no tenían premio alguno dichos cupones, denunciando los hechos en la Comisaría de Policía.

El día 22 de Agosto de 1997, se trasladaron a la localidad de Tomelloso, los mencionados acusados Pablo y Rosendo, sin que tampoco obre acreditado que con intención de protagonizar idéntica puesta en escena, abordaron en el cruce entre la C/ Veracruz y la C/ Socuellamos, a una persona no identificada, sin que haya quedado concretado el exacto desarrollo del plan, pues la rápida actuación de la Policía, advertida por un testigo que se percató del propósito de los acusados, evitó el posible éxito de su ilícita actividad.

No ha quedado probado, que en los hechos que se sucedieron el día 22-4-96, en las inmediaciones de la Plaza de Toros de la localidad de Alcázar de San Juan, y en los que por el mismo procedimiento se propició la entrega de 400.000 pts. por la víctima Luis Alberto, tuvieron intervención alguno de los acusados". (sic)

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: por unanimidad, que debemos condenar y condenamos a los acusados Rosendo y Pablo, como autores responsables de un delito de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de un año de prisión.

Se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al no existir prueba de cargo, concretando su denuncia en que en la diligencia de reconocimiento en rueda practicada, no estaba presente ningún letrado, por lo que, en su planteamiento, tal prueba es nula de donde se aboca al vacío probatorio por ser en dicha prueba que la Sala justificó el juicio de certeza sobre la implicación del recurrente en los hechos enjuiciados.

Una denuncia de esta naturaleza obliga a esta Sala a verificar el "juicio sobre la prueba", y el resultado de dicho examen le es totalmente adverso al recurrente en la medida que lejos de lo que tan rotundamente --y con tanta ligereza-- se afirma acerca de la no presencia de letrado, es lo cierto que al folio 117 consta la declaración del recurrente en sede judicial, con presencia de letrado --letrado Sr. García Serrano--, constando al folio 120 la diligencia de reconocimiento en rueda en sede judicial en la que el testigo-víctima, Alberto identifica al recurrente, siendo tan evidente la presencia del letrado, que al folio 120 vuelto se recoge en la propia diligencia unas preguntas que en dicho acto efectuó el letrado defensor.

Hubo prueba de cargo, y el examen de los autos ha evidenciado la inexistencia de las vulneraciones constitucionales denunciadas. El motivo debe ser desestimado.

Se denuncia la indebida aplicación del art. 623- 4º del C.P., falta de estafa en grado de tentativa en base a que en el propio factum, apartado segundo, se recoge expresamente la afirmación de que la presunta "víctima", se había apercebido de que el

que se hacía "el tonto" --se trata del timo del "tocomocho"-- no lo era tanto y por ello se apartó de la operación.

Razona el recurrente que este dato acreditado evidencia la ausencia de engaño bastante que exige la jurisprudencia para la existencia de la estafa, y por ello debió ser absuelto de la misma y no haber sido condenado como autor de una falta de estafa en grado de tentativa.

El motivo, que recibió el apoyo del Ministerio Fiscal debe ser admitido ya que en efecto, el art. 248 del vigente Código Penal nuclea el tipo de la estafa en la concurrencia de un engaño bastante que el sujeto activo desarrolla ante la víctima, y que justifica el desplazamiento patrimonial con el correspondiente perjuicio para ésta, de suerte que el engaño ha de ser suficiente y proporcional para la consecución del fin apetecido, tanto en clave genérica --idoneidad para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia-- como en referencia a las concretas condiciones de la persona, por lo que si el ardid empleado no tiene la suficiente apariencia de seriedad y realidad atendidos aquellos factores objetivos y subjetivos, se estaría en presencia de una situación extramuros del Código Penal por ausencia de un elemento normativo del tipo que vertebra el delito de estafa -- STS de 7 de Noviembre de 1997 entre las más recientes--.

Esta es la situación que se reconoce en la propia sentencia al afirmar que el ardid o engaño careció de la aptitud suficiente para defraudar a la víctima, que se apartó del supuesto negocio que le ofrecían.

La consecuencia de ello es la estimación del motivo y absolución de la falta de estafa lo que se hará con la segunda sentencia.

### **iii.SENTENCIA DEL TS DE 11 DE ENERO DE 2002**

En la mañana del día 17 de julio de 1.996, Eusebio de 64 años y ejecutoriamente condenado por delito de estafa el 13/10/94, a arresto de un mes y un día y Rosendo, de 43 años, ejecutoriamente condenado por utilización ilegítima de vehículo a motor el día 14/12/93 a arresto mayor de tres meses y por robo con violencia el 6/3/92 a prisión de dos años y seis meses, de común acuerdo y en la Plaza Fray Guerrero de Huelva, abordaron a Pablo de 68 años de edad cuando transitaba por allí, en tanto Rosendo le mostraba unos cupones de la ONCE diciéndole que estaban premiados, y entablaba

conversación con Pablo, se acercaba Eusebio tratando de convencerle que están premiados con millón y medio de pesetas y que podían hacerse con ellos pagando a Rosendo una cantidad inferior, consiguiendo así que Pablo extrajera de dos entidades bancarias la cantidad de cuatrocientas mil pesetas, que entregó a Eusebio, quien la introdujo en un sobre junto con dinero suyo, y sin que se diera cuenta lo cambió por otro sobre que depositó en manos de Pablo a la vez que se ausentaban pretextando volver en un momento, al abrir dicho sobre Pablo pudo ver que tan sólo contenía recortes de periódico, apoderándose así Eusebio y Rosendo del dinero de Pablo , al no regresar".

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento. Fallamos: En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido condenar a los acusados Eusebio y Rosendo como coautores responsables de un delito de estafa.

Entiende la parte recurrente que "el relato de la propia víctima" no basta para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia de los acusados, lo cual constituye una tesis frontalmente opuesta a la mantenida por la jurisprudencia. En este sentido, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el testimonio de la víctima, prestado con todas las garantías legalmente establecidas, puede ser prueba de cargo con entidad suficiente para poder desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, que, como es sobradamente conocido, es de naturaleza "iuris tantum". La propia jurisprudencia ha puesto de manifiesto reiteradamente que el testimonio de la víctima constituye con alguna frecuencia el único medio probatorio de los hechos enjuiciados, especialmente en determinados tipos penales, como es el caso de la violación, y que prescindir del mismo conduciría a la impunidad de múltiples hechos delictivos. Cosa distinta, sin duda, es la cautela con la que los Juzgadores deben valorar y ponderar tales testimonios; pero ello entra en el campo de las facultades propias y exclusivas de los Jueces y Tribunales (art. 117.3 C.E. y art. 741 LECrim.).

El Tribunal de instancia examina esta cuestión en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia al decir que "la prueba de los hechos viene dada por el testimonio de la propia víctima que este tribunal entiende como veraz, conforme al art. 741 LECrim, por ser su relato acorde con el conocido "timo del toco mocho" en lo sustancial y el "modus operandi" se corresponde con la técnica habitual de esa modalidad de estafa .."; precisando luego en el segundo fundamento que, pese a la negativa de los acusados, "su participación .. viene demostrada por la identificación que el perjudicado .. realiza en diligencia de reconocimiento en rueda practicada conforme al art. 369 LECrim. con todas las garantías", poniendo de relieve al propio tiempo que "es increíble el alegato de Rosendo diciendo que Pablo fue inducido a que lo señalara como autor por la Policía, que no consta interviniendo en la diligencia y sí la Letrada de la defensa". Se dice además en la sentencia que "este Tribunal refuerza su convicción sobre la correcta identificación de Rosendo por el hecho de ser amigo de Eusebio

(reconocido sin reservas) desde pequeño, y ambos carecen de justificación alguna para encontrarse en Huelva, siendo su paradero habitual la ciudad de Sevilla", por lo que concluye que "no hay posibilidad de error en la identificación" (FJ 2º).

Es indudable que, en el presente caso, podían haberse practicado otras diligencias de prueba –por ejemplo, las encaminadas a acreditar cómo el perjudicado hubo de sacar de dos entidades bancarias el dinero que entregó a los acusados-, pero no es menos cierto que el Tribunal sentenciador ha dispuesto de una actividad probatoria de cargo (el testimonio de la víctima), obtenida con todas las garantías legales y constitucionales pertinentes, que la jurisprudencia ha considerado reiteradamente que puede tener entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, habiendo expuesto además, razonada y razonablemente (art. 120.3 C.E.) su convicción al respecto, exponiendo su opinión sobre el testimonio de uno de los acusados y la razón de su convicción sobre la identidad de uno de los ellos (Rosendo), en forma que no cabe tildar de absurda o de arbitraria ( art. 9.3 C.E.).

El Tribunal de instancia, pues, ha dado una respuesta fundada en Derecho y debidamente razonada a las pretensiones de las partes, habiendo estimado la de la parte acusadora. De modo que no es posible apreciar las vulneraciones constitucionales que en este motivo se denuncia. Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

En cualquier caso, es realmente significativo que el perjudicado haya denunciado el hecho y haya identificado a los acusados, sin que conste la previa concurrencia de alguna circunstancia que pudiera explicar tan anómalo proceder de no haber sido ciertos los hechos denunciados. También lo es el hecho de que los acusados no hayan denunciado al perjudicado por un delito de acusación o denuncia falsas.

Dice la parte recurrente que, en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia, se razona "que existió un desplazamiento patrimonial del denunciante a los acusados"; de tal modo que se vierte un concepto jurídico: "desplazamiento patrimonial, inducido por el engaño, que predetermina ya la existencia de la estafa y por lo tanto del fallo"; añadiendo luego que "no hay constancia de que tal desplazamiento dinerario se hubiera llevado a cabo", "la presunta víctima manifiesta que sacó dinero de dos entidades bancarias para entregarlo a los recurrentes, pero extrañamente no aporta justificante de las extracciones".

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado por las siguientes razones: a) porque el vicio "in iudicando" que se denuncia debe apreciarse cuando el juzgador ha sustituido los hechos por los conceptos jurídicos en el "factum" de la resolución, cosa que aquí no sucede, pues la expresión a la que se refiere el motivo figura en la fundamentación jurídica de la sentencia y no en el relato fáctico de la misma, independientemente de que no se trata de una expresión típica y de que, además, constituye una expresión de uso común y, por ello, perfectamente comprensible para

cualquier persona de cultura media; y b) porque el desarrollo argumental del motivo carece de la coherencia necesaria en relación con el cauce casacional elegido, pues lo que en último término viene a denunciarse no es tanto la pretendida predeterminación del fallo por haberse utilizado la expresión "desplazamiento patrimonial" cuanto la prueba de dicho desplazamiento que es cosa que nada tiene que ver con el motivo examinado, sino, más bien, con la igualmente denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuestión que ya ha sido examinada al estudiar el posible fundamento de los anteriores motivos.

## **V. EL TIMADOR TIMADO**

### **EXISTIRÁ EL DELITO DE ESTAFA AUNQUE EL ENGAÑADO SE PROPUSIERA TAMBIEN OBTENER UN BENEFICIO ILICITO O INMORAL**

#### **i.SENTENCIA DEL TS DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2010**

Que el año 2004 el acusado Argimiro, mayor de edad y sin antecedentes penales era administrador de M.B.M. Gestión Financiera S.L., teniendo amistad con el acusado Juan Antonio, mayor de edad y con antecedentes penales, pues fue condenado en Sentencia de 21 de Mayo de 2003 del juzgado de lo penal nº 2 de Jerez de la Frontera a la pena de un año y seis meses de prisión por delito de estafa en ejecutoria 161/2003 ,suspendida la pena en fecha 3/09/2003 por plazo de dos años.

Este último propuso a aquel e ideo que primero a través de esta empresa y con posterioridad constituyendo la sociedad M.B.D.G. Economist Agency S.L., que contiene las iniciales de ambos acusados, siendo el primero administrador y el segundo solo apoderado, se dedicaran a la actividad de venta de inmuebles y vehículos inexistentes dando apariencia de que eran procedentes de subastas judiciales así como vehículos cuyo importe no pagaban en su totalidad a los concesionarios por lo que no podían matricularse, para obtener beneficios económicos. Que ambos, eran conscientes que ni se entregaban los inmuebles ni los vehículos, los primeros porque no existían y los segundos además porque en ocasiones no se pagaba el precio total a los concesionarios por lo que no se entregaba la documentación y en otras porque tampoco existían.

Que en tales empresas trabajaban los acusados Eulalio, Indalecio; Santos y Luis Manuel, actuaban como intermediarios en la venta de vehículos. Todos mayores de edad

y sin antecedentes penales no quedando suficientemente acreditado que tuvieran conocimiento de la trama delictiva y siendo meros empleados o intermediarios que actuaban a las órdenes de los acusados citados en primer lugar.

Por lo que se refiere a las viviendas, ofrecían a personas interesadas inmuebles a precios inferiores a los del mercado para hacer atractiva la oferta. Por lo general pretextaban que se trataba de viviendas que se hallaban incursas en un procedimiento de ejecución judicial y se estaban subastando, enseñándoles al efecto un catálogo con las viviendas objeto de subasta sin mayor especificación sobre las mismas, solo muy posteriormente en algunos casos, enseñaron fotografías y características de alguna de ellas, no respondiendo dicho catalogo a la existencia de subasta alguna.

Exigían el pago de las mismas al contado y una vez que percibían las cantidades se desentendían de su obligación de entregar las viviendas, pues ni dichas viviendas estaban a la venta ni existía ningún procedimiento judicial de ejecución. En algunos supuestos incluso se dio el caso extremo de que la propia vivienda como tal no existía.

Respecto a los vehículos, exigían igualmente el pago al contado no entregando posteriormente los automóviles. En algunos supuestos sí efectuaron la entrega de los vehículos pero dado que no hablan pagado previamente a las Empresas concesionarias, los compradores no tenían la documentación necesaria ni los automóviles estaban matriculados, por lo que no podían circular.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallo: 1º que debemos absolver y absolvemos a Eulalio y Indalecio, Aníbal y Luis Manuel de los delitos que se les imputa sin imposición de costas. Que debemos condenar y condenamos a los acusados, Juan Antonio y Argimiro, como autores de un delito continuado de estafa.

Respecto a la inexistencia o insuficiencia del engaño, cuestionada por el recurrente, hemos dicho en SSTS. 733/2009 de 9.7, 368/2007 de 9.5, y 182/2005 de 15.2, que la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS. 1479/2000 de 22.9, 577/2002 de 8.3 y 267/2003 de 29.2), que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS. 27.1.2000), hacer creer a otro algo que no es verdad (STS. 4.2.2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y "la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece" (SSTS. 44/93 de 25.1, 733/93 de 2.4), y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente constituye un dolo antecedente (SSTS. 17.1.98, 2.3.2000, 26.7.2000).

Ahora bien el concepto calificativo de "bastante" que se predica en el precepto del engaño ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera "mise en scene" capaz de provocar error a las personas más "avisgadas", mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura (STS. 1243/2000 de 11.7).

La STS. 1508/2005 de 13.12 insisten en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello - hemos dicho en la STS. 918/2008 de 31.12 - que modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado

objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa ( STS. 2464/2001 de 20.12).

En el caso presente se cuestiona la suficiencia del engaño al moverse las víctimas por un afán de lucro o enriquecimiento A este respecto debemos señalar (STS. 1195/2005 de 9.10, 945/2008 de 10.12) que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador.

Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o "filomish", billete de lotería premiado o "tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", etc...).

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta 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. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea".

La reciente sentencia 476/2009 de 7.5, da respuesta a esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta.

Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de autopuesta en peligro. Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Y en este sentido la citada sentencia nos dice: "Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien - generalmente la víctima- era tenedor o poseedor de esa cosa.

Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquélla, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir

o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión. En algunos casos puede ser un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima.

En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aún cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia.

No existirá la imputación que la doctrina denomina "de segundo nivel", cuando, aún pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse "culpable" del error padecido.

Los acusados en el supuesto de autos ofrecían las viviendas a las personas interesadas a precios inferiores a los del mercado para hacer atractiva la oferta, haciéndoles creer que provenían de ejecuciones judiciales, a lo que se añadía una puesta de escena meticulosamente descrita en el relato fáctico y en el fundamento jurídico segundo, tendente a hacer creer que se trataba de una empresa seria y solventa: captación de clientes a través de intermediarios, empleo de catálogos de viviendas, en algunos casos con fotografías y características de alguna de ellas, firma de contratos con pactos de restitución del dinero entregado en caso de disconformidad, reuniones de compradores en Madrid en Hotel de gran categoría, dando, principalmente, explicaciones sobre la tardanza, fingiendo una legalidad inexistente, y en los mismos Juzgados de la Plaza de Castilla, simulando salir de despachos hablar con el secretario judicial, exhibición de burofax y oficios como si fueran del Juzgado con el sello del mismo, etc.

Dinámica comisiva que permite afirmar la suficiencia y eficacia del engaño.

Finalmente en cuanto a la posible subsunción de los hechos en el art. 251.1 CP. al tratarse de viviendas inexistentes, se señala en la doctrina que este artículo contiene tres supuestos de estafa cuya diferenciación con el tipo básico del delito de estafa del art. 248 se justifica no solo por la naturaleza del objeto del delito y la modalidad del engaño determinante del perjuicio, sino también por la pena más grave (1 a 4 años) con que se sancionan dichos supuestos a los que, por otra parte, no es posible aplicar los subtipos agravados de estafa del art. 250 CP, dada la especialidad de las estafas descritas en el citado art. 251 que excluye, lógicamente, la aplicación de las restantes normas reguladoras de las penas contenidas en el Capítulo VI del Libro II del CP, pues a diferencia de lo que establecía el CP. derogado (art. 551) no se prescribe en el vigente remisión alguna a efectos penológicos a los arts. 249 y 250 que determinan las penas

correspondientes tanto a la estafa genérica como a los subtipos agravados, lo cual puede resultar con frecuencia incongruente, sobre todo si se tiene en cuenta el considerable valor que hoy en día alcanzan los bienes inmuebles y el hecho de que, en no pocas ocasiones, la estafa del art. 251 recaiga sobre viviendas. El art. 251.1º del Código Penal cuya aplicación se pretende sanciona "a 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". El elemento nuclear del delito de estafa, es decir, el engaño, se plasma, en el hecho de que el sujeto se atribuye falsamente sobre la cosa objeto del delito facultades de disposición de las que carece, bien por no haberlas tenido nunca, bien por haberlas ejercitado con anterioridad y, por lo tanto, carecer igualmente de ellas, falsa atribución determinante del error en el sujeto pasivo del delito y, en consecuencia del perjuicio. Por tanto como precisó la STS. 211/2006 de 16.2, el engaño típico en esta estafa aparece concretado en la tipicidad, esto es, la maquinación insidiosa, la artimaña, en definitiva el engaño, se concreta en la actuación de facultades de enajenación o de disposición de las que se carece.

Siendo así debe coincidir con el Ministerio Fiscal que en su escrito de impugnación del recurso, no comparte la afirmación del recurrente de que el art. 251.1 CP, se refiera a engaños elaborados sobre bienes inmuebles inexistentes.

En efecto -como con acierto señala- precisamente el tipo se constituye sobre la previa existencia de un bien sobre el que el sujeto activo va a construir su engaño al carecer de facultad de disposición sobre el mismo, de modo que no es la inexistencia del bien lo que determina la vía atractiva de aquél precepto penal, sino el hecho de carecer de dicha facultad de disposición sobre determinado bien y, no obstante, provocar, mediante engaño, el error en otro de dar por verdadera la apariencia de que realmente se tiene, para, finalmente, lograr la enajenación, el acuerdo o el gravamen, en su perjuicio.

Ciertamente como las acciones descritas en el art. 251.1 tendrían lugar muchas veces, en el ámbito de los negocios jurídicos relativos a viviendas y dicho precepto no contempla agravación específica, surge el problema de su relación con el art. 250.1.1.

La doctrina considera que la puesta en relación del art. 250.1.1 con el art. 251., cuya pena es menos grave que la establecida en aquel puede conducir a insatisfactorias consecuencias pudiendo incluso dejar sin efecto en la práctica, la esfera de protección del tipo agravado.

La solución en estos casos debe ser acudir a lo dispuesto en el art. 8.1 CP., entendiendo que el art. 250.1.1 es de preferente aplicación en virtud del principio de especialidad cuando la estafa tenga por objeto negocios jurídicos referidos a la vivienda, puesto que el fraude tipificado en el art. 251 del CP, tiene un ámbito de aplicación más general al titular tanto a las cosas inmuebles, aunque no se trate de viviendas en el

sentido restrictivo propio del art. 250.1.1, como a los muebles, o en el art. 8.4 CP, resolviéndose el concurso de normas por el principio de alternatividad que supone que cuando una conducta encaje indistintamente en varias normas sancionadoras, se aplique la del precepto que imponga mayor sanción, en este caso el art. 250.1.1.

Respecto a la compatibilidad entre el delito continuado, en general, y la figura agravada el art. 250.1.6, la jurisprudencia de la Sala (SSTS. 1236/2003 de 27.6, 605/2005 de 11.5, 900/2006 de 27.9, 918/2007 de 20.11, 8/2008 de 24.1, 581/2009 de 1.6, 239/2010 de 10.3) tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio non bis in idem.

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.1.6º, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 octubre 2007, acordó: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena, cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

La regla prevenida, art. 74.1 del CP., queda sin efecto cuando su aplicación fuese contraria a la prohibición de la doble valoración".

Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6, cuando los delitos, aún inferiores a 36.060,73 euros, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el 2º; pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1 y no la del art. 249 CP.

En este sentido es significativa la STS. 950/2007 de 13.11, que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que si la suma de ese

perjuicio es superior a 36.060,73 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249, o en su caso, la correspondiente a la falta.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.6ª, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tomada en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado. Supuesto que no es el presente en el que no se produce una doble valoración por cuanto la especial gravedad no surge de la cuantificación global en las defraudaciones, dado que muchas de ellas, individualmente consideradas por sí mismas conllevan esa especial gravedad -por ejemplo Galanmatic 88.500 y 119.500 E; Luis Antonio 114.500 E; Gustavo y Cándida 119.500 E; Leonardo 135.000 y 168.000 E; Consultoría de Diversificación 1.525.000 E, 28.000 y 98.000E; Domingo y otros 213.000 E; Eleuterio e Íñigo 63.000 E; Empresa de Servicios 72.000

E; Ezequías 54.600 E; Genoveva 68.970 E; por lo que concurre el subtipo agravado del art. 250.1.6 con carácter continuado, pudiéndose aplicar el apartado del art. 74 CP.

El delito masa, como recoge la sentencia impugnada, transcribiendo la sentencia de esta Sala 439/2009 de 14.4, es una modalidad agravada del delito continuado, pero que tiene características propias que le dotan de una autonomía y sustantividad propias, de suerte que queda justificado el tratamiento punitivo diferenciado que prevé el art. 74-2º CP. en definitiva es una respuesta diferente a una realidad distinta, por lo que puede aplicarse la exasperación punitiva que prevé dicho apartado no siendo admisible la tesis que pretexto la posibilidad de vulneración del principio non bis in ídem. No hay riesgo de tal vulneración porque se trata de un delito masa, ya que éste se construye como una especie propia que participa solo en parte de la continuidad delictiva. Todo delito masa descansa en una continuidad delictiva de naturaleza patrimonial, pero no todo delito continuado patrimonial es un delito masa, este es solo aquel que tiene dos datos fundamentadores de notoria gravedad y generalidad de personas.

En efecto la regla específica y penalidad aplicable a las infracciones patrimoniales, contenida en el inciso segundo del apartado 2 del art. 74 CP, será de aplicación a los supuestos conocidos por la doctrina como delito "masa", delito que, como es sobradamente conocido, se caracteriza no sólo por su notoria gravedad, sino también porque la conducta se realiza contra una pluralidad de personas, en ocasiones no exactamente determinada. Los ejemplos más claros y frecuentes de esta clase de delitos en el orden patrimonial, lo constituyen las grandes estafas inmobiliarias o financieras y los ofrecimientos públicos y engañosos de servicios inexistentes.

Posiblemente el problema más importante que se plantea en relación con este delito es el de su compatibilidad con el subtipo agravado de estafa del nº 6 del art. 250.1 CP, es decir cuando el delito de estafa revista especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación o a la entidad del perjuicio.

Ciertamente no han faltado ocasiones en la que esta Sala (SS. 18.11.93 y 16.6.99), llegó a declarar la incompatibilidad de ambas normas, debiendo prevalecer la aplicación del art. 250.1.6 en virtud del principio de especialidad, conforme a lo dispuesto en el art. 8.1 CP, alegándose también, a favor de la incompatibilidad de dichos preceptos, la vulneración del principio non bis in ídem. Esta solución es sin duda la correcta, cuando aisladamente consideradas, ninguno de los delitos de estafa que determine la existencia del delito masa merezca la consideración de "especial gravedad" atendido el valor de la defraudación o la entidad del perjuicio causado.

Ahora bien -como ya hemos argumentado en relación al delito continuado- si entre las infracciones integradas en el delito masa hubiese una o más subsumibles en el art. 250.1.6 CP, la solución es bien distinta, es decir, el inciso 2 del apartado 2 del art. 74 y el subtipo agravado referido, son perfectamente compatibles y ello por la sencilla

razón de que en tales supuestos no se conculca el principio non bis in idem desde el momento mismo en que para producir ese doble efecto se utilizan dos modos distintos de valorar y que, de no entenderse así quedaría burlada la voluntad del legislador de penar más gravemente las estafas reiteradas, de particular gravedad y colectivas, pues, la pena del subtipo agravado de estafa podría ser sensiblemente igual a la del delito continuado, deviniendo éste entonces superfluo, mucho más si se tiene en cuenta que las razones de agravación a que responde el segundo inciso del apartado 2º del art. 74, y el nº 6 del art. 250.1, obedecen a diferentes criterios (SSTS. 2.3.2001, 8.3.2002, 10.9.2004).

Como hemos dicho en STS. 435/2010 de 3.5, con cita de la STS. 439/2029 de 14.4 "El delito con sujeto pasivo masa se integra por dos elementos propios: la notoria gravedad y una generalidad de personas. Lo notorio según el diccionario RAE es "lo público y sabido de todos" o, dicho de otro modo, lo que es conocido públicamente, lo que es evidente y no ofrece dudas - Diccionario del Español Actual-. Lo notorio unido al sustantivo gravedad, en clave económica, nos lleva a una gravedad económica fuera de toda discusión, y claramente diferente a la nota de especial gravedad del art. 250.1-6º del Código pena, no es una gravedad reforzada sino algo distinto".

Respecto al segundo elemento definidor es la existencia de "una generalidad de personas" –expresión se encuentra también en el art. 65 LOPJ apartado 1 -c) al asignar a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional las defraudaciones "...que produzcan o puedan producir.....perjuicio patrimonial en una generalidad de personas....".

En una primera interpretación del concepto, la gramatical, se entiende que generalidad de personas no es equivalente, sin más, a pluralidad de personas, generalidad del latín generalitas, supone equivalencia a universalidad, siendo utilizada por los escritores romanos como semejante a público. Según el diccionario de la Real Academia, en su primera acepción es igual a "mayoría", muchedumbre o casi totalidad de los individuos u objetos que componen una clase o todo sin determinación a persona o cosa particular". Fuera de la pura literalidad semántica, generalidad deriva de general, que se aplica por oposición a "especial" o "particular", es lo que es todo o todos o para todo o todos.

La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el término generalidad como semejante a una importante pluralidad de sujetos pasivos. Así, dice el auto de 25.3.2003 debe entenderse, en principio, una multitud o una cantidad indefinida de personas, y en la STS. 439/2009 de 14.4 "generalidad de personas" hace referencia a un grupo numeroso de personas, incluso indeterminado que no tiene por qué tener un vínculo común, salvo el de ser destinatarios a la actividad ilícita del autor", o en la STS. 129/2005 de 11.2 "una colectividad indeterminada y defensa de individuos".

Bien entendido que ambos elementos deberá concurrir, es decir, debe existir un número significativo de personas que han tenido un perjuicio concreto y que dado el número de víctimas la suma de todos los perjuicios hace que pueda hablarse de notoria gravedad. Esta Sala ha interpretado restrictivamente el precepto (ver autos 29.10 y 23.11.98) pero estimó que constituían generalidad de personas unos hechos en los que había 546 perjudicados. En auto 8.5.91 un número que se aproxime al medio centenar y en el auto de 20.9.2005 consideró lo mismo en un caso en el que aparecían inicialmente perjudicadas más de 45 empresas, si bien eran casos relativos a la competencia de la Audiencia Nacional, art. 65, apartado 1 c) LOPJ. Sin embargo en la STS. 129/2005 de 11.2, rechazó su aplicación con un perjuicio de 11 millones pesetas y 45 personas, y la STS. 439/2009 de 14.4, consideró el hecho de notoria gravedad y los perjudicados una generalidad de personas, en un supuesto de 1797 compradores de vivienda y un perjuicio total de más de 25.000.000 E. En el caso que se analiza se trata de 53 personas físicas y 8 personas jurídicas con un perjuicio total de unos 8.000.000E, supuesto que estaría ciertamente en el límite por cuanto si bien concurrían la notoria gravedad del perjuicio puede cuestionarse la indeterminación de los perjudicados al estar estos perfectamente individualizados. No obstante esta Sala considera que, dada la pena concreta que se ha impuesto a este recurrente, 9 años prisión, el motivo carece de efectos prácticos por cuanto considerando los hechos como un delito continuado del art. 250.1.1.6º con aplicación del art. 74.1 CP, y excluyendo las especiales reglas penológicas del inciso segundo del art. 74.2, aquella pena podría haber sido igualmente impuesta. En efecto al ser de aplicación el art. 250.2, el marco penológico estaría entre 4 y 8 años prisión, pena que podría subirse hasta la mitad inferior del grado superior, art. 74.1 CP, esto es 8 años y 1 día a 10 años prisión.

El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 248 CP , dado que el engaño que pudieran haber sufrido los perjudicados en ningún caso sería bastante, por cuanto habrían incurrido en una grave negligencia a la hora de tutelarse sus propios intereses y evitarse perjuicios, cuando disponían de medios adecuados para ello, como la simple consulta en el Registro de la Propiedad o la indagación en los distintos Juzgados.

En este punto es cierto, como señalan las SSTS. 1227/2004 de 18.10, 898/2005 de 7.7, 1276/2006 de 20.12, 368/2007 de 9.5 y 581/2009 de 2.6, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial 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". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, 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, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además 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, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, 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.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

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

La cuestión de cuando es 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.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes 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 socioeconómica. 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 que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, 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 solo 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. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

Doctrina inaplicable al caso enjuiciado, dado que apariencia de empresa seria y solvente que exteriorizaban los acusados con la puesta en escena descrita en el factum, hizo que se ganasen la confianza de los distintos perjudicados, sin que la falta de consulta en los juzgados correspondientes del estado del procedimiento de ejecución o del asiento registral por parte de los compradores implique ese relajamiento del deber de autoprotección. El primero por el desconocimiento que la mayoría de ciudadanos suele tener sobre el funcionamiento de las subastas judiciales, y el segundo porque esta Sala, STS. 687/2008 de 30.10 ha precisado "...la existencia del registro mercantil, como la de los demás registros públicos, está concebida como instrumento de protección de la fe pública, de la confianza en la realidad de lo que reflejan los asientos registrales. El razonamiento de la defensa, sin embargo, transmuta ese significado funcional, haciendo de los registros mercantiles una valiosa coartada para que todo aquel que pretenda enriquecerse a costa de la incredulidad ajena, pueda ampararse en la existencia de esa oficina y en la vigencia del principio de publicidad registral. En definitiva, la ausencia de una previa comprobación de los asientos registrales no acoge ningún elemento de justificación, ni de exclusión del tipo previsto en el art. 248 del CP."

Por ello, hemos dicho reiteradamente - SSTS. 1420/2005 de 11.11, 1050/2006 de 9.10, que, cuando así se actúa, no puede escudarse el autor del delito en la falta de activación de los resortes de la auto-protección del sujeto pasivo, para conseguir su

propia impunidad. Sería aventurado cargar con las consecuencias exculpatorias que aprovecharían al autor, precisamente a quien se pretende engañar, manteniendo que, si se produjo el desplazamiento patrimonial a causa de un error inducido por el agente delictivo, ello fue debido a un deficiente control de sus mecanismos auto-protectores. Solamente en casos extremos podrá mantenerse esta posición, pues la normalidad nos dice que el despliegue de la maquinación, cuando ésta es aparentemente creíble por cualquier sujeto, bastará para configurar el engaño bastante, suficiente y proporcional, que exige el tipo penal definido en el art. 248 del Código Penal. Como hemos dicho (Sentencia de 25 de abril de 2005), el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito. También hemos declarado que en casos de negocios especulativos o de alto riesgo, los controles de auto-protección son mayores y, correlativamente, la capacidad de engaño disminuye, suponiendo ello que las barreras protectoras del derecho penal no pueden ser activadas en función de las características del negocio jurídico en sí mismo considerado; de modo que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores auto-defensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél, que es lo que aquí ha ocurrido, sujeto todo ello a lo que la Sala sentenciadora de instancia declaró probado, y reforzó en su argumentación jurídica, al razonar sobre la seriedad del engaño desplegado.

## **VI. EL TIMO DEL PAÑUELO**

### **i.SENTENCIA DEL TS DE 28 DE FEBRERO DE 1986**

Doctrina: Si no existe el acto volitivo de no proseguir la ejecución del acto punible comenzado, sino que el desistimiento viene impuesto por las circunstancias, hay que estimar acertadamente aplicada la punición del delito en su grado imperfecto de tentativa, conforme al párrafo tercero del artículo 3.º del C. P. Si el cambio de actitud proviene de fenómenos causales independientes a la libre determinación o a obstáculos exteriores al propósito del agente, el intento prosigue reprochado penalmente, al faltarle la espontaneidad de la propia decisión revocatoria.

Probado, y así se declara, que sobre las 11 horas del día 10 de mayo de 1982, Carlos Daniel de acuerdo con una persona no identificada y con ánimo de propio beneficio, abordaron en la calle Gran Vía de Bilbao a Gabriel, preguntándole el desconocido por un médico inexistente que decía venía buscando desde el extranjero, y

al contestarle que no podía darle razón, se acercó, según lo previsto, el procesado, que llevaba gabardina y boina, entablándose conversación entre los tres en la que el primero aludió a la urgencia de su misión de entregar 800.000 pesetas a quien pudiera repartirlas, según se le había encomendado entre personas necesitadas; y tras dos horas de parlamento convencieron a Gabriel para que sacara del Banco 400.000 pesetas y las entregara al presunto portador de las 800.000 pesetas como garantía del cumplimiento de su compromiso, y cuando las tuvieron en su poder desaparecieron con ellas; y B) El día 14 de febrero de 1983, sobre las 11,30 horas, también en la calle Gran Vía de Bilbao, y utilizando parecido procedimiento, actuó el procesado sobre el viandante José María, apoyando la actuación de su ignorado compañero, quien decía que su padre, muy enfermo y arrepentido, le había encargado que hallara dos personas idóneas que se comprometieran a repartir en obras de beneficencia la cantidad de dos millones de pesetas que se había llevado ilícitamente al extranjero, dando a cada una 150.000 pesetas en compensación por el servicio, sacando una cartera marrón exhibió un fajo de dólares en billetes y alegando el fallecimiento del médico que buscaba en Bilbao para encontrar a las dos que reunieran los requisitos previstos, dijo ofrecer el trabajo a José María y al procesado, si le enseñaban 500.000 pesetas cada uno, marchándose Carlos Daniel que regresó aparentemente con esa cantidad, incitando a José María a hacer lo mismo, por lo que éste fue al Banco Central, donde le dieron un talón por 500.000 pesetas, al decírselo al procesado le manifestó que el tercero no lo admitía si no era conformado por el Banco, al que regresó, pero a la salida no volvió a ver a Carlos Daniel y su compañero.

La definición legal auténtica contenida en el párrafo tercero del artículo 3.º del Código Penal respecto a la tentativa, esta Sala tiene declarado que el elemento negativo de este grado de ejecución requiere necesariamente que el cese en el actuar del culpable advenga por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento, esto es, que resulte plenamente emanado del agente de la infracción y producto de su libre voluntad (Sentencias de 22- 5-65, 3-3-68, 31-1-81 y 30-4-83); por lo que si no existe el acto volitivo de no proseguir la ejecución del acto punible comenzado, sino que el desistimiento viene impuesto por las circunstancias, hay que estimar acertadamente aplicada la punición del delito en su grado imperfecto de tentativa (Sentencias de 16-6-69 y 11-10-78); no siendo admisibles como hipótesis que excusa si el cambio de actitud proviene de fenómenos causales independientes a la libre determinación o a obstáculos exteriores al propósito del agente, en cuyos supuestos el intento prosigue reprochado penalmente, al faltarle la espontaneidad de la propia decisión revocatoria ( Sentencias de 13-3-69, 13-10-70, y 23- 5-72); b) que a tenor de lo expuesto, y siendo así que los hechos probados arrojan sustancialmente que el día 14 de febrero de 1983, en la Gran Vía de Bilbao, el procesado, de acuerdo con un tercero no identificado, abordaron a José María, ofreciéndole la entrega de dos millones de pesetas para repartir en obras de beneficencia, que llevaba el tercero en una cartera marrón de la que sacó y exhibió un

fajo de dólares en billetes, si le enseñaba 500.000 pesetas, a cuyo fin José María se dirigió al Banco Central, donde le dieron un talón por dicha cantidad que el procesado le dijo que tal título- valor no lo admitiría aquél si no era conformado por el banco, «al que regresó José María, pero a la salida no volvió a ver al procesado y su compañero»; cuyo relato pone de manifiesto un evidente principio de ejecución del delito de estafa, por la maliciosa maniobra idónea para defraudar ya comenzada sin que llegara a ultimarse su consumación, por causas que no se precisaron) que la sentencia recurrida no ofrece en su contexto otros datos o particulares complementarios que permitan inducir lógica y racionalmente que la interrupción de la maniobra delictiva se debió a un acto voluntario del procesado y, en consecuencia, afirmar que existió una tentativa desistida e impune, sino que los actos de ejecución descritos como probados se caracterizan por constituir parte integrante del comportamiento típico delictivo, según la concepción natural y el plan del autor de la estafa proyectada, que pone en peligro el orden jurídico conforme al juicio valorativo del Tribunal juzgador, en este caso avalado por los reiterados delitos contra la propiedad cometidos por el recurrente, por el antecedente de la estafa consumada pocos meses antes mediante análogo procedimiento en esta misma causa y por la técnica del timo de «las limosnas» conocida y practicada por el procesado, que sobradamente resaltan que el invocado desistimiento obedeció a móviles, accidentes o circunstancias que no guardan relación con el voluntario desvío del camino del delito por el regreso y re inserción en el del deber, que finalmente conlleva a la desestimación por improcedente del motivo contemplado.

## **ii.SENTENCIA DEL TS DE 16 DE FEBRERO DE 2007**

El acusado Enrique, a raíz de sus prolongadas relaciones comerciales de productos de peluquería trabajó amistad con Lina y su marido Donato con quienes mantenía contactos más allá de lo negocial. A principios de 1999 tuvo lugar en Melide una conversación entre el citado matrimonio y el inculcado en la que casualmente y hablando de temas familiares se dijo que Asunción había realizado un par de años antes una oposición de personal laboral de la Xunta de Galicia aprobada aunque sin plaza para ingresar y que en ese momento estaba matriculada en otra convocada a finales de 1998 para auxiliares administrativos del Servicio Galego de Saúde (SERGAS) de la Xunta. Ante ese comentario el imputado manifestó que así, o sea, sólo estudiando, no se conseguía nada y sí, en cambio, pagando, ofreciéndose a facilitar la superación de las pruebas gracias a sus contactos directos con los miembros del tribunal de la oposición, a cambio de una cantidad de dinero del "orden de dos millones de pesetas en todo o en parte destinada a aquéllos. Convencidos de la influencia de su amigo, Donato y Lina

aceptaron y, de acuerdo con él, fueron efectuándole diversas transferencias bancarias de fondos desde su cuenta en Banco pastor (la primera) de 500.000 pesetas a la de Enrique en Banco de Santander - NUM000 - el 24-2-1999, y a sucesivas reclamaciones telefónicas suyas, para irreales abonos a los examinadores desde la de Banesto en Melide en fechas 22-9-1999 (250.000 pesetas), 13-12-1999 (250.000 ptas.), 19-1-2000 (250. 000 ptas.), 24-2-2000 (100. 000 ptas.), 28-2- 2000 (100. 000 ptas.) y 28-4-2000 (200. 000 ptas.), todas con los correspondientes gastos de corretaje, insistiendo aún en otra ya negada porque Asunción informó a sus padres de que en el Diario Oficial de Galicia estaba publicado que había suspendido el segundo de los tres ejercicios previstos de la fase inicial del concurso-oposición. Requerido el encartado al reintegro de las sumas desembolsadas y que había hecho propias según la idea inicial y subsiguiente puesta en escena, sin negar el reembolso no lo llevó a cabo ni siquiera parcialmente.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallo: Que debemos condenar y condenamos a Enrique como responsable en concepto de autor, de un delito continuado de estafa ya definido y circunstanciado a la pena, de 3 años y 6 meses de prisión.

En definitiva, la presunción de inocencia no debe confundirse con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, pues como precisaron la STC. 36/86 y el auto 338/83: "cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por el órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el Juzgador....".

Ciertamente lo que ocurre en éste y otros muchos supuestos llegados a esta vía casacional, no es otra cosa que la simple disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador que, en uso de la función que le atribuye el art. 741 LECrim . y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el art. 117.3 CE ., no hace sino asumir su propia competencia, quedando ésta extramuros en la propia de este Tribunal.

El auto 338/83 reiterando la misma doctrina, señala que no equivale (el derecho a la presunción de inocencia) a que en cualquier caso y situación el Tribunal Constitucional -igual puede decirse de este Tribunal Supremo- pueda valorar pruebas efectivamente practicadas, primando unas o menospreciando otras, hasta concluir su pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal ya que ello es atribución privativa de éste por mandato "ex" art. 741 LECrim.

En igual sentido la STC. 205/98 de 26.10 recuerda que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria, sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues "no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de actividad probatoria, sino de discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues "no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de condena y de la participación del condenado en los mismos (entre otras SSTC. 17/84, 177/(7, 150/89, 82/92, 70/94 y 82/95). Y no se olvida que la posición de esta Sala al examinar la supuesta infracción de la presunción de inocencia, como precepto constitucional es similar a la del Tribunal Constitucional.

Que la versión de los querellantes suponga a juicio del recurrente, la comisión de un delito -que no ha sido objeto de acusación alguna- no es óbice para dudar de su credibilidad desde el momento, incluso, en que las valoraciones de las declaraciones de los coacusados no está prohibida por la Ley y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus declaraciones, pudiendo, cuanto menos, estimarse como constitutivos de una mínima actividad probatoria siempre que: a) Exista o subyazca en la causa motivo alguno que conduzca a deducir, aunque fuere indiciariamente, que el coimputado haya prestado su declaración con la promesa de trato procesal más favorable. b) Que la declaración inculpatoria de los coprocesados no se haya prestado con fines de auto exculpación, animadversión u otros motivos espurios. c) Que algún dato corrobore mínimamente su contenido y esto ocurre cuando la declaración está avalada por algún hecho, dato o circunstancias externas. En la casuística queda la determinación de los supuestos en que se produce la corroboración (SSTC. 65/2003, 118/2004, 152/2004).

La estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la situación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS. 1479/2000 de 22.9, 577/2002 de 8.3, y 267/2003 de 24.2 ), que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS. 27.1.2000), hacer creer a otro algo que no es verdad (STS. 4.2.2001 ).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SSTS. 17.1.98, 2.3.2000 y 26.7.2000).

La STS. 1508/2005 de 13.12, recuerda que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa. (STS 316/2001, de 20 de diciembre).

Ahora bien, como precisó la STS. 1195/2005 de 9.10, "el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es

la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador. Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque en caso contrario, quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares, en la historia criminal), o el traspaso de aquellos resortes que se fundamentan en el principio de confianza en el tráfico mercantil (generalmente, los llamados negocios criminalizados). Pues bien si el engaño de la estafa se debe apreciar cuando el autor afirma como verdadero algo que no lo es o cuando oculta algo verdadero para impedir que el otro lo conozca. Tales elementos se dan perfectamente en el caso que estamos tratando. En efecto, el recurrente manifestó que solo estudiando no se conseguía nada, y si, en cambio, pagando, ofreciéndose a facilitar la superación de las pruebas, afirmando como verdadero que "tenía contactos directos con los miembros del Tribunal de la oposición a cambio de una cantidad de dinero del orden de dos millones de pesetas en todo o en parte destinada a aquéllos", aunque esto no era cierto. En consecuencia no cabe duda de que hubo engaño. También se dan el error y la disposición patrimonial, pues Donato y Lina, convencidos de la influencia de su amigo, aceptaron y de acuerdo con él, fueron efectuándole diversas transferencias bancarias, así como los elementos subjetivos propios de este delito, esto es, el ánimo de lucro, exigido hoy de manera explícita en el art. 248 CP., es decir el propósito por parte del sujeto activo de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado.

Considera el motivo que sentado que la conducta del matrimonio querellante integra un delito de cohecho del art. 423.1 CP. es evidente que el pacto concertado entre el acusado y aquéllos es un pacto radicalmente nulo o inexistente por tener causa ilícita por imperativo del art. 1275 Cc. y por lo tanto, no produce efecto alguno y así no podrá servir de título para justificar un engaño como elemento esencial de la estafa, y por aplicación de lo establecido en el art. 1305 Cc. en lo que se refiere a la responsabilidad civil, al no generar acción para reclamar lo entregado por las partes, no es posible la condena a indemnizar a los acusadores particulares en 9.944.89 E más intereses legales.

La cuestión planteada radica en si el tipo penal de la estafa puede tutelar pérdidas patrimoniales que tienen lugar en el contexto de un negocio con causa ilícita, o más sencillamente en casos de disposición para conseguir un fin ilícito, que incluso llene el tipo subjetivo de un tipo penal.

Con carácter general no es irrelevante la conducta de la víctima en cuanto el fin de protección de la norma en la estafa permitiría dejar al margen del tipo determinados

perjuicios causalmente producidos por comportamiento engañoso pero que pueden no hallarse comprendidos en dicho ámbito de protección según su sentido y las finalidades político criminales perseguidas por el legislador.

Por ello la situación víctima delincente es interesante desde la perspectiva criminológica y de la misma pueden extraerse importantes consecuencias dogmáticas, apuntándose por un sector doctrinal que el fin de protección de la norma en el delito de estafa no puede consistir en dispensar tutela penal a quien sufre sin menoscabo patrimonial como consecuencia de un incumplimiento de una promesa ilícita, incluso constitutiva de delito, o cuando la disposición del patrimonio pretende conseguir determinados efectos contrarios a Derecho, incluso que infringen la norma penal, al menos como tentativa de delito (así en los casos del tipo de la estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o "filo-misho", billete de lotería premiado o tocomochó, timo del pañuelo o "paquero", y la entrega de dinero para el tráfico con supuestas influencias ante funcionario público, el caso de quien paga al supuesto asesino para dar muerte a otro; o a quien paga para que le saque ilegalmente del país, cuando en ningún momento el pretendía prestar el servicio convenido y otros análogos, en estos casos sería posible, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal a la propia víctima en la medida que su comportamiento pueda ser calificado como tentativa punible, y además, que pueda perder la protección penal de aquel patrimonio, pues la norma penal no podría razonablemente extender la protección hasta alcanzar la tutela frente a pérdidas patrimoniales que han tenido lugar en el contexto de un negocio ilícito y la víctima infractora perdería su derecho al resarcimiento produciéndose el comiso de la cantidad defraudada.

Esta postura tiene su apoyo en la STS. 655/97 de 13.5, que en su caso en que el recurrente afirmó como verdadero que "tenía influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas" de la licencia del perjudicado, aunque esto no era cierto, tras declarar que el patrimonio protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal, dispuso que "la protección solo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito, en el sentido del art. 1275 Cc . o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir", concluyendo en este sentido que "el titular de un patrimonio que "compra influencias" de un funcionario no merece protección del ordenamiento jurídico, pues el que corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido".

No obstante esta postura con independencia de que propiamente no cuestiona la responsabilidad penal del estafador sino que partiendo de la concepción personal del patrimonio excluye el daño patrimonial en los casos en que la finalidad perseguida por

su titular sea ilícita, y de esa no producción del perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de la estafa, deriva dos consecuencias: en primer término, que el delito no se haya consumado y deba ser sancionado como una tentativa acabada, y en segundo lugar, que no quepa reconocer el supuesto perjudicado derecho alguno a indemnización, dado que la suma de dinero entregada son efectos provenientes del delito sobre los que el sujeto pasivo de la estafa carece de derecho jurídicamente protegible por tratarse de un negocio jurídico de causa ilícita y que, por lo tanto, debieron ser decomisados, es minoritaria y un sector amplio de la doctrina y la jurisprudencia considera que el daño patrimonial subsiste en tales casos y la estafa se consuma en relación al estafador, toda vez que con su actuación se produjo un quebranto de la norma y hubo como consecuencia de la acción del estafador una efectiva disposición patrimonial por parte del perjudicado, de modo que puede haber estafa cuando el objeto de la misma sea ilícito, pues lo determinante es que con el engaño se produce un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa.

Por ello en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que "siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral".

En efecto, la conducta disvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima, la prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría de reconducir -si fuera posible- la conducta dirigida a esa finalidad delictiva.

Esta doctrina mayoritaria se recoge en la jurisprudencia en resoluciones ya clásicas como la STS. 2.7.52 que condenó por estafa a quien obtuvo de la víctima dinero a cambio de obtener del estafador el contacto con otro para la compra ilícita de tabaco rubio y moneda extranjera, la STS. 29.12.61 que calificó como estafa el caso de un médico que obtuvo dinero de una mujer que creyéndose embarazada dispuso de su patrimonio para que le practicase un aborto, resultado que, tras el oportuno examen tocológico, el médico comprobó que no existía tal embarazo, simulando, sin embargo, haberlo practicado, la STS. 28.2.86, en un caso de timo del pañuelo, STS. 16.7.92 caso de billete de lotería premiado o "tocomocho", STS. 7.7.94, abogado que promete libertad de un preso mediante la entrega de dinero. Sin olvidar que la modalidad de estafa que se

recogía en el art. 529.4 CP. 1973 solo podía realizarse sobre el presupuesto de ilicitud con matices criminales, dado que las supuestas remuneraciones a empleados públicos de ser verdaderas, dejarían de constituir la estafa para integrarse en el cohecho.

Es cierto que la víctima del delito de estafa puede realizar con su comportamiento el tipo subjetivo de otro delito, así quien ofrece dinero para que otro infrinja el deber de fidelidad para con la administración, son acciones que llenan los tipos subjetivos de determinadas figuras punibles. Sin embargo nos encontraríamos ante una tentativa inidónea, no punible con carácter general, tesis acogida por esta Sala Segunda en sentencia 28 de mayo de 1999, que si bien declaró que: "el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles por imperativo del art. 9.1 CP . vigente, que no admite la aplicación de las Leyes penales a casos distintos a los comprendidos en ella", insistiendo en la atipicidad no solo de las tentativas irreales o imaginarias y de los denominados "delitos putativos", sino también los "supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y en general, los casos de inidoneidad absoluta", admitió la tentativa en los casos que denomina de "inidoneidad relativa", "en que los medios utilizados "objetivamente" valorados ex ante y desde una perspectiva general son estricta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)", (STS. 1000/94 de 21.6 y 1243/2002 de 2.7).

La STS. 992/2000 de 2.6 resume la doctrina de la Sala declarando que "la tentativa inidónea puede ser punible en el Derecho vigente pues la introducción del adverbio "objetivamente" en la definición de la tentativa... no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, "objetivamente quiere significar... que el plan o actuación del autor, "objetivamente considerados" son racionalmente aptos para ocasionar el resultado" (véase ss. 21.6.99 y 13.3.2000).

Siendo así quien ofrece dinero para corromper a un funcionario realiza una acción adecuada para inducir a un delito de cohecho y por ello su conducta es disvaliosa desde el punto de vista del tipo del art. 423 CP., pero en el caso presente quien realiza la oferta a los querellantes es el propio acusado -que no es funcionario público- las supuestas influencias a cambio de dinero eran inexistente y aquél ofrecimiento a los miembros del Tribunal de la oposición en ningún momento iba a producirse, y en ello radica el engaño constitutivo de la estafa, por cuanto de ser ciertas, no estaríamos ante un delito de estafa, y si ante un cohecho, art. 423, para cuya consumación no es necesaria la entrega del presente o dádiva al funcionario, bastando su ofrecimiento y el mero intento de corromper al funcionario (SS. 883/94 de 11.5, 1114/2000 de 12.6).

Consecuentemente, y en el peor de los casos para los perjudicados, nos encontraríamos ante unos actos preparatorios que podrían subsumirse en la proposición

o conspiración para la comisión de un delito de cohecho, no punible en base a lo dispuesto en el art. 17.3 CP.

En base a lo expuesto y no habiéndose formulado acusación alguna por el Ministerio Fiscal respecto al delito de cohecho, no puede entenderse cometida la infracción denunciada.

## **VII. EL TIMO DE LAS CARTAS NIGERIANAS**

### **i.SENTENCIA DEL TS DE 31 DE OCTUBRE DE 2011**

Los acusados Mateo, Everardo, José Ángel "Chispas" y Leovigildo, se dedicaban en fecha Noviembre de 2004 al llamado "timo de las Loterías", "Cartas Nigerianas" o "timo de las Cartas Nigerianas" para el cual, los acusados puestos de común acuerdo y coordinados por Mateo, dirigían cartas o comunicados por Internet desde el Locutorio "Star-Net" que regentaba, José Ángel "Chispas", indiscriminadamente, a multitud de personas de países varios a los que informaban de que habían sido agraciados con un premio de la Lotería Nacional de España y les había correspondido una gran cantidad de dinero, acompañando o enviando posteriormente documentos ficticios creados al efecto tales como documentos bancarios, de Entidades Aseguradoras inexistentes y otros para hacer creer que el dinero estaba depositado realmente en una entidad bancaria, cuando dicho dinero y dicho premio eran inexistentes, sin que en el supuesto de autos, se haya determinado con precisión quien o quienes llegaron a ser perjudicados efectivos y reales y cantidades por las que lo fueron.

Se dice que la condena del recurrente solo se funda en que se le ocuparon documentación de transferencias de la Western Union desde un locutorio. El motivo carece de toda posibilidad de éxito. La sentencia concreta las fuentes de prueba y los elementos incriminatorios que le permitieron estimar la autoría del recurrente --f. jdco. tercero, apartado referente al recurrente--. Verificamos en este control casacional que las pruebas que permitieron la condena del recurrente fueron:

a) El contenido de las intervenciones telefónicas con Mateo citadas y concretadas en la sentencia que acreditan su participación en el tramo delictivo.

b) El resultado del registro domiciliario en el que se le ocuparon los efectos reseñados en los hechos probados, siendo significativos siete extractos de transferencias a su favor los días 1, 2, 3, 4, 5 y 9 de Diciembre de 2003 por un importe de 19.314'76 euros respecto de los que no dio explicación ni se le conoce actividad laboral alguna, así como otros documentos muy significativos en los que había escrito en inglés frases tan

comprometedoras como ¿ha participado en premios de la Lotería con anterioridad?. ¿Desea participar de nuevo en estos premios de Lotería?. Este inventario probatorio acredita más allá de toda duda razonable la autoría del recurrente en la trama defraudatoria. No existió el vacío probatorio que se denuncia.

El motivo del recurso frente a la condena alegaba la falta de la nota de engaño “bastante”, es decir que se trata de un engaño burdo..., que en otros tiempos pudiera ser engañada la persona pero que hoy “cualquier hombre medio sabe de la existencia de este fraude”. La denuncia debe ser rechazada... porque de la llamada generalizada e indiscriminada a multitud de personas que efectuaron los condenados, así como la consistencia de la documentación falsa con la que acompañaban la noticia de haber sido agraciados con un número de la Lotería Nacional, el control a efectuar sobre la calidad del engaño debe de estimarse “bastante” dado el grado de sofisticación y ello, no es obstáculo a que no se hubiese producido o acreditado el desplazamiento patrimonial de la propia víctima por el engaño de que fue objeto, ya que debe recordarse que el delito de estafa del que están condenados, lo es en grado de tentativa. En todo caso no hay que olvidar que en relación a L., en el registro de su domicilio se le ocuparon transferencias a su favor, sin justificación plausible, por la cantidad, nada despreciable de 19.314’76 euros. En definitiva hubo engaño bastante.

## **VIII. LA ESTAFA DEL LAVADO DE BILLETES TINTADOS**

### **i.SENTENCIA DEL TS DE 16 DE JULIO DE 2008**

Los acusados, puestos de común acuerdo, y con ánimo de lucrarse económicamente, previo contacto telefónico con D. Juan María, y con el pretexto de comprarle unas fincas que poseía en Portugal, se reunieron con él en Santiago, y le propusieron 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 Juan María, 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. Aproximadamente quince días después, los dos acusados se volvieron a reunir en Santiago con Juan María, ocasión en la que 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, que tuvo lugar también en Santiago el 21 de junio de 2.004, Juan María entregó otra cantidad de billetes, esta vez 54.000 euros, procedentes de la empresa de construcciones de la que era socio, 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. Finalmente, ha resultado acreditado que los acusados antes reseñados concertaron una nueva cita, a la que acudió también el tercer acusado, D. Rafael, quien se encargó de reservar habitación y de recoger a Juan María, para el día 20 de diciembre de 2005, en el hotel NH de la ciudad de Vigo, en una de cuyas habitaciones estuvieron tratando de que se les hicieran nuevas entregas de dinero, y de arreglar el problema surgido en la operación anterior, con un nuevo líquido que decían más fuerte, propósitos que no lograron al ser sorprendidos todos ellos por agentes de la Guardia Civil, previamente puesta sobre aviso por Juan María, quien ya había presentado denuncia por estos hechos.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos de condenar y condenamos a D. Luis Andrés, y D. Emilio, como autores responsables de un delito continuado de estafa, de los arts. 248.1 y 250.6 del C.P., a la pena de cinco años de prisión.

La esencia de la estafa es el engaño, o sea, cualquier ardid, argucia o treta que utiliza el autor para inducir a error al sujeto pasivo, provocando con ello un conocimiento inexacto o deformado de la realidad operante en la voluntad y en su consentimiento, y le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o realización de prestación, que de otra manera no hubiera realizado (STS 79/2000, 2de 27 de enero). Hacer creer a otro algo que no es verdad (SS.T.S. 161/2002, de 4 de febrero; 47/2005, de 28 de enero).

El engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La valoración de la idoneidad del engaño no puede prescindir de las reales y concretas circunstancias del sujeto pasivo, conocidas o reconocibles por el autor (SS.T.S. 594/2002, de 8 de marzo, y 2202/2002, de 2 de enero de 2.003; 1485/2004, de 15 de diciembre; 57/2005, de 26 de enero).

El engaño puede concebirse a través de los más diversos ardides o actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y "la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece" (SS.T.S. 44/93, de 25 de enero y 733/93, de 2 de abril); puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida, que no responde a la verdad y que, por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SS.T.S. 1227/98, de 17 de diciembre; 1349/2000, de 26 de julio y 315/2000, de 2 de marzo ).

Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (SS. 514/2002, de 29 de mayo; y 367/2003, de 12 de marzo); es decir, que sea capaz en un doble sentido: primero, para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal (SS de 6 de abril y 12 de diciembre de 1.981, 27 de mayo de 1982 y 23 de febrero de 1983) y, en segundo lugar, que sea "idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelven (SS de 26 de marzo de 1982; 29 de marzo de 1990 y 101/2002, de 2 de febrero ), capaz de mover la voluntad normal de un hombre (S de 10 de febrero de 1987 ), es decir, como sostienen las SS de 5 y 24 de marzo y 24 de septiembre de 1.981, que "sea normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial defraudatorio".

Centrándonos en el elemento del "engaño bastante" -"el alma del delito de estafa", se ha dicho-, y en concreto, en el calificativo "bastante", este concepto ha sido objeto tradicionalmente de debate doctrinal, considerándose, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera "mise en scene" capaz de provocar error a las personas más "avisgadas", mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura. Es decir, modernamente la postura restrictiva del engaño ha sido rechazada, y así se acude a un doble módulo para determinar su eficacia, el objetivo y el subjetivo.

Objetivamente "debe ser valorado como bastante para producir error aquella maquinación engañosa que adopte apariencias de veracidad y de realidad creíble por la media de las personas"; subjetivamente entra en juego el principio de la buena fe y las condiciones personales del sujeto engañado, que por su incultura, situación, edad o déficit intelectual, es más sugestionable, lo que significa que la condición de bastante se debe valorar "intuitu personae".

Resumiendo la doctrina de esta Sala, señalaremos que la determinación de la suficiencia del engaño, amén de que no puede definirse de modo genérico, sino que

necesita ser examinada en cada caso concreto, necesita partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas.

Esa regla general podemos enunciarla del siguiente modo: el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. 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. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquel de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea (STS de 11 de julio de 2000).

En el caso actual, ninguna duda cabe que la maniobra engañosa desplegada por los acusados, dio el resultado apetecido, por cuanto con el artificio mendaz se consiguió provocar el error de la víctima y el desplazamiento patrimonial de ésta a aquéllos. Es decir, 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 obnubilar 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.

Todavía, en el caso examinado, la verosimilitud del ardid, queda reforzada cuando -según establece el Hecho Probado- el perjudicado presenció una prueba que acreditaba a sus ojos la eficacia del método: "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". De suerte que si el embaucado no se percató del "cambiao", lo que él percibió fue que después del "tratamiento" aparecían dos billetes auténticos, lo que disiparía las dudas o reticencias que pudiera albergar.

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. El motivo debe ser desestimado.

## **ii.SENTENCIA DEL TS DE 26 DEMARZO DE 2010**

Los acusados, en los primeros días del mes de marzo, se pusieron en contacto telefónico con Augusto, propietario de varias empresas de construcción, el cual tenía varios anuncios de venta de pisos y chalets en internet, a través de la inmobiliaria RB inmobiliaria, haciéndose pasar por hombre de negocios simulando interesarse por la compra de una vivienda, para ganarse la confianza del mismo. Así el día 7 de marzo de 2.008, se citaron en la parada de taxis de la localidad de San Martín de la Vega, a los efectos de concretar el precio y la forma de pago de la vivienda. Seguidamente, el día 8 de marzo de 2008, se citaron en la localidad de Aranjuez, dado que habían simulado mostrar interés también por la compra de otro piso en la referida localidad, y acudieron al local portando un maletín donde le dijeron que llevaba la totalidad del dinero. Por ello se dirigieron al domicilio de Augusto, sito en la CALLE000 Número NUM003, NUM004, de la localidad de Aranjuez, con el fin de formalizar la operación de compraventa de los inmuebles, y allí se relataron que habían sacado gran cantidad de dinero camuflado de su país Sierra Leona, y debido a la situación de conflicto bélico, abandonaron rápidamente el mismo y tuvieron que ennegrecerlo con productos químicos para sacarlo del país, y que necesitaban dinero español para conseguir un producto químico para sacarlo del país, y que necesitaban dinero español para producir un producto químico muy caro con el objeto de lavar el dinero tintado, al objeto de invertir en la compra de los inmuebles del señor Augusto . Como consecuencia de dicha situación, el señor Augusto les entregó en ese momento la cantidad de 6000 euros a

cambio de maletín con los papeles tintados, donde le dijeron que se trataba de dinero tintado. Finalmente, el día 10 de marzo de 2008, se citaron de nuevo en la CALLE001 número NUM005 de Madrid, el señor Augusto les hizo entrega del dinero en la cantidad de 30.000 euros, bajo la excusa urdida días antes, desapareciendo sin dar más noticias en los días posteriores. Posteriormente con el ánimo de obtener un inmediato beneficio patrimonial, el día 17 de marzo de 2008, se pusieron en contacto telefónico de nuevo con Augusto, a través de otra empresa de construcción, iniciando la misma estrategia, pero esta vez teniendo los contactos con Leonardo, amigo del Sr. Augusto, concertando las citas el día 26 de marzo en la localidad de Arganda del Rey, el día 28 de marzo en Toledo, y el día 31 de marzo de 2.008, en la Plaza Conde Casal de Madrid, con el mismo objetivo, siendo detenidos en ese momento, sin llegar a conseguir en esta ocasión su ilícito propósito inicial. El total de la cantidad estafada a Augusto, asciende a 36.000 euros, quien reclama por los mismos. Los acusados fueron detenidos el día de los hechos ingresando en prisión, en fecha 2 de abril de 2.008.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a D. Pablo y D. Cesar, cuyas circunstancias personales ya constan, como autores responsables de un delito de estafa.

La sentencia impugnada trata de la cuestión del engaño señalando que estamos en presencia de 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. En el presente proceso, dice la Sala a quo, se produjeron todos y cada uno de los actos precisos para conseguir la entrega de dinero mediante engaño, por lo que concurren los elementos típicos del delito de estafa a que se ha hecho mención. Y destaca la actuación de los acusados conforme a un plan preconcebido simulando una apariencia de verdad suficiente y bastante para producir el error de la víctima como conocimiento viciado de la realidad.

Por su parte, el Fiscal rechaza la censura casacional argumentando que una cosa es que la maniobra engañosa sea absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo y finalmente el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia e indiligencia de éste (es el caso del cobro de cheques en los que se ha hecho figurar una firma fingida que no guarda similitud alguna con la auténtica); y otra reducir las dimensiones de la tipicidad de estafa excluyendo de la misma aquellos modos engañosos que para muchos -no para todos- son desenmascarables.

Según la doctrina jurisprudencial de esta Sala, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico

tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante del injusto perjuicio y lesión del patrimonio ajeno. Se considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

A este respecto, es reiterado el criterio según el cual, la determinación de la suficiencia del engaño, amén de que no puede definirse de modo genérico, sino que necesita ser examinada en cada caso concreto, necesita partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas.

Esa regla general podemos enunciarla del siguiente modo: el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no se 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. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquel de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea (Sentencia T.S. 11 de Julio 2000).

En el delito de estafa, en que el desplazamiento patrimonial desde el sujeto pasivo al activo se realiza materialmente por el primero, inducido por el error en que ha caído como consecuencia del engaño utilizado por el segundo, la barrera defensiva de la propiedad ajena que éste ha de quebrar es de naturaleza psíquica, estando constituida por la inicial desconfianza que inspira el extraño que pretende se ponga a su disposición el dinero o la cosa económicamente valiosa que a otro pertenece. El tráfico mercantil descansa, sin duda, sobre una actitud básica de confianza en la honradez y seriedad negocial ajenas, con lo que aquella barrera tiende, a veces, a debilitarse, favoreciendo la

aparición de conductas defraudatorias que una cierta desconfianza - legítima y, en ocasiones, exigible- hubiese podido evitar. Es a esta dosis de desconfianza presente en el tráfico jurídico a lo que se refiere el art. 248 CP cuando, al definir el delito de estafa, califica como "bastante" el engaño mediante el que se induce a error. Si el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es igual, si "se ha dejado engañar" por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible. El concepto de engaño bastante ha sido interpretado por la jurisprudencia como el que tiene "adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial" -SS. de 24-11-89 y 29-3-90 -; el que es suficiente y proporcional en relación con los fines propuestos, debiendo valorarse tal idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto -SS. de 19-4-91, 3-7-95, 23-2-96 y 24-3-99; o el que es "suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño" -S. de 23-4-97; siendo perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, para la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, a otra predominantemente subjetivista que viene a poner el acento -así, en la S. de 29-10-98 - en la posibilidad e incluso en la obligación, en que se encuentra el sujeto pasivo, de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo.

Recientes resoluciones de esta Sala han profundizado en la materia. Así, la STS nº 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa. La STS 928/2005, 11 de julio recuerda que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Como afirma un autor clásico de la doctrina penal española «Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia», y en el mismo sentido la STS de 21 de septiembre de 1988 afirma que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos.

En el caso actual, la idoneidad y suficiencia de la maniobra engañosa queda constatada por una convincente y sugestiva puesta en escena de los acusados que acudieron a una cita con un maletín en el que portaban billetes tintados que, según explicaron a su víctima, tuvieron que sacar camuflados de esta forma de Sierra Leona, debido a la situación de conflicto bélico en dicho país, precisando de un producto químico muy caro para el lavado del dinero al objeto de invertir en la compra de varios inmuebles propiedad del Sr. Augusto, maletín que dejaron en prenda al perjudicado cuando éste les hizo entrega del dinero necesario para comprar dichos productos químicos, comprobando el perjudicado "in situ" el estado de los billetes ennegrecidos.

Con esta impecable "representación" y la demostrada habilidad de los acusados, debe deducirse que la maniobra engañosa era apta para mover la voluntad de la víctima, como ha sucedido en otras ocasiones con el timo conocido como el de los "billetes tintados", y en modo alguno puede calificarse de engaño burdo. Esta censura se desestima.

En relación con la aplicación del art. 250.1.6º C.P. censurada por el recurrente, el motivo sostiene que es necesaria la conjunta concurrencia de los tres criterios contemplados en el precepto: el valor de la defraudación, la entidad del perjuicio y la situación económica en la que queda la víctima o su familiar.

Este reproche no puede ser estimado. Es constante la doctrina jurisprudencial según la cual aun reconociendo la redacción de los números 3 y 4 del art. 235 (hurto) separados por la conjunción disyuntiva <<o>>, y los párrafos 3 y 4, estima que el nº 6 del art. 250 debe ser interpretado igual que los tipos agravados en el hurto y, por lo tanto, considerar independientes <<el valor de la defraudación>>, la <<entidad del perjuicio>> y <<la situación económica en que deje a la víctima o a su familia>>, de tal manera que concurrirá la agravación de <<especial gravedad>> en la estafa y en la apropiación indebida, cuando se produzca cualquiera de esos resultados, no siendo necesaria la acumulación a pesar de estar unidos en el texto legal por la conjunción copulativa <<y>>. (En el mismo sentido, SSTS 2381/2001, de 14 de diciembre; 696/2002, de 17 de abril).

En cambio sí debe ser estimado el motivo que reclama la inaplicación del subtipo agravado "por la cuantía de lo estafado al estar en el límite exacto de los 30.000 euros que tiene declarado la más reciente jurisprudencia".

Con acierto y abundancia de razones, el Ministerio Fiscal apoya la censura casacional del recurrente que debe ser estimada por esta Sala toda vez que, en efecto, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 26 de abril de 1.991, en torno a la agravante específica del art. 529.7º del C. Penal de 1.973, determinó que la agravante simple se aplicaría a cantidades superiores a 2.000.000 ptas. y la muy cualificada a

partir de 6.000.000 ptas., acuerdo que se adoptó cuando la moneda de curso legal era la peseta.

Con la entrada en vigor del C. Penal de 1.995, que terminó con la distinción entre agravante simple y cualificada y tras un período de ciertas fluctuaciones, en este momento se puede decir que se está consolidando el criterio de operar con la cifra de 6.000.000 ptas. -36.060,73 €- como a partir de la cual se aplicaría la agravante de especial gravedad a que se refiere el art. 250.1.6.

Valga de ejemplo por todas, la STS 33/2004 de 27 de enero, en la que claramente establece a este respecto: "repetimos nos hallamos ante una sola agravación específica definida por revestir el hecho "especial gravedad" y para conocer si en el caso existe "tal especial gravedad", el Legislador nos impone tres criterios (en realidad son dos como acabamos de decir).

Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad". Una referencia para determinar esta cantidad podía ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el nº 7º del art. 529 del C.P. 1973 a partir de una reunión plenaria de esta Sala de 26 de abril de 1.991, que estableció al de dos millones para apreciarla como simple (sentencia de 16 de septiembre de 1.991, 25 de marzo de 1.992 y 23 de diciembre de 1.992).

Abona el criterio el propio tiempo transcurrido desde el Pleno no Jurisdiccional antes comentado -1.991-, y por evidentes razones en relación a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, ocurrido en los últimos quince años lo que debe tener su efecto en el principio de proporcionalidad de la pena (STS 356/2005 de 21 de marzo). Son exponentes de este criterio las SSTS 8 de febrero de 2.002, 5 de diciembre de 2002, 12 de febrero de 2003, y las muy recientes de 1169/2006 de 30 de noviembre, 634/2006 de 14 de junio y 681/2005 de 1 de junio que precisa que "cualquier cantidad superior a 6.000.000 ptas. obliga a la aplicación de la agravante de especial gravedad".

Trasladando esta doctrina al caso enjuiciado se comprueba que la cifra defraudada asciende a 36.000 euros, cantidad que se sitúa en el umbral de 6 millones de ptas., a partir del cual se aplica el subtipo agravado, que traducido a euros asciende a 36.060,73.

En cualquier caso, aunque la cifra defraudada alcanzara la cifra exacta de 36.060,73 euros, tampoco podría apreciarse el subtipo agravado que debe aplicarse cuando la defraudación supere dicha cantidad, interpretación que viene sosteniendo de forma reiterada la doctrina jurisprudencial, y que se ajusta a las propias previsiones del texto punitivo que tipifica como delito la estafa cuya cuantía exceda de 400 euros.

En consecuencia se estima el motivo que debe beneficiar al no recurrente, debiendo condenarse a los acusados como autores de un delito básico de estafa del art. 248 del C. Penal, casándose y anulándose la sentencia de instancia y dictándose una nueva por esta Sala en la que se modifique la calificación de los hechos en el sentido mencionado, imponiendo a los acusados la pena de dos años, dos meses y diez días de prisión que consideramos proporcional a la gravedad del hecho por la cantidad defraudada que se encuentra en el justo límite de la "extrema gravedad" que sanciona el hecho con pena de 3 a 6 años de prisión.

### **iii.SENTENCIA DEL TS DE 11 DE OCTUBRE DE 2012**

El día 18 de julio de 2007 una persona que decía llamarse Jon entró en contacto con Cornelio, con objeto de comprar un vehículo Ford Transit que éste tenía puesto a la venta, y ambos quedaron en el Polígono la Vega de Gernika para fijar los términos del contrato. Una vez en el lugar, el comprador se interesó por otro coche Volvo S50 y se citaron en el apeadero de Urgorri de la misma localidad para la entrega del dinero.

El día 19 de julio de 2007, acuden al lugar dos varones de raza negra, y le explicaron que para comprar los coches necesitaban hacer una operación de recuperación de unos billetes que ellos poseían y que habían sido tintados previamente. A tal efecto y para ganar su confianza, le propusieron hacerle una demostración del procedimiento y así pidieron a Cornelio un billete de 50 euros y con él efectuaron un proceso consistente en la introducción del billete de curso legal previamente entregado por éste entre dos papeles negros, su colocación en una bandeja de papel con un líquido, y el posterior secado de todo el conjunto con la calefacción del coche.

Con este procedimiento estas personas obtuvieron aparentemente dos billetes de la misma cantidad de curso legal y con número de serie distinto del entregado.- El día 20 de julio de 2007 a las 18,30 horas las mismas personas acudieron al domicilio de Cornelio sito en la CALLE000 nº NUM000, NUM001 NUM002. de Gernika para repetir la misma operación, esta vez con la cantidad de 50.000 euros, de la que Cornelio hizo entrega. El Paquete con los papeles negros y los billetes de Cornelio quedó en el domicilio de éste para que el procedimiento siguiera su curso hasta el día siguiente, y dar tiempo a que los líquidos hicieran su efecto.- El día 21 de julio de 2007, Cornelio recibió una llamada de un tal Alfon informándole de que estas personas con las que había quedado habían sido detenidas y que la persona que le llamaba acabaría el trabajo.

Ese día contactaron con el Juan Ignacio y Juan, que acudieron a su domicilio para continuar con el proceso iniciado. Sin embargo los acusados le manifestaron que el proceso tenía problemas y que debía resolverse en un laboratorio en Francia, por lo que volvieron a quedar para el día siguiente para buscar una solución, en esta visita aprovecharon un descuido del denunciante para cambiar el paquete y quedarse con el que contenía los billetes de curso legal. El perjudicado, a las 21 horas se percató de que allí solo había billetes negros y que no se hallaba su dinero, por lo que se puso en contacto con la Policía y denunció los hechos. El días 22 de julio de 2007, y por indicación de la Policía, quedó con estas dos personas en el polideportivo de Amorebieta y cuando se dirigieron a la Gasolinera de Areatza de Gernika agentes de la PAV procedieron a la detención de los acusados.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Juan Ignacio como autor responsable del delito de estafa con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de dos años y seis meses de prisión.

Con extensa cita de las Sentencias de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 26 de marzo, 28 de octubre de 2010 y la de 22 de febrero de 2011, la de instancia justifica la consideración de la actividad declarada probada como suficiente a los efectos del citado juicio de tipicidad de la estafa imputada. Cabría citar en el mismo sentido la aún más antigua Sentencia de esta Sala Segunda nº 476/2009 de 7 de mayo. En ella, en la línea de considerar comportamientos, como el que es origen de este procedimiento, suficientes a los efectos del delito de estafa, comenzamos recordando la tesis que había sostenido la sentencia de instancia:

Respecto a la suficiencia la sentencia de instancia predica, en general, que los engaños constituidos por un artificio fantástico o increíble no alcanzan el canon del engaño típico. Dicho canon se construye por referencia a las "personas normalmente constituidas desde el punto de vista intelectual y atendiendo también al ambiente social y cultural en que se mueven". A su vez, recogiendo doctrina de la casación, se remite a consideraciones objetivas, personales de la víctima y a la totalidad de circunstancias del caso concreto. Y, se advierte, no constituye baremo fiable que "el engaño haya tenido éxito de hecho".

Pero centra su argumentación cuando descarta incriminar los supuestos en los que el comportamiento de la víctima no adoptó "medidas de cuidado necesario para su protección", ello en relación a la construcción doctrinal de la imputación objetiva. Pues, partiendo de una cierta distribución de riesgos, concluye que el comportamiento de la víctima impide la imputación del resultado a los acusados. La conducta de éstos, como dejamos adelantado, sería atípica.

Ya en el análisis de los hechos valora el Tribunal de instancia que la víctima "omitió una actuación mínima cuidadosa".

Al respecto nosotros advertimos entonces que: El problema que suscita este motivo no es otro que el del fundamento y corrección de la atribución del resultado lesivo (perjuicio patrimonial en este caso) de la víctima a la acción que los hechos probados describen como realizada por los acusados recurrentes.

A tal cuestión ha venido a dar respuesta la construcción dogmática de la imputación objetiva, de mayoritario refrendo en la doctrina, por más que desde diversas construcciones, cuyo examen no corresponde hacer en este lugar. Ello no impide afirmar como generalizado el criterio de que, cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta.

A ello ha de unirse, según algunas posiciones doctrinales, por más que no pacíficas, la exigencia de que ese resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Es decir, que no cabrá hacer aquella imputación, si el tipo no se destina a la evitación del resultado de que se trate.

Esta última referencia adquiere especial relevancia precisamente, y en lo que ahora nos interesa, cuando el supuesto examinado puede encuadrarse en las hipótesis, entre otras, que pudieran calificarse de autopuesta en peligro. Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Surge entonces la necesidad, en determinados casos, de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien -generalmente la víctima- era tenedor o poseedor de esa cosa.

Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquella, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión. En algunos casos puede ser un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o

generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima.

En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aún cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia. De la misma manera que algunos autores discriminan el concepto libertad cuando se refiere a la imputación de un hecho, del concepto libertad cuando se refiere a la culpabilidad.

No existirá la imputación que la doctrina denomina "de segundo nivel", cuando, aún pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse "culpable" del error padecido.

Pues bien en el caso que ahora juzgamos, como en el que examinábamos en dicha sentencia, el hecho declarado probado proclama que la víctima actuó con un déficit cognitivo generado por su instrumentalización por los acusados desde una posición de superioridad, en la que les situaba su habilidad en la escenificación, que refleja el hecho probado.

Ahora, como entonces, y como en el caso de la Sentencia de este mismo Tribunal Supremo nº 479/2008 de 16 de julio, debemos concluir que, analizados estos hechos, tal como nos vienen declarados, debemos concluir que no son atribuibles a la autonomía autorresponsable de la víctima. Por ello, esa acción de la víctima, no afecta a la valoración jurídico penal que merece el comportamiento descrito como realizado por el acusado. No puede excluirse la tipicidad penal de la conducta descrita como realizada por los acusados, y también ha de concluirse que el comportamiento de la víctima no elimina tampoco la imputación al comportamiento de aquéllos del resultado lesivo padecido por la víctima.

Muy al contrario, nos encontramos ante un supuesto de exclusión de imputación del resultado a la víctima. Y no tanto porque ésta, en cuanto titular del bien jurídico lesionado, no es la persona a la que el Derecho Penal responsabiliza de tal lesión, sino porque su comportamiento no excluye la imputación del resultado al acusado.

A esta conclusión habría de llegarse de mantenerse que a la víctima no le será imputable el resultado cuando no puede considerarse que lo consiente con voluntad válida, por libre y consciente.

Y también cabe proclamar la responsabilidad del autor, aquí acusado, yendo más allá de la mera tesis de irresponsabilidad de la víctima. Dijimos entonces, rechazando la protesta de falta de suficiencia de la maniobra engañosa desplegada, que aunque

modernamente la postura restrictiva del engaño ha sido rechazada, y que si bien la suficiencia del engaño, necesita ser examinada en cada caso concreto, necesita partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Esa regla general podemos enunciarla del siguiente modo: el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. 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. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquel de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea (STS de 11 de julio de 2000).

Y aún acabaremos recordando, como en las precedentes sentencias, que la exclusión de la imputación a la víctima no desaparece por la coetánea concurrencia de elementos subjetivos en el comportamiento de ésta -como el afán de lucro con desprecio de la eventual ilegalidad del propósito de enriquecimiento y acciones emprendidas para su enriquecimiento- que, en su caso, podrán justificar la exigencia de responsabilidad penal por razón de tales actos, en cuanto típicos y lesivos de otros bienes jurídicos diferentes de su patrimonio. Pero ello es compatible con la exclusión de imputación del perjuicio sufrido en su propio patrimonio.

Porque no puede compartirse un juicio de valor que pone a cargo de las víctimas cánones de desaprobación más exigentes que los utilizados para valorar el comportamiento de los que se apoderan ilícitamente -de esta ilicitud al menos no se duda- del patrimonio ajeno, hemos de rechazar el motivo.

## **IX. EL TIMO “RIP DEAL” O NEGOCIO PODRIDO**

### **i.SENTENCIA DEL TS DE 17 DE ENERO DE 2013**

Los acusados Justiniano y Raimundo puestos de común acuerdo, en unión de otras personas que aún no han sido halladas, pusieron en práctica en varias ocasiones un sistema defraudatorio consistente en que, utilizando identidades supuestas, en el caso de Justiniano las de Daniel, Germán y Mariano, y en el caso de Raimundo la de Silvio, y manifestando actuar en nombre de empresas inmobiliarias o financieras extranjeras, algunas de ellas auténticas como Boris Homes Ltd o Goldcrest Homes Plc, para aparentar ante sus víctimas solvencia y seriedad empresarial, se ponían en contacto con personas que ofrecían en Internet o en otros medios de comunicación la venta de bienes inmuebles de elevado valor, al principio por medio del correo electrónico o teléfono y después mediante entrevistas personales, simulaban interés en adquirirlos y emprendían la negociación del precio, proponiendo en un determinado momento como trato adicional, la posibilidad de efectuar una transacción en dinero negro, eludiendo controles fiscales, consistente en el intercambio de billetes fraccionarios de 20, 50, 100 y 200 euros que entregaban a las víctimas, por su contravalor en billetes de 500 euros, incrementado en un 20% que los acusados ofrecían como reclamo para atraer su interés. Quienes aceptaban el trato, se citaban con los acusados en habitaciones de hotel, en las que se materializaba el recuento del dinero y la comprobación de la autenticidad, normalmente en presencia de otras personas que actuaban de común acuerdo con los acusados. El dinero se introducía en una bolsa o maletín que se entregaba a la víctima, que confiada en que había comprobado adecuadamente la autenticidad de los billetes que le habían entregado, culminaba la operación entregando u ordenando la entrega de su dinero a los acusados, quienes tan pronto lo recibían, abandonaban apresuradamente el lugar en que se había materializado la transacción. Cuando las víctimas abrían los maletines comprobaban que en su interior había meras imitaciones de billetes de 500 euros sobre los que aparecía impreso el nombre Disneylandia.

En casos muy concretos la Sala Segunda ha declarado que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos – SSTS de 21 de Septiembre de 1988 ó 18 de Junio de 1991 --. Al respecto, Alejandro Groizard en sus Comentarios al C. Penal de 1870, en el Tomo IV, en relación al requisito de que el engaño sea "bastante" 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 que la defraudación, más que un producto del

engaño, debe considerarse tanto como un efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia....". Cita recogida en las SSTS 839/2009 y 332/2010, entre otras.

En definitiva se trata de supuestos de autopropuesta en peligro -- STS 476/2009. En todo caso se trata de una doctrina de aplicación muy prudente y cuidadosa, porque como se indica en la STS 1036/2003, el engaño de la estafa no puede quedar neutralizado por la diligencia desplegada por la víctima, porque en tal caso, quedarían extramuros de la protección penal los comportamientos de quienes se aprovechen de la debilidad de la víctima.

En todo caso, hay que recordar que la exigencia de que el engaño sea "bastante" es un elemento normativo del tipo que la doctrina de esta Sala ha venido interpretando con un doble criterio integrador y no excluyente, debiendo atenderse a un criterio subjetivo y otro objetivo.

En su aspecto objetivo, el engaño es bastante cuando la maquinación desarrollada por el agente ante su víctima es capaz de producir en ésta un conocimiento equivocado que le lleva a efectuar el propio acto de disposición en su propio perjuicio por la apariencia de veracidad y realidad.

En su aspecto subjetivo, se incide en las condiciones personales del engañado, tales como nivel cultural, edad, situación y cualesquiera datos en relación a las condiciones personales de la víctima – SSTS de 16 de Julio de 2000; 529/2000 ó 717/2002 de 24 de Abril--, y muy especialmente, en el quebrantamiento de específicas obligaciones derivadas del cargo que ocupa el sujeto pasivo, como ocurre en el caso del empleado de banco que permite la retirada de fondos sin exigir la correspondiente acreditación de identidad de la persona que quiere efectuar tal retirada, SSTS 1285/1998 de 29 de Octubre ó 2006/2000 de 22 de Diciembre .

En el presente caso las víctimas no responden a la imagen descrita en la cita de Groizard, no se está en presencia de personas ingenuas, sino más bien, en todo lo contrario el "cebo" puesto por los recurrentes tuvo todos los ingredientes de un afloramiento de dinero sucio --el factum habla de la posibilidad de efectuar una transacción en dinero negro eludiendo los controles fiscales-- con una ganancia a todas luces tan injustificada como inquietante. En esta situación pudo más la ambición que cualquier otra reflexión. De alguna manera las víctimas se asemejan al burlador burlado, escenificando los recurrentes un juego de equívocos en el que tras verificar las víctimas los maletines con el dinero auténtico en billetes pequeños y en billetes de 500, cuando va al banco la víctima observa que en algún momento, no explicado, se le ha dado el cambiazco, y los billetes de 500, fueron sustituidos por los billetes de Disneyland. El factum lo describe suficientemente al decir que "...el dinero se introducía en una bolsa o maletín que se entregaba a la víctima que confiada en que había comprobado adecuadamente la autenticidad de los billetes que le habían entregado, culminaba la

operación entregando u ordenando la entrega de su dinero a los acusados, quienes tan pronto lo recibían, abandonaban apresuradamente el lugar..." , comprobando la víctima posteriormente el engaño al abrir la bolsa o maletín.

En el presente caso, el escenario engañoso desarrollado por los recurrentes que inicialmente manifiestan su deseo de adquirir los bienes inmuebles que las víctimas deseaban vender, apareciendo como representantes de inmobiliarias existentes constituyó una maniobra eficaz para --a renglón seguido-- proponerles un negocio auxiliar --el cambio de billetes de euro-- con el señuelo de una fácil ganancia del 20% por el simple trueque de billetes, lo que excitó la codicia de las víctimas llegando a obnubilar el racional discernimiento que debió haberles advertido.

Esta Sala ha estimado supuestos de estafa, engaños consistentes en recuperar billetes auténticos que estaban manchados de una tinta especial que exigía unos disolventes caros cuyo importe debían abonar los futuros perjudicados que lo hacían con la ilusión de obtener una parte importante de los billetes así recuperados con valor muy superior al de los supuestos disolventes que debían pagar. En tal sentido, STS 479/2008 de 16 de Julio. El Tribunal sentenciador estimó y justificó la concurrencia del engaño bastante, causante y antecedente en el f. jdco. segundo, y a la misma conclusión se llega en este control casacional, lo que queda corroborado con el informe de la policía obrante al folio 143. en el que se informa de este sistema defraudatorio llamado "rip deal" o "negocio podrido". Hubo estafa por la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que lo integran.

## **X.EL TIMO DEL CONCURSO DE LA TELEVISIÓN**

### **i.SENTENCIA DEL TS DE 29 DE ENERO DE 2013**

En diferentes días del mes de enero del año 2006, se emitía en Canal 7 Televisión un programa concurso denominado "La hora de oro", programa elaborado por una productora que compró el correspondiente espacio a la cadena de televisión, quien conforme a lo acordado entre ambas, emitía en dicho espacio el concurso desarrollado con plena independencia por la referida productora y sin ninguna otra intervención de Canal 7.

El mencionado concurso consistía en la formulación de una serie de preguntas dirigidas al público telespectador, siendo que aquellos interesados que creyeran conocer

alguna de las respuestas podían llamar al número de teléfono NUM000, que aparecía sobre impresionado en pantalla y, en el caso de que la respuesta fuera correcta, obtener los premios ofrecidos.

Sin embargo, en el curso del mes de enero del mencionado año 2006, durante algunos días, las llamadas que una parte de los espectadores efectuaban al mencionado número de teléfono, recibían como respuesta, ya fuera a través de una voz grabada o por otro procedimiento, que debían dirigirse a un número de teléfono distinto para participar en el concurso, concretamente al NUM001. Este segundo número telefónico nada tenía que ver ni con la productora del concurso ni, naturalmente, con la cadena de televisión que lo emitía. Ambos números de teléfono correspondían a la mercantil World Premium Rates, S.A. (en adelante WPR), que es una empresa de servicios de telecomunicaciones y que había gestionado la actuación del primero de los números para recibir las llamadas de los espectadores al concurso, previo contrato con la productora del mismo, mientras que el segundo de los números de teléfono citados le había sido contratado por el acusado Eulalio, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en nombre y representación de la asociación cultural Ekeace. Dicha asociación cultural tenía su domicilio en Bilbao. Sin embargo, el referido número de teléfono NUM001 se encontraba desviado al número geográfico 91-555-04-32, cuya titular era la empresa "La Cerda Films, S.L.", cuyo domicilio social, Paseo de la Castellana 121 de Madrid, coincidía con el del acusado Eulalio.

La empresa WPR, que gestionaba ambos números de teléfono para distribuirlos entre sus clientes, en el verano del año 2005 había asignado a la productora del concurso el número telefónico NUM001, siendo así que, por error, se grabó un mensaje o locución para que pudiera ser escuchado por quienes, en su día, llamaran al concurso, en el que literalmente se expresaba: "¡Uy! Estuviste muy cerca, estás sobre la pista, llama de nuevo al número NUM001 ". Posteriormente, el mencionado número de teléfono no fue asignado a la productora del concurso sino, como ya se ha consignado, al NUM000, sin que haya podido acreditarse si la mencionada locución errónea pudo ser finalmente escuchada por alguno de los espectadores que llamaban al número telefónico últimamente citado con el propósito de participar en el referido concurso.

En cualquier caso, una vez que los concursantes, siguiendo las instrucciones recibidas, llamaba a este segundo número telefónico, tras ser atendidos de forma personal, y tras comunicárseles que, en efecto, la respuesta ofrecida por ellos era correcta, haciéndoles creer que seguían participando en el concurso, recibían nuevas instrucciones, supuestamente para cobrar el premio, conforme a las cuales debían llamar nuevamente a un tercer número telefónico, en este caso el NUM002.

Dicho número había sido contratado por la también acusada Lorenza, igualmente mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando como administradora

única de la empresa "Carnaby Mediterránea, S.L.". Sin embargo, el mismo venía siendo empleado para otra empresa, concretamente "Grandes Amigos, S.L." que igualmente tenía como administradora única a la acusada Lorenza, explotaba un negocio de "línea erótica".

Este número telefónico se anunciaba exclusivamente en la página web "putalocura.com", registrada a nombre de " Chiquito " y propiedad del acusado Eulalio, de tal suerte que los ingresos que se producían como consecuencia de la llamadas al NUM002 eran repartidos, como consecuencia del acuerdo alcanzado por éstos, al cincuenta por ciento entre los dos acusados.

Tras llamar los espectadores que creían haber acertado las preguntas formuladas en el concurso, con el propósito de percibir su premio, al teléfono NUM002, eran atendidos por diferentes personas, quienes trataban de prolongar al máximo la duración de la llamada, haciendo creer a sus interlocutores que precisaban, tras requerirles sus datos personales y bancarios, de una contraseña que debía ser procesada por un ordenador para poder percibir el premio, advirtiéndoles de que, como había muchos ganadores, el sistema estaba colapsado y deberían esperar en línea un tiempo prolongado, pero eso sí, advirtiéndoles también de forma repetida que la llamada se cortarían una vez transcurrieran 30 minutos, debiendo ellos volver a llamar para mantenerse a la espera de la gestión de su premio, pero señalando que no debían preocuparse toda vez que la llamada era completamente gratuita si, antes de marcar el número telefónico, pulsaban la tecla "asterisco" seguida de un "1". Incluso ante las preguntas de los espectadores que creían aún estar participando en un concurso de televisión, las personas que respondían desde el mencionado número de teléfono, insistían, para despreocuparles, que se trataba de una empresa seria, haciéndoles creer que trabajaban para "Canal 7 Televisión", e insistiendo en que, aunque el tiempo de espera fuera prolongado, ello no comportaría coste alguno para los supuestos concursantes.

Los acusados, Eulalio y Lorenza, al advertir que un numeroso grupo de personas, ya fuera por equivocación propia al confundir el último dígito del número telefónico, ya porque escucharan al llamar al teléfono sobreimpresionado en la pantalla durante la emisión del concurso la locución que se grabó erróneamente el verano anterior, ya por otra razón, venían llamando, con el propósito de participar en el concurso televisivo al número telefónico NUM001, convinieron que, haciéndoles creer que, en efecto su respuesta era correcta y habían ganado el premio, encauzarían sus llamadas hacia el NUM002, con el falso pretexto de que allí les darían las instrucciones oportunas para poder percibir su premio cuando, en realidad, el único objeto perseguido por los acusados, ajenos en todo a la producción, organización y gestión del concurso, no era otro que provocar que los desavisados "concurantes", se mantuvieran en el máximo tiempo posible en la línea de este segundo número telefónico, toda vez que

mientras el primero (NUM001) es un número de tarificación adicional con un coste de 0'87 euros por cada llamada, el segundo (NUM002) se cobraba a los usuarios a razón de 1,09 euros por minuto, repartiendo después los acusados, como en general lo hacían con todas las llamadas recibidas en este último número de teléfono, los beneficios por mitad.

Así, y siempre en el curso del mes de enero del año 2006, las siguientes personas, sin contacto o relación previa alguna entre sí, aunque todas ellas residentes en Madrid (única localidad en la que se emitía el programa concurso), tras llamar al número de teléfono que aparecía en la pantalla de su televisión, fueron desviados primeramente al número NUM001 y, desde allí, al número NUM002, donde las personas que contestaban la llamada, en la forma que ha quedado explicada, trataban de prolongar al máximo la duración de la misma y, una vez interrumpida cada 30 minutos conforme se impone a esta clase de líneas telefónicas, interesar de sus interlocutores que efectuaran, como así hicieron, nuevas llamadas y se mantuvieran a la espera. Estas personas fueron:

Adolfo, quien estuvo llamando desde su teléfono móvil (NUM003), entre los días 8 y 10 de enero hasta un total de 68 veces al número NUM002, importando la factura que le fue remitida por su compañía telefónica la cantidad de 877'64 euros. No consta, sin embargo, que dicha factura fuera pagada por el mismo.

Bartolomé, quien desde su número de teléfono particular (NUM004) efectuó un total de 42 llamadas al mencionado teléfono línea 803, también durante el mes de enero de 2006, importando la factura que se le remitió la cantidad de 847,75 euros, importe que no reclama, al haber sido resarcido por Telefónica España.

La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: Fallamos: "Que debemos condenar como condenamos a los acusados Eulalio y Lorenza como autores de un delito continuado de estafa.

Por lo que se refiere a la inexistencia de engaño, insiste la parte recurrente en que la audición de la cuña que al comienzo de la llamada informa de que se trata de un servicio de ocio y entretenimiento, así como del coste de la misma, es suficiente para descartar cualquier engaño, pues los perjudicados tenían que ser conscientes de que se trataba de una línea erótica.

Esta alegación carece del menor fundamento. El engaño, en el caso actual, consiste en desviar a interlocutores que creían estar participando en un concurso televisivo, hacia una línea erótica de elevado coste por minuto, y aprovechar su natural deseo de garantizar el cobro del premio que les correspondía por haber acertado las preguntas, para demorar al máximo la comunicación mientras corría generosamente el contador, haciéndoles creer que seguían en el concurso.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que los perjudicados niegan que escuchasen la referida cuña, que como señala la Compañía Telefónica se controla por los propios clientes, es decir por la recurrente condenada, por lo que no consta en absoluto que la cuña fuese efectivamente reproducida en cada llamada.

En segundo lugar la cuña solo se refería, según el texto alegado por la propia parte recurrente, a que la línea estaba dedicada a un servicio de ocio y entretenimiento, lo que resulta compatible con la creencia de los perjudicados de que estaban participando en un concurso, actividad que también cabe considerar como de ocio y entretenimiento, sin que, según la propia tesis de la parte recurrente, se advirtiese a los perjudicados en momento alguno de la naturaleza erótica de la línea, que es lo que permitiría a los perjudicados descubrir el engaño. Y, en tercer lugar, consta que reiteradamente se informaba verbalmente a los perjudicados por los operadores de la línea de que la seriedad de la entidad organizadora del concurso garantizaba la gratuidad de la llamada.

Pero, en todo caso, lo más relevante es que la referida advertencia no excluye por si misma el engaño. En efecto, el desplazamiento patrimonial conseguido no correspondía a servicio erótico alguno, servicio que no había sido solicitado por los perjudicados, y cuyo precio sin embargo se estaba facturando, sino que los perjudicados permanecían en la línea inducidos al error de que su permanencia era necesaria para garantizar la percepción de un premio que habían ganado previamente en un concurso televisivo.

Es claro que en la persecución de esta finalidad a los interlocutores les resultaba escasamente disuasorio el coste de la llamada, ante la importancia del premio supuestamente ganado, y que perderían, según sus interlocutores, si cortaban la comunicación. Por tanto, aun cuando los perjudicados fuesen conscientes del precio de la llamada, el desplazamiento patrimonial sigue siendo fruto de un error, derivado de un deliberado engaño, pues se mantenía a los perjudicados eternizándose en la línea haciéndoles creer engañosamente que seguían participando en el concurso, y que estaban a la espera de culminar las gestiones para la percepción de un premio. En definitiva, el engaño no consiste en ocultar el precio de la llamada, sino en la inexistencia de la contraprestación por dicho coste (el pago del premio), contraprestación que los acusados no tenían intención alguna de abonar, pues ni siquiera formaban parte de la organización que realizaba el concurso, pero que se hacía creer deliberadamente a los perjudicados que efectivamente habían obtenido y que les sería abonado si completaban las gestiones necesarias, para lo que era imprescindible mantenerse en la línea, con el coste consiguiente, beneficiando, a cambio de nada, a los acusados.

Los llamados teléfonos de tarificación adicional, cuyo coste es muy superior al de una llamada ordinaria a un abonado de la red, se caracterizan porque el beneficio obtenido de las llamadas se reparte entre la operadora de telefonía y la empresa que es llamada, constituyendo una fuente permanente de abusos a los derechos de los consumidores, en los que una parte relevante de la responsabilidad recae en las propias operadoras telefónicas. La falta de control de la picaresca para provocar reiteraciones de llamadas, en los números que se tarifican con un sobre coste por el establecimiento de la comunicación, y la utilizada para eternizar la llamada, en los que se tarifican por su duración, es manifiestamente notoria, y el daño causado a las economías familiares, incalculable.

Pero el caso enjuiciado constituye un supuesto que desborda el abuso de los derechos del consumidor para incardinarse manifiestamente en la estafa. La natural esperanza de quienes han participado en un concurso público, y creen haber ganado un premio económico relevante para su economía, es utilizada en su perjuicio desviando las llamadas primero a un número ajeno al oficial del concurso, y después a otro de carácter erótico, de coste muy superior y cuya ganancia se incrementa por minutos, para retener a los perjudicados con sucesivas argucias, convenciéndoles de que desistir de la llamada, o no reiterarla cuando se corte, significa perder el premio ya obtenido. Concurren, en consecuencia, los elementos típicos integradores de un delito de estafa: 1º) el engaño que ha generado un riesgo (jurídicamente desaprobado) para la producción del error; 2º) el error que efectivamente se produce, por lo que el riesgo patrimonial generado se concreta en la realización de un acto de disposición; y, 3º) es este acto de disposición el que provoca el perjuicio patrimonial para la víctima y el beneficio ilícito para los acusados concertados en la maniobra fraudulenta.

Alega la parte recurrente que la única prueba practicada es la declaración de los propios perjudicados, que no se puede tomar en consideración pues lo que intentan es liberarse del pago de los recibos telefónicos.

El motivo carece de fundamento. La Sala sentenciadora no solo dispuso como prueba de la declaración de un elevado número de perjudicados, cuyos testimonios son plenamente válidos y han podido ser evaluados de modo directo por el propio Tribunal sentenciador, a quien corresponde obtener la plena convicción sobre su veracidad y otorgarles credibilidad, sino de otras pruebas muy significativas, de carácter documental e indiciario. Por ejemplo, el hecho de que en los recibos telefónicos, obrantes en autos como prueba documental, conste que cada uno de los perjudicados llamó sucesivamente y sin solución de continuidad a los teléfonos NUM000 (el del concurso), NUM001 (el del acusado Eulalio ) y NUM002 (la línea erótica gestionada por la recurrente), pone manifiestamente de relieve que eran desviados desde el concurso a estos otros números, y en cualquier caso, aunque entre los dos primeros números pudieron producirse llamadas por error, dada su similitud, es claro que desde el segundo se les desviaba

deliberadamente a la línea erótica, pues se trata de un número absolutamente diferente, que no existe posibilidad alguna de que los concursantes marcaran por error.

El Tribunal sentenciador no solo valora las pruebas de una forma razonada y razonable, sino que con la claridad, contundencia y exhaustividad que es propia del ponente de la resolución impugnada, analiza además todas las posibles alternativas sugeridas por la defensa, descartándolas por ser manifiestamente irrazonables e inverosímiles.

Señala en efecto el Tribunal sentenciador que..." En cualquier caso, dos aspectos considera este Tribunal que quedan fuera de cualquier posible duda o controversia, a saber: de una parte, aparece sobradamente acreditado que todos y cada uno de los perjudicados, conforme consta en sus respectivos recibos telefónicos obrantes en autos, llamaron sucesivamente y sin solución de continuidad a los números telefónicos NUM000, NUM001 y NUM002, de tal modo que ello sólo puede explicarse razonablemente teniendo por acreditado que, en efecto, alguien (fuera a través de una voz grabada o no) remitía a quienes aspiraban a participar en el concurso del primero al segundo teléfono y luego de éste al último. En segundo lugar, no existe prueba alguna de que los acusados tuvieran ninguna posibilidad de acceder de forma directa, ni por sí mismos ni a través de personas interpuestas, a las llamadas que se efectuaban al primero de los teléfonos, comenzando su intervención a partir de recibirlas en el segundo. De este modo, o bien la mencionada locución del mensaje erróneamente grabado o bien una persona que equivocadamente remitía los concursantes al número telefónico acabado en 17, provocaba que un significativo número de personas, cuyo propósito era participar en el concurso televisivo, finalizara llamando con esa intención a ese teléfono, por entero ajeno a la organización del concurso.

Fuera de toda duda, como ya se ha dicho, queda que, en efecto, las llamadas al número telefónico terminado en 17 se produjeron en un número significativo de oportunidades. Recibidas estas llamadas comprendieron los acusados la oportunidad que se les presentaba al estar recibiendo, aunque fuera por error, un número no despreciable de llamadas telefónicas, que se generaban como consecuencia de un concurso emitido por la televisión, a un número, como lo era el NUM001, de tarifación especial. Sin embargo, los beneficios que ello reportaría al acusado, Eulalio, representante de la asociación cultural titular del mencionado teléfono, no podrían resultar así particularmente significativos, toda vez que en este caso - teléfonos 905-, el beneficio (menor que en las líneas 803), se producía, además, con un fijo por llamada con independencia de su duración. Por esto, resolvieron los acusados aprovechar la circunstancia de que Lorenza disponía de una línea telefónica 803, titularidad de una mercantil de la que es administradora única, teléfono desde el que explotaba una línea erótica que, al anunciarse exclusivamente en una página web propiedad del coacusado, Eulalio, daba lugar a que ambos repartieran por mitad los beneficios obtenidos de las

llamadas que se producían a dicho teléfono, beneficiándose del significativo número de llamadas que, seguramente por error, se producían al número terminado en 17, para dar instrucciones a las personas que atendían dicho teléfono al efecto de que, engañando a los usuarios del concurso, les remitieran para cobrar los supuestos premios, a la línea 803, y a quienes recibían las llamadas en este último teléfono, para que, fingiendo gestionar la forma de pago de dichos premios, mantuvieran en línea a los supuestos concursantes, cuanto más tiempo, mejor".

Sin entrar ahora en mayores profundizaciones doctrinales podemos recordar que conforme a una reiteradísima doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, b) constitucionalmente obtenida, c) legalmente practicada y d) racionalmente valorada, parámetros que analizados con profundidad permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada e inmediata del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida.

En el caso actual el Tribunal sentenciador dispuso de prueba suficiente y además descarta la eventual concurrencia de alternativas fácticas verosímiles y razonables. (Ver Sentencias núm. 784/09 de 14 de julio, 776/09 de 7 de julio y 714/09 de 17 de junio, entre otras).

Así razona en el fundamento jurídico tercero que... "Por otro lado, estando fuera de toda duda que, en efecto, todos y cada uno de los perjudicados llamaron en numerosas ocasiones, en el curso del mes de enero de 2006, al teléfono 803 (y que todos ellos acababan de hacerlo, inmediatamente antes, al número telefónico terminado en

17), las defensas de los acusados han querido explicar dichas llamadas con un doble razonamiento que este Tribunal no puede en absoluto compartir. Así, comprenden las defensas la elocuencia de que, precisamente, todas las llamadas realizadas por los perjudicados a la línea 803, resultan ser consecuencia o se producen inmediatamente después de las que los mismos usuarios efectuaban al número telefónico terminado en 17 y éstas, a su vez, tras las realizadas al terminado en 14, todo sin solución de continuidad. Es obvio, partiendo de esta circunstancia incuestionable, que no existe posibilidad alguna razonable de que todos y cada uno de los perjudicados, tras llamar al número telefónico ofertado en un concurso de televisión, lo hicieran después al de una asociación cultural de dibujantes vascos, para terminar, siempre por ese orden y de forma inmediata, en un línea erótica. Ni existe tampoco posibilidad alguna de que todos y cada uno de los perjudicados acabaran llamando a la línea 803 habiendo tenido conocimiento de su existencia a través del único medio en el que se publicitaba (una página web propia del acusado Eulalio). Y no existe posibilidad alguna razonable de esto último, porque, en primer lugar, la mayoría de los testigos han asegurado que en esas fechas ni siquiera disponían en su domicilio de servicio de Internet, pero es que, además, ello no explicaría en absoluto que, todos ellos, inmediatamente antes hubieran llamado al número telefónico terminado en 17 (que evidentemente no se publicitaba en dicha página web y que, además, tenía por titular a una asociación cultural para promover a los dibujantes de cómic vascos).

Tratan los Letrados de los acusados, en legítimos términos de defensa, con el propósito de ofrecer una explicación acerca del motivo por el cual las llamadas se producían del modo descrito, de argumentar que en esas fechas Eulalio había encargado a Lorenza, que efectuara, a través de la línea 803, una especie de encuestas a candidatos para protagonizar películas pornográficas (negocio a cuya producción el acusado se dedicaba también). Por eso, argumentan, cabría la posibilidad de que con ese objeto hubiera personas que primero llamaran al número terminado en 17 y, desde allí, fueran remitidos al 803. A nuestro parecer, y por muy grande que haya sido el esfuerzo argumental de los letrados en esa dirección, el razonamiento no se tiene en pie. Basta, a nuestro parecer, haber tenido la oportunidad de observar en el acto del plenario a los perjudicados, para comprender que difícilmente tendrían entre sus objetivos inmediatos participar como actores en una película pornográfica. Y no nos referimos solamente, aunque sea el caso más obvio, al nonagenario Don Onésimo. Pero es que, además, aún en esa insólita hipótesis, quedaría sin explicar el motivo por el cual, todos ellos habrían llamado, antes que al número acabado en 17, al terminado en 14, es decir, habríamos de encontrarnos ante un grupo de personas que, sin conocimiento previo entre sí, tras intentar participar en un concurso de televisión, sin solución de continuidad, dirigieran su interés a la participación en una suerte de "casting" cinematográfico.

También han querido los Letrados de la defensa argumentar que, en realidad, lo que los perjudicados persiguen en este procedimiento es evitar el pago el servicio

telefónico al que accedieron ("línea erótica"), procurando ocultar, por vergüenza u otro sentimiento semejante, haber hecho uso de dicho servicio. Con independencia de que en el plano del análisis sociológico, pueda ser cierto que un importante segmento de los clientes de esta clase de servicios trata de mantener su uso en secreto o con un conocimiento muy reservado o restringido, lo cierto es que tampoco esta hipótesis ofrecida por las defensas puede progresar en absoluto. En primer lugar, y no insistiremos más en ello, porque todos los perjudicados llegaron a la línea 803 a través de una misma "cadencia telefónica", es decir, tras haber llamado primeramente al número terminado en 14 y luego al que concluye en 17. Argumentan entonces las defensas, que ello puede ser debido a que, aún cuando hubieran llamado con el inicial propósito de participar en el concurso televisivo, pudieron después, bajo la inteligente dirección de las operadoras de la línea 803, abandonar sus propósitos iniciales y resolver hacer uso del servicio de línea erótica que allí se ofrecía. Sin embargo, semejante hipótesis dejaría sin explicar el motivo por el cual alguna persona derivó a los "concursantes" desde el teléfono terminado en 17 a la línea 803. Pero es que, además, de forma explícita, los dos últimos testigos que han depuesto en el acto del juicio, don Estanislao, encargado de la línea erótica y Doña Ángela, teleoperadora en esa línea y en esas fechas, han manifestado que, en efecto, en el mes de enero de 2006, varias personas llamaron interesándose por un concurso de televisión y que, conforme a las instrucciones que tienen recibidas de su empleadora, cortaron inmediatamente las llamadas o despidieron a los usuarios tras explicarles que aquella no era la finalidad de dicha línea telefónica, sin observar que ninguno de dichos clientes fuera después atendido en dicha línea, ya con el propósito de la misma.

En definitiva, este Tribunal entiende que aparece sobradamente acreditado que, en efecto, una vez quienes aspiraban a participar en el concurso televisivo dirigían sus llamadas al número telefónico finalizado en 17, eran dirigidos, con el propósito de recibir sus premios, a la línea 803 y allí, las personas que les atendían procuraban prolongar al máximo la duración de la llamada, bajo el pretexto de que, siendo tantos los ganadores, el "sistema" estaba funcionando de una manera muy lenta, e indicándoles que, cada vez que se produjera (a los 30 minutos) el cese de la comunicación, volvieran a llamar si no querían perder el premio que supuestamente habían obtenido".

En consecuencia, el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba de cargo suficiente, a través de una pluralidad de declaraciones de testigos directos, además de prueba documental e indiciaria, prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, habiendo descartado, además, de forma expresa y razonada, todas las posibilidades fácticas alternativas alegadas por la defensa, por ser manifiestamente inverosímiles e irrazonables. Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y con él, de la totalidad del recurso, con imposición a la parte recurrente de las costas del mismo, por ser preceptivas.

## **XI. ESTAFA DEL PHISHING**

### **i.SENTENCIA DEL TS DE 25 DE OCTUBRE DE 2012**

Se declara acreditado que la entidad denominada "Colon Collection", mediante el envío de correos electrónicos y bajo la apariencia de actuar como una entidad bancaria y utilizando un falso duplicado de su página web, obtuvo de forma encubierta e ilegítima y sin consentimiento alguno de su titular Aquilino, la clave de su cuenta bancaria nº NUM000 abierta en la entidad Banesto de la ciudad de Palencia, retirando después de la cuenta online cantidades de dinero.

También consta demostrado que la acusada Leticia, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el mes de mayo de 2007, recibió en su cuenta de correo electrónico (DIRECCION000 ) una propuesta laboral de una empresa denominada "Colon Collections Ltd", con domicilio social en Alemania y con dirección de correo electrónico covcollection@gmail.com. En dicha propuesta laboral se indicaba que necesitaba representantes en España para recibir pagos de clientes y proveedores, siendo requisito fundamental para trabajar el uso de Windows (ser operador de PC), el manejo de herramientas de Internet, Computadora personal, Mail privado (correo electrónico) MSN (Messenger, Icg, etc. La acusada recibió también en su cuenta de correo electrónico una especie de contrato laboral, donde se indicaba que los deberes y responsabilidades que el empleado asumía con la empresa Colon Collections Ltd eran, entre otros, "la suma y transmisión de órdenes de clientes asignados del área a las jefaturas de la compañía y la suma de pagos en órdenes satisfechas de clientes asignados del área a la cuenta bancaria del empleado y de su transferencia a las jefaturas de la compañía o a otra cuenta bancaria señalada". Las transacciones del dinero se deben conducir a través de Western Unión. Como salario a recibir por el empleado, en dicho contrato se dice que "recibirá 250 euros libres de gastos e impuestos por cada operación satisfactoria, pagados el mismo día de trabajo en forma y tiempo".

En cumplimiento de lo indicado en la propuesta y contrato de trabajo la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió a aperturar la cuenta corriente nº NUM001 en la entidad Banesto. Después, el día 17 de mayo de 2007, la Sra. Leticia recibió una llamada telefónica desde Chile siendo comunicante una

persona que dijo hablar en nombre de la entidad "Colon Collections" y que manifestó que se iba a realizar una primera transferencia. Ese mismo día, la acusada recibió en su cuenta corriente una transferencia por importe de 3.074 euros, procedentes de la cuenta bancaria nº NUM000 que Aquilino tenía abierta en la entidad Banesto en esta ciudad de Palencia. Luego la Sra. Leticia procedió a retirar esa misma cantidad en la ventanilla del banco citado y a remitir a Moldavia la cantidad de 2.630 euros a favor de Gracia, a través de Western Union, quedándose ella con una comisión de 350 euros.

Asimismo, el día 18 de mayo de 2007 la acusada recibió en la misma cuenta corriente otras dos transferencias más, una por importe de 3.126,43 euros y otra por 2.849,12 euros, procedentes también de la cuenta bancaria que Aquilino tenía abierta en la entidad Banesto, y que antes hemos ya indicado, volviendo a retirar el dinero en la ventanilla bancaria y a enviar por Western Union a Moldavia la cantidad de 2.509,50 euros a favor de Amalia en Moldavia y 2.778 euros a favor de Eulalia, quedándose la Sra. Leticia con la cuantía de 688,05 euros en concepto de la correspondiente comisión.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: “Fallamos: debemos condenar y condenamos a Leticia, mayor de edad y sin antecedentes penales, como autora responsable de un delito de blanqueo de capitales.

Por la entidad Banesto, que ejerció la acusación particular en el referido proceso, se interpone recurso de casación. Entiende la defensa que los hechos, tal y como han sido descritos, deberían ser subsumidos en el tipo de la estafa informática previsto en el art. 248.2 del CP, en el que se castiga a aquellos 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”. Con cita de la jurisprudencia de esta Sala - SSTS 12 de junio de 2007 y 16 de marzo de 2009-, considera que el conocimiento puntual que la acusada Leticia tenía de su participación en los hechos, le hacía cooperadora necesaria de un plan estratégico en el que su colaboración resultaba indispensable para una defraudación a gran escala, valiéndose de las posibilidades tecnológicas que ofrecen Internet y las comunicaciones telemáticas. Ella sabía, al fin y al cabo, el dinero que pasaba por su manos, habiendo reconocido en el juicio que todo le pareció un poco "raro". Haciendo suyas las palabras de esta misma Sala en el primero de los precedentes apuntados, concluye que "... se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta". El motivo no puede ser acogido.

1.- El juicio histórico, es cierto, describe dos secuencias claramente diferenciadas. En la primera, se declara acreditado cómo una entidad denominada Colon Collection, cuyos responsables no han podido ser identificados, valiéndose de la técnica del envío masivo de correos electrónicos, logró de Aquilino, mediante una página web idéntica a la que es propia de la entidad Banesto, las claves de acceso a la cuenta bancaria núm. NUM000, de la que aquél es titular.

En la segunda de ellas, se considera demostrado que la acusada Leticia había recibido en su cuenta de correo electrónico una propuesta laboral de aquella misma empresa, con domicilio social en Alemania, ofreciéndole un porcentaje de dinero a cambio de que abriera una cuenta corriente a la que le serían remitidas distintas remesas de cantidades. Su tarea consistiría en extraer esas cantidades -que procederían de las transferencias ordenadas desde la cuenta de Aquilino mediante la manipulación de sus claves- y girarlas, a través de Western Union a personas residentes en el extranjero, que le serían oportunamente indicadas.

En ejecución de ese acuerdo, recibió tres transferencias por importe respectivo de 3.074, 3.126,43 y 2.849,12 euros. Una vez obtenidas esas cantidades, fueron transferidas a Moldavia, mediante envíos a favor de Gracia, Amalia y Eulalia, todas ellas personas desconocidas para la acusada.

Esa doble secuencia, si bien se mira, forma parte de una estrategia única. Se trata de obtener dinero mediante el fraudulento acceso a las claves bancarias de confiados usuarios de Internet y, a partir de ahí, buscar una fórmula que permita colocar esos remanentes dinerarios en un país seguro, a nombre de personas de difícil identificación por los agentes de policía del Estado en cuyo territorio se efectúan el acceso inconsciente a las cuentas de la víctima y las transferencias a terceros países.

Estamos, por tanto, en presencia de una actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática -banca on line- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. De forma gráfica se dice que el autor "pesca los datos protegidos" - de ahí la denominación phishing-, que permiten el libre acceso a las cuentas del particulares y, a partir de ahí, el desapoderamiento.

2.- Pues bien, el tratamiento jurisprudencial de esos hechos -tiene razón el recurrente- ha tenido un encaje preferente en la estafa informática del art. 248 del CP. La STS 556/2009, 16 de marzo, rechazó el recurso de la acusada, que entendía que no podía "... ser considerada autora o inductora, ya que quien ideó, puso en marcha y

ejecutó el plan criminal fue un tercero, y tampoco cooperadora necesaria, pues no participó en el mecanismo por el que se consiguieron las claves de acceso bancarias de Fátima o en la orden de transferencia desde la cuenta de aquella". Sostenía entonces la defensa que los hechos, tal y como estaban descritos en la sentencia, constituían un supuesto de receptación por el que la recurrente no había sido acusada. La Sala, sin embargo, descartó el encaje de los hechos en ese delito, los calificó como constitutivos de una estafa informática del art. 248.2 del CP, razonando en los siguientes términos: "... aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta una participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante".

En línea similar, la STS 533/2007, 12 de junio, precisaba que "consta que recibieron cada uno en sus cuentas -dos Roberto, y una José Daniel- diversas transferencias por importantes cantidades concretada en el factum, se cifran, respectivamente, en 159.559,20 euros, 73.197,77 euros y 22.374,63 euros, habiendo dispuesto de gran parte de ese dinero, estando acreditada en la prueba practicada, la realidad de la transferencia, el envío a ellos como titulares de las cuentas <favorecidas> de los correspondientes extractos bancarios de los movimientos y demás variaciones de tales cuentas. Como se dice en la sentencia <tuvieron un conocimiento puntual del dinero que pasaba por sus cuentas y del que disponían íntegramente, bien fuese para ellos mismos, bien para entregar a un tercero>. En este escenario probatorio vía prueba de indicios se puede -como le resultó al Tribunal sentenciador- concluir que ellos estaban al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a ellos se refería se concretaba en: a) apertura de cuenta, b) recepción de transferencias por personas desconocidas, c) origen de tales fondos de auténticas cuentas de otros titulares a los que personas desconocidas, en Estados Unidos habían accedido mediante el acceso fraudulento de las claves necesarias, hecho que ha quedado acreditado en la denuncia inicial y declaración de los representantes del banco y d) otro dato a tener en cuenta es la <explicación> dada por los otros condenados por una operativa idéntica, explicación que consistía en cobrar una cantidad por este <servicio> entregando el resto a otras personas desconocidas. [...] En esta situación construir un juicio de inferencia que partiendo de estos hechos acreditados permite arribar a la conclusión de que los recurrentes participaron y estaban al corriente, en lo necesario, de todo el operativo, es conclusión que en este control casacional se ofrece como plausible, que fluye por sí sola de los indicios expuestos y que no es contraria a las máximas de experiencia no siendo arbitraria".

La calificación de unos hechos muy similares como integrantes de un delito de estafa informática del art. 248.2 del CP, vuelve a estar presente en el ATS 1548/2011, 27 de octubre. En su FJ 3º, apartado C) puede leerse lo siguiente: "... el hecho probado narra cómo personas no identificadas tras descubrir sin que conste el medio empleado las claves de acceso vía internet a la cuenta corriente nº 0030....., aperturada en Banesto y titularidad de Eladio, efectuaron dos operaciones de traspaso patrimonial consistentes en la transferencia no consentida de 3.371,18 y 3.471,17 euros respectivamente a otra cuenta corriente de la misma entidad con nº 0030....., aperturada al efecto por el acusado que la había abierto a su nombre por indicación de aquéllos escasos días antes, al haberse puesto de acuerdo con ellos a través de internet ofreciéndole en trabajo a pruebas consistentes con la remisión de las cantidades recibidas a su cuenta -sic- con el cobro de una comisión, y extraído el dinero por el acusado, una vez descontada la cifra correspondiente a su comisión por importe de 450 euros y siguiendo las instrucciones dadas por los otros implicados no identificados, envió el resto por giro a Moldavia a favor de Jacinto . y Roque . a través de Western Union. [...] Y el Tribunal de instancia razona cómo concurren los elementos del art. 248.2 CP, la manipulación de datos de la cuenta corriente expoliada y la introducción en la misma, la transferencia efectuada a otra cuenta distinta a fin de disponer de la cantidad mediante la actuación del recurrente previo descuento por él de una comisión - elevada en relación con la suma expoliada- en su propio beneficio y en perjuicio todo ello del titular de la cuenta manipulada. Del mismo modo se evidencia la connivencia del recurrente con los autores directos de la manipulación y la relevante intervención de aquél para la realización del apoderamiento de los fondos. También se extiende la sentencia en mostrar cómo la condición del acusado de ser o haber sido director de dos empresas comerciales y tener por tanto conocimientos mercantiles informáticos refuerza la conclusión de que no podía desconocer los extremos que ponen de manifiesto la ilicitud de toda la actuación. Nada se hace preciso añadir a la exposición del Tribunal sentenciador para desechar la denuncia del recurrente sobre el desconocimiento del delito cometido, cualquier persona con un nivel intelectual medio es sabedora, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos y/o especial formación académica, de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un tercero, lo que junto el cobro de la suma percibida como remuneración muestra indudablemente que la conducta voluntariamente llevada a cabo en modo alguno puede valorarse por quien la lleva a cabo en la forma en que el recurrente lo hizo como lícita, sino al contrario ".

Con carácter general, hechos de la naturaleza de los que hoy ocupan nuestra atención, en lo que tienen de operación concertada, con una estratégica distribución de roles para lograr un acto de despojo patrimonial mediante un engaño, valiéndose de terceros para poder extraer esos fondos sin suscitar sospechas en la entidad bancaria y, una vez obtenidos aquéllos, colocarlos en un país que asegure la impunidad del desapoderamiento, presentan las características que son propias del delito de estafa

informática al que se refiere el art. 248.2 del CP . Así lo ha estimado la jurisprudencia de esta Sala, en sintonía con el entendimiento doctrinal mayoritario.

3.- No faltan, sin embargo, autores que consideran que la intervención de lo que en el argot policial se denomina muleros - colaboradores como la acusada, captados mediante ofertas de teletrabajo y a los que se ofrece ganar un importante porcentaje sobre las cantidades evadidas- tiene mejor encaje en el art. 298 del CP, como una modalidad de receptación. Entienden que la colocación del dinero en países con los que no existen mecanismos jurídicos de cooperación judicial, forma parte ya de la fase de agotamiento del delito, de forma que la captación de éstos puede llegar a producirse cuando ya la estafa se habría cometido. De ahí que estaríamos en presencia de una participación postdelictiva o postconsumativa, con un evidente contenido lucrativo, notas definitorias del delito de receptación.

El debate doctrinal demuestra el carácter controvertido de la cuestión suscitada en el recurso. Y todo indica que, lejos de fórmulas generales, serán las circunstancias del caso las que, a la vista de la prueba de los elementos fácticos que dan vida a los tipos objetivo y subjetivo, permitan formular sin error el juicio de subsunción.

4.- Tampoco es obstáculo a esta afirmación la necesidad de destacar la posible existencia de supuestos en los que, en atención a sus circunstancias específicas, resulte obligado romper el título de imputación y calificar la conducta de quien se limita a colocar en el extranjero aquellos fondos, permaneciendo ajeno a la confabulación que hace posible la entrega de las claves para el acceso a las cuentas del sujeto engañado, como constitutiva de un delito de blanqueo de capitales, tesis asumida en el presente caso por el Tribunal de instancia. En definitiva, la calificación jurídica de los hechos como integrantes de un delito de estafa informática, receptación o blanqueo de capitales, obligará a analizar en qué medida el dolo de ese tercero que hace posible el rendimiento del capital evadido, capta los elementos del tipo objetivo del delito de estafa. Abrir una cuenta corriente con el exclusivo objeto de ingresar el dinero del que se desapodera a la víctima, encierra un hecho decisivo para la consumación del delito de estafa, pues en la mayoría de los casos, al autor principal no le será suficiente con disponer de la información precisa sobre las claves personales para ejecutar el acto de desapoderamiento. Necesitará una cuenta corriente que no levante sospechas y que, mediante la extracción de las cantidades transferidas pueda llegar a obtener el beneficio económico perseguido. Precisamente por ello, la contribución de quien se presta interesadamente a convertirse en depositario momentáneo de los fondos sustraídos, integrará de ordinario el delito de estafa. Pero para ello resultará indispensable -claro es que quede suficientemente acreditada su participación dolosa en el delito cuya secuencia inicial ejecuta un tercero, pero a la que coopera de forma decisiva.

Todo aconseja, por tanto, atender a las circunstancias del caso concreto, huyendo de fórmulas estereotipadas cuya rigidez puede dificultar la adecuada calificación de los hechos.

5.- Cuestión distinta es que, situándonos ya en el ámbito casacional, podamos revisar ahora la calificación jurídica de los hechos, sustituyendo lo que el Tribunal a quo considera como una acción imprudente de blanqueo de capitales con encaje en el art. 301.1 y 3 del CP ("... sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna..." ), por un delito doloso de estafa. Se oponen a ello dos razones íntimamente relacionadas entre sí.

A) La primera de ellas, la idea de que la afirmación de la intención y la voluntad que presiden la acción delictiva es un hecho como cualquier otro, aunque su proclamación a efectos probatorios se verifique mediante un juicio de inferencia. La voluntad con la que un hecho se ejecuta forma parte también del hecho mismo. Lo que, por lo demás, es congruente con una concepción del delito en el que la acción encierra en sí la carga de la propia voluntad, superando concepciones más tradicionales en las que la ruptura entre el plano objetivo y subjetivo del delito era elemento definitorio de su estructura analítica. La conducta humana no es neutra y la intención del agente no puede desgajarse de la acción para ser luego artificialmente analizada en el momento del examen de la culpabilidad. Evidentemente, las cuestiones relativas al conocimiento o a la voluntad, en la medida en que se refieren a realidades que no son sensitivamente perceptibles, sólo pueden ser proclamadas mediante un juicio de inferencia formulado a partir de datos objetivos puestos de manifiesto por la actividad probatoria de las partes. Se trata, en fin, de proclamar el querer como verdadero hecho. De acuerdo con esta idea, afirmar el animus del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que se afirma un hecho.

Como consecuencia de ello, la vía procesal que ofrece el art. 849.1 de la LECrim -pese a ser considerada idónea por la jurisprudencia de esta Sala y del propio Tribunal Constitucional- no está exenta de dificultades, en la medida en que el art. 884.3 de la LECrim obliga a la aceptación del hecho -en su dimensión objetiva y subjetiva- como presupuesto sine qua non para la viabilidad del recurso. Pero más allá de la evolución jurisprudencial sobre este aspecto, lo cierto es que existe un obstáculo añadido para convertir, en fase casacional, lo imprudente en doloso. Estamos aludiendo, claro es, a las exigencias impuestas por los principios de contradicción y defensa y su significado en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Y es aquí donde reside el segundo de los obstáculos al que antes nos hemos referido.

B) En efecto, el estado actual de la jurisprudencia del TEDH y del TC, descartan la posibilidad al alcance del Tribunal Supremo de convertir lo imprudente en doloso y hacerlo, además, por la vía del art. 849.1 de la LECrim y sin oír al encausado.

La STEDH 22 noviembre 2011 (Lacadena Calero v. España) consideró vulnerado el derecho a un proceso justo del Notario que, habiendo sido absuelto por la Audiencia Nacional al no apreciar dolo en el delito de falsedad por el que había sido acusado, fue condenado con posterioridad en casación por el Tribunal Supremo, al entender que el dolo no formaba parte del hecho y que, como tal, podía ser apreciado en fase casacional sustituyendo el criterio de valoración del Tribunal de instancia.

La demandante estimó que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas practicadas ante la Audiencia Nacional y que, tras volver a examinar los hechos declarados probados y las cuestiones de derecho, concluyó que existía dolo en la actuación del encausado. La demandante veía en el dolo un elemento de carácter fundamentalmente psicológico cuya existencia solo puede acreditarse tras apreciar la intención real del acusado cuando es oído personalmente.

En defensa de la legalidad de la condena impuesta por el Tribunal Supremo -avalada por el Tribunal Constitucional, que rechazó el recurso de amparo promovido contra aquélla-, el representante español ante el TEDH argumentaba que la condena del Notario por el Tribunal Supremo se trataba de una cuestión de estricta valoración jurídica, que podía resolverse sobre la base de lo actuado. A su juicio, la divergencia entre los dispositivos de ambas sentencias se refiere a los distintos criterios para apreciar la culpabilidad. Así, el Tribunal Supremo extrajo nuevas conclusiones de los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia y, sobre la base de pruebas documentales tales como las escrituras, consideró que, con su actuación, el acusado contribuyó objetivamente favoreciendo el delito de estafa. En particular, señaló que el acusado había autorizado y firmado una serie de títulos de las obligaciones, si bien la legislación aplicable lo prohibía claramente.

El TEDH matiza, sin embargo, que "... las modalidades de aplicación del artículo 6 del Convenio a los procedimientos de apelación dependen de las características del procedimiento de que se trate; conviene tener en cuenta el conjunto del procedimiento interno y el papel del órgano de apelación en el ordenamiento jurídico interno. Celebrado el juicio oral y público en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede hallar justificación en las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar (sentencia Botten

contra Noruega, 19 febrero 1996, ap. 39, Repertorio de sentencias y decisiones 1996-I). Así, los procedimientos de autorización para recurrir, o dedicados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no de hecho, pueden cumplir los requisitos del artículo 6 aun cuando los Tribunales de apelación o casación no otorguen al recurrente la facultad de expresarse personalmente ante ellos (véase, entre otras, sentencias Monnell y Morris, 2 marzo 1987, ap. 58, serie A núm. 115, en lo referente a la autorización para recurrir, y Sutter de 22 febrero 1984, ap. 30, serie A núm. 74, en lo que respecta a la instancia de casación). La razón es, en el segundo de los casos, que no corresponde al órgano jurisdiccional en cuestión establecer los hechos, sino solamente interpretar las normas jurídicas en litigio (sentencias Ekbatani contra Suecia de 26 mayo 1988, ap. 31, serie A núm. 134 y las sentencias dictadas a este respecto en relación con España, Igual Coll, núm. 37496/2004, 10 marzo 2009, Marcos Barrios, núm. 17122/2007, 21 septiembre 2010 y García Hernández núm. 15256/2007, 16 noviembre 2010).

Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates (véase, mutatis mutandis, Golubev contra Rusia, dec., núm. 26260/2002, 9 noviembre 2006, y Fejde contra Suecia, Sentencia de 29 octubre 1991, ap. 33, serie A núm. 212-C). Sin embargo, el Tribunal ha declarado que, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y especialmente cuando ha de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la valoración directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (sentencias Dondarini contra San Marino, núm. 50545/1999, ap. 27, 6 julio 2004, Ekbatani contra Suecia, ap. 32, Sentencia de 26 mayo 1988, serie A núm. 134, Constantinescu contra Rumanía, ap. 55, Sentencia de 27 junio 2000 e Igual Coll, Marcos Barrios y García Hernández mencionadas en el apartado 36). En tales casos, el nuevo análisis de la culpabilidad del acusado debería conducir a una nueva audición de las partes interesadas (Sentencia Ekbatani contra Suecia, previamente mencionada, ap. 32)”.

Pues bien, volcando este cuerpo de doctrina sobre el supuesto de hecho que sirvió de referencia al TEDH para matizar su doctrina, concluye su fundamentación jurídica precisando que "... el Tribunal destaca que, en Derecho español, según el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la base del cual se pronunció el Tribunal Supremo, el recurso de casación no prevé la posibilidad de revisar las pruebas practicadas en primera instancia. El objeto del recurso encuentra su límite en la existencia o no de una violación de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter. Como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia, solo se podrá efectuar una nueva valoración de las pruebas si ha existido una falta de racionalidad en el proceso valorativo, pero sin volver sobre los hechos declarados probados (apartado 12 supra).

Por consiguiente, en el caso de autos, el Tribunal Supremo no tenía competencia para proceder a una nueva valoración de los hechos declarados probados, debiendo pronunciarse el Juez de casación sobre las normas aplicables a un caso concreto y sobre su interpretación, e incluso, como en el caso de autos, sobre la calificación jurídica de la actuación del acusado. Estos últimos elementos pueden ser objeto de un debate contradictorio en el marco de un recurso de casación, de un lado por medio de las escrituras presentadas por las partes, y de otro lado, con la celebración de una vista pública como la celebrada en el presente caso.

El Tribunal señala que las partes discrepan sobre la cuestión de si el Tribunal Supremo alcanzó la convicción de la culpabilidad del acusado tras examinar nuevamente algunas cuestiones de hecho y pruebas practicadas en primera instancia o, por el contrario, tras proceder a una valoración estrictamente jurídica, sin modificar los hechos declarados probados. [...] No se discute que la valoración del Tribunal Supremo desembocó en una nueva calificación jurídica de la conducta del acusado en el ejercicio de sus funciones de notario distinta de la realizada por la Audiencia Nacional, su complicidad en un delito de estafa.

En su sentencia condenatoria, el Tribunal Supremo declaró que habían de ser respetados los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional. Sin embargo, dejó sin efecto una conclusión de la sentencia a quo, según la cual no quedaba suficientemente acreditado que el notario acusado, al autorizar las escrituras, hubiese previsto y contemplado como probable un futuro perjuicio para los suscriptores de los títulos. A su juicio, no se trataba de un hecho, sino de un juicio de valor sobre la culpabilidad del acusado que, en consecuencia, podía ser revisado en sede casacional (apartado 12 supra).

El Tribunal Supremo recordó, además, que los mencionados preceptos legales exigían al notario mencionar las irregularidades de este tipo, sin lo cual se prohibía claramente la autorización. Por tanto, consideró que el acusado había incumplido su obligación de notario por cuanto, con su firma, había autorizado la emisión de obligaciones no conformes a las exigencias legales en las que figuraba la mención «Obligación hipotecaria al portador». Asimismo, el acusado no solamente no denegó la autorización del instrumento público, sino que señaló arteramente (según los términos del Tribunal Supremo) que tales obligaciones se hallaban «garantizadas con hipoteca constituida en la misma escritura». A juicio del Tribunal Supremo, esta conducta originó el engaño que criminaliza el delito de estafa, al ser consciente que por su incumplimiento se estaba creando una falsa expectativa de recobro en caso de insolvencia de la entidad emisora. De esta forma, debía forzosamente saberse cómplice de una estafa generalizada.

En síntesis, el Tribunal considera que el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva calificación jurídica de la conducta del acusado, se pronunció sobre las circunstancias subjetivas de este último, que era consciente de la ilicitud de los documentos que autorizaba y su voluntad fraudulenta (dolo eventual) frente a las personas afectadas. Ahora bien, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la existencia de dicha voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin valorar directamente su testimonio y en contradicción con las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, que sí había tenido la oportunidad de oír al acusado y a los otros testigos.

En opinión del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia al pronunciarse sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, cabe constatar que cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elemento subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a valorar jurídicamente la actuación del acusado sin tratar de acreditar previamente la realidad de dicha actuación, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan.

En efecto, el Tribunal Supremo extrajo inferencias de la intención del acusado a partir de los hechos declarados probados por la instancia inferior (la prueba documental). Sin embargo, para extraer tal inferencia, el Tribunal Supremo no escuchó al interesado, quien no tuvo la oportunidad (inexistente en el proceso de casación) de exponer ante el tribunal las razones por las que negaba ser consciente de la ilicitud de su actuación y la voluntad defraudatoria.

A la luz de lo que antecede, el Tribunal considera que las cuestiones que debían ser analizadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso de los demás testigos (véase Sentencias Botten contra Noruega, 19 febrero 1996, ap. 52, Repertorio 1996-I; Ekbatani contra Suecia, previamente mencionada, y los asuntos españoles citados en el apartado 36).

Por lo demás, el Tribunal recuerda que se celebró juicio oral y público ante el Tribunal Supremo en el curso del cual, si bien el letrado del acusado pudo exponer sus medios de defensa, entre ellos el relativo a la calificación jurídica de los hechos de la causa, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho determinante para la valoración de su culpabilidad.

Atendidas las circunstancias del proceso, el Tribunal concluye que se privó al esposo de la demandante de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio. En consecuencia, ha habido violación del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6.1 del Convenio”. Esta línea de razonamiento, ligada a las limitaciones del tribunal revisor cuando de lo que se trata es de valorar la intención

del encausado, ya había sido proclamada por el propio TEDH en la sentencia de fecha 16 noviembre 2010 (García Hernández v. España). Entonces estimó vulnerado el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) al revocar la Audiencia Provincial un pronunciamiento absolutorio del Juzgado de lo penal, que estimó que no existían razones para apreciar la existencia de mala praxis por parte del facultativo encausado.

Allí puede leerse lo siguiente: "... en el presente caso, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Murcia resolvió sobre la base de varios elementos probatorios, a saber, los informes periciales, así como la declaración de la acusada y de los testigos, entre ellos el doctor Julián . Tras la celebración de una vista pública en la cual pudo formar su propia convicción, el Juzgado concluyó con la inexistencia de imprudencia por parte de la demandante. [...]

La Audiencia revocó la sentencia apelada y estimó, sin audiencia personal de la demandante ni de los testigos que habían depuesto ante el Juzgado de lo Penal, que el puesto que ocupaba la demandante exigía mayor diligencia, superior a la mostrada en el tratamiento del paciente en cuestión. En particular, consideró que la exploración del enfermo había sido incompleta. A juicio de la Audiencia, esta «mala praxis» era la responsable incontrovertible de las secuelas del paciente. Estos elementos eran así suficientes para condenarla por los hechos que se le imputaban.

Cabe constatar que, a diferencia del referido asunto Bazo González, la Audiencia Provincial no se limitó a proceder a una nueva valoración de cuestiones puramente jurídicas, sino que se pronunció sobre una cuestión jurídica, la mala praxis de la demandante y el origen de las secuelas del paciente, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de primera instancia. En opinión del Tribunal, tal examen implica, por sus características, posicionarse ante unos hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante (véase Sentencia Igual Coll, anteriormente citada, ap. 35). [...] Siendo las cuestiones tratadas de índole fáctica, el Tribunal estima que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras modificarse la valoración de elementos tales como el comportamiento de la demandante, sin que ésta tuviera la posibilidad de ser oída personalmente y someterlos a contradicción en una vista pública, no es conforme con las exigencias del juicio justo que garantiza el artículo 6.1 del Convenio”.

La jurisprudencia constitucional también ha evolucionado hacia una nítida limitación de las facultades del Tribunal revisor respecto de aquellas cuestiones fácticas que sólo pueden ser aprehendidas a partir de un examen directo de las pruebas personales. En efecto, en la STS 1223/2011, 18 de noviembre, nos hacíamos eco - prescindiendo de antecedentes más remotos- de la evolución de la jurisprudencia constitucional, tomando como referencia la STC 142/2011, de 26 de septiembre: "... en

ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por en el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró "estrictamente documental". Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos. Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infiriendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima el Tribunal Constitucional que no se está ante una cuestión de estricta calificación jurídica <en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados>. Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos. El Tribunal matiza en esa sentencia 142/2011 la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la sentencia 45/2011, de 11 de abril, toda vez que en ésta, después de recordar que cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación una cuestión estrictamente jurídica, cuál era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos. La referida doctrina del Tribunal Constitucional se fundamenta en diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así lo recuerda la STC 120/2009, de 18 de mayo, al argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el tribunal de apelación conozca de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005 (TEDH 2005, 132) , caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia , § 64; y 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que este es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de

junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59). Recientemente, en la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España, se hace hincapié en la misma doctrina. Se trata de un supuesto en que el Juzgado de lo Penal había absuelto a la acusada del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona argumentando con prueba documental de la que colegía la conducta defraudatoria de la encausada en perjuicio de sus acreedores. El TEDH recuerda que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la problemática jurídica del asunto que trata, dado que la cuestión suscitada es la misma que la examinada en las sentencias Bazo González contra España, de 16 de diciembre de 2008; caso Igual Coll contra España, de 10 de marzo de 2009; Marcos Barros contra España, de 21 de septiembre de 2010; y García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010. En estos procedimientos el Tribunal estimó que es necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En tales casos es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

En ese mismo caso Almenara Álvarez contra España, el TEDH incide en que, además de la prueba documental, el Juez de lo penal interrogó a la acusada, a una amiga de esta y a su psicóloga, declaraciones que fueron tenidas en cuenta por el juez para formar su convicción. Y enfatiza en el parágrafo 47 de la sentencia que la Audiencia Provincial no se limita a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronuncia sobre una cuestión de hecho, a saber: la intencionalidad de la acusada en el momento de vender algunos de sus bienes inmuebles, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal. Entiende el TEDH que tal examen implica, por sus características, tomar posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la acusada. Y más adelante remarca que la Audiencia Provincial ha examinado las intenciones y el comportamiento de la acusada y ha estimado que existía una voluntad fraudulenta por su parte, cuestión que considera sustancialmente de naturaleza factual. Por todo lo cual, concluye el TEDH su sentencia de 25 de octubre de 2011 declarando que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos integrantes de sus intenciones y su comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, no es conforme con las exigencias del proceso equitativo que garantiza el art. 6 del Convenio, precepto que se consideró por tanto violado por el Tribunal español al no habersele ofrecido a la demandante la posibilidad de ser oída personalmente mediante un examen contradictorio en una audiencia pública. Por tanto, también en esta sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2011 se entendió que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al acusado antes de dictarse una sentencia condenatoria en

apelación. Pues en ella se dilucidaba como cuestión principal si concurría en la conducta de la acusada el elemento subjetivo del injusto del delito de alzamiento de bienes, esto es, si había actuado con el fin de defraudar a sus acreedores.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las recientes SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de la ya reseñada 1215/2011, de 15 de noviembre, en la que nos basamos, se ha considerado que no procede la condena ex novo en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello". Sobre la materia también se ha pronunciado de modo expreso nuestra reciente STS 536/2012, 25 de junio: "...en la doctrina jurisprudencial de esta Sala se ha señalado que los elementos subjetivos pueden tener una naturaleza mixta fáctico-jurídica, o al menos en la que es difícil deslindar lo fáctico de lo jurídico, en el sentido de que su apreciación está íntimamente vinculada a valoraciones o conceptos netamente jurídicos. Por ejemplo la consideración o no como doloso del resultado de muerte incluye una valoración fáctica sobre la intencionalidad del sujeto, pero también una valoración jurídica o conceptual sobre la naturaleza y requisitos del dolo y específicamente del dolo eventual. En el mismo sentido la apreciación de la concurrencia del engaño bastante integrador de la estafa requiere una valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado, pero también una valoración jurídica sobre la suficiencia típica del engaño, es decir sobre la concurrencia de un engaño de suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial. Este tipo de pronunciamientos que nuestra jurisprudencia denomina «juicios de inferencia», término consolidado en el ámbito jurisdiccional aunque puede resultar algo confuso y ha sido objeto de crítica en el ámbito doctrinal, se consideran jurisprudencialmente revisables en casación por la vía del núm. 1º del art. 849 de la Lecrim, en lo que contienen de valoración jurídica, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos obrantes en el propio relato fáctico, sin perjuicio de que puedan ser impugnados también por la vía de la presunción de inocencia en lo que se refiere a sus presupuestos fácticos. Ahora bien, esta doctrina no faculta para sustituir el criterio probatorio del Tribunal de Instancia sobre un elemento fáctico subjetivo, por el criterio valorativo del Tribunal de casación. Se trata únicamente de revisar aquellos juicios de inferencia que, en su vertiente jurídica, sean manifiestamente carentes de lógica y racionalidad y siempre que dicha revisión pueda perjudicar al reo, este análisis debe realizarse partiendo exclusivamente de los datos objetivos obrantes en el propio relato

fáctico, manteniendo inmutables estos hechos, y sin apoyar la revisión en ninguna otra prueba, pues la valoración conjunta de la prueba compete al Tribunal de instancia. Solo en tal supuesto puede afirmarse que la revisión es estrictamente jurídica y tiene cabida en el 849 1º, sin vulnerar el derecho de defensa del condenado.

Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal casacional extravasa su función de control cuando realiza en perjuicio del reo una nueva valoración de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas básicas del procedimiento (art. 741 LECrim), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en conciencia. Concretamente no puede el Tribunal de casación revisar en perjuicio del reo la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Tribunal de instancia (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir de su documentación en el acta, vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Tribunal "a quo" por la suya propia, ni aun cuando dicha revisión se pretenda enmarcar en la modificación del "juicio de inferencia". En definitiva, el estado actual de la cuestión, tanto en la jurisprudencia constitucional como del TEDH, impone severas restricciones a la aspiración del recurrente de reemplazar la calificación jurídica de los hechos como constitutiva de un delito imprudente de blanqueo de capitales ( art. 301.1 y 3 CP ) por un delito doloso de estafa informática (art. 248.2). Y es que estamos ante algo más que un debate jurídico. La evolución de esa jurisprudencia, cuya falta de uniformidad añade más dificultades a nuestro análisis, ha cercenado de forma más que sensible la capacidad del órgano de casación para dejar sin efecto una sentencia absolutoria o, como en el presente caso, agravar la calificación jurídica proclamada en la instancia rectificando, sin audiencia del encausado, aspectos íntimamente ligados al tipo subjetivo y que, como tales, han de ser fijados a partir de un juicio de inferencia obtenido de la percepción directa de pruebas personales y del examen de los documentos obrantes en la causa. El significado funcional del principio de inmediación -en una primera etapa de la evolución de la jurisprudencia a la que nos estamos refiriendo- y la necesidad de preservar el derecho de defensa -en los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional-, han desdibujado la impugnación casacional de las sentencias absolutorias y de aquellas impugnadas por las acusaciones, cuando buscan agravar la condena mediante una nueva valoración de aspectos fácticos, como son aquellos que afectan a la intencionalidad con la que se ejecuta el hecho delictivo. Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado

## **XII. ESTAFA INFORMÁTICA**

En cuanto a la estafa informática del art. 248.2 CP, ésta no exige la concurrencia de engaño ni de error. En particular, tratándose del uso de tarjetas de crédito pérdidas o sustraídas a su titular, la Consulta 2/1988 de la Fiscalía General del Estado declaró que hay robo con fuerza en las cosas cuando el uso se realiza a través de cajeros automáticos y delito de estafa cuando se realiza en local comercial con la connivencia de su dependiente.

### **i.SENTENCIA DEL TS DE 12 DE JUNIO DE 2007**

Jesús Luis, menor de edad y contra el que no se sigue este procedimiento propuso al acusado Augusto, con ordinal de informática NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales, un negocio consistente en abrir una cuenta corriente en el Citibank donde recibiría diversas transferencias con cargo a otras cuentas a las cuales el menor, puesto de acuerdo con unos individuos desconocidos, accedía a ellas enviando diversos correos electrónicos a clientes de Citibank con un falso duplicado de su página web haciéndose pasar por empleados para conseguir las claves secretas y una vez sabidas, ordenaba las falsas transferencias a favor de las cuentas, tanto de Augusto como de los acusados Pedro Francisco y Evaristo, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, que fueron convencidos por Augusto para la apertura de cuenta y recepción de las transferencias. No consta la persona o personas que incitaron a los acusados Roberto, con ordinal de informática NUM001 y Jose Daniel, con ordinal de informática NUM002, mayores de edad y sin antecedentes penales y los también acusados Ernesto e Octavio, con DNI NUM003, ambos mayores de edad y con antecedentes penales irrelevantes a los efectos de reincidencia, a abrir cuentas con la finalidad antedicha. De esta forma abrieron las siguientes cuentas e ingresaron en ellas diversas cantidades de dinero.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos como responsables en concepto de autores de un delito continuado de estafa, ya definido, a Roberto a Jose Daniel, Augusto y a Octavio.

Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, realmente no se denuncia vacío probatorio alguno sino que los recurrentes sólo se limitaron a aperturar una cuenta donde se efectuaron unos ingresos desconociendo todo el resto de la trama, y por supuesto, la identidad de los titulares de las cuentas desde las que se ordenaban las transferencias y que resultaron perjudicados, ni si actuaron los terceros con consentimiento de los perjudicados, y se concluye que esta ignorancia les causa indefensión, por ello se dice que no existió engaño y por tanto no existió estafa.

La argumentación es insostenible. Se reconoce de hecho de la apertura de las cuentas y, lo que es más relevante que está fue instigada por un menor de edad "...a quien no afecta esta resolución...". Se dice en el factum que dicho menor propuso a otro condenado a la apertura de cuentas en el Citibank, y que otras personas convencieron a Roberto y éste a su hermano habiendo reconocido los otros condenados que la aceptación de esta "operativa" fue a cambio de recibir una cantidad entre el 10% y el 50% de las cantidades transferidas. Ciertamente, ninguno de los recurrentes reconoció este dato, pero consta que recibieron cada uno en sus cuentas --dos Roberto, y una Jose Daniel -- diversas transferencias por importantes cantidades concretada en el factum, se cifran, respectivamente, en 159.559'20 euros, 73.197'77 euros y 22.374'63 euros, habiendo dispuesto de gran parte de ese dinero, estando acreditada en la prueba practicada, la realidad de la transferencia, el envío a ellos como titulares de las cuentas "favorecidas" de los correspondientes extractos bancarios de los movimientos y demás variaciones de tales cuentas. Como se dice en la sentencia "...tuvieron un conocimiento puntual del dinero que pasaba por sus cuentas y del que disponían íntegramente, bien fuese para ellos mismos, bien para entregar a un tercero...". En este escenario probatorio vía prueba de indicios se puede --como le resultó al Tribunal sentenciador-- concluir que ellos estaban al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a ellos se refería se concretaba en: a) apertura de cuenta, b) recepción de transferencias por personas desconocidas, c) origen de tales fondos de auténticas cuentas de otros titulares a los que personas desconocidas, en Estados Unidos habían accedido mediante el acceso fraudulento de las claves necesarias, hecho que ha quedado acreditado en la denuncia inicial y declaración de los representantes del banco y d) otro dato a tener en cuenta es la "explicación" dada por los otros condenados por una operativa idéntica, explicación que consistía en cobrar una cantidad por este "servicio" entregando el resto a otras personas desconocidas. En esta situación construir un juicio de inferencia que partiendo de estos hechos acreditados permite arribar a la conclusión de que los recurrentes participaron y estaban al corriente, en lo necesario, de todo el operativo, es conclusión que en este control casacional se ofrece como plausible, que fluye por sí sola de los indicios expuestos y que no es contraria a las máximas de experiencia no siendo arbitraria. Se argumenta que los recurrentes no conocían el resto de la red de implicados, y podemos añadir que no le era necesario ese conocimiento. Se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber --ignorancia deliberada--, o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron. Lo relevante es que se beneficiaron con todo, o, más probablemente, en parte como "pago" de sus servicios, es obvio que prestaron su colaboración eficiente y causalmente relevante en

una actividad antijurídica con pleno conocimiento y cobrando por ello no pueden ignorar indefensión alguna, por su parte la "explicación" que dieron de que no pensaban que efectuaban algo ilícito es de un angelismo que se desmorona por sí sólo. En la sociedad actual el acervo de conocimientos de cualquier persona de nivel cultural medio conoce y sabe de la ilicitud de una colaboración que se le pueda pedir del tipo de la que se observa en esta causa, y al respecto, hay que recordar que los recurrentes vivían en Madrid y no consta en los autos nada que pudiera ser sugestivo de un desconocimiento de la ilicitud de la colaboración que se le pedía, máxime cuando no se trataba de una colaboración gratuita sino que llevaba aneja un claro enriquecimiento personal. No hay por tanto ninguna posibilidad de derivar a ningún supuesto de error la acción de los recurrentes. Sobre la inexistencia de engaño por parte de los recurrentes, sólo recordar que dada la estructura de la estafa informática, y estamos en una estafa cometida a través de una transferencia no consentida por el perjudicado mediante manipulación informática, en tales casos no es preciso la concurrencia de engaño alguno por el estafador. En tal sentido, STS de 20 de Noviembre de 2001 y ello es así porque la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal. No hubo vacío probatorio sino prueba de cargo válida y suficiente que fue razonada y razonablemente motivada. Por lo que se refiere a la indemnización al Cibitank, no es atendible la petición de que este dato no está acreditado, lo está por la denuncia inicial y las declaraciones de los representantes legales de la entidad y por la realidad de las transferencias recibidas en las cuentas de los recurrentes. Procede la desestimación del motivo.

## **ii.SENTENCIA DEL TS DE 16 DE MARZO DE 2009**

Se considera expresamente probado y así se declara que Fátima es titular de la cuenta del Banco Banesto núm. NUM000, cuenta en la que su titular podía realizar operaciones bancarias a través de Internet, disponiendo para ello de las correspondientes claves. Así las cosas, en fecha no determinada, pero con anterioridad al día 13 de junio de 2005, Fátima recibió un correo electrónico en el que el formato, logotipo y contenido tenía la apariencia de los envíos por el entidad bancaria Banesto, correo en el que se le requería el urgente cambio de las claves de acceso a la cuenta antes citada, cambio que fue realizado por Fátima. El correo recibido no procedía de la entidad bancaria, sino de grupos organizados que utilizaban la red informática para la captación de los datos confidenciales de los titulares de las cuentas "on line", mediante el uso de la técnica

conocida como Phising y consistente en envío masivo de correos electrónicos que simulan proceder de entidades bancarias, cuyo mensaje imita exactamente el diseño, logotipo, firma, etc., utilizado por la entidad bancaria para comunicarse con sus clientes, y a través de los cuales obtienen datos personales que, al ser introducidos en la página falsa, son captados para ser utilizados de forma fraudulenta. En dichos correos se apremia al internauta a actualizar datos personales (nombres de usuarios y contraseña de motivos de seguridad, mantenimiento, mejora en el servicio, etc., redirigiéndoles a una página que imita a la original (web spoofing) e introduciendo sus datos en dicha página falsa, lo que permite a los autores de la misma tomar los datos y utilizarlos de forma fraudulenta. Una vez realizado por Fátima el cambio de las claves de acceso a su cuenta, consta la emisión desde la misma de dos transferencias, de fechas 13 y 14 de junio de 2.005, por importes de tres mil cien euros (3.100,- euros) y dos mil euros (2.000-euros), respectivamente, a la cuenta núm. NUM001 de la Caixa D'Estalvis de Girona de la que era titular Ángeles, mayor de edad y sin antecedentes penales. Dichas transferencias no fueron realizadas por la titular de la cuenta, sino por tercera persona desconocida y mediante la utilización por Internet de la calve así suministrada por su titular. Ángeles era usuaria de la cuenta de correo de Internet "DIRECCION000" en la que recibía, entre otras comunicaciones, ofertas de empleo, siendo una de ellas la recibida en fecha 7 de Junio de 2005 desde la cuenta de correo de Internet "DIRECCION001" y que consistía en aportar un número de cuenta bancaria a la que la parte contratante transferiría determinadas cantidades de dinero y que Ángeles debería reenviar a las cuentas que se le indicasen, siempre a través de Wester Unión, reteniendo, como pago de su gestión, el 7% de las cantidades transmitidas. En virtud de ello, aceptando la propuesta contractual recibida, transfirió las cantidades ingresadas sin causa o título alguno en su cuenta y provenientes de la cuenta de la que era titular Fátima, a la que no conocía previamente. Así realizó dos transferencias en fechas 14 y 16 de Junio de 2.005: la primera por importe de 2.883,- euros, a favor de Nefjodv Sergey, con dirección en Pushkin Street 23 APTG, ST. Petersburg. Rusia, y la segunda por importe de 1.860,-euros, a favor de Anorey Jaremchuck, con dirección en Leningradaskaja Sta. 186 APT 34, St. Petersburg. Rusia. Ángeles tenía pleno conocimiento de la ilicitud de su actividad pues: a) tiene la titulación de diplomada en Ciencias Empresariales, b) trabajaba en el momento de los hechos como subdirectora de la sucursal núm. 180 de la entidad bancaria Caixa de Gerona, en Hospitalet de Llobregat (Barcelona), c) conocía que el percibo por su parte del 7% de las cantidades transmitidas superaba con creces cualquier interés o comisión bancaria por idéntica operación, d) desconocía la identidad de la titular de las cantidades recibidas en cuenta y causa de su remisión a ella y e) desconocía la identidad del destinataria en Rusia de sus transferencias y la causa de las mismas.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: Fallamos. Que debemos condenar y condenamos a la acusada Ángeles,

como autora en grado de consumación de un delito continuado de estafa, ya definido, a la pena de tres años de prisión.

El factum refleja la existencia del inicial engaño que determina la facilitación por Fátima de la entrada in consentida en su cuenta por los defraudadores cibernéticos. Nada tiene que ver con ello, desidia del banco o de Fátima, dada la treta utilizada por el ente defraudador para lograr el acceso. También refleja el factum la intervención, probadamente dolosa, de Ángeles en la cadena defraudadora facilitando el paso de elementos patrimoniales de Fátima a un beneficiario. La adecuación del engaño ha de medirse por el conjunto de las circunstancias del caso singular, comprendiendo tanto la atención a módulos objetivos como a las condiciones personales de los intervinientes; véanse sentencias de 2/1/2003 y 4/2/2002, TS. No aparece que fuera fácil para Banesto blindarse y blindar a sus clientes frente a cualquier maniobra torticera del tipo empleado en el caso presente, o que fuera fácil para Fátima evitar caer en error originado por el montaje preparado y ejecutado. No ha existido falta de autoresponsabilidad defensiva. Y el engaño, procedente y causal, debe reputarse bastante. Fueron acertadamente aplicados los arts. 248 y 249 CP, en relación con su art. 74.

Más aun, prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta una participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante. Véanse la sentencia del 23/7/2004 y las anteriores que cita, TS.

La Audiencia delimita la aplicación de ese número 250.1.4º en que la clave de acceso a la cuenta y de validación de operaciones tiene la condición de firma, si es utilizada por tercera persona sin que la titular haya ordenado la realización de operación alguna. Y se apoya para ello en que, dentro del contrato de banca a distancia para particulares concertado entre Banesto y Fátima se hace constar que la utilización de las claves de acceso y la validación de la operación, sustituirán a su firma manuscrita y producirán plenos efectos jurídicos, asumiendo plenamente como propia y respondiendo de dicha operativa frente al Banco sin que éste deba hacer comprobaciones adicionales sobre la identidad del ordenante. Planteada la cuestión ante el Pleno no Jurisdiccional de esta sala, el 13/3/2009 se concluyó que, a los efectos del art. 250.1.4º CP, la utilización de las claves bancarias de otro no es firma. Para tal conclusión se ha tomado en cuenta que nuestro sistema proscribía una interpretación extensiva o una aplicación analógica de las normas penales en contra del reo, sirviéndose de un contrato privado. Además, si se acudiera a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica, sólo la

modalidad denominada avanzada reconocida, a que se refiere el art. 3.3. y 4, presentaría equivalencia con la firma manuscrita, y las características de tal modalidad no aparecen en el factum. El motivo ha de ser estimado.

Asimismo al amparo de art. 849.1º LECr., se achaca a la sentencia la indebida inaplicación del art. 21.5 CP. Se aduce que, aunque la sentencia expone que la acusada no ha verificado un pago sino una consignación y tan sólo por 357 euros el 30/1/2007 (tras emitirse el auto de adecuación de las Diligencias Previas el Procedimiento Abreviado el 8/1/2007), la Defensa de Ángeles ingresó, el 13/9/2007, 4.441,35 euros.

Efectivamente consta que la acusada ingresó 5.100 euros que garantizaban la totalidad de las responsabilidades civiles pendientes en la causa. Todo ello según certificado expedido el 10/10/2008 por el Sr. Secretario de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª, y refiriendo el número 2037/2008 del libro de consignaciones. Certificado en que también se hace constar que Ángeles fue declarada solvente por auto del 17/9/2007, dictado por el Juez instructor. El Ministerio Fiscal, en su escrito de instrucción, ha informado: Sólo en el caso de que esa Excma. Sala tuviese acceso al documento primeramente aludido, y del que se dedujera el total reintegro de la cantidad defraudada, podría pensarse en estimar concurrente la circunstancia atenuante de reparación, del daño, con el efecto de imponer la pena en el mínimo posible. Escrito aludido que se refiere a la consignación de los 357 más 4.441,35 euros. En consecuencia, debe estimarse que, antes del juicio oral, comenzado el 4/12/2007, se había procedido a la reparación íntegra del daño aunque fuera por vía de consignación. Y, en consecuencia debió ser estimada la circunstancia atenuante 5ª del art. 21 CP, sin perjuicio de que se mantenga la condena indemnizatoria, para hacerla efectiva en ejecución de sentencia.

### **XIII. LA ESTAFA PIRAMIDAL**

#### **i.SENTENCIA DEL TS DE 10 DE MAYO DE 2012**

Se declara probado que en fecha 1 de julio del año 2003, Bernardino, mayor de edad y sin antecedentes penales, suscribió como arrendatario el contrato de alquiler de un despacho en el centro de negocios gestionado por la entidad Contrave, S.A. en el edificio "Trade Center", sito en la calle del Profesor Beltrán Báguena, de esta ciudad. En escritura pública de fecha 4 de noviembre de 2003, el Sr. Bernardino, junto con otras

dos personas, creó la mercantil Ynglescorp Servicios, S.L., de la que aquél era administrador único.

Bajo la cobertura de dicha razón social, el Sr. Bernardino se dedicó a captar inversores ofreciendo una alta rentabilidad en periodos de tiempo muy breves; todo ello con la intención por parte de dicho Sr. Bernardino de apoderarse del dinero conseguido de quienes creían estar realizando una inversión rentable y segura.

Para convencer a los dadores del dinero de la seriedad de la inversión realizada, se entregaba a éstos un recibo o un pagaré librado por el Sr. Bernardino por el importe del principal invertido, librado contra la cuenta bancaria de aquél. Asimismo se pagaron en algunos casos los intereses iniciales convenidos, consiguiendo así la entrega de ulteriores sumas de dinero y la captación de otros inversores.

Para la obtención del dinero, el Sr. Bernardino contaba con la colaboración de diversas personas con experiencia profesional como agentes, para que ofrecieran esta inversión a terceros, asegurándoles que se trataba de operaciones seguras y con altos beneficios. Una de estas personas era Susana, mayor de edad y sin antecedentes penales. No ha resultado probado que Susana actuase en connivencia con el Sr. Bernardino, a sabiendas, y a al recibir el dinero, de que no existía el negocio que proponía y de que no se iban a pagar a los inversores las rentabilidades prometidas ni a devolverles las sumas entregadas".

La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva: "Que debemos condenar y condenamos a Bernardino, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de estafa.

Y que debemos absolver y absolvemos libremente a Susana de los delitos de estafa y de apropiación indebida de que venía alternativamente acusada en esta causa.

Por lo que se refiere a la presunción de inocencia, su desestimación se impone pues se ha practicado legalmente en el juicio prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, como la propia declaración testifical de los perjudicados que explicaron el sistema de actuación del acusado y de las personas que trabajaban para él, consistente en obtener el dinero para invertir con la promesa de importantes intereses, entregándoles en garantía un pagaré contra una cuenta corriente, que no tenía intención de pagar, y que efectivamente resultó impagado a su vencimiento, suspendiendo el pago de los intereses al poco tiempo.

Desde el punto de vista de la impugnación de la concurrencia en el presente supuesto del tipo delictivo de estafa, ha de recordarse que la estafa requiere como elemento esencial la concurrencia del engaño que debe ser suficiente para generar un

acto de disposición de la víctima, que constituye la consecuencia de la actuación engañosa. Acto de disposición que realiza el engañado bajo la influencia del error que mueve su voluntad, y que puede consistir en cualquier acción que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina jurisprudencial que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación, ocultación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro, incluida la ocultación de datos relevantes que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, pues con tal forma de proceder el actor provoca un error de evaluación de la situación que induce al engañado a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, en caso de conocer los datos relevantes, no habría realizado.

Se exige en el tipo que el engaño sea bastante para producir error en otro, es decir, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error, o sea que el engaño sea suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos. Dicha idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la mendacidad del agente.

Para valorar la relación de causalidad entre el engaño y el error determinante de la disposición patrimonial, la doctrina jurisprudencial acude a la teoría de la imputación objetiva, que parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además 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.

El primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad requiere tomar en consideración las circunstancias conocidas o reconocibles por una persona prudente en el momento de la acción y todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus efectivos conocimientos.

Adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

Aplicando esta doctrina al supuesto actual es clara la desestimación del motivo. El autor de una estafa lesiona un deber de respeto de la organización del sujeto pasivo cuando le presenta una situación de hecho que induce a dicho sujeto a obtener falsas conclusiones. En los casos en que el actor propone a la víctima invertir en su negocio, le corresponde al actor ofrecer información veraz sobre los elementos básicos del negocio de que se trate, pues por la posición que ocupa en la relación, es el actor el único que dispone de esta información, que no es normativamente accesible a la víctima.

Por ello considera la mejor doctrina que debe apreciarse estafa cuando el actor propone a la víctima un negocio inexistente, revistiendo esta propuesta de una puesta en escena que la dota de verosimilitud, y obteniendo así que la víctima le entregue el dinero solicitado, efectuando un desplazamiento patrimonial destinado supuestamente a invertir en el negocio del actor, y recibir el beneficio correspondiente, cuando en realidad la intención del actor es apropiarse directamente del dinero recibido, sin invertirlo en negocio alguno, con notorio perjuicio de la víctima.

Esto es lo que ha sucedido en el caso actual, en el que el recurrente ofrecía a los perjudicados invertir en su negocio elevadas sumas de dinero, a cambio de un interés importante, aparentando solvencia mediante la constitución de una entidad mercantil de inversiones, realzando su oferta con la garantía de un pagaré que supuestamente garantizaba la devolución íntegra del dinero y abonando durante un corto tiempo los intereses prometidos, lo que servía de anzuelo para captar nuevos clientes, con cuyo capital se abonaban los intereses.

Este modelo piramidal de estafa conduce necesariamente a la frustración del negocio prometido, pues en la medida que se incrementa el capital recibido, aumentan exponencialmente las necesidades de nuevos ingresos para abonar los intereses, hasta que el actor cesa en el pago de los intereses y se apropia definitivamente de los capitales fraudulentamente recibidos.

Es cierto que esta Sala ha afirmado reiteradamente, como se recordaba en las recientes sentencias de esta Sala núm. 162/2012, de 15 de marzo, y núm. 243/2012, de 30 de marzo, que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Asimismo la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que "esta misma Sala,

en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño".

Ahora bien, 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 las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo, y 243/2012, de 30 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.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que "Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por si mismo no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".

Como recuerdan las reiteradas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, " el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

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.

En el caso actual, es indudable que los perjudicados fueron conducidos deliberadamente al error omitiendo por quien debía hacerlo informaciones relevantes y expresando datos falsos, a través de un conjunto de actuaciones que en absoluto pueden ser calificadas de burdas, y que, desde luego, consiguieron engañar a un número muy elevado de personas.

Ha de recordarse que, además de los trece perjudicados por los que se sigue esta causa, a los que defraudó un total de 182.000 euros, el recurrente ha sido condenado también en otra sentencia anterior, de 17 de diciembre de 2007, ratificada por este Tribunal Supremo en sentencia núm. 745/2008, de 30 de junio, que le condenó por delito continuado de estafa como consecuencia de una actuación similar a la ahora enjuiciada, que afectó a otros dieciséis perjudicados, con un importe defraudado de 699.000 euros. En esta sentencia se expresa que la razón de la condena por delito de estafa no es el mal resultado de un negocio de riesgo, riesgo con el que podían contar los inversores perjudicados, sino el haberles convencido de forma fraudulenta de que su dinero sería invertido, cuando en realidad nunca lo fue.

El hecho de que el recurrente ya haya sido condenado en otra sentencia por actos que eventualmente podrían haber sido enjuiciados conjuntamente con los sancionados en esta causa como delitos continuados, hace conveniente comprobar, aunque el recurrente no lo plantea, si la suma de ambas condenas superan el límite máximo de la pena imponible por el conjunto de los delitos continuados cometidos por el recurrente en esta serie delictiva. Pues bien, es evidente que no es así, pues concurriendo en el caso al que se refiere la sentencia núm. 745/2008, de 30 de junio, de este Tribunal Supremo, varios supuestos de perjudicados que por si solos fueron víctimas de estafas que superan el límite de 50.000 euros prevenido en el núm. 5º del art 251 para la aplicación del subtipo agravado por el valor de la defraudación (concurren supuestos de víctimas con un perjuicio individual de 60.000 e incluso 90.000 euros), la pena a imponer por el conjunto de los hechos incluíbles en el delito continuado se extiende a la mitad inferior de la pena superior en grado (art 74 1º, del Código Penal), y siendo la pena del subtipo agravado de uno a seis años de prisión, la pena superior en grado abarca de seis años y un día a nueve años de prisión (art 70 1º del Código Penal). En consecuencia la pena a imponer por el conjunto de los hechos que pudieran ser incluidos en el delito continuado debe abarcar la mitad inferior de la pena superior en grado, por lo que la pena límite es la de siete años y medio de prisión que no se alcanza con la suma de las dos condenas impuestas, cuatro años y medio de prisión en la anterior sentencia y dos años en ésta.

#### **XIV. LIBRAMIENTO DE CHEQUE SIN FONDOS**

##### **i.SENTENCIA DEL TS DE 10 DE JUNIO DE 2012**

Se declara probado que el día 1 de octubre del año 2003 Bernardino y Sabino acudieron a una sucursal de La Caixa de Terrassa de la localidad de Sant Feliu de Llobregat y alegando que iban a instalar un despacho de abogados y una gestoría, solicitaron la apertura de sendas cuentas bancarias, haciendo una imposición de veinte euros cada uno de ellos y el martes día 7 de octubre del mismo año, La Caixa de Terrassa hizo entrega a Bernardino del correspondiente talonario de cheques. El jueves día 9 de octubre, sin que en la cuenta corriente Don. Bernardino nº NUM000 se hubiera realizado ningún ingreso, éste hizo entrega a Sabino de tres cheques librados contra la cuenta corriente antes referida por los siguientes importes: setenta y dos mil euros (72.000 euros), sesenta y seis mil euros (66.000 euros) y sesenta mil euros (60.000 euros). En la misma fecha Don. Bernardino, en su calidad de administrador de la entidad Orleans Center 2002 SL (cuyo socio mayoritario es Don. Sabino), utilizando a una persona que no ha podido ser identificada, ingresó otro cheque librado contra la misma cuenta corriente de La Caixa de Terrassa por un importe doscientos cuarenta y tres mil quinientos euros (243.500 euros) en una cuenta del Banco de Sabadell (nº 0081-0416-44-00010920-17) titularidad de la entidad mercantil Impor Expor Pescafret SL., sin que exista constancia alguna de que dicho ingreso respondiera a una previa relación comercial entre las entidades Orleans Center 2002 SL e Impor Expor Pescafret SL. El administrador único de Impor Expor Pescafret SL, constituida por Efrain y Herminio, era el propio Don. Herminio.

Sabiendo que el viernes día 10 de octubre era festivo en la localidad de Sant Feliu de Llobregat (folio 713 de las actuaciones) y que los sábados las oficinas de La Caixa de Terrassa también están cerradas, Sabino y Herminio se aprovecharon de dicha circunstancia para hacer efectivos parte de los cheques mencionados antes de que los empleados de La Caixa de Terrassa pudieran alertar a las otras entidades bancarias de que los cheques emitidos por Don. Bernardino, carecían de fondos.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Bernardino y Sabino como autores de un delito continuado de estafa.

El recurrente argumenta que cuando libró los cheques contra la cuenta del Banco Popular era propietario de un bien inmueble que tenía hipotecado la referida entidad bancaria, inmueble que acabó subastando por el impago de las cuotas cargadas al ahora acusado. Ese bien inmueble tenía un valor según la defensa de 500.000 euros, muy

superior por tanto a la cuantía de los cheques emitidos. Por lo cual, entiende que el banco no fue engañado, toda vez que si abonó los cheques fue porque sabía que el acusado tenía una propiedad que estaba respondiendo de unas cuotas hipotecarias y que, una vez subastada, el importe obtenido podía responder también de la cuantía por la que habían sido librados los cheques contra el mismo Banco Popular.

Para apoyar probatoriamente su alegación cita el impugnante la declaración que prestó, donde explicó la titularidad que tenía sobre ese inmueble ubicado en Arenys de Munt y las hipotecas que lo gravaban a favor de Caja Navarra, la financiera Vital Gestión y el Banco Popular.

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia

Al proyectar la jurisprudencia precedente sobre el caso concreto se comprueba que, en primer lugar, el acusado no cita ningún documento en qué apoyar el error probatorio, toda vez que para avalar los datos que cita acude a una declaración que prestó en la causa como imputado, la cual, es obvio, no puede calificarse de prueba documental sino de declaración personal documentada. De otra parte, el hecho de que tuviera una propiedad hipotecada a favor del Banco Popular no significa que la entidad le entregara el dinero por contar con una hipoteca que respondiera de su abono, ya que la hipoteca se refería a otra deuda y, además, según admite el propio recurrente, el referido inmueble estaba gravado por otras hipotecas en favor de otras entidades acreedoras del acusado. De modo que se ignora hasta dónde cubrían el valor del bien las distintas deudas que tenía el ahora recurrente. Y por último, la misma conducta defraudatoria ejecutó el acusado con respecto a otras entidades bancarias, en concreto el Banco de Santander y el Banco de Sabadell, realizando también contra ellos diferentes episodios fácticos defraudatorios integrantes del delito continuado de estafa. El recurrente no cuestiona esos otros actos fraudulentos, que desde luego tienen la misma estructura comisiva y el mismo objetivo que la secuencia que integra la estafa al Banco Popular.

El recurrente considera que es erróneo el juicio de inferencia que hace la Audiencia cuando afirma que, a sabiendas de que el viernes día 10 de octubre era festivo en la localidad de Sant Feliu de Llobregat y que los sábados las oficinas de La Caixa de Terrassa también están cerradas, Sabino y Herminio se aprovecharon de dicha circunstancia para hacer efectivos parte de los cheques antes de que los empleados de la referida Caixa pudieran alertar a las otras entidades bancarias de que los cheques emitidos por Bernardino carecían de fondos. Y también discrepa de la imputación de que actuó en connivencia con este último para cobrar fraudulentamente los cheques.

Los argumentos de que se vale para desvirtuar la versión inculpatoria son dos. El primero se refiere a que no actuó con celeridad para cobrar los cheques emitidos por el coacusado evitando así que a las entidades bancarias les diera tiempo a cerciorarse de que la cuenta librada carecía de fondos. Y el segundo argumento se basa en que la emisión de los cheques obedeció a una deuda que tenía con él Bernardino, a quien habría hecho un préstamo privado de 198.000 euros.

Pues bien, con respecto a la primera alegación defensiva, es claro que los cheques fueron ingresados en las oficinas bancarias el día 9 de octubre de 2003, jueves, con lo cual, habiendo tres días no laborables por medio, las entidades bancarias no podía compulsar la cobertura de los cheques hasta el lunes día 13, siendo esta fecha cuando el acusado intentó hacerlos efectivos, sin darle tiempo así a las entidades a constatar el estado de la cuenta librada.

Y en lo que respecta al préstamo privado por parte del recurrente al coacusado librador de los efectos, lo cierto es que, tal como se dice en la sentencia recurrida, la parte aportó un contrato de préstamo en documento privado estipulado por los dos acusados por una cuantía de 198.000 euros, contrato que, dada su naturaleza y la relación de amistad y connivencia existente entre ambos, no puede otorgársele veracidad ni fiabilidad, máxime si se sopesa, tal como hace la Audiencia, que las cláusulas de dicho contrato no se corresponden con los hechos tal y como han sido explicados por los acusados.

En efecto, en la sentencia recurrida se razona que en el contrato de préstamo suscrito en fecha 1 de diciembre del año 2002 se establece que Bernardino se obligaba a destinar la cantidad dineraria entregada por Sabino (198.000 euros) al pago de las deudas que se reseñan en el contrato, comprometiéndose también a poner a la venta la vivienda de su propiedad con el fin de destinar el precio percibido a cancelar el referido préstamo. Sin embargo, Sabino refirió en el juicio que dichas cláusulas no se correspondían con la realidad, toda vez que la cantidad objeto del préstamo no se entregó de una sola vez sino que se fue acumulando de forma progresiva a lo largo de los años, siendo posteriormente cuando se documentó la entrega de dicho dinero a través del contrato tantas veces mencionado. De todo lo cual colige la Sala de instancia

que el documento privado suscrito entre los acusados, más que un contrato de préstamo propiamente dicho, era un reconocimiento de deuda por parte Bernardino frente a Sabino. Y acaba concluyendo la Sala, de forma razonada y razonable, que el contrato de préstamo aportado a las actuaciones no tiene nada que ver con la realidad acontecida, ni acredita por tanto la existencia de la deuda.

Por consiguiente, el hecho de que este último conociera que Bernardino había abierto la cuenta corriente contra la que libró los cheques solo con un depósito de 20 euros, ya que lo acompañó a realizar la referida operación de apertura, así como el modo, las fechas y las cuantías relativas a la retirada de dinero, junto a la falta de acreditación de una relación comercial entre ellos que justificara esa operación, son razones bastantes para refrendar el juicio de inferencia que hace el Tribunal, mediante el que se llega a la convicción de que los acusados se valieron de una apariencia de solvencia y del ardid de jugar con las fechas festivas para obtener de forma fraudulenta una importante cantidad de dinero de las entidades bancarias.

Señala la defensa que ha faltado el requisito objetivo del desplazamiento patrimonial ya que el dinero en ningún momento habría salido de la disponibilidad del Banco de Sabadell, quedando incluso una parte en una imposición a plazo fijo.

A tenor de los hechos declarados probados que se acaban de describir, intangibles a los efectos del recurso dada la vía de impugnación utilizada, es claro que sí concurre el desplazamiento patrimonial integrante del resultado del delito de estafa. Y ello, según se va a comprobar, por una doble razón.

En primer lugar, porque el acusado dispuso en efectivo de la suma de 34.500 euros mediante dos extracciones bancarias: una de 30.000 euros y otra de 4.500 euros.

Y en segundo lugar, porque el acusado también dispuso de otras dos partidas: una de 13.100 euros, cantidad total con la que el acusado abrió dos depósitos a plazo fijo en el banco a nombre de él y de su esposa. Y otra por la suma de 195.300 euros, correspondiente a un cheque bancario que entregó a terceras personas que no pudieron hacerlo efectivo.

Por consiguiente, hubo dos cantidades por la suma total de 34.500 euros que sí pudo el acusado hacerlas efectivas. También hubo una tercera que la depositó a plazo fijo en el banco a nombre de él y de su esposa, 13.100 euros, lo cual es una forma de disponer de ella aunque no la hiciera efectiva en metálico. Y una cuarta cantidad, 195.300 euros, de la que dispuso mediante un cheque bancario a nombre de terceros que finalmente no pudo ser cobrado.

Así las cosas, es claro que se produjo un desplazamiento patrimonial desde el patrimonio del banco Sabadell al patrimonio del acusado. Ese desplazamiento se

consiguió previo ingreso que hizo una tercera persona en el Banco de Sabadell del cheque fraudulento librado por Bernardino por la suma de 243.500 euros.

A este respecto debe advertirse que, según tiene declarado esta Sala (STS 1010/2006, de 23-10), el simple abono en cuenta no supone ya necesariamente la posibilidad de disposición que determina la consumación del delito de estafa, ya que la consumación se produce desde la posibilidad de disposición y el abono de un cheque en cuenta no permite disponer el importe habitualmente hasta la efectividad mediante compensación. Ahora bien, en este caso es claro que, habiendo transcurrido tres días entre el ingreso del cheque y el inicio de la disposición, el acusado sí tuvo la disponibilidad del dinero, tal como se comprueba por el hecho de que hizo efectivo parte del mismo. Y si bien la entidad bancaria consiguió evitar el pago del cheque por la suma más elevada -195.300 euros- debido a que tardó más tiempo el destinatario final del cheque en hacerlo efectivo, lo que permitió descubrir el fraude, ello no excluye que el dinero no estuviera disponible en el banco a disposición del recurrente, según pudo constatarse con el cobro de parte de la cantidad. Y es que una cosa es la consumación del delito y otra el perjuicio final irrogado a la víctima. De todas formas, la Sala de instancia no consideró consumado el delito de estafa por la suma total de los 243.500 euros, sino solo por la cantidad de dinero que hizo efectiva el recurrente. A tenor de lo que antecede, y vista la clara consumación del delito, cuando menos con respecto a una parte importante del cheque ingresado en cuenta, el motivo se desestima.

Alega el recurrente que no se dan en su conducta los elementos del engaño propio del delito de estafa, toda vez que ingresó parte del dinero correspondiente al cheque que le entregó el coacusado en un depósito a plazo fijo en la misma sucursal del Banco de Sabadell, depósito cuantificado en un total 13.100 euros.

Este dato como argumento exculpatario carece del sentido que pretende darle el recurrente, en cuanto que se trata de una cantidad mínima del total de dinero ingresado, 243.500 euros, integrando así la referida imposición a plazo fijo una apariencia que conseguía desviar la atención sobre el grueso de la importante cantidad defraudada.

La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante. En cuanto al requisito del engaño precedente, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación (SSTS 580/2000, de 19-5; 1012/2000, de 5-6; 628/2005, de 13-5; y 977/2009, de 22-10).

Como tiene también dicho esta Sala, en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta

suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16-3).

Pues bien, en el presente caso el acusado Bernardino ingresó a través de una tercera persona en la cuenta de Impor Expor Pescafret, S.L., el cheque que emitió a nombre de Orleans Center 2000 por la suma de 243.500 euros, cheque que carecía de fondos y que según los acusados obedecía al pago del suministro de una partida de pescado por parte de la primera empresa citada a la segunda. Esta operación de venta de pescado que justificaría la entrega del cheque no la considera probada la sentencia recurrida, señalando al respecto varios indicios que excluyen esa acreditación probatoria. En efecto, aunque se ha aportado una factura con cargo a la supuesta operación de fecha de 9 de octubre de 2003, por la suma de 243.501,99 euros (folio 128 de la causa), la realidad es que también consta en las actuaciones una segunda factura de la misma fecha por una suma prácticamente igual a la anterior, 243.500 euros, por la "prestación de servicios y estudio de mercado en zona del Levante, primer semestre del periodo de 2003", contradiciéndose las partes sobre si la operación realizada eran una o dos.

Al margen de esa contradicción sustancial, y sosteniendo el recurrente que sí es cierta la operación del suministro de pescado con cargo a la factura antes reseñada, lo cierto es que el camión que figura en la nota de pedido y en los albaranes de género, marca Renault 230, matrícula.... , no pudo transportar el pescado el 11 de octubre de 2003 debido a que, según alega la acusación particular, en esa fecha se encontraba en el taller para hacerle reparaciones, a tenor del informe policial sobre el vehículo. Pero es que, además, tal como se dice en la sentencia y refiere también la acusación particular, no se trataba de un vehículo frigorífico ni preparado para trasportar pescado, por lo que debe ratificarse el criterio del Tribunal de instancia en cuanto a que no se probó la operación de venta de pescado que pudiera justificar la entrega del cheque fraudulento que se ingresó en el banco querellante.

Por si ello no fuera de por sí ya suficiente, también consta documentado en la causa, tal como subraya la acusación particular en su contestación al recurso, que el referido camión no tenía registrado los accesos al Polígono Alimentario en las fechas

comprendidas entre el 7 y el 11 de octubre de 2003, fechas en las que teóricamente la empresa compradora de la mercancía, Orleáns Center 2002, habría retirado mediante el referido camión la partida de pescado. El recurrente alega que él fue realmente la auténtica víctima de un engaño por parte del coacusado Bernardino, resultando estafado por este, dado que entregó la partida de pescado pedida y después se le pagó con un cheque sin fondos. Sin embargo, los indicios reseñados revelan que ello no fue así, y tampoco consta que el recurrente ejecutara acciones penales contra aquel por la importante suma que, según él, le había defraudado. A ello ha de sumarse la relación que existía entre la empresa de Bernardino y la empresa Pescados y Mariscos Madrid, S.L., empresa en la que figura como apoderado un hermano del recurrente, Juan Luis. Todas las referidas contradicciones, omisiones y datos inciertos en las versiones de los acusados Bernardino y Herminio son suficientes para refrendar la convicción de la Sala de instancia, en el sentido de que los dos actuaron de común acuerdo para cobrar el importe del cheque sin fondos a través del Banco de Sabadell, sin que hubiera operación comercial alguna que justificara su entrega como medio de pago. Por lo demás, y como en los supuestos de los episodios fraudulentos anteriores, también en este caso se acudió a la misma modalidad de ejecución fraudulenta, jugando con las fechas festivas y con el ingreso del cheque y las retiradas posteriores a partir del día 13 de octubre, que fue la primera fecha laborable después del ingreso del cheque en cuenta. El motivo por tanto se desestima.

## **12. PENALIDAD**

En cuanto a la penalidad, el art. 249 CP dispone que Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. 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 y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

### **13. TIPOS AGRAVADOS**

En cuanto a los tipos agravados, el art. 250 CP (red. 2015) impone una pena agravada cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

-1.- El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno 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 El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.

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

7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen 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.

8.º Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.

-2.- Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro

a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.»

#### **14. FIGURAS ESPECIALES DE ESTAFA**

El art. 251 CP impone una pena agravada a los siguientes sujetos activos:

1º. 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.

2º. 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.

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

En relación con el supuesto de ocultación de gravámenes, hay que señalar que el delito se cometerá siempre que se oculten cargas reales como prendas o hipotecas u otra clase de gravámenes como embargos judiciales, anotaciones preventivas o prohibiciones de disponer.

Por otro lado, tratándose de supuestos de doble venta, la jurisprudencia declaró bajo la vigencia del Código Penal anterior que si la primera venta no venía seguida de tradición o entrega material o espiritualizada de la posesión, el vendedor seguía siendo dueño de la cosa por lo que no cabía la apreciación del tipo penal. Por el contrario, la redacción actual del precepto permite castigar al vendedor aunque no se hubiera producido la transmisión definitiva.

En cuanto al subtipo cualificado de cosas de primera necesidad<sup>8</sup> el Tribunal Supremo ha aplicado la misma en relación con los medicamentos, en cuanto afectan a la salud (STS de 22.12.2006 o Acuerdo del Pleno de 20.12.2006), y a la consecución de una oferta de trabajo y consiguiente regularización de la estancia en España de un ciudadano extranjero, que se considera un bien de primera necesidad en cuanto supone la estabilidad y aseguramiento de su situación presente y futura (STS de 9.10.2012).

---

<sup>8</sup> Cadenas Serrano F. A. "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en los delitos económicos".

También se ha aplicado el subtipo en relación con la promesa de trabajo en una sociedad con una alta cuota de desempleo (STS de 21.3.2006). El tercer parámetro del subtipo del artículo 250.1.1 CP lo constituyen las cosas de utilidad social. Debe entenderse por tales las que satisfacen fines colectivos, sin que lo sea el patrimonio de un club de fútbol (STS de 4.6.2004). La agravante específica de especial gravedad por la cuantía pasa a ser ahora, por voluntad del legislador de 2010, toda aquella que exceda de la cantidad de 50.000 euros. Eso se colige de la simple lectura del actual artículo 250.1.5 CP. Por otro lado el artículo 250.1.4 CP fundamenta la agravación en la entidad del perjuicio y la situación económica en que se deje a la víctima o la familia. Dado que la doctrina del TS entiende independientes los tres parámetros, a saber, a) valor de la defraudación, b) entidad del perjuicio y c) situación económica de la víctima, por ejemplo en STS de 30.11.2006, deberá ser obligado considerar que en el artículo 250.1.4 CP cualquiera de los dos parámetros residuales, entidad del perjuicio y situación económica de la víctima o familia, pueden servir para apreciar el subtipo sin necesidad de concurrencia conjunta. Y ello pese a la confusión semántica que provoca la utilización por el legislador de la conjunción copulativa “y” en lugar de la disyuntiva “o”. Subtipo agravado del artículo 250.1.5 CP y delito continuado. El nuevo criterio hermenéutico sobre el artículo 74 del C. Penal se ha visto reafirmado posteriormente en otras resoluciones de la Sala (SSTS 28/2008, de 26-5; 764/2008, de 20-11; 860/2008, de 17-12; 365/2009, de 16-4; y 581/2009, de 2-6), al entender que no había razones de política criminal que fundamentaran un trato privilegiado para los delitos patrimoniales mediante la exclusión de la aplicación del apartado 1 del referido precepto, exclusión que sólo se justificaría en los supuestos en que los actos integrantes de la continuidad delictiva hubieran ya operado para integrar la agravación específica del art. 250.1.6ª del C. Penal (exasperación de la pena por razón de la especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación). Ello no obstante, esta determinación del párrafo primero deberá excepcionarse cuando, teniendo en cuenta el resultado (perjuicio total causado), su consideración implique una alteración de la subsunción (verbigracia cuando estemos ante varias estafas o apropiaciones indebidas con resultados individuales inferiores a 400 euros, límite entre el delito y la falta, pero superiores a esta cifra en su consideración global; o también cuando estemos ante varios hechos constitutivos, cada uno de ellos, de un delito de estafa y en los que, atendido al resultado en su conjunto, proceda la agravación del art. 250.1.6ª CP, en su antigua redacción). En este segundo supuesto, lógicamente no será procedente valorar dos veces el perjuicio causado, primero para conformar la regla penológica derivada de la concurrencia de la agravación del art. 250.1.6ª (prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses), y después para aplicar la regla primera del art. 74 CP, imponiendo la pena en su mitad superior, una para considerar que la cantidad objeto de la estafa conforma la específica agravación y otra para imponer la pena en la mitad superior, en la medida en que ello supondría una doble valoración del perjuicio, contraria al principio «non bis in idem» (STS de 11.12.2014). Abuso de relaciones personales o credibilidad profesional. En

STS. 1090/2010 de 27.11, se recuerda que esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales -, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa ( STS 422/2009, de 21-4, 813/2009 de 7-7). Por ello, la STS. 979/2011, incide en que en cuanto a la agravación específica prevista en el artículo 250.1.7 (hoy 250.1.6) del Código Penal, es cierto que el delito de estafa requiere, como vía natural del engaño, el aprovechamiento de una cierta relación de confianza, bien previamente existente o, como ocurre de ordinario, creada por la maniobra engañosa desplegada por el autor, razón por la cual esta Sala ha señalado que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a activarse.

Delito masa. En palabras de la STS 439/2009 de 14 de abril, recordadas por la STS de 10.6.2014, el delito masa es una modalidad agravada del delito continuado, que tiene características específicas que le dotan de una autonomía y sustantividad propias, de suerte que queda justificado el tratamiento punitivo diferenciado que prevé el artículo 74.2, último inciso del CP. Podrá discutirse la oportunidad del legislador de haberlo regulado conjuntamente con el delito continuado, con el que comparte tangencialmente elementos comunes, tales como su naturaleza patrimonial y su exasperación penal, o la conveniencia de una regulación propia y más detallada. En todo caso puede estimarse el delito con sujeto pasivo masa como un "aliud" frente al delito continuado patrimonial. En cuanto al dolo, a diferencia del delito continuado en el que puede darse el dolo preconcebido de quien diseña ex ante toda la operación, o el dolo ocasional exteriorizador del que aprovecha idéntica ocasión (teoría de la tentación), en el delito con sujeto pasivo masa solo será posible el dolo preconcebido. El delito con sujeto pasivo masa se integra por dos elementos propios: notoria gravedad y una generalidad de personas. La notoria gravedad nos lleva a una gravedad económica fuera de toda discusión, y claramente diferente a la nota de especial gravedad del artículo 250.1-6º del CP. No es una gravedad reforzada, sino algo distinto. El concepto "generalidad de personas" hace referencia a un grupo numeroso de personas, incluso indeterminado, que no tiene porqué tener un vínculo común, salvo el de ser destinatarios de la actividad ilícita del autor. Así, según el ATS de 25.3.2003, debe entenderse, en principio, una multitud o una cantidad indefinida de personas. Para la STS 1158/2010, de 16 de diciembre, por generalidad de personas ha de entenderse una cantidad superior a la mera

pluralidad. Reclama una cierta indeterminación en el número de afectados, de suerte que el destinatario potencial de la actividad defraudadora lo sea una colectividad indeterminada o difusa de personas. Según la STS 719/2010 de 20 de julio, el llamado delito masa existe cuando un solo acto inicial del sujeto activo determina que acudan a él una pluralidad indeterminada de personas, como puede ocurrir en casos de publicidad engañosa.

En palabras de la STS 439/2009 de 14 de abril, el delito masa o con sujeto pasivo masa, es aquel en el que el plan preconcebido contempla ya desde el inicio el dirigir la acción contra una pluralidad indeterminada de personas, sin ningún lazo o vínculo entre ellas, y de cuyo perjuicio individual pretenden obtener los sujetos activos, por acumulación, un beneficio económico muy superior.

En cuanto al segundo parámetro de la notoria gravedad, concepto jurídico indeterminado por el legislador, pero determinado por la doctrina jurisprudencial, concretaremos que la “notoria gravedad” nos lleva a una gravedad económica fuera de toda discusión, y claramente diferente a la nota de especial gravedad del artículo 250.1-

6º del CP No es una gravedad reforzada sino algo distinto. La STS de 10 de junio de 2014, siguiendo a otras, la estima con una cuantía de dos millones de euros.

Engaños especiales.

La estafa piramidal. En la STS 324/2012, de 10 de mayo, se afirma que “e autor de una estafa lesiona un deber de respeto de la organización del sujeto pasivo cuando le presenta una situación de hecho que induce a dicho sujeto a obtener falsas conclusiones. En los casos en que el actor propone a la víctima invertir en su negocio, le corresponde al actor ofrecer información veraz sobre los elementos básicos del negocio de que se trate, pues por la posición que ocupa en la relación, es el actor el único que dispone de esta información, que no es normativamente accesible a la víctima. Por ello considera la mejor doctrina que debe apreciarse estafa cuando el actor propone a la víctima un negocio inexistente, revistiendo esta propuesta de una puesta en escena que la dota de verosimilitud, y obteniendo así que la víctima le entregue el dinero solicitado, efectuando un desplazamiento patrimonial destinado supuestamente a invertir en el negocio del actor, y recibir el beneficio correspondiente, cuando en realidad la intención del actor es apropiarse directamente del dinero recibido, sin invertirlo en negocio alguno, con notorio perjuicio de la víctima. Esto es lo que ha sucedido en el caso actual, en el que el recurrente ofrecía a los perjudicados invertir en su negocio elevadas sumas de dinero, a cambio de un interés importante, aparentando solvencia mediante la constitución de una entidad mercantil de inversiones, realizando su oferta con la garantía de un pagaré que supuestamente garantizaba la devolución íntegra del dinero y abonando durante un corto tiempo los intereses prometidos, lo que servía de anzuelo para captar nuevos clientes, con cuyo capital se abonaban los intereses. Este modelo

piramidal de estafa conduce necesariamente a la frustración del negocio prometido, pues en la medida que se incrementa el capital recibido, aumentan exponencialmente las necesidades de nuevos ingresos para abonar los intereses, hasta que el actor cesa en el pago de los intereses y se apropia definitivamente de los capitales fraudulentamente recibidos”. También estudió un supuesto de estafa piramidal la STS 554/2010, de 25 de mayo: “La cantidad percibida en todos los contratos de préstamo realizados gira en torno a los 2.807.099.000 pesetas y hasta la intervención judicial por el acusado J.A. se iban haciendo frente a los grandes intereses del capital prestado con las nuevas captaciones de capital, aportadas en una estructura piramidal de acción que en un momento dado estaba llamada a ser inviable y a cesar, pues pese a las manifestaciones que por los acusados se hacían a los inversores, de que las cantidades iban a ser destinadas a grandes operaciones inmobiliarias y promociones artísticas, y que estaban garantizadas con los patrimonios personales de los acusados y sus sociedades, lo cierto es que ni las inversiones inmobiliarias ni las producciones artísticas fueron realizadas, al menos de forma viable, y el patrimonio con que se garantizaba tampoco existía, habiendo sido destinado el dinero prestado en proporcionarse J.A. un nivel de vida y una apariencia personal de cara a la sociedad impropia de una persona sin ingresos propios y nulo patrimonio”.

La estafa sobre persona incapaz.

La STS 762/1992, de 4 de abril, trató el problema de si puede calificarse de idóneo el engaño cuando se proyecta sobre una persona afectada de una limitación mental que, al menos, disminuye parcialmente su capacidad intelectual y volitiva. Concluyó desde cierta vocación docente la siguiente reflexión enriquecedora: “el problema es antiguo y se trata de resolver en dos direcciones, una, que atienda tan sólo factores objetivos para decidir la idoneidad, y otra, que tiene en cuenta también factores subjetivos como el que ahora nos ocupa: debilidad mental del sujeto pasivo de la estafa que llene la exigencia del artículo 529 de que concurra un engaño bastante a producir el error de disposición en el sujeto pasivo. En tal tesitura parece recomendable atenerse a un criterio mixto que combina un módulo objetivo y otro subjetivo tal como hace nuestra doctrina jurisprudencial condensada en la importante STS de 5 de junio de 1985. La circunvención de menores e incapaces, traducida con fortuna como «abuso de la inferioridad psicológica de menores e incapaces» tuvo triple repercusión legal según el grado de la incapacidad: hurto si aquella incapacidad era total, pues en tal caso el incapaz es mero instrumento de la acción del delincuente para lograr el apoderamiento de la cosa; estafa, cuando exista mera insuficiencia psíquica o incapacidad parcial, para finalmente considerarlo usura cuando el influjo sobre un menor se realice abusando de sus pasiones o impericia para el otorgamiento de un préstamo que le perjudique. En nuestro Derecho, el Código de 1870 residenció este abuso sobre menores en la estafa y la reforma penal de 1932 que introdujo el delito de usura lo consideró como una de sus modalidades”

En la STS de 2.12.2009, que estudia la compra de acciones a un incapaz con edad mental de seis años por precio irrisorio, el TS se inclina por la estafa y no por el hurto, en cuanto debe vencerse la voluntad aunque limitada del sujeto pasivo para acceder al objeto defraudado. Podría decirse que desaparecida de nuestro Derecho la circunvención de menores o incapaces *more itálico*... queda subsistente el hurto si se actúa sobre un incapaz total, y la estafa si la acción recae sobre incapaces parciales.

En sentido análogo ya se pronunciaron también las SSTS de 25 de junio de 1976 y 18 de enero de 1983. Por tanto, la idoneidad abstracta del engaño ha de establecerse a la vista de los usos sociales (criterio objetivo), pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la persona a la que se dirige el engaño (criterio subjetivo o *intuitu personae*)". Por la estafa se han inclinado también las SSTS 1128/2000, de 26 de junio (en un supuesto de fragilidad mental del engañado), 1469/2000, de 29 de septiembre (que contemplaba la hipótesis de un anciano enfermo y mentalmente incapacitado), 1038/2003, de 16 de julio (víctima de 90 años de edad y su hijo que tenía severamente limitadas sus facultades mentales, ambos ingresados en una Residencia de Ancianos), 737/2005, de 10 de junio (víctima con retraso mental compatible con una deficiencia mental media) y 328/2007 de 4 de abril (anciano con demencia senil).

Recuerda, no obstante, la doctrina del TS que en todo caso, no existe en nuestro derecho penal, un tipo de estafa de abuso de incapaces, sino que se ha de demostrar, en tal caso, el engaño inducido al respecto. En el caso de la STS 1065/2012, de 21 de diciembre, el tema objeto de acusación se residenciaba en el supuesto plan urdido por los acusados para hacerse con el pleno dominio de una propiedad inmobiliaria, y tenía como fundamento el estado de inconsciencia o de racionio del otorgante de dos escrituras públicas por medio de las cuales transmitió la propiedad de la finca a los acusados en agradecimiento del mismo por las labores de acompañamiento y atenciones personales recibidas en su vida, tanto a aquél como a su esposa, previamente fallecida. Para colmar la tipicidad del tipo de estafa nos dirá la anterior sentencia no basta solamente constatar que el meritado otorgante sufriera algún tipo de incapacidad mental que le impidiera conocer el alcance de lo convenido, sino que se desplegara un plan o ardid, acompañado del correspondiente ánimo de lucro, en donde se materialice la maniobra engañosa, es decir, la inducción a realizar tal negocio jurídico, provocándole un error que ocasione que la víctima se autolesione, generándole un perjuicio a él mismo, o una tercera persona, merced a tal maniobra fraudulenta. En definitiva, la estafa sobre incapaz o menor se construye sobre dos presupuestos: la limitación parcial del sujeto pasivo y el proyectado dolo del autor que despliega un plan, acompañado de ánimo de lucro para inducir a la víctima a llevar a cabo un acto fraudulento causalmente conectado con la maniobra fraudulenta. Sin ese plan preconcebido y fraudulento el negocio jurídico no superaría la barrera de la anulabilidad civil del artículo 1301 CC. Sería un simple ilícito *iusprivatístico*. Abundando sobre esta misma cuestión, en la STS 1457/2005, de 12 de diciembre, esta Sala Casacional ya decía al respecto que

probablemente se ha entendido que comprobada cierta incapacidad personal del sujeto pasivo, el elemento típico del engaño carece de relevancia y añadía: “Esta Sala no comparte ese punto de vista. Es necesario advertir al respecto que nuestro derecho positivo carece de un delito de abuso de incapaces, como el contenido en el Código Penal italiano, cuyo artículo 643 prevé una hipótesis que la jurisprudencia ha diferenciado de la estafa por no requerir engaño (confr. Corte di Cassazione, IV, 23-9-97). Por lo tanto, a los efectos del delito de estafa del artículo 248.1 CP siempre será necesario comprobar la existencia de un engaño, pues sin la comprobación de los elementos del engaño es técnicamente imposible fundamentar la tipicidad. Inclusive cuando se supusiera que la exigencia de “engaño bastante” debería ser relacionada con las capacidades del sujeto pasivo, lo cierto es que el texto legal no elimina en ninguna hipótesis el requisito típico del engaño”.

Decisivo resulta igualmente el ATS 655/2013, de 14 de febrero, que reafirmó la concurrencia del engaño con esta reflexión intelectual en la que se perfilan los pasos de un proceso gradual de captación completa de la voluntad de la víctima incapacitada de hecho: “La recurrente, con ánimo de obtener un beneficio económico, en el mes de abril de 2008 ideó un plan a fin de enriquecerse económicamente a costa de M.C.A., de 80 años de edad, a la que conocía desde hacía años, a sabiendas de que la misma se hallaba afectada de un deterioro cognitivo que le impedía regir autónomamente su persona y bienes y que carecía de parientes próximos que se ocuparan de ella. Para ello, la recurrente trasladó su residencia al domicilio de la Sra. C., con la excusa de atender sus necesidades ordinarias a fin de ganarse su confianza. En fecha de 24 de abril de 2008, la convenció para que otorgara ante Notario, a su favor, escritura pública de donación pura y simple de la nuda propiedad de la vivienda en la que ambas residían, estableciéndose en la misma un valor a efectos fiscales de 245.042 euros. Asimismo, en fecha 26 de mayo de 2008 la acusada convenció a la Sra. C. a fin de que emitiera y le entregara un cheque por importe de 80.408,88 euros, para hacer frente a los gastos devengados por la escritura de donación”.

## **15. CONCURSO DE LEYES Y CONCURSO DE DELITOS**

En sede concursal debemos distinguir entre los concursos de leyes y de delitos que eventualmente se pueden presentar. Dentro de la primera clase puede darse el concurso con el hurto y la apropiación indebida, aunque la diferencia es clara: en el hurto el sujeto toma la cosa para sí mismo, mientras que la estafa consigue que otros la entreguen. Por otra parte, en la apropiación indebida se apropia del dinero, efectos o

valores de las clases dispuestas en la ley penal y que haya recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca la obligación de devolverlos por entregarlos, nos distrae o niega haberlos recibido.

En cuanto al concurso de delitos es frecuente que concurren la estafa junto a la falsedad documental, como sucede en el caso de autos. Debe diferenciarse según la concurrencia de conductas se produzca entre la estafa y un documento público, oficial o de comercio y la estafa y un documento privado.

Reiteradamente ha declarado nuestro Tribunal Supremo que la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume las falsedades, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal.

Sin embargo cuando se trata de documentos privados, , donde se exhibe documentación consistente en catálogos de telas y dossier de fotografías que tienen claro carácter de documento privado, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo viene incluido en el artículo 395 del Código Penal, no puede estimarse el concurso de delitos, sino únicamente el de normas, en cuanto que el hecho es subsumible tanto en las reguladoras del delito de falsedad como en las de la estafa, constituyendo la alteración documental la misma esencia del engaño, por lo que no se aprecia concurso de delitos sino sólo de leyes (consunción pues la falsedad queda absorbida por la estafa por el mayor rango punitivo de ésta). Es especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 746, de 19 de abril de 2002 donde se explicaba que "en este caso, la falsedad en documento privado sólo desplegó efectos frente a los perjudicados y su único fin era provocar un engaño para inducirles a realizar el acto dispositivo; por tanto, como la falsedad sirvió para completar el engaño necesario para configurar la estafa, sin lesionar otro bien jurídico, no cabe condenar por este delito (de falsedad, sino sólo por estafa, que en el concurso de normas es la que mayor pena establece).

## **16. DIFERENCIACIÓN ENTRE EL ILÍCITO CIVIL Y EL DELITO DE ESTAFA**

El ATS 109/2013, de 17 de enero, con cita de la STS de 14 de junio de 2005, recuerda que "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, en los delitos contra el patrimonio, se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente

se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa, es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el Ordenamiento Jurídico establece remedios para restablecer el imperio del derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles<sup>9</sup>.

Proyectando esta distinción sobre los negocios jurídicos o contratos criminalizados, entendiéndolos por ellos cuando ha mediado un engaño que es el causante del incumplimiento contractual, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el incumplimiento contractual queda criminalizado bajo la forma de la estafa cuando con ocasión de la contratación de negocios jurídicos de carácter privado, ya sean civiles o mercantiles, uno de los contratantes -el sujeto activo- simule desde el principio el propósito de contratar con otra persona, cuando lo verdaderamente apetecido es aprovecharse del cumplimiento de la otra parte contratante, pero sin intención de cumplir la suya. En tal sentido, hemos afirmado que existe estafa en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar, cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento.

Esta distinción descansa en la existencia de un engaño inicial y causante en uno de los contratantes que da lugar al incumplimiento contractual, pero tal incumplimiento queda criminalizado, dando vida a la existencia del dolo penal propio del delito de estafa porque desde el principio existe una discordancia entre la voluntad interna de uno de los contratantes de no cumplir y enriquecerse, y la exteriorizada y engañosa que manifiesta un propósito de cumplimiento inexistente, radicando aquí el engaño. En los negocios jurídicos criminalizados se sabe ex ante que no habrá cumplimiento por uno de los contratantes, y sí tan sólo aprovechamiento del cumplimiento del otro contratante (STS de 14 de junio de 2005)". En este sentido se pronuncian las SSTS 1427/1997, de 17 de noviembre, 1543/2005, de 29 diciembre, 702/2006, de 3 julio, 802/2007, de 16 octubre, 918/2008, de 31 diciembre, 729/2010, de 16 de julio y 704/2012, de 21 de septiembre y el ATS 111/2013, de 17 de enero.

También la STS 352/1997, de 18 de marzo, reconoce que "a veces es difícil trazar la línea divisoria entre el dolo civil y el dolo penal, pero este último sólo puede apreciarse cuando la conducta encaje plenamente en el precepto penal. Ello ocurre en los negocios civiles criminalizados, en que subyace, bajo la apariencia de contener todos los elementos para una lícita relación jurídico-privada, civil o mercantil, una intención de erigir lo aparentemente lícito en un elemento de disimulación, ocultación, fingimiento y fraude que provoca en cadena causal el error, el desplazamiento patrimonial, el perjuicio para una parte y el lucro injusto para quien usó del engaño». En parecidos términos las SSTS 1045/1994, de 13 de mayo y 987/1998, de 20 de julio).

---

<sup>9</sup> Rives Seva A.P. "El delito de estafa en la jurisprudencia del TS". Revista Seguridad Pública. 2013.

Las SSTS 1491/2004, de 22 diciembre, 1375/2004, de 30 de noviembre, 182/2005, de 15 febrero, 898/2005, de 7 de julio, 1543/2005, de 29 diciembre, 166/2006, de 22 febrero, 702/2006, de 3 julio, 1169/2006, de 30 noviembre, 37/2007, de 1 febrero, 802/2007, de 16 octubre, 21/2008, de 23 de enero, 563/2008, de 24 septiembre, 918/2008, de 31 diciembre, 581/2009, de 2 junio, 483/2012, de 7 de junio, 729/2010, de 16 julio, 95/2012, de 23 de febrero y 104/2012, de 23 de febrero, han puesto de relieve las características de la variedad de estafa denominada «negocio jurídico criminalizado», en las que, dice la STS 61/2004, de 20 de enero, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SSTS 648/1998, de 12 de mayo, 315/2000, de 2 de marzo y 1715/2000, de 2 de noviembre).

De suerte que, como dice la STS 309/2001, de 26 de febrero, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado (SSTS de 26 de febrero de 1990, 892/1999, de 2 de junio, 766/2003, de 27 de mayo y 1242/2006, de 20 de diciembre).

Por ello, la Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un dolo subsequens que nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, 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 no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto,

que el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de la estafa (STS 393/1996, de 8 de mayo).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone el engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe –STS 1045/1994, de 13 de mayo-. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo subsequens del mero incumplimiento contractual (SSTS de 16 de septiembre de 1991, 24 de marzo de 1992, 513/1993, de 5 de marzo y 550/1996, de 16 de julio).

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo subsequens, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa”.

En fin, la STS 1117/1996, de 31 diciembre, apunta que “en el simple dolo civil es necesario que existan palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes que inducen al otro a celebrar el contrato, pero permanece una posibilidad, aunque remota, de cumplir lo convenido, mientras que el dolo penal aparece cuando, en función de las circunstancias perfectamente conocidas por el autor del incumplimiento, se tiene la convicción de que la prestación asumida se presenta imposible o altamente problemática”.

## **17. RESPONSABILIDAD CIVIL**

El artículo 109 del Código Penal consagra la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el delito.

La fijación del "quantum" indemnizatorio es facultad del Tribunal sentenciador, que habrá de ponderar las concretas circunstancias del caso para establecerla. En este caso el Ministerio Fiscal solicitó que se indemnizara al perjudicado no solamente por los 2.000 euros, los abonados, sino además por el importe de 300 euros que hubo de pagar para devolver la mercancía enviada por la comercial italiana. El importe de 300 euros estaba debidamente acreditado mediante factura de la compañía de transporte.

La sentencia no puede conceder más de lo pedido, en aras a los principios acusatorio y de congruencia y que, en ningún caso, la indemnización concedida sea motivo de un posible enriquecimiento injusto para el perjudicado (SSTS de 15 de junio de 1998 y 17 de junio de 1999).

Debe acreditarse la existencia de los perjuicios económicos derivados del delito, tanto los que nacen estrictamente de éste, es decir, el importe del desplazamiento económico llevado a cabo por la víctima debido al engaño como el perjuicio ocasionado con ocasión del mismo, es decir el valor de los gastos de devolución del producto recibido.

No puede olvidarse en ningún momento que estamos en presencia de una acción civil, aunque encauzada en un procedimiento penal, por lo que tienen plena vigencia los principios relativos a la alegación y prueba que para las acciones civiles establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que nunca podrá presumirse la existencia del perjuicio económico, debiendo el juez desestimar la petición de indemnización civil cuando considere que no se han acreditado suficientemente los hechos originadores de la misma.

## **18. ANEXO. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ**

### **I. CONCEPTO DE DEFRAUDACION POR CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES**

1. La figura legal de circunvencción de incapaces (ar. 174 inc. 2º C.P.) supone abusar de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aun cuando el acto sea civilmente nulo. Se atiende a las menores posibilidades de defensa de quien por sus necesidades, pasiones o inexperiencia, facilita la defraudación. Es una defraudación por abuso de la condición de la víctima.

2. En materia del delito previsto en el art. 174 inc. 2 del C.P. son incapaces los que, con o sin declaración judicial, en el momento del hecho padecen una disminución de su inteligencia, voluntad o juicio que los incapacita para resguardar debidamente sus intereses económicos. La figura requiere que el autor explote (abuse) los intereses (necesidades), afectos o apetitos (pasiones) del incapaz o su falta de saber o inadvertencia (inexperiencia).

3. En el delito de circunvencción de incapaces, el documento debe significar o tener por contenido cualquier efecto jurídico de carácter patrimonial perjudicial para el incapaz.

4. El delito de circunvencción de incapaces no requiere efectividad del perjuicio y existe aunque el acto realizado sea civilmente nulo por la incapacidad del firmante o por otra causa de nulidad. Es un delito de daño puramente eventual que se consuma con la firma del documento por el incapaz; es doloso y exige además del conocimiento de la incapacidad del otorgante, la intención de aprovecharse de su necesidad, pasión o inexperiencia.

5. Por necesidad debe entenderse todo interés o inclinación más o menos pronunciada del ánimo, de carácter material o inmaterial, económico o no, que sea manifestación de la menor edad o de la incapacidad; o todo aquello que el incapaz considere indispensable en razón de su edad o de su incapacidad. No se trata sólo de necesidades económicas, sino de cualquier orden, siempre que sean producto de su padecimiento o de su edad y alcancen tal intensidad que disminuyan considerablemente su juicio crítico y las funciones volitiva y afectiva.

6. La sentencia condenatoria podrá ordenar “la reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias” (art. 29, inc. 1, CP).

7. En el marco de un delito de circunvencción de incapaces, en el que el autor obtuvo la donación a su favor de un inmueble por parte de la víctima, la retracción del estado del inmueble a su situación anterior al ilícito a través de la rectificación de la anotación registral, aparece dentro de las plenas facultades atribuidas al tribunal de condena por el art. 29 inc. 1 del CP, a título de reposición al estado anterior. No se trata de una indemnización del daño causado, hipótesis contemplada en el inc. 2 del citado art. 29, que requiere indefectiblemente una acción civil intentada en ese sentido, de acuerdo a lo prescripto por el art. 412 del CPP. Y si bien tampoco es estrictamente de una restitución del objeto del delito, que a tenor de esta última disposición puede ordenarse sin necesidad de ejercicio de la acción civil, sí ingresa con holgura en el ámbito de las “demás medidas” a las que autoriza el inc. 1 del art. 29 para la reposición al estado anterior al delito, que tampoco requieren que se haya introducido al proceso penal la acción resarcitoria.

8. El acto jurídico celebrado por quien se encuentra afectado por una significativa disminución de su capacidad neurocognitiva es anulable por palmario vicio en el consentimiento (arts. 141, 152 bis inc. 2, 1042, 954 del Código Civil).

## **II. JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL Y DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL DE ARGENTINA. EL ESCRIBANO Y EL DERECHO PENAL**

### **i. RTA. 14/04/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**

Procesamiento. Escribano que, en conocimiento de la incapacidad de la víctima, instrumentó el acto de disposición por el cual la damnificada vendió su propiedad participando así de la maniobra urdida por quien se convirtió en titular del bien. Temperamento prematuro. Necesidad de determinar si el notario tenía efectivamente conocimiento de la incapacidad o, en su caso, si esta última era evidente. Revocación. Falta de mérito.

Fallo: “(...) por la defensa de C. E. M. contra el punto I del pronunciamiento de fs. (...) que decretó su procesamiento en orden al delito de circunvencción de incapaz. (...). Se atribuye a M. “el haber participado en el suceso mediante el cual, conociendo P. C. E. que E. G. presentaba, desde al menos el año 2007 un deterioro cognitivo progresivo [...] abusando de dicha circunstancia, captó su voluntad de manera tal que el día 10 de marzo de 2008 le hizo transferir en su favor la nuda propiedad del inmueble ubicado en la calle Misiones XX de esta ciudad a través de una venta simulada en la que el imputado participó como escribano interviniente” “En efecto, si bien en la escritura respectiva que se materializó en la calle XX de esta ciudad [...] se asentó que previamente la imputada para la compra del departamento le entregó la suma de cuarenta y seis mil pesos, ello no fue así”. “Como consecuencia de este acto abusivo, de que clínicamente G. era incapaz de comprender [...] E. la perjudicó patrimonialmente por la pérdida de dicho inmueble que hasta ese momento formaba parte de su patrimonio, el cual no podría haberse materializado sin la determinante colaboración del imputado quien [...] pese a la incapacidad evidente de G., instrumentó el acto de disposición aludido en connivencia con la imputada” (ver fs. (...)).

II.- Valoración: Consideramos que el temperamento incriminatorio adoptado es prematuro, por cuanto tal como lo afirma el recurrente, las pruebas reunidas hasta momento, no permiten tener por acreditado siquiera prima facie que el imputado tuviera conocimiento respecto de la incapacidad que padecía G. al momento de la suscripción del documento en cuestión, extremo que resulta imprescindible para la configuración del tipo penal bajo estudio. En la figura prevista en el artículo 174, inciso 2º del Código Penal “el dolo se satisface con que el autor [conozca la incapacidad], incluso si no siendo apreciable por cualquiera, él la haya conocido por una situación especial” (cf. Núñez, Derecho Penal Argentino, Parte Especial, t. V, p. 397), circunstancia que aún no fue determinada en la causa. No surge la existencia de alguna pauta que permita inferir que el escribano tuvo conocimiento que la víctima no se encontraba en plenitud psíquica en el momento en que se habría llevado a cabo el supuesto abuso. Nótese que conoció a G. el mismo día que suscribieron la escritura, lo que permite descartar, en principio, que tuviera consciencia previa de su estado mental. Llegado a este punto, confrontadas las constancias probatorias, parece imprescindible ampliar el peritaje médico oportunamente confeccionado, con el objeto de determinar el alcance de la disminución en las facultades mentales que padecía G. y si era advertible por terceros o un profano; razón por la cual, mientras no se aclaren tales extremos, aparece ajustado a derecho adoptar el criterio previsto en el artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación. En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: Revocar el punto I del auto de fs. 268/273, en cuanto fuera materia de recurso y decretar la falta de mérito para procesar o sobreseer a C. E. M. (...). C.N.Crim. y Correc., Sala VI, Lucini, Filozof, Pinto. (Sec.: Carande). c. 182/12-1, ESCOBAR, Pasiona Celia. Rta. 14/04/12.

## ii. RTA. 22/05/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.

Procesamiento. Imputados que, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de la víctima, la indujeron a firmar un poder para enajenar un inmueble del que era titular, con la intervención en el hecho de un notario. Imposibilidad de dar consentimiento por resultar incapaz. Perjuicio patrimonial. Confirmación.

Fallo: "(...) Se imputa M. F. O. (escribana), el hecho acaecido (...) consistente en haber intervenido en la escritura (...), mediante la cual, N. S. C., quien no podría dar consentimiento válido por resultar incapaz, otorgara poder especial a C. B. N. para enajenar el inmueble de la calle (...). Por su parte, C. B. N. como apoderada de N. S. C., (...) vendió a E. M. G., aquel inmueble, interviniendo en el acto la escribana O. (...). Por otro lado, se imputa a E. M. G., el suceso (...) consistente en haber adquirido el inmueble, con conocimiento que N. S. C., le había suscripto a C. N. un poder especial, sin el debido consentimiento por resultar incapaz, lo que generó un perjuicio patrimonial ante la compra efectuada y formalmente inscripta, respecto del inmueble a la querellante R. (...) entendemos respecto a la encausada C. B. N. que ésta se ha aprovechado de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba su sobrina C. al inducirla a firmar un poder (...) a través del cual la habilitaba a enajenar el inmueble de la (...). Evidentemente, ante la posterior venta efectuada a G. y el correspondiente traspaso del dominio (...) se concretó el perjuicio económico a la damnificada. Por otra parte, teniendo en cuenta el vínculo familiar que une a la imputada con C., que según surge del legajo éstas tendrían una relación estrecha y que de acuerdo a lo sostenido por las partes en la audiencia, habría sido la propia hermana de la imputada la que habría iniciado el expediente que actualmente tramita ante el Juzgado (...) Civil n° (...), caratulado "C. N. S. s/inhabilitación", aparece inverosímil la cuestión planteada al respecto por la (...) defensa de N., esto es que ésta desconocía de la incapacidad de su sobrina. Más allá de que no se pretende exigir a la imputada conocimientos especiales sobre este punto, lo cierto es que esa relación a la que aludimos aparece suficiente como para que la encausada tuviera acabado conocimiento de los problemas de salud de C., los que, además, de acuerdo a los exámenes médicos glosados a la causa, aparecen por demás ostensibles para cualquier persona. Así las cosas, estimamos que N. actuó con el dolo directo que requiere el tipo bajo estudio, es decir con pleno conocimiento de que C. era una persona incapaz y con la voluntad de abusar de esa situación, valiéndose además de la confianza que aquella le tenía en virtud del parentesco que las unía. Sin perjuicio de que el delito se consumó con la firma del instrumento público, no podemos soslayar el daño al patrimonio de C. que trajo aparejado el posterior traspaso de dominio a un tercero. En relación a este tercero, que resulta ser E. M. G., consideramos que del

mismo modo que N., ha actuado cumpliendo todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo del tipo de la defraudación por circunvencción de incapaz, por lo que debe descartarse la buena fe aludida por su defensa (...). En cuanto a la situación de la escribana (...) la nombrada "debía tomar mayores recaudos de los debidos para determinar si la interviniente tenía capacidad suficiente" y que "no (le) podía pasar por alto que la otorgante del poder poseía sus facultades mentales alteradas (...) sin perjuicio de lo cual, desinteresándose por las consecuencias ulteriores, confeccionó el poder a favor de N.". (...) entendemos que en el caso de la notaria, ésta ha actuado con el mismo grado de conocimiento de las circunstancias que rodeaban el caso y con la misma voluntad de abusar de la situación de vulnerabilidad de la víctima que sus consortes de causa. (...) el tribunal

RESUELVE: (...) II. CONFIRMAR el auto de fs. (...). (...)"

C.N.Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Barbarosch, Bunge Campos. (Sec.: Sosa). c. 42392\_1, OTERO, María Fernanda y otros. Rta. 22/05/12.

### **iii. RTA. 18/06/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**

En concurso real con falsedad ideológica. Procesamiento. Escribano que, junto con otra persona, habrían abusado del estado de disminución psíquica de una mujer para realizar actos de disposición en su perjuicio. Patología ostensible. Incumplimiento de los recaudos previstos por el art. 29, inciso d) de la ley 404. Confirmación. Disidencia parcial: confirmación pero respecto del escribano por falsedad ideológica de documento público. Elementos que no permiten asegurar que el escribano estaba en conocimiento de la incapacidad de la víctima.

Fallo: "(...) por la defensa de V. R. J. y a fs. (...), por la de C. F. F. contra los puntos I y IV del pronunciamiento de fs. (...) que decretó sus procesamientos en orden al delito de circunvencción de incapaz y sólo respecto de la nombrada en concurso real con el de falsedad ideológica.

(...) Imputación: J. y F. junto con L. B. P. y M. D. F., habrían abusado del estado de disminución psíquica de M. S. A., para inducirla a realizar determinados actos de disposición en su perjuicio.

M. S. A., que padece de un retraso mental que le causa dificultad para adoptar decisiones y la torna influenciable para terceros, vivía junto con sus tres hijas y su madre, J. A., en el domicilio de Alejandro Magariños Cervantes XX, de esta ciudad. Por su parte, M. D. F. alquilaba el departamento "3" de ese mismo edificio. El 27 de octubre

de 2004 J. A. falleció, dejando a M. S. A. sola con sus tres hijas menores, desempleada, sin estudios ni ocupación y desprovista de contención, situación que acrecentó su natural vulnerabilidad. F. comenzó a acercarse a la damnificada con el pretexto de ayudarla en los quehaceres domésticos. De tal forma captó su voluntad [...] [impidiéndole] mantener contacto con personas [...] cercanas, como amigas de su madre, arguyendo siempre que buscaba su bien.” F. comenzó a administrarle el dinero y la obligaba a tomar decisiones que redundaban en su propio beneficio. (...) Así fue que el día 16 de abril de 2007 concurren a la escribanía de [...] la notaria V. R. J. [...] en donde se labró la escritura nro. 239, consistente en la supuesta venta del departamento [...] de M. S. A. a L. B. P., por el precio de noventa mil pesos (\$90.000). La notaria fraguó el acto, pues asentó que el dinero se entregó en efectivo a la damnificada, lo cual no sucedió así e importó la falsedad de la escritura que labró. Sin embargo, ya para esa época M. S. A. había entrado en contacto con las profesionales de la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia, las que al enterarse de lo sucedido, la convencieron para que acudiera a la justicia. De tal forma, el 8 de mayo de 2007 la víctima narró lo sucedido en el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 86, cuya magistrada dispuso cautelarmente, el 11 de ese mismo mes, la inhibición general de los bienes de M. S. A. y la prohibición de innovar respecto del departamento en cuestión, así como realizó la denuncia que originó las presentes actuaciones.” (ver fs. (...)).

II.- Valoración: Los Dres. Julio Marcelo Lucini y Mario Filozof dijeron:

Compartimos el temperamento incriminatorio adoptado, pues las pruebas reunidas ameritan que avance el proceso con relación a los indagados. Del delito de circunvención de incapaz:

De los informes médicos forenses de fs. (...) surge que al tiempo de llevarse a cabo la escritura cuestionada, A. sufría un retraso mental leve que la colocó en situación pasible de abuso, por lo que se verificó su estado psíquico como el requerido por el artículo 174, inciso 2º, del Código Penal como presupuesto de tipicidad (ver Navarro-Leo, “Circunvención de incapaz, abuso de necesidades, pasiones o inexperiencia del incapaz, Hammurabi, pág. 32 y 34). Se evidenció en la nombrada “influenciabilidad vincular que la torna permeable a estados de vulnerabilidad personal, dando lugar a situación de riesgo para valerse de manera autónoma, en la toma de decisiones como las que se investigan en la presente causa” (ver fs. (...)).

A su vez se acreditó, en principio, el conocimiento que tenían J. y F. del cuadro descripto. Veamos. Si bien el examen psiquiátrico concluye que aquella patología “podría no ser ostensible para personas poco aventadas en aspectos de salud mental” (ver fs. (...), el resaltado nos pertenece), consideramos que, los elementos reunidos hasta el momento no parecen adecuarse a tal posibilidad exculpatoria.

C. C. A., psicopedagoga que trató a una de las hijas de la damnificada, afirmó que “pese a no haberla evaluado, M. presenta un retraso leve a moderado. Que dicho retraso es notable a la vista de terceros” (ver fs. (...)), mientras que L. M. G., psicóloga que la asistió desde junio o julio de 2006 refirió que “el retraso que presenta M. es visible para terceros” y que “no tiene noción del valor del dinero” (ver fs. (...)).

En igual sentido la licenciada en trabajo social A. I. D. (ver fs. (...)), señaló que “es una persona muy influenciable que presenta una discapacidad mental leve. Que dicha discapacidad es notoria a la vista de terceros”.

Entonces, volviendo a las evaluaciones médicas practicadas donde se afirma que “resulta claro que [la afectación] sí resulta evidente para personas, que hayan desarrollado un vínculo más allá de un encuentro circunstancial” (ver fs. (...)), se ve cómo los testimonios aludidos ayudan a complementar y definir esos contenidos. O sea, quedó demostrado que el vínculo al que se refieren los galenos no necesariamente debía obedecer a un asiduo contacto con la joven, sino que bastaba con mantener cierto diálogo con ella para advertir su padecimiento, cosa que sin duda hicieron los procesados dado por el rol profesional que desempeñaron.

Es determinante e ilustrativo cuando su vecina A. N. L. luego de aseverar que su discapacidad era visible, aclaró que “no comprende cómo el escribano que intervino en la [...] escritura no advirtió dicha situación” (ver fs. (...)).

Siguiendo este razonamiento, no puede sostenerse que la escribana, luego de tomar contacto con la damnificada, desconociera la limitación de su voluntad y comprensión. El artículo 29, inciso d) de la ley 404 (Ley orgánica notarial, ADLA, 2000-D-4603) obliga al escribano a escuchar, indagar, asesorar, apreciar la ilicitud del acto o negocio a formalizar y la capacidad de obrar de las personas intervinientes. Frente al evidente cuadro descrito por los testigos y profesionales (ver declaraciones cit.), esa entrevista sin duda fue suficiente para advertir el retraso mental y la situación abusiva, lo que de consuno sucede al menos con un vendedor pues debe acompañar documentación, pagar honorarios, recibir a la vista del notario el dinero de la operación, contarle y como si fuera poco oír el acto y suscribirlo.

O sea, no se trató de un simple trámite en el que las partes sólo se presentaron, firmaron el instrumento y se retiraron del lugar, tal como se lo pretende demostrar.

Todo ello debe evaluarse a la luz de lo manifestado por el defensor de menores en el fuero civil, quien sostuvo que dan los supuestos de notoriedad suficientes que se aprecia en su aspecto físico, las entrevistas, de ser una persona con cierta incapacidad al momento de celebrarse el contrato” (ver fs. (...) del expte. cit.).

Así todo indica en este estadio una acción que habilita ingresar al ámbito de la ley penal sustantiva.

(...) El certificado de discapacidad que se le otorgó el 26 de julio de 2007 (ver fs. (...)) y los curadores provisionales que desde ese año le fueron asignados en el expediente n° XX “A., M. S. s/ inhabilitación” del Juzgado en lo Civil N° 86 (ver fs. (...)), despejan toda duda al respecto.

La falta de perjuicio que invoca el recurrente se descarta por cuanto mediante la escritura pública se protocolizó el acto abusivo perjudicial y el valor económico del bien cuya propiedad allí transfirió, torna innecesaria toda otra consideración sobre este planteo.

La figura se perfecciona con la conducta del incapaz, pues se trata de un delito instantáneo (ver Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. cit. p. 181, 182 y 186). Por lo tanto se consumó cuando A. firmó el instrumento y es indiferente todo acontecimiento posterior, como la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble que alegan los apelantes para fundar su tentativa, la que no lograron concretar debido a la oportuna intervención de la justicia civil (ver fs. (...) de los testimonios citados).

Del delito de falsedad ideológica:

No existe prueba alguna que habilite a inferir que la incapaz en ese acto realmente recibió los noventa mil pesos “en dinero en efectivo y a su entera satisfacción, de manos de la compradora”, tal como lo asentó la notaria en la escritura que el Tribunal tiene a la vista. M. S. A. afirmó no haber recibido dinero alguno por la venta de su inmueble (ver fs. 1(...)). En este punto debe aclararse que pese a la incapacidad detectada, los médicos afirmaron que no era necesaria su internación y que esa limitación no le impedía hacerse cargo de sus tres hijas menores, sino que requería una mirada atenta y vigilante tendiente a contenerla y asesorarla adecuadamente en relación a su rol materno y en la defensa de sus intereses (ver los informes de fs. (...) de los testimonios del expediente n° (...) “A., L. M. y otros s/ protección de persona” del Juzgado en lo Civil N° XX que se tiene a la vista).

Nótese que la víctima, pese al retraso mental leve que padece, fue quien puso en conocimiento al juez civil sobre esa transacción, corroborándose luego que efectivamente se había celebrado (ver fs. (...)). Por lo tanto, no puede hacerse una consideración fragmentaria y aislada de su relato ni descartarse, sin más, sus dichos en cuanto a no haber recibido suma alguna por la venta de su única propiedad, acto por el que pudo haber quedado en situación de calle junto a las tres menores (de 2, 5 y 6 años de edad) que tiene a su cargo, sino debe ser evaluado junto a las restantes constancias que lo sustentan y a las que se hará referencia más abajo. Se acreditó que F. junto a su hija P. y su pareja previo a celebrarse el acto, vivían en el departamento de la víctima,

para lo cual construyeron “un par de habitaciones” en su interior dividiendo los ambientes (ver fs. (...) del expte. citado).

Incluso aquéllos no tenían empleo (ver las declaraciones de los vecinos citadas) y compartían el subsidio, la caja de alimentos y la vianda escolar que recibía la damnificada (cf. lo informado por la trabajadora social en esas actuaciones, ver fs. (...)).

Si se analizan tales circunstancias a la luz de las demás conductas que se les endilgan, nada indica que se haya entregado ese monto de dinero al momento de la escritura. Más aún, ese supuesto pago no se condice con la invasión y avasallamiento que venía padeciendo A. por parte de la “compradora” y su madre y en forma alguna podía impedir (ver el informe de fs. (...) del expte. citado).

Nótese que simultáneamente se celebró un mutuo hipotecario por cinco mil dólares (u\$s 5000) dejándose expresamente asentado que era “para completar el precio de la adquisición”. Pero, más allá de tratarse de un importe muy inferior al precio fijado, lo cierto es que ese préstamo según los términos del documento se recibió en “dólares estadounidenses billete” (el resaltado nos pertenece), cuando el bien se abonó en pesos en “dinero en efectivo”. O sea, según lo asentado por la escribana se entregaron noventa mil pesos (\$90.000) con más la suma que integró el mutuo, lo cual como se vio, no se condice con lo verificado hasta ahora en el sumario. No es un dato menor lo que figura en dicho documento público sobre la retención de mil trescientos cincuenta pesos (\$1350) en concepto de impuesto a la Transferencia de Inmuebles.

El dato cuestionado insertado en el documento es uno de los que aquél está destinado a probar, verificándose así la tipicidad del accionar de la imputada. La ley no pretende punir como falsedad ideológica la mentira sobre cualquier factor de composición del instrumento, aun cuando fuese formalmente requeridos, sino la mentira sobre las circunstancias que son sustancialmente imprescindibles para su destino como específica figura jurídica, es decir, sobre el destino que se informa en el sentido jurídico del documento público (cf. C. Nac. Crim. y Corr. Fed., Sala I, 30/12/1996, “Antonioli, Antonio, ídem C. Fed. San Marín, Sala II, 7/5/1996, Z. S., M. A., JA 1997-IV-269, LL 1996-E-361, JA, 1997-IV-269, citado en Romero Villanueva, Horacio J., “Código Penal de la Nación Anotado”, Segunda Edición ampliada y actualizada, Lexis Nexis, 2006, p. 1108), como se vislumbra en este supuesto.

Analizada la prueba de manera conjunta y armoniosamente, conforme la lógica y la experiencia (artículo 241 del Código Procesal Penal de la Nación) aparece incuestionable la necesidad de aplicar el principio de progreso para que eventualmente la inmediación y el contradictorio esclarezcan lo acontecido, por lo que sin perjuicio de la calificación que en definitiva corresponda, consideramos que debe homologarse el resolutorio impugnado. (...)

El Dr. Ricardo Matías Pinto dijo:

(...) II.- Respecto de la participación de la escribana, se le reprocha su intervención en la escritura en la cual se asentaron los datos falsos mencionados. En este aspecto, comparto el voto de mis colegas en tanto se encuentra probada la falsedad ideológica del instrumento porque se volcó un dato apócrifo, como ser, la entrega del dinero así consignado.-

En el acto claramente surge que da fe de la existencia del dinero y no de lo que las partes relatan solamente, tal como argumentó la defensa en la audiencia.-

La entidad de esta falsedad permite acreditar la autoría de la imputada en esta, porque no es razonable considerar que hubiese sido determinada por otro y que por ello hubiese actuado sin conocimiento y voluntad.-

Sin embargo, no existen elementos para considerar que participara con dolo en el delito de circunvención de incapaz, ni en otra conducta reprochable en esa parte de la maniobra, pues no se demostró que conociera previamente a los otros acusados, la dolencia de la víctima, ni ningún otro acto que permita considerarla partícipe en el delito aludido.-

Al respecto, se ha sostenido en el precedente N°182 “E., P. C.” resuelto el 4 de abril de este año que “No surge la existencia de alguna pauta que permita inferir que el escribano tuvo conocimiento que la víctima no se encontraba en plenitud psíquica en el momento en que se habría llevado a cabo el supuesto abuso”.-

Por lo tanto, corresponde descartar su participación en lo que hace a esta imputación, pero no puede ser sobreseída porque implicaría hacerlo sobre calificaciones afectando el principio constitucional que impide una múltiple persecución. Por lo cual, estimo que resulta pertinente confirmar el auto recurrido, modificando la calificación de esta imputación como autora del delito de falsedad ideológica de documento público. Así emito mi voto. En base al acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: Confirmar los puntos I y IV del auto de fs. (...), en cuanto fuera materia de recurso (...).”

C.N.Crim. y Correc., Sala VI, Lucini, Filozof, Pinto (en disidencia parcial). (Sec.: Carande). c. 555/12, FLORES, Marta Delicia. Rta. 18/06/12.

#### **iv. RTA. 06/02/12. CIRCUNVENCION DE INCAPAZ**

Sobreseimiento. Pretense querellante que alega que el imputado, en connivencia con el escribano, aprovechándose de la discapacidad del damnificado, lo determinó a donar parte de un inmueble y a otorgar poder para cobrar una jubilación. Informes médicos que no concluyen que el titular del bien haya estado incapacitado. Elementos de prueba que no convalidan la versión del pretense querellante. Confirmación.

Fallo: “(...) el recurso de apelación deducido por la querrela (ver fs. (...)), contra el punto II del auto de fs. (...) que dispuso el sobreseimiento de D. V. en orden al delito de circunvencción de incapaz (art.336 inc.2º del C.P.P.N.). (...) Se investiga si D. V., aprovechándose de las disminuidas capacidades psíquicas de E. D. L., lo determinó a donar la mitad indivisa del inmueble sito en Terrada XX de esta ciudad y a otorgarle un poder especial para que le cobrara su jubilación en el Banco Piano. (...) Refirió que el imputado actuó junto al escribano que intervino en la confección del poder especial y en la donación, pues mediante los informes médicos de fs. (...) y los testimonios de fs. (...), se comprobó que el occiso padecía un profundo estado depresivo producto de la enfermedad que lo aquejaba –cáncer de colon-, no pudiéndose soslayar que también intentó suicidarse en marzo de 2010.

(...) Del sobreseimiento: El informe de fs. (...) concluyó que el síndrome de impregnación que padecía, en general, está asociado a causas médicas y cursa con un estado depresivo sintomático, lo cual pudo llevarlo a ser dependiente y sugestionable frente a terceros. Sin embargo, no se observaron elementos que indicaran la presencia de alguna afección psicopatológica que le hubiera restado aptitud para comprender y/o dirigir su accionar y tampoco surgieron en la historia clínica evaluaciones por parte de algún profesional que demostraran un cuadro psiquiátrico específico. La imposibilidad de ilustrar su incapacidad, no permite tener por configurado el tipo penal previsto en el artículo 174 inciso 2º del Código Penal. Además el escribano L. A., que confeccionó las escrituras de donación de la mitad indivisa del inmueble de Terrada XX de esta ciudad y el poder especial para que V. cobrara la jubilación del anciano en el Banco Piano (confr. fs. (...)), afirmó que su propio cliente le explicó que tenía una propiedad y que deseaba dejársela al acusado. Este Tribunal no advierte en qué se fundamentó la querrela para sostener que A. actuó en connivencia con V. para hacer que L. dispusiera de su patrimonio en forma perjudicial, pues ello no surge de las constancias de la causa, máxime cuando el notario expresó que la charla fue en forma personal y sin interrupciones. No puede soslayarse que el imputado recibió a la supuesta víctima en su casa luego de su internación desde el 25 de febrero al 11 de marzo de 2010 y que lo acompañó cuando debió ser internado en esa oportunidad (ver testimonio de A. A. R. a fs. (...)) y copias de la Historia Clínica a fs. (...)). No puede descartarse que habría sido

el motivo por el cual el anciano quiso dejarle su residencia (ver presentación de A. a fs. (...)).-

A ello debe sumarse que A. A. R. refirió, entre otras cosas, que L. le manifestó que, en caso de fallecer, su familia sólo se preocuparía por quién heredaría su vivienda (ver fs. (...)).-

A ello debe sumarse que A. A. R. refirió, entre otras cosas, que L. le manifestó que, en caso de fallecer, su familia sólo se preocuparía por quién heredaría su vivienda (ver fs. (...)).-

A contrario de lo sostenido por el recurrente, algunos vecinos de la finca de Terrada XX declararon a fs. (...), pero sus testimonios se basaron básicamente en “comentarios del barrio” por lo que la información aportada debe ser evaluada a la luz de la sana crítica (art. 241 del C.P.P.N.), en otras palabras, son testigos de oídas cuyo valor de convicción es sensiblemente menor. La querella apunta con énfasis que la incapacidad psíquica de L. quedó evidenciada a partir de su intento de suicidio en marzo de 2010, fecha coetánea a los actos de disposición que celebró y a la luz de los dichos de R. y R. (ver fs. (...)). Sin embargo, no debe soslayarse que estos últimos sólo reprodujeron comentarios de vecinos del barrio -a quienes no individualizaron- y que de la historia clínica de fs. (...) surge que el motivo de su última internación se debió a otra causa (confr. especialmente fs. (...)), todo lo cual, impide sostener de manera fehaciente la circunstancia señalada por la acusadora.

En definitiva, los elementos agregados no permiten acreditar la hipótesis delictiva planteada, ni surgen diligencias pendientes de producción para arrojar luz sobre lo ocurrido, por lo que se homologará el auto apelado. En virtud de lo expuesto, entendemos que no es necesario expedirnos con respecto a la posibilidad de que la querella pueda actuar en solitario. En consecuencia, este Tribunal RESUELVE: Confirmar el punto (...).”

C.N.Crim. y Correc., Sala VI, Lucini, Filozof y Pinto. (Sec.: Oberlander). c. 42.971, VARELA, Diego s/sobreseimiento. Rta. 06/02/12.

#### **v. RTA. 24/06/10. CIRCUNVENCION DE INCAPAZ.**

En concurso ideal con falsedad ideológica, en calidad de autor. Procesamiento. Escribano.

Víctima ya fallecida que extendió un poder para vender una propiedad. Temperamento prematuro. Necesidad de determinar si la fallecida padecía una patología

que le impedía conocer el alcance del acto jurídico que celebraba y, de ser así, si la enfermedad era notoria para terceros. Revocación. Falta de mérito.

Fallo: “(...) por la defensa de J. J. B. (fs. (...)) contra el punto I del auto de fs. (...) que dispuso el procesamiento de su asistida en orden al delito de defraudación por circunvencción de incapaz; y por la defensa de G. B. (fs. (...)) contra los puntos I y II que dispusieron su procesamiento por considerarlo partícipe necesario del delito de defraudación por circunvencción de incapaz en concurso ideal con el delito de falsedad ideológica, en calidad de autor. (...) No compartimos los argumentos brindados por el instructor en el auto de mérito que se revisa, razón por la cual su decisión se revocará. Si bien es cierto, tal como señala el magistrado, que se encuentra acreditada la existencia del poder especial a favor de J. J. B. extendido por quien fuera en vida su abuela, L. L. B., y que ese instrumento fue utilizado por aquélla para la venta del inmueble sito en Conde XX de esta ciudad, a nuestro criterio, no resultan adecuadas las consideraciones que llevaron al juez de grado a sostener que se encuentra probado tanto que esta última se encontraba incapacitada de comprender el acto jurídico que celebraba, como que resulta indiferente el destino que la imputada le habría dado al dinero obtenido de esa operación. En relación al primer aspecto señalado, no compartimos el carácter concluyente que el juez le otorgó al informe médico obrante a fs. (...), por cuanto la conclusión a la cual se arribó en punto a que L. L. no se hallaba al momento del hecho en condiciones de comprender la realidad y obrar en consecuencia, tuvo por fundamento, exclusivamente, las constancias de la historia clínica labrada en el geriátrico donde se encontraba internada, sin tener en consideración otros elementos de interés obrantes en la causa. Asimismo, las escuetas consideraciones volcadas por la médica interviniente en sustento de su conclusión impiden otorgarle un sentido unívoco. Por otro lado entendemos que el instructor realizó una lectura parcializada de la historia clínica de la fallecida, como así también de los dichos de A. F. G. Sobre el punto, tal como señalaron los recurrentes, omitió ponderar las implicancias que podrían traer aparejadas el hecho de que L. B. ingresara al geriátrico tres meses antes de firmar el poder con un cuadro de demencia senil “leve” y que a casi dos años de suscripto ese documento todavía tenía algunos lapsos esporádicos de lucidez mental, extremos puestos de manifiesto por la testigo referida. Por otro lado, el magistrado tuvo en cuenta únicamente la anotación efectuada por el Dr. U. B. en la historia clínica de L., la cual daba cuenta de la demencia senil que padecería la fallecida, excluyendo de su análisis otras constancias relevantes asentadas en la historia clínica que fueron correctamente señaladas por los apelantes en los recursos interpuestos. Entonces, a fin de evaluar la responsabilidad de los imputados resultan necesario ahondar la investigación a fin de determinar si, más allá de la patología que habría padecido L. L., al momento del hecho tenía el discernimiento necesario para comprender acabadamente el alcance del poder que otorgó y para suscribirlo con intención y libertad y si, eventualmente, podría haber actuado en un intervalo lúcido.

Así también, para evaluar correctamente la responsabilidad de G. B. resulta necesario establecer si, en caso de que la fallecida padeciera una patología que le impidiera conocer el alcance del acto jurídico que celebraba, la enfermedad era notoria para terceros. A tal fin, y sin perjuicio de todas las diligencias que el instructor considere pertinentes y útiles producir, resultaría de interés escuchar en testimonial a los médicos que asistieron a B. Por otro lado, dado que nos encontramos ante un tipo agravado de defraudación, es decir frente a un delito contra la propiedad, es necesario profundizar la pesquisa para establecer el destino que se le pudo dar al dinero obtenido de la venta del inmueble, dado que a partir del descargo de la imputada que, en principio, fue reforzado por los dichos de A. F. G. no es posible descartar, de momento, que el monto obtenido de esa operación se haya utilizado en beneficio de la fallecida. En relación al escribano B., y dado que por el momento, no se ha demostrado un conocimiento anterior y/o frecuente entre L. L. y el nombrado, que excediera la circunstancialidad de la suscripción del acto que tuviera lugar el 23 de octubre de 2007, motivo que genera cierta duda sobre si durante el lapso de su celebración pudo haber efectivamente advertido la incapacidad que la afectaba. Ello nos conduce a que, a la espera de la prueba pendiente, revoquemos también su procesamiento.

(...) En virtud de lo expuesto, el tribunal resuelve: Revocar el punto I de la resolución de fs.

(...) en cuanto dispuso el procesamiento de (...) y decretar la falta de mérito (artículo 309 del CPPN) (...).”

C.N.Crim. y Correc., Sala V, Garrigós de Rébora, Pociello Argerich, López González. (Sec.: Roldán). c. 40365, BAZZI, Jessica Jaqueline y otro s/procesamiento. Rta. 24/06/10.

#### **vi. RTA. 09/10/12. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**

En calidad de partícipe necesario en concurso ideal con falsedad ideológica de instrumento público. Procesamiento. Escribano que, junto con otros imputados, instrumentó una cesión de derechos, que luego fuera presentada en un juicio sucesorio, por la cual se despojó a la víctima de varias propiedades por una suma inferior al valor real. Informes médicos que concluyeron que la cedente no contaba con capacidad psíquica para comprender el significado del acto que estaba realizando. Perjuicio patrimonial. Confirmación.

Fallo: “(...) defensas de S. B. M., L. D. L., R. E. B. y M. J. V. contra la resolución obrante a fs. (...), que dispuso el procesamiento de los tres primeros en orden

al delito de circunvención de incapaz en concurso real con el delito de estafa procesal en grado de tentativa (arts. 42, 45, 55 172 y 174, inc. 2º, del Código Penal) y respecto del último por hallarlo autor de los delitos de falsedad ideológica de instrumento público en concurso ideal con el de circunvención de incapaz, en calidad de partícipe necesario (art. 293, *ibídem*).

(...) II.- Sentado ello, coincidimos con la a quo en que, más allá de la evacuación de las citas expuestas por los encausados, subsisten en la causa elementos probatorios que demuestran, con el grado de provisoriedad y probabilidad que esta etapa requiere, tanto la existencia de los hechos investigados como la intervención de aquéllos en su comisión.

En efecto, el primer informe realizado por el Cuerpo Médico Forense determinó que, ante al “cuadro clínico compatible con Demencia de Alzheimer con componentes vasculares agregados” que en la actualidad presenta J. B. D. y lo que surge de las constancias incorporadas a su historia clínica, “para la fecha del 1º de octubre de 2008 no contaba con capacidad psíquica para comprender el significado del acto jurídico que se estaba celebrando” (cfr. fs. ...). Sin perjuicio de la precedente conclusión asentada por la Dra. M. S., frente a la disidencia planteada por el perito de parte E. M. E. (ver fs. 348/350 vta.), se dispuso la realización de una junta médica a fin de disipar las divergencias y determinar si el referido D. para aquel entonces carecía o no de autonomía psíquica para realizar actos de administración y disposición de bienes. El resultado de esta medida reforzó lo afirmado por la facultativa oficial y resultó concluyente pues, salvo el especialista particular ya mencionado (quien nuevamente opinó en discrepancia con sus colegas), los otros tres profesionales del Cuerpo Médico Forense, así como el experto propuesto por la querrela concordaron en que el examinado se encuentra cursando un síndrome demencial crónico e irreversible que “ya se encontraba en curso al momento del acto jurídico que se cuestiona”, siendo que “Por el deterioro progresivo y la afectación de la autonomía que la patología conlleva, el peritado no habría contado al momento del hecho con capacidad plena para comprender el significado del acto jurídico que se estaba celebrando” (ver fs. ...).

Los estudios reseñados acreditan que al 1 de octubre de 2008 J. B. D. presentaba una notoria incapacidad para celebrar actos jurídicos como el cuestionado. No obstante, los herederos testamentarios de su hijo y el escribano que otorgara el documento público pertinente, instrumentaron una cesión de derechos que luego fuera presentada en el juicio sucesorio. Contribuye a conformar esta convicción la circunstancia de que la propia imputada S. B. M., previo a concurrir a la escribanía donde se llevara a cabo el acto notarial, le haya preguntado a su consorte de causa B. si el mencionado D. “estaba en condiciones de realizar una cesión de bienes” (fs. ...). Es más, el coprocesado M. Á. B. señaló incluso que al suscribir el instrumento del fraude el cedente no se encontraba en el lugar, así como que tampoco se había pagado en esa oportunidad suma alguna por

dicha cesión (ver fs. ...). Lo expuesto debe ensamblarse con el hecho de que, aún teniendo por cierto el pago de \$150.000 como contraprestación de la cesión de derechos referida, el patrimonio conformado por dicha transmisión se estimaba en dos millones de dólares aproximadamente –integrado por varios inmuebles, automóviles importados y acciones en distintas sociedades- todo lo cual resulta indicativo de que el cedente D. claramente no comprendía el significado de la operación. De otro lado, y ante lo manifestado por la defensa de V. en la audiencia, cabe señalar que la circunstancia de que unos días antes de suscribirse la cesión objetada J. B. D. haya otorgado un poder general de administración al aquí imputado B. (ver fs. ...), en nada conmueve las consideraciones vertidas precedentemente acerca de su incapacidad para celebrar el acto que ha sido cuestionado.

(...), el tribunal RESUELVE: Confirmar el auto de fs. (...), en todo cuanto fuera materia de recurso.” C.N.Crim. y Correc., Sala IV, Seijas, González Palazzo, González. (Prosec. De Cam.: Pereyra). c. 1432/12, B. R. E. y otros s/defraudación en la calidad de las cosas. Rta. 09/10/12.

#### **vii. RTA. 17/08/2011. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**

Falta de mérito para procesar o sobreseer. Imputados que, junto con un escribano, indujeron a una mujer que padecía demencia senil y mal de Alzheimer, a suscribir un poder amplio por el cual la despojaron de sus bienes, frustrando derechos hereditarios cuando la víctima falleció. Informes médicos que concluyeron que la poderdante no contaba con capacidad psíquica para comprender el significado del acto que estaba realizando. Perjuicio patrimonial. Procesamiento por defraudación de incapaz.

Fallo: “(...) en virtud del recurso deducido por la querrela contra el punto I del auto de fs. (...) que decretó la falta de mérito para procesar o sobreseer a L. A. B., a E. A. L., a J. C. L. y a J. A. T., en orden a los sucesos por los que fueran formalmente indagados (art. 309 del C.P.P.N.).- Celebrada la audiencia en los términos del art. 454 del citado código de forma (texto según ley 26.374), en la que el Dr. Hernán Zavalía Lagos, patrocinante de la querrela, expuso sus agravios; mientras que el Dr. Fernando Di Rado por la defensa de E. A. y J. C. L. y J. T., y el Dr. Miguel Ángel Carranza, defensor de L. A. B., ejercieron su derecho a réplica, se resolvió dictar un intervalo (...).

II. De los hechos. Constituye el objeto procesal de la causa la maniobra que habría frustrado los derechos hereditarios de C. E. y R. E. B., respecto de los bienes de M. E. B., tía de los nombrados, quien falleciera el 3 de enero de 2006.

En este sentido, E. A. L. y J. A. T., con la complicidad del escribano L. A. B., habrían conseguido que la causante les otorgara un poder amplio de administración de sus bienes, pese a no poseer capacidad civil para hacerlo, a raíz de un padecimiento de demencia senil y mal de "Alzheimer".-

Dicho poder fue otorgado por documento público el día 20 de abril de 2005, en el domicilio de la Sra. B., ubicado en la calle Rodríguez Peña (...), piso (...), de esta ciudad en la que intervino el escribano B. -titular del registro notarial nro. (...) de esta ciudad-, quien hizo constar que esta se encontraba impedida de firmar a causa de una parálisis en su brazo derecho, por lo que sólo estampó su dígito pulgar derecho y firmó a su supuesto ruego el Sr. J. A. R., encargado del edificio donde aquella vivía.-

Cabe mencionar que J. E. B., sobrino de M. E. B., quien falleciera el 13 de abril de 2005, había legado vía testamentaria a favor de ésta última una propiedad de 500 hectáreas sita en la calle (...), provincia de Córdoba, la que fue trasferida a J. C. L., por la suma de pesos sesenta mil (\$ 60.000) el día 3 de agosto de 2005.-

III. De la situación procesal. Entendemos que el auto en crisis debe ser revocado, dado que las pruebas producidas en la causa son suficientes, teniendo en cuenta la provisoriedad requerida en esta etapa, para estar al procesamiento de E. A. L., J. C. L., J. A. T. y L. A. B.-

En efecto, conforme surge del informe del Cuerpo Médico Forense (ver fs. 133/135), luego de examinar el historial médico de M. E. B. (fs. 93/121), ésta ya era portadora de un trastorno cognitivo crónico al mes de marzo de 2003, de lo que se infiere que dada la naturaleza evolutiva e irreversible de este padecimiento, le habría impedido la comprensión del acto celebrado con fecha 20 de abril de 2005, cuya copia luce agregada.

En dicho acto, E. A. L. y J. A. T. comenzaron a administrar los bienes de B., cediendo los derechos sucesorios que le correspondían en virtud del fallecimiento de su sobrino a J. C. L., hermano del primero de los mencionados (ver fs. 68).- Que a los efectos de perfeccionar el acto, intervino firmando a ruego el Sr. J. A. R. (sobreseído a fs. 193/195), dado que la causante poseía una parálisis del brazo derecho, lo cual resulta aún más sugestivo, si se contrasta dicha circunstancia con el restante cuadro probatorio, sumado a la contraprestación recibida por éste (ver fs. 199/200).

Así, con relación a la actuación del escribano B., debemos mencionar que si bien en el ejercicio de la función notarial, el escribano carece de idoneidad profesional para comprobar el estado de las facultades mentales de los otorgantes de las escrituras que

autoriza, en el caso traído a estudio no podemos soslayar que la discusión suscitada al momento de la escritura, en la cual el testigo que firmó a ruego por B. exigía la entrega de dinero y la firma de sendos pagarés, circunstancia no controvertida en la audiencia, permite suponer, al menos provisoriamente, que éste se hallaba al tanto de las intenciones de L. y T.-

De este modo, los descargos de los imputados y las citas efectuadas por éstos al momento de recibírseles declaración indagatoria (al respecto ver fs. 268/270, 271/275, 276/277vta. Y 278/280vta.) no logran refutar el plexo cargoso reunido en esta investigación, cuya entidad es fundamentalmente provisoria en esta etapa, habilitando el avance de la causa hacia otras instancias del procedimiento, donde la valoración probatoria puede ser contrastada con el resto de las probanzas con mayor y mejor amplitud, en virtud de los principios de inmediatez, oralidad, concentración, contradicción y publicidad, superándose de esa forma las limitaciones que puede llegar a plantear la estructura menos contradictoria y más dirigida del trámite de instrucción.-

Ello, sin perjuicio de la procedencia de las medidas dispuestas por el magistrado de la instancia anterior, las que pueden ser perfectamente llevadas cabo aún después de adoptar el temperamento previsto en el art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación.-

IV. De la calificación legal: En cuanto a la significación jurídica, entendemos que el suceso ventilado encuadra en la figura prevista en el inc. 2 del art. 174 del Código Penal, por cuanto para la configuración de este tipo penal basta con acreditar la existencia de circunstancias permanentes o transitorias que afecten el discernimiento del sujeto pasivo al momento del hecho, ya sea privando o disminuyéndolo, de modo tal de incidir sobre su juicio o voluntad, condiciones que pueden o no coincidir con alguna de las categorías de incapaces en los términos de los arts. 141 y 152 del Código Civil, prescindiendo, incluso, de la declaración en juicio de tal condición.- Asimismo, el acto importó la firma de un documento que acarrearba un efecto jurídico patrimonialmente perjudicial, colmando uno de los requisitos típicos de la figura en juego, ya que uno de los elementos de ésta es que, al incapaz, se lo haga firmar "un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro...", tal como sucede en la especie.- Así, E. A. L., J. C. L. y J. A. T. deberán responder en calidad de coautores, dado que se advierte en su accionar un dominio funcional del hecho, cuya división de tareas habría estado direccionada a hacerse del patrimonio que integraba el acervo hereditario de M. E. B.; mientras que L. A. B. deberá responder en calidad de partícipe necesario, pues si bien no poseía el dominio del hecho, su aporte fue esencial para su configuración.- En lo referente a las etapas del iter criminis, éstas deben reputarse completas, ya que el delito se consumó con la firma de la escritura pública y la posterior cesión de derechos. (...)

VI. Finalmente, en atención a lo dispuesto en el art. 135 de la ley nro. 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se deberá comunicar al Colegio Público de

Escribanos de la Capital Federal de lo resuelto en la presente, respecto de L. A.- En mérito a lo expuesto, el tribunal RESUELVE: I) REVOCAR el punto I auto de fs. 292/293vta y disponer el PROCESAMIENTO de E. A. L., DNI (...), en orden al delito de defraudación a un menor e incapaz, por el que deberá responder en calidad de coautor (arts. 45 y 174 inc. 2 del C.P.N.), trabando embargo sobre sus bienes y/o dinero hasta cubrir la suma de treinta mil pesos (\$30.000) (arts. 518 y cctes. del CPPN).- II) MANTENER de momento la libertad de E. A. L. hasta que el Magistrado de la primera instancia cuente con el respectivo informe de reincidencia, pudiendo entonces analizarse nuevamente la cuestión (art. 312 contrario sensu del CPPN).- III) REVOCAR el punto I auto de fs. (...) y disponer el PROCESAMIENTO de J. C. L., DNI nro. (...), en orden al delito de defraudación a un menor e incapaz, por el que deberá responder en calidad de coautor (arts. 45 y 174 inc. 2 del C.P.N.), trabando embargo sobre sus bienes y/o dinero hasta cubrir la suma de treinta mil pesos (\$30.000) pesos (arts. 518 y cctes. del CPPN).- IV) MANTENER de momento la libertad de J. C. L. hasta que el Magistrado de la primera instancia cuente con el respectivo informe de reincidencia, pudiendo entonces analizarse nuevamente la cuestión (art. 312 contrario sensu del CPPN).- V) REVOCAR el punto I auto de fs. (...) y disponer el PROCESAMIENTO de J. A. T., DNI (...), en orden al delito de defraudación a un menor e incapaz, por el que deberá responder en calidad de coautor (arts. 45 y 174 inc. 2 del C.P.N.), trabando embargo sobre sus bienes y/o dinero hasta cubrir la suma de treinta mil pesos (\$30.000) (arts. 518 y cctes. del CPPN).- VI) MANTENER de momento la libertad de J. A. T. hasta que el Magistrado de la primera instancia cuente con el respectivo informe de reincidencia, pudiendo entonces analizarse nuevamente la cuestión (art. 312 contrario sensu del CPPN).- VII) REVOCAR el punto I auto de fs. (...) y disponer el PROCESAMIENTO de L. A. B., DNI (...), en orden al delito de defraudación a un menor e incapaz, por el que deberá responder en calidad de partícipe necesario (arts. 45 y 174 inc. 2 del C.P.N.), trabando embargo sobre sus bienes y/o dinero hasta cubrir la suma de pesos treinta mil (\$30.000) (arts. 518 y cctes. del CPPN).- VIII) MANTENER de momento la libertad de L. A. B. hasta que el Magistrado de la primera instancia cuente con el respectivo informe de reincidencia, pudiendo entonces analizarse nuevamente la cuestión (art. 312 contrario sensu del CPPN). (...)” C.N.Crim. y Correc., Sala I, Jorge Luis Rimondi, Alfredo Barbarosch y Luis María Bunge Campos. (Prosec. De Cam.: Souto)”. c. 40732\_1, LUJAN, Eduardo Alberto. Rta. 17/08/2011.

#### **viii. RTA. 11/09/09. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPAZ.**

Sobreseimiento. Imputados que, junto con un escribano, abusaron del estado de vulnerabilidad de una mujer que no poseía aptitud psíquica y lograron que firmara a

favor de uno de ellos documentación que lo instituyó como único y universal heredero de sus bienes. Elementos de prueba que permiten agravar la situación procesal de los imputados para, eventualmente, en una etapa de debate, gracias a la inmediatez, discutir aquellas cuestiones que en esta etapa procesal no pueden considerarse con certeza como inexistentes. Revocación. Procesamiento por circunvencción de incapaz.

Fallo: “(...) los recursos interpuestos por la querrela (ver fs. ...) y por la defensa (ver fs. ...) contra el auto de fs. (...), que dispuso el sobreseimiento de L. G. C., S. C. G., M. B., R. P. G. y G. E. J., en los términos del artículo 336 inciso 3° del Código Procesal Penal de la Nación, con costas en el orden causado. La acusadora particular solicitó la nulidad del decisorio y el apartamiento de la Sra. juez por aplicación de su art. 173, ya que se efectuó una valoración arbitraria y subjetiva de la prueba. Subsidiariamente, pidió su revocación por inexistencia de la certeza negativa requerida para el dictado del sobreseimiento cuestionado, indicando que la duda impone tratar la cuestión en un juicio oral. La asistencia técnica de C. requirió que se fijen las costas procesales a la vencida.

(...) III.-Se imputa a los indagados “...haber abusado del estado de vulnerabilidad de M. T. D., que le restó aptitud psíquica para la comprensión de los actos que celebraba, sus consecuencias jurídicas y patrimoniales, logrando que el 24 de diciembre de 2008 la damnificada instituyera como único y universal heredero a L. G. C.; acto pasado por escritura pública (número trescientos treinta y seis). Para ello C. contó con la participación necesaria de la escribana S. C. G. y quienes oficiaron como testigos, M. B., R. P. G., G. E. J. y A. A. Así, falsamente G. asentó en la escritura...que se constituyó junto a los testigos en la habitación nº (...) del Sanatorio de la Trinidad, sito en la calle Cerviño 4720 de esta ciudad, y que constató la lucidez de espíritu y sano juicio de M. T. D., mientras que B., G., J. y A., tampoco se presentaron en aquel lugar, vieron a la testadora ni la escucharon ratificar el contenido del testamento labrado, sino que rubricaron la escritura pública para darle validez y sustento a un acto que nunca tuvo lugar. Alternativamente se les reprocha a la escribana y los testigos haber actuado en connivencia con L. G. C. y, a sabiendas que M. T. D. no se encontraba con aptitud psíquica para comprender el acto que celebraba (testamento), sus consecuencias jurídicas y patrimoniales, se constituyeron en el nosocomio en aquella fecha y asentaron lo contrario, para darle apariencia de validez al testamento” (ver las indagatorias de fs.(...)).

(...)IV.- La Sra. juez de grado concluyó que D. tuvo capacidad para comprender las consecuencias del acto y que C. no se aprovechó de su posible disminución. Valoró que el estado confusional que padecía aquella tenía un origen metabólico relacionado con su cuadro clínico y podía ser revertido con una diálisis óptima. Indicó que su evolución positiva surgiría de la evaluación de su Historia Clínica y de los testimonios de los médicos y enfermeras que la asistieron en “La Trinidad”. La falta de

comprobación del compromiso psíquico la magistrada la evaluó a partir de lo sostenido por el Dr. A., médico que labró el certificado adjunto al testamento y la aclaración formulada por los Médicos Forenses en cuanto a que "...no resulta posible negar o afirmar con un grado de certeza, en forma inequívoca y contundente, con el adecuado respaldo científico y exactitud, la capacidad de comprensión...", la cual estimó categórica y la referencia a su estado de lucidez asentada por los médicos tratantes. Sin embargo las pruebas agregadas al legajo revelan, con alto grado de probabilidad, que D. el 24 de diciembre de 2008 no se encontraba en condiciones psicofísicas para comprender los alcances y consecuencias del acto testamentario cuestionado. En primer término, cabe referir que se constató que D. ingresó a la clínica Santísima Trinidad el 17 de diciembre de 2008 a raíz de un cuadro clínico grave que desencadenó su fallecimiento el 26 de ese mes y año. Los Médicos Forenses en su primer informe indicaron respecto a esa fecha que "se infiere de las constancias obrantes en la historia clínica remitida, que la paciente de mención, no se encontraba en condiciones psíquicas como para comprender el acto de otorgar un testamento, su importancia y significado...". Analizaron que su "...'mejoría en la orientación y fluidez de pensamiento' '...más orientada...' que consta en la historia clínica, remite a que no estaba orientada, solo mejorada del deterioro sensorial con el que ingresara. Consta en los registros obrantes de enfermería que no podía movilizar los miembros superiores..." (ver fs. 115 punto 5).

Consideraron que los días 22, 23 y 25 se infería que tampoco "...se encontraba en condiciones psíquicas como para comprender el acto de otorgar un testamento su importancia y significado" (ver fs. 115 punto 5 bis). Asimismo en el punto 6 (fs. 116) explicaron que "la paciente tenía insuficiencia renal crónica y al ingresar llevaba sin concurrir a sus dos días de diálisis, presentando deterioro del sensorio. La diálisis puede mejorar el psiquismo de los pacientes, en la medida en que disminuyen los elementos tóxicos endógenos de la sangre...En ese caso particular, las diálisis que le fueran realizadas, no lograron llevar la urea a cifras consideradas dentro de los parámetros normales". En su posterior intervención, otros galenos del mismo cuerpo, concluyeron que los días 22, 23 y 25 de diciembre D. no podía comprender el acto jurídico en cuestión. En relación al 24 de diciembre resaltaron que no obraba protocolo de laboratorio pero que, a partir de su historia clínica, se constató que tenía hipotensión y que cursaba una importante alteración metabólica por su cuadro de sepsis e insuficiencia renal crónica, que afectó el sistema nervioso central llevando al paciente a una encefalopatía séptica. La confusión fluctúa de un día a otro y de una hora a la siguiente y que las situaciones clínicas mencionadas perturban de manera ostensible el funcionamiento armónico psico-físico, determinando en la mayoría de los casos un déficit cognitivo con la consiguiente pérdida de autonomía dada la afectación de funciones como la atención, la sensopercepción, la ideación, el pensamiento, la memoria y el juicio crítico (fs. ...). A modo de síntesis, refirieron que "...el cuadro

clínico que presentaba D. atento a lo que surge de su historia clínica era portadora de una IRC terminal con cifras sostenidas de elevación de urea y creatinemia que desarrollaron una encefalopatía urémica; cuyas características son que los síntomas pueden fluctuar de un día al otro e incluso de una hora a la otra dado que la hemodiálisis al hacer descender los niveles de urea y creatinina puede mejorar el sensorio. No obstante el cuadro de shock séptico también responsable de la encefalopatía metabólica que portaba que la llevó a la falla multiorgánica, y conjuntamente con su insuficiencia renal al deterioro final y al óbito...” (ver fs. ... ). Además, a fs. 694 definieron “lucidez mental” como “el estado de conciencia capaz de lograr la máxima concentración intencional normal a su actividad ordenada haciendo que sus contenidos posean claridad, nitidez y distinción. Una persona tiene la conciencia lúcida cuando tiene todas sus funciones psíquicas normales, lo que la lleva a una correcta orientación auto y alopsíquica...”. Asentaron que “...una persona con afectación como la que presentaba la causante, tiene afectada la función atenta, perceptiva, mnésica, ideatoria, de elaboración del pensamiento y de la orientación y esta situación de manera fluctuante se presenta durante su internación...”. A partir del concepto de lucidez esbozado analizaron la asentada por los médicos tratantes (ver fs. 695) indicando que la Dra. B. G. el 23 de diciembre a la noche prescribió la toma de 10 gotas de halopidol por fabulaciones y confusión, que “...el día 24 el Dr. S. consignó en la HC...mejoría en la orientación y fluidez del pensamiento...”, lo que implicó que evolucionó favorablemente pero no su recupero pues su expresión no fue asertiva. Además resaltaron que sus expresiones y las utilizadas por la Dra. B. “...hacen que el concepto de lucidez entre en tensión y pueda ser cuestionado por lo explicitado en los párrafos anteriores...”. Dijeron que a su vez el 24 de diciembre se le administró Trapax 0,5 mg a las 12 horas y que el 23 a la noche Halopidol 10 gotas. Ante este cuadro probatorio la postura que la Sra. juez adoptó como sustancial, la cual se formuló a partir de su pregunta (ver fs. 680) que “...En caso de que no se encontrara M. T. D. en condiciones psíquicas de testar, identificar el grado de certeza o probabilidad de ello...”, no puede ser atendida con los alcances que se pretendió otorgar, por cuanto los peritos no pueden dar de manera alguna certeza respecto a situaciones históricas. Sentado ello, cabe resaltar que los expertos analizaron pormenorizadamente las constancias médicas y sus argumentos no “evidencian errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos o lucen defectuosos o incompletos...” (ver Navarro-Daray, “Código Procesal Penal de la Nación”, Tomo 1, Hammnurabi, año 2004, págs. 648/649 y sus citas), que autoricen a apartarse de ellos. Además, sus fundamentos científicos, necesariamente, deben ser analizados dentro del contexto de situación vivencial de D. para determinar si existió al momento de otorgar el acto la captación de su voluntad con aprovechamiento de su falta de discernimiento y libertad plena. Bajo esa perspectiva, como se dijo en un primer momento, la damnificada ingresó a la clínica con un diagnóstico clínico grave que desencadenó su muerte y, de manera específica, determinó un cuadro confusional con fluctuaciones, pero instalado en el tiempo (ver testimonio de la psiquiatra de la

Clínica “Trinidad” M. O. B. G.-fs. ...). A diferencia de lo sostenido por la colega se evidencia que las diálisis prescriptas el 21, 23 y 25 de diciembre de 2008 no revirtieron el cuadro y, por ende, no pueden estimarse óptimas. Obsérvese que los médicos forenses sostuvieron que los días 22, 23 y 25 de diciembre la fallecida no pudo comprender el acto jurídico en análisis. Además, en relación al 23 su dictamen se apoyó en la circunstancia que a la noche debieron administrarle 10 gotas de halopidol por presentar fabulaciones. Lo expuesto, sumado a que el 24 al mediodía (12:00 horas) se le suministró “Trapax”, demuestra que el síndrome confusional se había agravado e impide estimar que a las 12:30 horas estuviera en condiciones psicofísicas de otorgar el testamento. Máxime si se atiende a que el 25 presentaba el mismo cuadro y el 26 se produjo su óbito. Debe valorarse, especialmente, que la crisis confusional de D. obedecía a un cuadro séptico adicionado a su insuficiencia renal crónica, el cual lejos de ser revertido a partir del tratamiento dispensado, aparece como determinante del desenlace fatal. De esa forma la falta de discernimiento de la damnificada alegada por la querrela resulta razonable y ajustada al sentido común. Se apoya en las constancias médicas analizadas bajo la perspectiva de los expertos del Cuerpo Médico Forense quienes de manera fundada sostuvieron que la lucidez y orientación aludida por los galenos de la clínica no llegaba a “lograr la máxima concentración intencional normal..., haciendo que sus contenidos posean claridad, nitidez y distinción..., pues D., tenía afectada la función atenta, perceptiva, amnésica, ideatoria, de elaboración del pensamiento y de la orientación...de manera fluctuante durante su internación...” (ver fs. ...). La gravedad del diagnóstico surge también de la circunstancia que aún cuando su internación fue en un sector de terapia intermedia, presentaba cuidados intensivos, por cuanto todos los médicos y enfermeras que intervinieron en él estaban abocados a este sector (ver las declaraciones de L. V. B. -fs. ...-, M. Á. M. -fs. ...-, D. S. -fs. ...-, R. J. M. M. -fs. ...- y N. I. A. -fs. ...). Finalmente, resaltamos que la dolencia psicofísica padecida por D. se verificó en su rúbrica (ver fs. 490 del informe caligráfico), la cual, además, se advierte del simple cotejo entre la asentada en el documento en análisis (ver fs. 465) y los indubitables agregados a fs. 467 y 470, lo quereforza la gravedad del cuadro que presentaba. Por otra parte, todos los intervinientes en la firma de la escritura pública indicaron que fueron contactados por C. el día 23 de diciembre, oportunidad en la cual D. habría expresado su voluntad de testar. Los Médicos forenses afirmaron que ese día no pudo comprender en modo alguno los alcances y consecuencias del acto cuestionado, lo que resulta que no estaba en condiciones de decidir celebrar el documento atacado. Además, las constancias procesales ponen en duda que los encausados y el Dr. A. estuvieran presentes durante el otorgamiento del testamento, por cuanto alegaron haber estado en la habitación n° (...) alrededor de una hora y egresaron tras concretar la escritura, esto es, luego de las 12:30 horas. La paciente estaba con cuidados intensivos y de la historia clínica surge que se suministró a D. a las 12:00 horas “Trapax”. Pese a ello, las enfermeras no recordaron haber observado la presencia de “siete personas y una criatura de 3 o 4 años de edad en

la habitación”. A su vez, que el acto se habría desarrollado en plena hora del almuerzo y que conforme surge de las constancias médicas a las 16:00 horas y 20:00 horas D. debió ser asistida para merendar y cenar por cuanto no podía movilizar adecuadamente sus miembros superiores, circunstancia que permite sostener que necesito ayuda para alimentarse al mediodía. Llama aún más la atención que el personal del sanatorio no recordó haber dialogado con el Dr. A. de la situación de D. ni haberle facilitado la historia clínica. En conclusión, las pruebas reunidas ameritan, cuanto menos, proseguir el trámite del proceso con el dictado de sus procesamientos atento a que en una hipotética etapa de debate podrá discutirse en el contradictorio la cuestión que no puede ser considerada con certeza como inexistente. Sobre la materia rigen “...los art. 3615 y 3616 del CC que aluden al goce de perfecta razón y sano juicio, que se traduce en la sanidad de la inteligencia y de la voluntad del testador...” y si bien “...la ley presume que toda persona está en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario...si el testador algún tiempo antes de testarse hubiera hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido, el cual deberá ser suficientemente cierto y prolongado para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces...” (ver Navarro-Leo, Circunvencción de Incapaz, Hammurabi, año 2005, pág. 42 y ss). La jurisprudencia civil sostuvo que “A los fines de probar la incapacidad del testador donante basta acreditar la falta de discernimiento en la época de los actos impugnados, es decir, durante un tiempo próximo anterior y posterior dentro del cual se comprenden los momentos de ejecución del testamento y donación...”. (C.C.Civ., Sala M. causa n° L. 256695 del 8 de mayo de 2000), de ahí la relevancia que adquiere el contexto de situación clínica de Delgado del 17 al 26 de diciembre de 2008. En el caso la incapacidad de D. por su deficiencia orgánica se mantuvo durante su internación y denotó un estado notorio de decadencia de su aptitud intelectual los días anteriores y posteriores al acto, siendo más que dudosa su aptitud durante su celebración. De la nota al artículo 3615 del Código Civil surge que “El Derecho Civil exige en el hombre que quiere erigir en ley doméstica su última voluntad, que esta voluntad nazca de un espíritu sano...”. En ese orden se ha dicho que “...La perfecta razón exigida por el art. 3615 del Código Civil importa la sanidad mental, por cuanto implica muchas más nociones y condiciones que la demencia, y excluye toda enfermedad mental, ya sea permanente o transitoria. No sólo los dementes no pueden testar, sino que no pueden hacerlo aquéllos que en el momento de otorgar el acto no se hallan en plena sanidad mental...” (ver C.C.Civ., Sala F, c. “Melluso, Vicente c/ Russo, María Elena” del 20 de agosto de 1998). Esa disminución surge del análisis del presente. En ese orden, la evaluación de manera conjunta de acuerdo a la sana crítica, la lógica, la experiencia y el sentido común de las pruebas reseñadas acredita, en esta etapa, que C. y S. C. G. habrían aprovechado la disminución de entendimiento y comprensión por la que atravesaba D., la cual no podían desconocer, el primero, en virtud de la habitualidad de trato y, la escribana, por cuanto estuvo presente durante el desarrollo del acto y la dolencia aparece evidente. Además, su accionar

común determinó su otorgamiento, por lo que se debe revocar el decisorio apelado y decretar su procesamiento (art. 306 del C.P.P.). En cuanto a la calificación legal a asignar, estimamos que la conducta se adecua al delito de circunvención de incapaz y que C. y G. deberán responder en calidad de coautores (artículos 45 y 174, inciso 2°, del C.P.). Para eso valoramos que "...el delito se consuma con la firma del documento, sin interesar que el daño patrimonial se produzca o no...[pues]...es un delito de peligro" y, por ende, su suscripción agotó el tipo legal (ver Navarro-Leo obra cit..., pág. 61, 83 y 87), en el cual quedó absorbida la figura de falsedad ideológica de documento. Además, se advierte que cada uno de ellos dominó el quehacer global de los demás (Claus Roxin, "Autoría y dominio del hecho en derecho penal", Marcial Pons -Ediciones Jurídicas y Sociales-, Madrid, 1998, pág. 305). En esa inteligencia la escribana S. C. G. ha tenido el co-dominio del hecho, toda vez que su accionar era determinante para que C. continuara o cesara en la perpetración del abuso pergeñado el día anterior y su presencia en el lugar a la fecha de celebración obedecía evidentemente a la división de tareas pautadas y al cumplimiento del plan común ya convenido. Ello pues, el contexto en el cual se suscribió el testamento habría otorgado a G. un motivo razonable para creer que se hallaba en presencia de un incapaz (ver Navarro- Leo, obra cit..., págs 47/48), máxime si se atiende que la Ley Orgánica Notarial "...en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires... obliga al escribano a escuchar, indagar, asesorar, apreciar la ilicitud del acto o negocio a formalizar y la capacidad de obrar de las personas intervinientes..." (ver Leo Roberto, "Código Penal, parte especial, Cathedra Jurídica, 2013, Tomo 2, pág. 783). Así, pese a conocer la insuficiencia de D., de manera directa, dio fe del acto en su perjuicio y el de su heredero procurando a C. un provecho indebido (ver Navarro-Leo, obra cit...pág. 42, 45 y 49). Asimismo, del análisis efectuado y de las reglas establecidas para la validez del testamento surge que C. y G. no pudieron, en principio, lograr su cometido sin contar con la colaboración necesaria de los testigos del documento M. B. y R. P. G., los cuales lo suscribieron para darle aparente validez. Los elementos recabados permiten sostener que conocieron la incapacidad de D. y el abuso pergeñado por C. y, por ende, obraron con intención y voluntad de asistir en el abuso.-

Al respecto se sostuvo que "...la participación es posible en todas sus formas, mas debe ser evaluada teniendo en cuenta que el tercero...debe conocer la incapacidad psíquica..." (ver Leo Roberto, obra cit..., pág. 782). En el caso la disminución aparece en principio notoria.-

Por ello, se debe revocar la resolución también a su respecto y ordenar sus procesamientos como partícipes necesarios del delito de circunvención de incapaz (artículos 45 y 174 inciso 2° del Código Penal). (...)En conclusión, corresponde fijar el monto del embargo a trabar sobre los bienes o dinero de (...) Por ello, el Tribunal RESUELVE: I.-RECHAZAR la nulidad articulada contra el auto de fs. .... II.- REVOCAR la citada resolución y

DECRETAR EL PROCESAMIENTO, sin prisión preventiva, de L. G. C., S. C. G., M. B. y R. P. G. en orden al delito de circunvencción de incapaz, por el cual deberán responder C. y G. como coautores y B. y G. como partícipes necesarios (artículos 45 y 174 inciso 2° del C.P. y 306 del C.P.P.N.)- III.- TRABAR embargo (...)”. C.N.Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Lucini, Pinto. (Prosec.Cám.: Asturias). c. 40800, CELASCO, Luis Gustavo y otros. Rta. 11/09/09.

#### COMPETENCIA.

Inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la CABA de una escritura de cancelación de hipoteca presuntamente falsa para evitar la subasta de un inmueble. Justicia de instrucción.

Hechos: La querella apeló la resolución por la cual el magistrado se declaró incompetente y remitió las actuaciones a la justicia federal.

Fallo: “(...) Se investiga en autos la maniobra atribuible a (...) –por quien se ha dictado auto de falta de mérito a su favor (ver fs. ...)-, quien en connivencia con (...) habrían inscripto falsamente ante el Registro de Propiedad Inmueble de esta ciudad una supuesta cancelación de hipoteca con el Banco (...), con relación a la finca sita en (...), unidad (...) piso (...), dpto. (...), para evitar que sea subastada por esa entidad, habiendo utilizado una escritura apócrifa atribuida al escribano (...) -nro. (...), del (...) pasada ante el registro n° (...) (ver documentación de fs. ...)-.

III- En este sentido, la a quo consideró que la conducta descripta precedentemente y que fuera desplegada por (...) encuadraba en principio en el delito previsto por el artículo 292 del Código Penal, el que a su vez concurría idealmente con el delito de estafa y falsa denuncia del citado cuerpo legal y atento a que el documento cuestionado había sido presentado ante el Registro de la Propiedad Inmueble de esta ciudad, correspondería al fuero federal continuarse con la presente investigación dado que se obstruyó y corrompió el buen servicio de los empleados de la Nación (arts. 3, inc. 3° de la ley 48 y 33, inc. 1° “c” del CPPN).

IV- Este Tribunal comparte lo expuesto por el señor fiscal general en su dictamen de fs. (...), pues el Registro de la Propiedad Inmueble desarrolla su actividad en el ámbito de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, con lo cual su carácter es netamente local, en consecuencia el accionar reprochado a (...) no ha entorpecido el buen servicio de los empleados de la Nación (art. 33, inc. 1° “c” contrario sensu del CPPN).

Además, tampoco se advierte que se haya afectado a las rentas del Estado, dado que solo se ha visto perjudicado un particular, en este caso el Banco (...) y (...) S. A., ya

que la maniobra desplegada por el imputado fue para intentar evitar que el inmueble situado en (...), unidad (...), piso (...), dpto. (...), de esta ciudad sea subastado.

Por último, tal como bien lo señaló el fiscal de alzada, no puede equipararse el hecho que se investiga en autos a aquellos casos en los cuales se presenta documentación apócrifa ante el Registro Nacional de la Propiedad Automotor, pues este organismo posee carácter nacional.

Por ello, corresponde REVOCAR el auto de fs. (...), debiendo continuar con la presente investigación el Juzgado Nacional de Instrucción nro. (...), Secretaría nro. (...), lo que ASÍ SE RESUELVE. C.N.Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Barbarosch, Bruzzone. (Sec.: Peluffo). c. 33764\_1, CARRIZO, María L. Rta. 30/05/08.

**ix. RTA. 28/10/10. CONTIENDA ENTRE JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Y JUZGADO FEDERAL.**

Escribano que confeccionó una escritura traslativa de dominio encontrándose fallecido el titular registral de la propiedad. Justicia de instrucción.

Fallos: "(...) Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del tribunal en virtud de la contienda de competencia negativa suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. (...), Secretaría nro. (...) y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. (...), Secretaría nro. (...). Se les atribuye (...) y (...) haber participado en la maniobra estafatoria llevada a cabo el (...), en la cual (...), escribana, habría confeccionado una escritura traslativa de dominio (fs...) a favor de (...) respecto del inmueble sito en la calle (...), fecha para la cual la titular registral de la propiedad (...) se encontraba fallecida (...). El Sr. juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. (...), al momento de decretar la falta de mérito para procesar o sobreseer a (...), resolvió declararse incompetente para investigar en las presentes actuaciones y remitirlas al fuero de excepción, por entender que podría verse configurado el delito previsto en el art. 33, inc. d) de la ley 20.974. Por su parte, el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. (...) no aceptó la competencia atribuida, considerando prematura la declinatoria de competencia, al no existir prueba fehaciente que acredite la presentación del DNI perteneciente a (...), tras lo cual el magistrado de instrucción insistió en su postura, dando así por trabada la contienda de competencia negativa. Sentado cuanto precede, oído el señor fiscal, habremos de asignar competencia al fuero de instrucción (...) puesto que en este caso concreto, atento el estado actual de la pesquisa, coincidimos con la postura expuesta por el juez federal al considerar, de momento, prematura la declinatoria de competencia postulada a fs. (...) en ocasión de resolver la situación procesal de los encausados, ya

que, las numerosas medidas ordenadas en el fuero de instrucción podrían establecer, entre otras cosas, si se utilizó el DNI (...) perteneciente a (...), quien ya había fallecido al momento de la escrituración de la finca de la cual era propietaria, como lo expusieran la notaria y el comprador en sus descargos o si, por el contrario, la maniobra fue orquestada por los imputados como les fue atribuido. (...) el tribunal RESUELVE: MANTENER la competencia del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...), Secretaría N° (...) para intervenir en estas actuaciones. (...)" C.N.Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bruzzone, Barbarosch. (Sec.: Peluffo). c. 39231\_1, FERRARI, Adalberto Oscar y otros. Rta. 28/10/10.

#### **x. RTA. 29/06/12. ESTAFA.**

Sobreseimiento. Cesión de derechos hereditarios, y mutuo con garantía hipotecaria. Víctima inducida a celebrar dos actos incompatibles entre sí. Revocatoria. Procesamiento del letrado y del notario.

Fallo: "(...), se recuerda que la investigación se inició con la denuncia formulada el día 30 de octubre de 2009 por (...), quien endilgó a (...) y (...) el haber participado en una maniobra estafatoria en virtud de la cual fue desapoderada de un bien inmueble - del que es heredera- y demandada por vía ejecutiva por la suma de US\$ 9200 (nueve mil doscientos dólares). La denunciante expuso que el 18 de febrero de 2008 concurrió a las oficinas de la firma "...", ubicadas en la calle (...) de esta ciudad, luego de observar un aviso clasificado titulado "si no puede vender su propiedad -...-" (...). En dicho lugar fue atendida por (...), a quien le manifestó su intención de vender un departamento ubicado en la calle (...), de esta ciudad, aclarándole que sus progenitores habían fallecido, siendo éstos los últimos titulares registrales del bien, por lo que debía iniciarse un juicio sucesorio (...).

Agregó (...) que su madre había fallecido en el año 1999 en la provincia de Córdoba y su padre en el año 2004 en esta Capital Federal. Por tal motivo, en su condición de abogado, (...) se ofreció a llevar adelante la sucesión y frente a lo manifestado por la denunciante en cuanto a que no tenía dinero para solventar dicho trámite, el letrado propuso hacerse cargo de la sucesión, gestionar la venta del inmueble y luego de ello, cobrar sus honorarios.

Por dicho motivo, el 17 de marzo de 2008 (...) y (...) firmaron un convenio de honorarios profesionales por la suma equivalente al 11, 2 % del total del acervo hereditario y el 25 de marzo de 2008 la denunciante le confió un poder judicial especial para tramitar los juicios aludidos (...). A mediados de junio de 2008, (...) le habría informado que la sucesión debía iniciarse en la provincia de Córdoba y luego de que (...) le manifestara que no tenía dinero para afrontar los costos que ello requería, el

imputado le ofreció obtener un crédito. De tal modo, el 21 de agosto de 2008 (...) se presentó con (...) en la escribanía de la calle (...) de esta ciudad, oportunidad en la cual -según manifestó la denunciante- fue inducida a firmar una serie de "papeles", esencialmente una escritura de "cesión de derechos" y un "mutuo con garantía". Así, G. firmó un contrato de mutuo mediante el cual (...) por sí y en representación de su madre, la señora (...), concedía en préstamo la suma de US\$ 9.200 (nueve mil doscientos dólares), que debían ser devueltos en cinco cuotas mensuales de US\$ 138 -correspondientes al interés- y una cuota de US\$ 9.338 -correspondiente al capital y a la última cuota de interés-. Además, se dejó constancia en dicho instrumento de que la deudora -...- daba en garantía el departamento ubicado en la calle (...) de esta ciudad, obligándose a no disponer ni gravar en forma alguna el bien hasta la cancelación total del préstamo (...). En esa fecha, asimismo, (...) suscribió -también a instancias de (...), según refirió- la escritura número trescientos noventa y nueve, por ante la escribana (...), en la cual se dejó constancia de que vendía, cedía y transfería a favor de (...) y (...) todas las acciones y derechos hereditarios que le correspondieren en la sucesión de (...) y (...) por el precio total de US\$ 9.200 (...). Agregó la denunciante que el día del hecho creyó haber tramitado un crédito para que su abogado llevara adelante el proceso sucesorio, que firmó unos "papeles" que le dijeron que eran internos y que no recibió suma de dinero alguna (...). Por último, el 15 de mayo de 2009, (...) intimó a (...) al pago de los US\$ 9.200 (nueve mil doscientos dólares) debidos en función del contrato de mutuo celebrado, luego de lo cual inició un juicio ejecutivo que quedó radicado en el Juzgado Nacional en lo Civil (...). El señor juez de instrucción dispuso el sobreseimiento de los imputados (...). En primer lugar, entendió que la operatoria llevada a cabo por la querellante fue realizada de la manera habitual en que se efectúa esta clase de negocio jurídico, no pudiendo demostrarse que dicho convenio fuera efectuado abusando de su confianza o a través de artilugios para lograr una disposición patrimonial perjudicial para (...).

En segundo lugar, respecto a la entrega del dinero por el crédito suscripto, sostuvo que la copia del recibo aportada por la propia querellante en la cual consta la entrega de US\$ 414 (cuatrocientos catorce dólares) por el pago de intereses derivados del contrato de mutuo celebrado, daba cuenta de que (...) tuvo a su disposición el dinero obtenido del crédito (...).

Por otra parte, la recurrente sostuvo que el juez de grado efectuó una interpretación que desnaturalizaba los contratos de mutuo y cesión de derechos, ya que la hipótesis de que la cesión fue otorgada únicamente en garantía del crédito no surge de los instrumentos ni de otros elementos de convicción y que no se hizo entrega de dinero alguno a la damnificada.

Al respecto, estima el Tribunal que el temperamento desvinculante adoptado debe ser revocado. En tal sentido, ante todo debe señalarse que más allá de las

explicaciones brindadas por los imputados (...) y (...), quienes afirmaron que la cesión fue concretada al solo efecto de garantizar el mutuo (...), y por (...), quien refirió que la operación cuestionada se llevó a cabo de forma habitual (...), el examen de la escritura pública cuestionada no permite inferir que ésta únicamente hubiera sido confeccionada para garantizar la celebración del contrato de mutuo, en el que sí se consignó que la deudora daba en garantía el departamento mencionado. En efecto, se ha definido la cesión de derechos hereditarios como "el contrato en virtud del cual un heredero transfiere a un tercero todos los derechos y obligaciones patrimoniales que le corresponden en una sucesión" y es sabido que -entre las partes- produce efectos desde su misma celebración y, si es total, otorga al cesionario "derecho a intervenir en el sucesorio en calidad de parte y con los mismos derechos que tenía el cedente" (Guillermo A. Borda, Manual de Derecho Civil- Sucesiones, 16ta. ed., actualizada por Delfina M. Borda, La ley, Bs. As., 2012, ps. 257/263).

En otras palabras tal contrato implica la cesión de los derechos patrimoniales -y las consiguientes obligaciones- derivados de la condición de heredero del cedente que, en modo alguno quedó -en el caso- supeditada al incumplimiento del mutuo y por ende, surtió los efectos que la ley asigna a una compraventa (cfr. Borda, op. cit., P. 258).

En este contexto, de suma relevancia resulta lo relatado por la escribana (...), quien subrogó al notario (...) el día en que se firmaron los instrumentos cuestionados, pues señaló que dichos contratos "son independientes, puesto que si bien el primero se trata de un mutuo garantizado con un inmueble, en la escritura de cesión no se indica bien alguno. Para el supuesto trato, tomando en cuenta la similitud del monto en ambos casos y la misma fecha, es factible que si el escribano tomara conocimiento de ambos conjuntamente, le habría llamado la atención pues notaría que una de las dos sería presuntamente nula, por ser contradictorios, pues no puedo garantizar con un bien que ya cedí y si hubiera sido al revés, o sea, primero garanticé y después cedí, la cesión debería referenciar esta garantía que pesa sobre el bien y de no haberlo hecho así, la garantía pesa igual" (...).

De tal modo, mediante los documentos referidos, se habría garantizado el supuesto mutuo con el inmueble y -al mismo tiempo- quedó habilitada la inscripción registral de esa propiedad a nombre de los cesionarios e impedida respecto de la querellante.

En ese sentido, puede concluirse en que se trató de una maniobra engañosa en la que la víctima fue inducida a celebrar dos actos que parecen incompatibles entre sí en un mismo día y lugar ya que, por un lado, si la damnificada no entregaba el dinero que presuntamente había recibido por el mutuo sería ejecutada -tal como finalmente ocurrió (...)- y por el otro, aunque saldara por completo dicha deuda, ya había cedido por escritura pública todos sus derechos sobre el único bien de la sucesión, a un precio que

alcanzaría sólo el 20 % del valor total en que (...) valuó el inmueble al intentar venderlo (...). Además, no puede dejar de señalarse que la cesión y el mutuo con garantía que fueron firmados el mismo día, entre las mismas personas -... y ...-, tuvieron como basamento el mismo inmueble, circunstancia que no podía ser desconocida por (...), quien tenía a su cargo el trámite sucesorio y según éste reconoció, estaba vinculado al inversor del mutuo y beneficiario de la cesión, y se hallaba presente en el acto únicamente para que (...) le otorgara una autorización de venta de la vivienda en cuestión (...).

Por otra parte, en cuanto a la entrega dineraria por el contrato de mutuo, los dichos de la denunciante, valorados conforme a las circunstancias anteriormente expuestas, lucen verosímiles, máxime cuando se pondera que resulta llamativo que (...) -acostumbrado a realizar esta clase de operaciones, según él mismo manifestó- hubiese entregado el dinero referido sin resguardarse con alguna constancia que acreditara su entrega y el recibo aportado por la querellante (...) es de la fecha en que se celebraron los contratos atacados, lo que implicaría que aquélla habría abonado US\$ 414 en concepto de intereses por períodos futuros en el mismo momento en que recibiera el préstamo. Por ello, entiende el Tribunal que los elementos reunidos permiten concluir en el juicio de convicción exigido por el artículo 306 del canon ritual, en orden al delito de estafa por el que ambos imputados deberán responder en calidad de coautores (artículos 45 y 172 del Código Penal). En lo relacionado con la libertad de los causantes, no se avizoran pautas objetivas que autoricen a apartarse de las disposiciones del artículo 310 del Código Procesal Penal, en atención a que no se dan los requisitos del artículo 312 ídem, siempre que el mínimo de la escala penal prevista para el delito atribuido, torna procedente una condena de ejecución condicional y no se vislumbra la existencia de riesgos procesales que deban neutralizarse. En cuanto concierne a la medida de cautela real contemplada por el artículo 518 del Código Procesal Penal, en tanto debe abarcar la posible indemnización civil a que hubiere lugar, las costas del proceso y la intervención de letrados particulares, la suma de \$ 300.000 (trescientos mil pesos) luce adecuada para satisfacer los tópicos ponderados. Por ello, esta Sala del Tribunal RESUELVE: I. REVOCAR los puntos I y II del auto documentado (...), en orden al delito de estafa en carácter de coautor en cuanto fueran materia de recurso. II. DECRETAR el procesamiento sin prisión preventiva de (...), (...) (artículos 45 y 172 del Código Penal y 306, 308 y 310 del Código Procesal Penal). III. TRABAR embargo sobre los bienes o dinero de (...) por la suma de \$ 300.000 (trescientos mil pesos), cuyo mandamiento deberá ser confeccionado por el juzgado de origen (artículo 518 del Código Procesal Penal). IV. DECRETAR el procesamiento sin prisión preventiva de (...), (...), en orden al delito de estafa en carácter de coautor (artículos 45 y 172 del Código Penal y 306, 308 y 310 del Código Procesal Penal). V. TRABAR embargo sobre los bienes o dinero de (...) por la suma de \$ 300.000 (trescientos mil pesos), cuyo mandamiento deberá ser confeccionado por el juzgado de origen (artículo 518 del

Código Procesal Penal). VI. TENER por desistido el recurso de apelación interpuesto contra el punto III de la misma resolución". C.N.Crim. y Correc., Sala VII, Divito, Cicciaro. (Prosec. Ad Hoc.: Sposetti). c. 364/12\_7, LACAVE, Germán y otros. Rta. 29/06/12.

#### **xi. RTA. 21/03/13. FALSEDAD IDEOLOGICA.**

Sobreseimiento del escribano. Maniobra desplegada, en forma conjunta, por varios imputados para perjudicar a socios minoritarios, que requirió para su materialización de una persona adquirente y de un notario que documentara la compraventa del bien y su consecuente transferencia de derechos de dominio y posesión. Elementos de prueba que no permiten sostener responsabilidad penal por parte del escribano. Actuación que se limitó a documentar la venta mediante la confección de la escritura traslativa de dominio. Escribano que tomó los recaudos necesarios que su labor le imponía. Actividad que se adecuó a la práctica reglada tanto por la Ley 12.990 de Ejercicio Profesional de Escribanos (artículos 10, 11 y 12) como por el Decreto 26.655/51 de Reglamento Notarial (artículo 10). Confirmación.

Fallo: "(...) decretó el procesamiento sin prisión preventiva de P. D. G. por considerarlo, en principio, partícipe necesario del delito de administración fraudulenta (artículos 45 y 173, inciso 7° del Código Penal, 306 y 310 del Código Procesal Penal de la Nación). (...) Por otra parte, en el punto III dictó auto de sobreseimiento respecto de C. A. A. G. (...) El Dr. Diego M. Olmedo, en su condición de defensor particular de G., alzó sus críticas contra el pronunciamiento en cuestión, a través del escrito de apelación (...). La Dra. Graciela Gils Carbó, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 28, recurrió el sobreseimiento de A. G. (fs. (...)), impugnación que fuera mantenida por el Dr. Marcelo Colombo, a cargo de la Fiscalía General n° 2 (...). El Dr. Carlos Suárez Buyo, en su calidad de apoderado de la querellante V. N. N., también apeló el sobreseimiento del escribano C. A. A. G. (...).

(...) Es importante dejar a salvo que la hipótesis delictiva que aquí se analiza es la venta de los campos que integraban el patrimonio de la empresa "El Ch. S.A.", por un valor menor al de mercado e incluso al de las ofertas que estaban en puja para aquel entonces. Bajo esa directriz fueron procesados por la Sala los socios mayoritarios y el liquidador de la sociedad -M. J. I. G., J. I. G. y F. O. P., respectivamente- (ver fs. (...)-, en razón de que ese acontecimiento ilícito estaba prima facie acreditado. Por tal razón, en la resolución y análisis de la situación procesal de los ahora imputados -G. y A. G. - habremos de tomar como plataforma fáctica que la venta del inmueble fue producida

por un precio superior al que se asentó en la escritura, conforme se afirmó en el interlocutorio arriba señalado.

Aclarado ello, consideramos que la decisión adoptada por la magistrada de la instancia anterior exhibe una derivación razonada del análisis en conjunto de los elementos probatorios colectados (...).

En cuanto al escribano A. G., adelantamos que habremos de homologar su desvinculación, dado que la decisión adoptada por la magistrada instructora, luce racional y de ella se advierte que valoró correctamente el plexo probatorio reunido.

En primer término, corresponde aclarar que si bien la sala -con una composición parcialmente distinta- en su intervención de fs. (...), sostuvo que el hecho se trataba de una maniobra única que habría sido desplegada, en forma conjunta, por los procesados I. G. y el liquidador P. para perjudicar a los socios minoritarios, la cual requirió para su materialización de una persona adquirente -G.- y de un notario -A. G.- que documentara la compraventa del bien y su consecuente transferencia de derechos de dominio y posesión, lo cierto es que ello no implicó reconocer la existencia de responsabilidad penal alguna por parte del escribano, sino que pretendió señalarle a la jueza que resultaba errada la valoración efectuada por la cual había descartado la participación de G. y A. G. y pretendió escindir la investigación (ver fs. (...)), oportunidad en que se le ordenó que se expidiera respecto al fondo de la cuestión y resuelva la situación procesal de éstos últimos en ella. En la investigación se carece de elementos que habiliten a sostener que A. G. tuvo activa participación en la artimaña que habría victimizado a los socios minoritarios, pues no se corroboró que haya tenido conocimiento acerca del verdadero precio que G. habría pagado por el campo. En ese sentido, destácase que el pago del comprador por U\$S 500.000, materializado con antelación a la decisión de venta, no vislumbra conducta ilícita alguna por la que deba responder el escribano, pues su actuación se limitó a documentar la venta mediante la confección de la escritura traslativa de dominio. Por otro lado, el hecho de que parte del pago haya sido antedatado a la fecha en que se celebró la asamblea ordinaria no implica irregularidad alguna (...). (...) Además, consideramos que A. G. mediante la protocolización de la venta tampoco incumplió su deber de imparcialidad dado que obró e interpretó correctamente la voluntad de las partes en la operación, esto es, lo que ellos exteriorizaron querer hacer, por qué valor y en las formas de pago por ellas fijadas. Es decir que no perjudicó ni al comprador, ni a los vendedores, ya que su actuación permitió la protocolización del acto jurídico y, por ende, su inscripción en el registro. (...).

Asimismo, debemos aclarar que esa asamblea que modificó el derecho real sobre el inmueble -condominio- para su publicidad y oponibilidad a terceros debió ser protocolizada e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, situación que no

ocurrió, razón por la cual no le correspondía a A. G. admitirla como válida para truncar la operación (artículos 2 y 3, inciso “a”, de la Ley 17.801 del R.P.I.).

(...) En punto al valor de la operación, entendemos que resulta una cuestión ajena al escribano, dado que no le compete investigar a éste si se trataba del verdadero valor de mercado, puesto que debe prevalecer la libre voluntad de las partes contratantes que pactaron el precio de la transacción, limitándose su obrar en cotejar la legalidad de la documental pertinente, actividad que realizó conforme a derecho. En esa senda, corresponde añadir que incluso la transferencia se documentó por la suma de U\$S 2.574.640, esto es, un precio holgadamente superior al fijado como mínimo -\$ 3.000.000- en la asamblea ordinaria que decidía la venta, tal como acertadamente lo valorara la jueza a quo. Tampoco le cabría una falsedad ideológica al acusado, ya que a los efectos de la acción de insertar, es preciso no perder de vista que la misión del funcionario público que da fe, no es la de certificar que están probadas las cosas que se han declarado ante él, sino la de dar por cierto que la declaración fue hecha. De modo que, de parte del funcionario, no habrá falsedad si se asiente en la escritura, por ejemplo, la declaración de una de las partes en el sentido de haber recibido el precio y la de la otra de haberlo entregado antes del acto que se asienta, y luego el pago resulta ser falso; porque el funcionario se limita a decir que tal cosa se dijo ante él, pero no que el pago haya sido efectivamente hecho, lo que corre por cuenta de quienes hacen la declaración (conf. Carlos Fontán Balestra. “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed., Lexis Nexis, pág. 983/984), criterio que se aplica perfectamente al caso de autos. Por tanto, en el caso del escribano podemos concluir que, formalmente, tomó los recaudos necesarios que su labor le imponía, siendo que su actividad notarial se adecuó a la práctica reglada tanto por la Ley 12.990 de Ejercicio Profesional de Escribanos (artículos 10, 11 y 12) como por el Decreto 26.655/51 de Reglamento Notarial (artículo 10), conforme lo evaluara adecuadamente la magistrada, sin que existan elementos de cargo con entidad para poner en crisis esa afirmación como para permitir que el asunto, a su respecto, siga avanzando. En mérito a las consideraciones expuestas, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR los puntos (...). C.N.Crim. y Correc., Sala V, López González, Bruzzone y Pociello Argerich. (Sec.: Vilar). c. 398/13, ISE GELSI, María Josefina y otros s/ defraudación. Rta. 21/03/13.

## **xii. RTA. 6/07/12. FALSEDAD IDEOLOGICA.**

Reiterada. Procesamiento. Escribano que, junto con otro imputado, falseó datos en varias escrituras, estando en conocimiento que el poderdante había fallecido. Defensa que alega “una falta grave de responsabilidad”. Elementos que permiten tener por configurado el delito imputado. Confirmación.

Fallo: “(...) las apelaciones interpuestas por la defensa de M. J. V. (ver fs. (...) del principal) y por la de L. A. T. O. (ver fs. (...) del principal) contra el punto I del pronunciamiento de fs. (...) que decretó sus procesamientos en orden al delito de falsedad ideológica reiterado 23 hechos que concurren realmente entre sí (...).

(...) Imputación: T. O. habría “hecho insertar declaraciones falsas en [diversas] actas notariales [...] e introducido o facilitado que un tercero introdujera falsamente la firma de L. T. O. (p) en ellas, entre el 11 y 27 de agosto del año 2004, fecha en la que el deceso de aquél ya se había producido, más precisamente el 25 de mayo de ese mismo año. En ese orden, se [...] atribuye a M. J. V., en su carácter de escribano público, el haber insertado las declaraciones falsas en cuestión. Mediante dichas actas notariales L. A. T. O. (h) sustituyó a L. T. O. (p) en relación a los derechos que emanaban de los poderes irrevocables que le habían sido conferidos por distintas personas y mediante los cuales se lo facultaba a realizar actos de disposición sobre las propiedades de los otorgantes. Así es que, L. A. T. O. (h) solicitó al notario la realización de las actas en cuestión, con pleno conocimiento de su falsedad y de la muerte de su padre y quien introdujo la firma de su difunto progenitor o facilitó que un tercero lo hiciera, para sí simular que le había conferido los poderes [...] y obtener un beneficio personal” (ver fs. (...)). Las veintitrés escrituras confeccionadas fueron las descriptas a fs. (...). II. Valoración: Compartimos el temperamento incriminatorio adoptado pues las pruebas reunidas ameritan el avance del proceso. Se acreditó que los instrumentos públicos fueron celebrados con posterioridad al fallecimiento del otorgante (ver la copia certificada de la partida de defunción de fs. (...) del principal) y que allí se sustituyeron los poderes irrevocables que el padre del imputado tenía sobre diferentes lotes de terrenos a favor de aquél (ver las copias de las escrituras de fs. (...) del principal). V. afirmó haber sido engañado por una persona que se presentó en su escribanía y exhibiéndole una Libreta de Enrolamiento acreditó ser L. T. O. (ver su descargo de fs. (...)). Sin embargo, en las actas notariales asentó que el otorgante era “de [su] conocimiento” (cf. la documentación reservada que se tiene a la vista). Esa aseveración, que se contradice rotundamente con el desconocimiento ahora alegado, no era un dato más, sino que fue precisamente lo que permitió celebrar el acto sin tener que cumplir con el artículo 1002 del Código Civil vigente en aquel momento, lo cual era materialmente imposible pues el otorgante ya había muerto para esa época. Todo indica que no se trató de “una grave falta de profesionalidad” como lo interpreta su defensa (ver fs. (...) de este legajo), sino de una acción que habilita ingresar al ámbito de la ley penal sustantiva.

Respecto a L. A. T. O., tal como lo sostiene la juez, la circunstancia de que sea el único beneficiario de aquellas maniobras es una pauta que permite inferir su intervención en ellas.

Se suma que figure, a su vez, como parte vendedora del terreno ubicado en la Ciudad de Monte Grande, Partido de Esteban Echeverría, Provincia de Buenos Aires. Nótese que en esa operación se hizo referencia a la sustitución de mandato plasmada en una de las escrituras cuya falsedad se investiga (ver la documentación reservada), lo que convence para homologar su procesamiento. En cuanto a la pericia caligráfica solicitada por el recurrente, señalamos que se imputa a T. O. “haber hecho insertar declaraciones falsas en las actas notariales” (ver fs. (...) del principal). Por lo tanto, que las firmas allí estampadas no sean de su puño escritor no incide en el criterio aquí sustentado. Por lo demás, los datos cuestionados insertados en los documentos son los que estos están destinados a probar, verificándose así la tipicidad en el accionar de los imputados. La ley no pretende punir como falsedad ideológica la mentira sobre cualquier factor de composición del instrumento, aún cuando fuese formalmente requeridos, sino la mentira sobre las circunstancias que son sustancialmente imprescindibles para su destino como específica figura jurídica, es decir, sobre el destino que se informa en el sentido jurídico del documento público (cf. C. Nac. Crim. y Corr. Fed., Sala I, 30/12/1996, “A., A., ídem C. Fed. San Marín, Sala II, 7/5/1996, Z. S., M. A., JA 1997 IV 269, LL 1996 E 361, JA, 1997 IV 269, citado en Romero Villanueva, Horacio J., “Código Penal de la Nación Anotado”, Segunda Edición ampliada y actualizada, Lexis Nexis, 2006, p. 1108), como se vislumbra en este supuesto. Analizada la prueba de manera conjunta y armoniosamente, conforme la lógica y la experiencia (artículo 241 del Código Procesal Penal de la Nación) aparece incuestionable la necesidad de aplicar el principio de progreso para que eventualmente ante la inmediatez del periodo contradictorio esclarezcan lo acontecido, por lo que el Tribunal RESUELVE: I) Confirmar el punto (...). C.N.Crim. y Correc., Sala VI, Lucini, Filozof, Pinto. (Sec.: Carande). c. 646, TAVOLARO ORTIZ, Luis Alfredo y otro s/ procesamiento. Rta. 6/07/12.

### **xiii. RTA. 10/07/12. FALSEDAD IDEOLOGICA.**

Falsificación de documento público y estafa. Procesamiento. Imputados que vendieron una propiedad ocupada engañando al comprador e informando una deuda hipotecaria superior a la indicada al momento de realizar la operación, falsificándose a los efectos de concretar la operación para disimular el gravamen real, las escrituras de inscripción correspondientes, ya sea en cuanto a la fecha, lugar de celebración, y monto de la deuda hipotecaria que pesaba sobre el mismo, todo con la participación de un notario. Elementos de prueba suficientes para agravar la situación procesal de los imputados. Confirmación.

Fallo: “(...) los recursos de apelación deducido por la defensa de F. E. T. S. (ver fs. (...)), de C. A. V. O. (ver fs. (...)) y de M. R. A. D. R. P. (ver fs. (...)), contra el

punto I del auto de fs. (...) que dispuso el procesamiento de los dos primeros como coautores de los delitos de estafa y falsedad ideológica y como partícipes necesarios del de falsificación de documento público, en concurso ideal; el punto II que procesó a la tercera como partícipe necesaria del delito de estafa y como coautora del de falsedad ideológica y falsificación de documento público; y el IV que trabó un embargo de (...).

(...) se atribuye a los acusados que "...a mediados de noviembre de 2007 E. se contactó con O. O., R. D. y E. M., quienes le ofrecieron un campo en la localidad de XX, de 1375 hectáreas en Santa Fe. En la ciudad, por recomendación de O. fueron a ver a la escribana M. R. A. de R. P. a sus oficinas de la calle XX de esa provincia, cuando ésta le informó que los títulos del campo estaban en perfectas condiciones, tratándose de tres títulos diferentes que en total conformaban las hectáreas mencionadas, y a su vez le informó que para efectuar la compra debería hacerse cargo de abonar \$ 411.844, correspondiente al monto actualizado de una deuda hipotecaria reclamada por el Banco Central sobre dicho campo.

El 3/12/07 en la oficina sita en XX el denunciante firmó un boleto de compra-venta con los propietarios del campo (C. A. V. O., M. Á. y F. E. T. S.) por un precio total de U\$S 155.000 y su compromiso de hacerse cargo de la hipoteca mencionada a favor del Banco XX. En ese acto abonó U\$S 15.000 como pago a cuenta de precio y como principio de ejecución, percibiendo la tenencia precaria de la propiedad desocupada. El comprador quedó autorizado sólo a realizar las mejoras y a asumir los compromisos vinculados a la futura explotación. En ese documento se estableció que la venta se realizaba en base a títulos perfectos, libre de todo gravamen con los impuestos, tasas y contribuciones pagos por los vendedores hasta el día de la escrituración. El 17/1/08 se firmó también un convenio de venta entre F. E. T. S. -representado por M. Á. a través de poder otorgado- y S. E., acto en el cual el comprador abonó U\$S 6.183 como pago a cuenta de precio y como principio de ejecución, percibiendo en ese acto la posesión de la propiedad desocupada, comprometiéndose a la entrega de U\$S 30.000 tan pronto el inmueble esté en condiciones de ser inscripto y se inscriba la escritura traslativa de dominio, quedando a cargo de T. S. la regularización de la inscripción sin cobrar honorarios por ello. El 18 de enero de 2008 fue citado para la firma de la correspondiente escritura en la Sucursal del Banco XX de Callao XX de esta ciudad, habiendo el denunciante previo a ello depositado el día 17 de enero de 2008 en la cuenta N° XX a nombre de R. P. (caja de ahorro), del nuevo Banco de XX, Sucursal XX de Buenos Aires, la suma de \$77.040, lo que conforme a los dichos de la escribana -A. de R. - debía estar depositado previo a su viaje a Buenos Aires y correspondía mayoritariamente al pago de sus honorarios. El día de la firma de la escritura E. advirtió que el monto consignado era menor al que realmente estaba abonando, haciéndose en dicho acto una corrección parcial en la escritura número 5, quedando igualmente una suma menor, refiriéndole la escribana que esas eran las condiciones de los vendedores.

También notó que en el documento surgía la deuda del embargo por U\$S 411.844 como cancelada, pero se le hizo saber que estaba vigente.

Luego de ello se firmó la escritura. En esos documentos surge que el acto se celebró en Santa Fe cuando fue en esta ciudad y que fue el 2 de enero de 2008, cuando fue el 18 de enero de 2008. Para cancelar la hipoteca, E. solicitó al Banco la información de la deuda, y le dijeron que ascendía a \$ 10.494.759,21 al 2 de julio de 2009. Sin perjuicio de ello el damnificado intentó tomar posesión de los campos, pero no pudo porque estaban ocupados por vecinos del lugar. Entre la firma de la escritura y mayo de 2008 E. intentó comunicarse con la escribana para subsanar los errores del monto, lugar de celebración y fecha, informándole que las escrituras inscriptas las había entregado a los vendedores, iniciando las gestiones correspondientes. Logró que M. Á. le entregara las N°5 y 6 y E. advirtió que en la original se había enmendado el valor del monto de la hipoteca consignándose \$9.700.000. La escritura N°4 estaba en poder de T. S., quien no quería entregarla en virtud de una deuda que tenía con E. Se le vendió a S. E. bajo engaño un campo ocupado y sobre el cual pesaba una deuda hipotecaria superior a la referida al momento de realizar la operación, falsificándose para disimular el gravamen real las escrituras de inscripción correspondientes, a los efectos de concretar la operación, ya sea en cuanto a la fecha y lugar de celebración, como al momento de la deuda hipotecaria que pesaba sobre el mismo”.-

La valoración: El contenido de la matriz no coincide con el de las copias de las escrituras N°4, 5 y 6 que entregara la escribana al concluir el acto, lo que demuestra que fue modificado con posterioridad a sus rúbricas y previo a su inscripción en el registro. Se enmendó el monto de la hipoteca, consignándose la suma de \$ 9.700.000,00 cuando al momento de su firma, figuraba \$ 411.844,00. Esto ocasionó un claro perjuicio económico al querellante, pues si bien había aceptado hacerse cargo de la deuda que pesaba sobre el campo, el monto que fue informado era ostensiblemente menor al real (ver la documentación reservada). Del peritaje contable de fs. (...) se desprende que al 31 de marzo de 2008, el saldo deudor ascendía a \$ 9.710.027,08 (nueve millones setecientos diez mil veintisiete pesos con ocho centavos). El descargo de F. E. T. S. en cuanto a que actuó sin dolo no prosperará (ver fs. (...)). Sin perjuicio que realizó la venta del terreno a través de su apoderado, es sugestivo que, en su calidad de copropietario, no conociera el monto real de la hipoteca. Además del boleto de compra-venta cuya copia obra a fs. (...), surge que participó de ese acto, donde se consignó que el predio registraba una hipoteca de \$ 411.844. Se determinó que esa suma correspondía al valor del embargo por el importe nominal histórico del crédito (ver fs. (...)) y no reflejaba el valor actualizado de la deuda.

El mismo razonamiento es aplicable a C. A. V. O. en cuanto a este tópico. El planteo en cuanto a que la imputación descripta en la indagatoria no contiene los elementos de tiempo, modo y lugar en los que se habría desarrollado el hecho no tendrá

acogida favorable, ya que en el acta de fs. (...) se detalló la conducta atribuida. Nótese también que comprendió los alcances de la intimación y se defendió, por lo tanto no se afectó la manda del artículo 298 del Código Procesal Penal. La escribana M. A. D. R. P. pretende deslindar su responsabilidad en el querellante. Sin embargo, se ha demostrado que adulteró las escrituras cuando ya estaban firmadas por las partes, corrigiendo el monto de la hipoteca por uno mayor. Por otro lado, la acción por el cobro de la hipoteca no se encuentra prescripta tal como sostuvo la recurrente, pues fue reinscripta (ver fs. (...)). En lo referente a la idoneidad relativa a la maniobra investigada, las escrituras nro. 4, 5 y 6 –previo a ser modificadas daban fe que el monto de la hipoteca ascendía a \$411.844,00, el cual se ve respaldado por aquella suma consignada en el boleto de compra-venta. Sin perjuicio de que el denunciante hubiese podido verificar los certificados de embargo y de hipoteca con miras a determinar el monto real actualizado de la deuda, lo cierto es que al consignar esa cantidad en dichos instrumentos, permite demostrar que se falsificó la escritura, y que la modificación del monto de la deuda puede causar perjuicio a la víctima. Los restantes agravios introducidos podrán ser discutidos con mayor amplitud, en una eventual etapa de debate a la luz de los principios de oralidad e inmediación. De esta manera, la prueba analizada a la luz de la sana crítica habilita a concluir que más allá de lo referido por los imputados (vendedores del campo) respecto del desconocimiento del monto actualizado de la hipoteca que registraba el inmueble, al momento de convenir la operatoria hicieron clara alusión al valor de \$411.844 (ver fs. (...)), que no reflejaba el importe actualizado de la deuda. Aquél fue el dato a conocer y aceptado por el querellante. La modificación de la información verdadera sobre el valor puede causarle a E. perjuicio, por lo cual, el procesamiento luce ajustado a las constancias del legajo. (...) En consecuencia, sin perjuicio de la calificación que en definitiva resulte adecuada, este Tribunal RESUELVE: Confirmar los puntos (...)”. C.N.Crim. y Correc., Sala VI, Lucini, Filozof, Pinto. (Sec.: Oberlander). c. 724, ALONSO DE RISSO PATRON, María Rosa y otros s/ procesamiento. Rta. 10/07/12.

## **19. BIBLIOGRAFIA.**

- FERRER SAMA ANTONIO. Revista de Derecho Español y Americano. Año II, número 8. Julio-agosto 1957. Madrid
  
- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, págs. 55-61.
  
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.
  
- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de València. Servei de Publicacions. 2011.
  
- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Págs. 14-15.
  
- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.
  
- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Págs.51-56.
  
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.
  
- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, págs.7-20.
  
- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. [www.acosolaboral.org.uy](http://www.acosolaboral.org.uy). 22,33 horas. 15/11/2013.
- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.
- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.
- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. [www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm](http://www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm). 13,20 horas. 12/11/2013. 96
- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.
- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Págs. 233-255.
- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Págs. 375-398.
- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Págs. 29-46.
- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), págs. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.
- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Págs. 145 y ss.
- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.
- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.
- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), págs. 9-20.
- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.
- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.
- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).
- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-06.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC.Barcelona, 2007.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.
- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.
- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.
- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.
- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.
- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.
- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.
- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Págs. 9-22.
- QUINTANO RIPOLLES ANTONIO. “Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal”. Editorial del Derecho Reunidas S.A. 1978.