



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Los problemas del delito de estafa: El "Trile" y otros comportamientos límite

Presentado por:

Raúl Ruiz Ezquerro

Tutelado por:

José Mateos Bustamante

Valladolid, xx de xxxxx de 20xx

Índice

1.	Resumen	5
2.	Abstract	5
3.	Palabras clave	5
4.	Key Words.....	5
5.	Abreviaturas utilizadas	6
6.	Introducción	7
7.	Aspectos preliminares	8
7.1.	Antecedentes legislativos	8
7.2.	Concepto y elementos	9
7.3.	Bien jurídico protegido	9
8.	Elementos objetivos del tipo básico	11
8.1.	El engaño	11
8.1.1.	<i>Engaño implícito y explícito</i>	11
8.1.2.	<i>Engaño omisivo y activo</i>	12
8.1.3.	<i>Engaño inidóneo según la jurisprudencia</i>	13
8.1.4.	<i>Víctima discapacitada intelectualmente</i>	15
8.1.5.	<i>La víctima diligente</i>	16
8.2.	El error.....	18
8.2.1.	<i>El error antecedente</i>	20

8.2.2.	<i>La “Duda de la víctima” en la estafa.....</i>	20
8.3.	Acto de disposición patrimonial	21
8.4.	Perjuicio	22
8.4.1.	<i>¿Cómo se determina el perjuicio?</i>	23
8.4.2.	<i>Perjuicio en negotia turpis.....</i>	24
9.	Elementos subjetivos del tipo básico	24
9.1.	Dolo	25
9.2.	Ánimo de lucro	26
10.	Penalidad	27
10.1.	Tipo básico.....	27
10.2.	Circunstancias cualificadoras	27
11.	Autoría y participación.....	29
11.1.	Autoría mediata.....	29
11.2.	Coautoría	29
11.3.	Cooperación necesaria	30
12.	Formas imperfectas de ejecución	30
12.1.	Actos preparatorios punibles	31
12.1.1.	<i>Provocación</i>	31
12.1.2.	<i>Conspiración.....</i>	32
12.1.3.	<i>Proposición.....</i>	32
12.2.	La tentativa.....	32
13.	La excusa absolutoria.....	33

14.	El dolo civil y la estafa.....	34
15.	Comportamientos límite	35
15.1.	El juego del trile	35
15.2.	El tocomocho	39
15.3.	Estafa del lavado de billetes tintados.....	40
15.4.	El timo del premio de concurso televisivo.....	41
15.5.	El timo de la estampita	42
16.	La estafa informática.....	42
16.1.	Estafa de phishing	44
17.	Conclusiones	46
18.	Bibliografía	49

1. Resumen

La estafa, un delito que viene siendo discutido en nuestro país desde el siglo XIX, pero que no tiene su comienzo aquí, ya que intentar conseguir una ventaja patrimonial a través del engaño, los conocidos timos, por ejemplo, son algo con una larga tradición, pero que se va adaptando a nuestros días gracias a los medios electrónicos.

Con este estudio del delito se pretende delimitar y poner un marco a los diferentes elementos del delito de estafa, trazar la línea y ver que conductas son castigadas, cuáles no y cuáles se encuentran en esa línea. Nuestra legislación penal y los tribunales interpretándola, dan resultados que a veces parecen dispares en conductas similares, pero, que consiguen así perfilar de una forma cada vez más precisa donde se encuentra el límite.

2. Abstract

The scam, a crime that has been discussed in our country since the 19th century, but it doesn't have its beginnings here, since trying to obtain patrimonial benefits through deception, the well-known tricks, have a long tradition, but that's adapting to modern days thanks to electronic media.

This study aims to delimit the different elements of a scam as a crime, draw the line between the different elements of the crime and see which behaviors are punished, which are not punished and which are along that line. Our criminal legislation and the courts in the job of interpreting it, has given results that sometimes may seem disparate in similar behaviors, but thus manage to outline in an increasingly precise way where the limit is.

3. Palabras clave

Estafa, timo, engaño, beneficio patrimonial, comportamientos límite.

4. Key Words

Scam, trick, deception, patrimonial advantage, limit behaviors.

5. Abreviaturas utilizadas

CP: Código Penal

CC: Código Civil

LO: Ley Orgánica

RAE: Real Academia Española

TS: Tribunal Supremo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

AP: Audiencia Provincial

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

F.J: Fundamento jurídico

6. Introducción

Ubicado en nuestro ordenamiento, concretamente en el Código Penal, el delito de estafa está dentro de los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Y si se quiere concretar más dentro de esta rúbrica, estaríamos ante un delito contra el patrimonio.

Con este punto de partida, hay que conocer los elementos objetivos y subjetivos que van a dar lugar, en concurrencia, al delito. No solo ver los elementos y describirlos, sino también ver poco a poco los problemas que pueden ocurrir con cada uno y las soluciones que doctrinal y jurisprudencialmente se ofrecen a cada uno es objeto de estudio de la primera parte del trabajo. Cuál será el castigo para la conducta en el tipo básico del art. 248 CP y cuáles son los diferentes agravantes, formas de participación y formas imperfectas del delito.

Una vez entendidos los pequeños puntos que van conformando la gran estructura del delito de estafa y los pequeños matices, sigue realizar un estudio, principalmente jurisprudencial, de diferentes modalidades de estafas o timos a veces así denominados. Y es en este punto donde es interesante observar las conductas límite, aquellas que se encuentran en la fina línea entre lo típico y lo atípico en cuanto a conductas delictivas se refiere, observar como aparentemente unos actos similares, son a veces condenados por nuestros tribunales y otras veces no y poder llegar a diferenciar qué es aquello que el órgano jurisdiccional encuentra importante a la hora de sentenciar.

7. Aspectos preliminares

7.1. Antecedentes legislativos

Previo a entrar en materia, es preceptivo conocer el desarrollo de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico.

El delito de estafa comienza a ser elaborado y discutido entorno al siglo XIX. El Código Penal de 1822 en su artículo 766 ya contemplaba esto, redactándose tal que así: “Al que con algún artificio, engaño, superchería, practica supersticiosa u otro embuste semejante hubiere sonsacado a otros dineros, efectos o escrituras, o le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial, sufrirá la pena de reclusión por el tiempo de un mes a dos años, y una multa de cinco a cincuenta duros, sin perjuicio de la mayor pena que merezca como ladrón, falsario o reo de otro delito, si juntamente lo fuere.” Habiendo no tan solo este tipo básico, sino también uno agravado (art. 768 del mismo texto legal).

Por otro lado, y ya avanzando en el tiempo, el CP de 1848, hace la regulación mas extensa, llegando esta a otras formas de ejecución y así acercándonos más a una definición concreta del delito.

El CP de 1944 no incluye gran cosa en esta materia, pero es en el CP de 1973, donde en su Sección 2ª “de las estafas y otros engaños” ya podemos ver una regulación más extensa, más concreta, como podemos observar en sus artículos 528 y 529, incluyendo aquí términos como “defraudare a otro usando...” y enumera varios artificios por los cuales alguien podría engañar a otro y encontrarse quizá ante la comisión de un delito de estafa.

Tras esta regulación, saltamos al año 1983, tras la reforma democrática, es con la LO 8/1983 cuando podemos obtener una definición más nítida de este concepto, y tenemos concretados ya, dos elementos del delito, el engaño bastante y el error (art. 528 de la citada ley).

Y, por último, llegamos a nuestro Código Penal, el cual fue modificado por la LO 1/2015. La definición de estafa se conserva de la anterior Ley Orgánica citada, pero se introducen nuevas formas de comisión debido a los avances en tecnología de las comunicaciones (estafa informática art. 248.2 CP).

7.2. Concepto y elementos

La estafa, contenida en los artículos 248 a 251 bis de nuestro Código Penal, se configura, por tanto, el tipo básico en el art. 248 CP tal que así: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

Tras leer este artículo, podemos extraer varios elementos objetivos que configuran el delito, el engaño, el error, un acto de disposición patrimonial y ánimo de lucro. Estos cuatro, conformarían todo lo necesario para que se produzca un hecho delictivo, claro está, con sus debidas precisiones.

7.3. Bien jurídico protegido

Para poder precisar cual es el bien jurídico que se pretende proteger aquí, podemos en primer lugar, ver donde se ubica la estafa dentro del CP, concretamente en el Título XIII sobre “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

El bien jurídico protegido, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, es el patrimonio, por lo cual, debe haber un perjuicio patrimonial para que estemos ante un delito de estafa, junto a una instrumentalización de la víctima ¹. Según esto, cabe por tanto, ver qué es el patrimonio, y como se define, el cual según la Real Academia de la lengua Española (RAE) es el “Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”. Con esto podemos ver por tanto que tanto personas físicas como personas jurídicas pueden tener patrimonio, por lo que si se cumplen las demás condiciones del tipo penal, pueden verse involucrados en la estafa.

Puede ser evidente el carácter económico de este delito, pero el patrimonio se estudia doctrinalmente desde distintos ángulos, jurídicamente, económicamente, de forma mixta y teorías personales/funcionales. Pero, ¿cuál es la concepción que a día de hoy se mantiene, o cual es la predominante?, es algo un tanto difícil de concretar, ya que se podría decir que aun usando la concepción económico/jurídica del patrimonio, podemos ver como se parte de algo más puramente económico pero que ha sido normativizado poco a poco hasta

¹ Balmaceda Hoyos, G. (2016). El delito de estafa. Universidad de los Andes. pág. 29.

llegar a lo que conocemos hoy día². Pero hay diferentes puntos de vista de conocer el concepto de patrimonio:

- Concepción jurídica: Conjunto de derechos patrimoniales, según esto, si la víctima no ostenta ningún derecho sobre lo que ha sido tomado ilegítimamente, no habría estafa.
- Concepción económica: Conjunto de bienes ligados al poder de disposición de la persona. Puede tener, esta concepción, la desventaja de extenderse sobre bienes que aun teniendo este carácter económico, no se protegen jurídicamente.
- Concepción mixta: Haciendo una pequeña mezcla de las dos anteriores, surgen los bienes valorados económicamente con apariencia jurídica, y aun siendo de alguna forma un punto de vista más equilibrado, sigue teniendo problemas ante las posiciones económicas jurídicamente reconocidas³.
- Concepción personal: Intenta servir como corrección ante posiciones fuertemente ligadas a la concepción mixta, se vieron los fallos de esta concepción tras los problemas del aceite de colza, y se explica según la STS 23 de abril de 1992 en el Fundamento Jurídico 9º: “el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico”. Por lo cual, se determina el daño de forma objetiva-individual, atiende a los efectos de determinar si se da un daño patrimonial, pudiendo incluso verse esto presente en prestaciones unilaterales⁴.
- Concepción como libertad: Esta concepción, proveniente de Alemania, la cual gira entorno a la fidelidad y a la verdad, fundamentalmente de la mano de Kindhäuser⁵, quien defiende que en el delito de la estafa lo que se protege esencialmente es el derecho a la verdad y que se lesiona la libertad de disposición.

² Gallego Soler, J. (2002). Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Págs. 140-142

³ Bajo Fernández, M. (2004). Los delitos de estafa en el Código Penal. Págs. 16-17.

⁴ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. págs. 59-60.

⁵ Kindhäuser, U. (2002) “La estafa como autoría mediata tipificada”, Colombia.

Pero no es esta la única concepción, aunque si la más aceptada, también hay diferentes entendimientos en cuanto a los bienes jurídicos que la estafa protege, según expone Bajo Fernández⁶, hay quien entiende que puede ser la buena fe (en el tráfico jurídico), aunque se afirma que da lugar a consecuencias no del todo satisfactorias, ya que nos llevaría a tomar el engaño como un resultado y no como una conducta.

También se propone que el derecho a la verdad, pueda ser un instrumento para ver cuál es el engaño típico de este delito, contraponiendo la “cantidad de verdad” que la víctima debe obtener con la que el autor le suministra.

8. Elementos objetivos del tipo básico

Como ya he anticipado antes, son cuatro los principales elementos que objetivamente se deben de cumplir para estar ante un delito de estafa, pero tampoco podemos quedarnos solo con esta partición ya que se pueden dar formas diferentes de llegar a cada uno de estos. También hay que tener en cuenta que debe haber entre ellos una relación de causalidad (causalidad ideal o moral).

8.1.El engaño

El engaño, según distintos autores es el más significativo dentro de estos cuatro, ya que lo diferencia de otras formas delictivas que pueden ser similares.

Este engaño a de ser causante, bastante y antecedente, cabe recalcar el “bastante” dentro de estos tres ya que puede dar lugar a que una conducta que a priori pueda parecer engañosa, quizá no lo es con suficiente entidad como para inducir al error del sujeto pasivo.

8.1.1.Engaño implícito y explícito

Hay que matizar también, si el engaño puede ser implícito. Aquí hay conflicto ya que, en principio, si que se puede dar un engaño implícito, teniendo el caso por ejemplo de los “contratos o negocios civiles criminalizados” que después matizaré. También hay que

⁶ Bajo Fernández, M. (2004). Los delitos de estafa en el Código Penal. Págs. 16-17.

observar como la corriente jurisprudencial ha ido exigiendo un nivel de explicitud dentro del engaño, aunque no requiera mucho.⁷

Podríamos definir el engaño implícito como “los derivados de una conducta del sujeto activo que lleva asociada o implícita la idea de que se va a cumplir la contrapartida que en la situación dada se espera”⁸. Y claro, hay quienes no admiten este tipo de engaños, pero nos enfrentamos ante una conducta que puede dar lugar a error, mostrando una imagen a la víctima que no corresponde con la realidad, puede hacerle caer en error, se pueden llegar a entender como conductas activas según explica la Sentencia de 18 de mayo de 1995, o como las define la Sentencia de 22 de noviembre de 1986, “formas omisivas impropias de acción concluyente”. Incluso el Tribunal Supremo, en varias ocasiones (Sentencias de 6 de octubre de 1975, 15 de abril de 1982, etc.) a afirmado que hay estafa en supuestos que encajan en esta categoría como puede ser alojarse en un hotel y ausentarse sin pagar o viajar sin billete.

8.1.2. Engaño omisivo y activo

En este punto, creo que previo a ver como debe ser el engaño, si omisivo o activo, hay que entender como se tratan estos dos términos penalmente.

Por un lado, tenemos los tipos activos, los cuales se forman entorno a una norma prohibitiva y que pueden darse cuando alguien realiza un comportamiento activo.

Por la otra parte, tenemos los tipos omisivos, donde ya no se requiere de acción de un sujeto activo, sino que, teniendo un deber de cuidado, se omite ese deber impuesto normativamente, realizando por tanto una conducta omisiva que puede tener respuesta penal.

¿Puede entonces, una conducta omisiva, dar lugar al engaño apto para la estafa?

Es un tanto complicado, ya que la doctrina opina que en general para realizar una estafa por omisión hay un engaño activo, por ejemplo, al omitir datos, no estas realizando una conducta pasiva, ya que, al no contarlos a la otra parte, das lugar a un engaño activo, si

⁷ Berenguer Orts, E., González Cussac, JL., etc. (2019). Derecho Penal Parte Especial. 6ª Edición. Págs. 400- 401.

⁸ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. (1997). Estafas. Tirant lo Blanch “colección de delitos”. Pág. 59.

unos datos relevantes no son expresados, puede llegarse a pensar que no existen y por tanto dar lugar a una conducta diferente por parte del sujeto engañado.

Es por tanto que hay dos ideas que se cruzan, por una parte, la idea de que el silencio no puede crear engaño y por otra, un rechazo frontal y directo de los engaños omisivos. Son los juristas que siguen estas dos ideas los que rechazan la idea del silencio (omisión pura), encajando en los elementos típicos.

Muñoz Conde, entiende que, si que puede darse un engaño a partir del silencio⁹ y no solo él, también nuestra jurisprudencia, lo considera apto para ser engaño bastante siempre y cuando desemboque en error y acto de disposición, completando así todos los elementos del tipo “en la ocultación de datos importantes que produce en el sujeto pasivo una inferencia errónea por la cual valora el negocio como conveniente a sus intereses, cuando en realidad no lo es” (Sentencia de 20 de marzo de 1985)¹⁰.

También cabe añadir la posición de Bajo Fernández, quien opina que los supuestos omisivos “deberían quedar exclusivamente en el ámbito civil por el menor desvalor de acción que representan”¹¹. Razona esto de forma que, el simple hecho de omitir defectos, vicios, y demás, no tiene la entidad suficiente del engaño que requiere este tipo penal, solo, para él los *acta concludentia* (actos concluyentes) tienen dicho un valor equiparable a la acción, siendo estos actos, aquellos por los que no declaran una voluntad expresa, pero se puede deducir que tácitamente existe. Aun así, habrá que analizar concretamente caso por caso y observar la omisión, en que situación se produjo, si había algún deber de actuar, etc.

8.1.3. Engaño inidóneo según la jurisprudencia

Una forma de poder aclarar las dudas sobre la suficiencia del engaño a la hora de estudiarlo es ver que consideran los tribunales un engaño inidóneo.

STS 470/2012, 8 de junio de 2012, aquí vemos un ejemplo en el cual se absuelve a los acusados del delito de estafa, en este caso una empresa de leasing de vehículos, quienes,

⁹ Muñoz Conde, F. (1995). “Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios” en Cuadernos de Derecho Judicial. Pág. 363.

¹⁰ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. (1997). Estafas. Tirant lo Blanch “colección de delitos”. Págs. 57-59.

¹¹ Bajo Fernández, M. (2004). Los delitos de estafa en el Código Penal. Págs. 73-75.

acordando la entrega de un vehículo a la víctima, mediante el Banco Popular, nunca llegaron a entregar dicho vehículo.

Esta relación triangular es bastante compleja y gracias a ella, y a la falta de diligencia, según indica el TS, de la entidad bancaria, que no se puede imputar el delito a la empresa de leasing. El punto de inflexión aquí está cuando Camilo (la víctima), tuvo que firmar un documento en el cual afirmaba haber recibido el vehículo, cuando aún no lo tenía en su posesión, pero al ser una exigencia previa al contrato de leasing del Banco Popular, tuvo que firmar. Tras la firma, Camilo tuvo que empezar a pagar cuotas, pero sin recibir el vehículo acordado.

Quien recurre en este caso es el Banco Popular, pero el Tribunal les recuerda, que no se aseguraron de la efectiva entrega del vehículo, antes de abonar el dinero. Es decir, que, según esto, no existe ningún engaño por parte de los absueltos, ya que simplemente fue la falta de diligencia por parte de la entidad bancaria la que provocó el desplazamiento patrimonial.

Podemos ver como hay que cuidarse en este tipo de relaciones triangulares ya que el deber de comprobar que todo se haga de forma correcta y conforme a lo pactado puede desplazarse y aunque el Banco Popular en este caso no hizo nada, fue esa omisión la que le perjudicó y la que provocó el perjuicio patrimonial en la víctima, Camilo.

STS 113/2004, 5 de febrero de 2004, en esta sentencia podemos ver otra forma de engaño que no es idóneo para entrar como elemento del delito de estafa. Los hechos, resumidamente, versan sobre una empresa, la cual oferta en 1996 un curso de preparación sobre la Marca Comunitaria (O.A.M.I), publicitando que habría en poco tiempo oposiciones para la Oficina de Armonización del Mercado Interior en Alicante, y tras unas clases que calificaron de ineficientes y una falsa promesa de inminentes oposiciones, acabaron en los tribunales. El recurso de casación lo interpuso Jesús Carlos quien fue el único condenado de entre los acusados.

Interesa para la materia que tratamos el motivo segundo de su recurso, amparándose en el art. 849.1 LECr, por aplicación indebida de los arts. 248 y 249 CP.

Es además un nuevo planteamiento el que se cuestiona el TS, se preguntan si cabe engaños diferentes a engaños sobre hechos. En este caso, se plantea si puede haber engaño sobre “hechos futuros”, a lo cual el Tribunal responde negativamente, si “el engaño se reduce a la afirmación de un hecho falso o al ocultamiento de un hecho verdadero

relevante para la decisión del sujeto pasivo, quedan descartados como objeto de engaño los “hechos futuros” y los juicios de valor”.

Lo determinante aquí es que el recurrente ofrecía los cursos de preparación por un lado, aunque también anunciaba las inminentes oposiciones, pero esto último como “un simple pronóstico” como dice el TS, no hay ningún engaño que haga parecer algo verdadero como falso o viceversa, simplemente unas afirmaciones sobre un futuro incierto, a nadie se le ocurriría calificar de estafador al presentador del “tiempo” en el noticiario porque dijo que iba a hacer una semana con un tiempo estupendo y reservamos unas vacaciones, las cuales tuvieron que ser canceladas (perdiendo quizá parte del dinero) porque finalmente hubo una tormenta durante toda la semana.

8.1.4. Víctima discapacitada intelectualmente

STS 1185/2009, de 2 de diciembre, podemos ver un ejemplo, con el cual explicar la posición del TS en este supuesto. En este caso, la víctima, tenía una edad mental de seis años, a la cual se le hizo firmar una venta de acciones a un precio por debajo de mercado, precio el cual ni siquiera fue pagado.

Hay que hacer una especial valoración del engaño a una persona que tiene “fragilidad psíquica” como señala el Tribunal, y es por esto que el engaño tenía pocas probabilidades de ser ineficaz. La parte recurrente, trató de justificar su maniobra engañosa y perjudicial para la víctima diciendo que “la titular de las acciones no necesitaba mejorar de fortuna”, es decir, que, ya que tenía suficiente dinero, y no necesitaba más, pues apropiarse de él fraudulentamente no tenía nada de reprochable.

Pero claro, surge la duda de, aun siendo efectivo el engaño, pueda ser este, quizá, calificado como inexistente ya que la víctima carece de la capacidad de consentir y por tanto el engaño podría ser inidóneo.

El TS si que considera que la conducta realizada se encaja dentro del delito de estafa porque la incapacidad es parcial, y el engaño consiste en convencer a dicha persona de que realice un comportamiento, lo cual ya nos lleva al error y después al acto de disposición patrimonial con su correspondiente perjuicio. Siempre surge la duda cuando nos encontramos ante incapaces similares a la víctima de esta sentencia, gente que aún estando incapacitada tiene cierta conciencia o voluntad, aunque esta sea frágil y moldeable, por lo

tanto, la gente que se aprovecha de esto para sacar beneficio puede incurrir en delito de estafa.

Doctrinalmente, y, siguiendo la exposición de Cándido Conde¹², hay dos posturas que se pueden plantear ante esta problemática.

En primer lugar, fundamentándose en la incapacidad civil de disponer, se niega que haya existido si quiera una voluntad válida, lo cual podría dar lugar a que los autores de delitos de estafa salgan impunes, hay Códigos que introducen figuras especiales, como puede ser el Código Penal italiano que introduce la “circonvenzione di persona incapace”, que viene a ser “el abuso fraudulento del estado de ignorancia o situación de debilidad de menores o personas enfermas o deficientes psíquicos, hasta embarazadas”.

De la otra parte, tenemos una diferente postura doctrinal sustentando que al ser la víctima un incapaz pleno, no hay acto de voluntad, por lo que el engaño no es el medio que puede cambiar la voluntad que no existe en este caso, sin que la conducta sea impune. Si esta postura se enfrenta a una incapacidad parcial o civil, teniendo cierta voluntad y decisión, si que podría haber engaño. Habrá que fijarse, por tanto “en el grado de madurez y sanidad mental necesarios para conocer de los hechos brindados a su conocimiento, y para tomar resoluciones de acuerdo con ese conocimiento” como apunta Antón Oneca¹³

8.1.5. La víctima diligente

Este concepto, lo he observado en numerosas sentencias a la hora de hacer un estudio jurisprudencial de la estafa, y es algo que ha tratado el Tribunal Supremo.

La STS 1036/2003, de 2 de septiembre, dentro del “Fundamento Sexto” el Tribunal explica su postura en cuanto a esta materia, “El engaño puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima, pero lo único que determinaría tal comprobación sería la frustración del comienzo delictivo engañoso del autor...”. Vemos con esto, que el TS no está a favor de desplazar la responsabilidad a la víctima, cosa que se puede ver en sentencias entorno a comportamientos límite provenientes de Audiencias Provinciales en

¹² Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. (1997). Estafas. Tirant lo Blanch “colección de delitos”. Págs. 70-72.

¹³ Antón Oneca, José. (1957) “Las estafas y otros engaños, en el Código penal y en la Jurisprudencia”.

mayor o menor grado que analizaré en su correspondiente apartado (SAP B 5876/2012). Es tal como explica el Tribunal, que no se puede cargar a la víctima de esta forma, cuando normalmente quien engaña, el sujeto activo, suele basar su engaño en relaciones de confianza, donde su posición le permite engañar más fácilmente a la víctima impidiendo que siquiera se plantee que esa persona la va a engañar.

También sigue esta corriente la STS 452/2011, 31 de mayo de 2011, estableciendo 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*”, además de apuntar que el engaño no usa como referencia la “perspicacia de la víctima”, usa la actividad que ejecuta el sujeto activo. Pero aquí vuelve a surgir otra duda, ya que observamos el concepto de “burdo engaño”, pero ¿Qué hace que un engaño sea burdo?, claro, el TS dice que es aquel que puede apreciar cualquier persona, pero no todas las personas tenemos el mismo conocimiento, o precaución, ¿hay que poner un conocimiento o cuidado mínimo? Este concepto se menciona en numerosas sentencias sobre la estafa como puede ser la STS 598/2017, 24 de julio de 2017, pero me parece más llamativa y que ahonda más en la cuestión, la STS 2331/2018 de 20 de junio de 2018, la cual recoge el criterio de varias sentencias de la materia y explica muy bien, en mi opinión este “engaño burdo”.

No es sorprendente que se recalque, que no se debe desplazar indebidamente sobre las víctimas la responsabilidad del comportamiento del sujeto activo el cual quiere engañar de forma consciente, pero también introduce una excepción y es que “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”, queda claro, por tanto, que sí que puede haber un engaño tan poco idóneo que se pueda exonerar al sujeto activo. De la mano con esto último, pone en relación y quizá permita delimitar mejor el engaño burdo, una serie de matices que pueden llegar a excluir el delito de estafa “supuestos de engaño burdo o de absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia”, claro está siempre, teniendo presente que no hay que desplazar la responsabilidad del engaño sobre la víctima.

Es también, aconsejable, acudir a la doctrina y ver que posiciones podemos ver y si estas coinciden o no con la jurisprudencia. En tanto aparece de nuevo el problema del engaño burdo, y de la problemática en la cual el Derecho puede denegar la tutela a quien no fue suficientemente diligente, autores como Predrazzi impugnan doctrinas como el

Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt (el derecho socorre a los que vigilan, no a los que duermen) desde tres argumentos¹⁴. Rechaza en primer lugar, de forma clara, que compensar el dolo del autor del delito con la culpa de la víctima no se puede admitir.

En conclusión, sí que se puede afirmar (con cautela), que la víctima debe de tener un mínimo, de diligencia, pero un mínimo que representa lo más absurdo, engaños manifiestamente toscos, que no serían capaces de engañar a un ciudadano medio, no hay que englobar aquí a posibles víctimas discapacitadas intelectualmente, ya que ese es otro grupo el cual necesita de diferente tratamiento. Como segunda vía de justificar su postura, explica que el “buen padre de familia” puede bajar la guardia de cuando en cuando, no se requiere una diligencia constante, sería algo prácticamente inhumano. Y, en tercer lugar, que la doctrina que he mencionado se contradice con lo que actualmente se defiende, la estafa es castigada porque hay un trasfondo ilícito, lo que tampoco quita que, si la víctima fue un tanto negligente, el engaño sea de menor entidad, pero no dejar impunes las conductas engañosas que se encajen dentro del delito de estafa.

8.2. El error

El error, el segundo elemento que se requiere para así poder encontrarnos con un delito de estafa, de forma que, si ha mediado engaño suficiente, este, debe inducir a error al sujeto pasivo, es decir, tiene que ser “una representación mental que no corresponde a la realidad” o un “conocimiento viciado de la realidad”¹⁵. Por lo tanto, el error, debe ser “implantado” en el razonamiento de la víctima, de forma que, dependiendo de cada persona y sus conocimientos, no pueda superarlo ya que según la jurisprudencia si la víctima hubiese podido detectar el engaño y por tanto no caer en error de una forma “sencilla”, no estaremos ante una estafa.

Un punto de vista que se puede tener en cuanto al error dentro del tipo es como un medidor, concretamente, uno de idoneidad del engaño¹⁶. Por lo que, viendo estas notas características, es posible decir que el error se encuentra vinculado completamente al

¹⁴ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. (1997). Estafas. Tirant lo Blanch “colección de delitos”. Págs. 72-73. Cfr. Pedrazzi.

¹⁵ Balmaceda Hoyos, G. (2016). El delito de estafa. Universidad de los Andes. pág. 54.

¹⁶ Gómez Benítez, JM. (1985). Anuario de derecho penal y ciencias penales, págs.333-346. (Función y contenido del error en el tipo de estafa).

engaño, y no faltan autores que se planteen si puede ser un elemento autónomo, pero la doctrina dominante opina que se le considera como un “punto de referencia” como antes he explicado, por lo que es difícil según esta concepción desvincularlo del engaño y considerarlo como una figura independiente.

Una forma de describirlo, según Choclán Montalvo, sería como un estado psicológico, el cual lleve a realizar el acto de disposición a través de un vicio en el consentimiento, y todo esto se ejemplifica con el polizonaje. En este supuesto, el polizón puede permanecer oculto en el transporte, y en ese caso no habría más relación con la materia que tratamos, pero para hablar de un error real, el polizón debe estar a la vista y debe inducir a error al supervisor, el cual crea que de verdad esa persona viaja con la pertinente autorización en el medio de transporte¹⁷.

Podemos ver, a raíz del supuesto del polizón, que dicen los Tribunales al respecto. A principios del siglo pasado y hasta mediados del mismo, se castigaba de forma muy extensiva esta conducta, ya que, aun cuando dentro del supuesto del ferrocarril, alguien viajaba en un lugar no destinado al transporte de pasajeros (bodegas, en la máquina, etc.) se penalizaba esta conducta ya que, al no poder vigilarse tales lugares por el revisor, equiparaban esa “astucia” al engaño suficiente para defraudar a la empresa, como se lee en la STS 27 de junio de 1963.

En la misma línea que este anterior razonamiento, siguen sentencias como la STS de 16 de junio de 1981, justificando el penalizar estas conductas de forma que el engaño puede manifestarse de forma omisiva deduciéndose de esta cierta positividad, es decir, aprovechar el momento o las circunstancias para sacar provecho.

Si que es cierto, que las sentencias que se pueden desarrollar en torno a esta materia son algo antiguas ya, como bien dice Ribes Seba, en su análisis de la jurisprudencia del TS¹⁸, pero, aun así, la doctrina del Tribunal continua de la misma forma, pero, pocas son las veces que estas materias llegan al TS.

¹⁷ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. págs. 154-155.

¹⁸ RIVES SEVA, A.P. (2013). El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en línea). Apartado 2.2.8.2.

8.2.1. *El error antecedente*

Normalmente, cuando hablamos del engaño, hablamos de un engaño antecedente el cual lleva a error en la víctima, pero también doctrinalmente se habla de un error antecedente, donde la víctima no necesita de la mediación de un engaño activo por parte del estafador, el sujeto activo simplemente se aprovecha de este estado de error. Como apunta Choclán Montalvo la acción del sujeto activo no va a interrumpir el cauce que conducirá a la víctima a la efectiva lesión del bien jurídico

Claro está, hay que diferenciar ya que debemos de atender al comportamiento del sujeto activo, quien puede agravar o no el conocimiento erróneo de la víctima. Si no lo hace, se le podría imputar el delito de estafa en grado de tentativa, pero si lo hace, si aumento el riesgo que ya había, se le deberá atribuir la autoría del delito. Esta relacionado en gran medida con la estafa por omisión.

Si intentamos dilucidar esta cuestión acudiendo al Código Penal, el art. 248 no da a entender que el mantener el error de la víctima sea conducta típica, pero si interpretamos conforme al sentido del tipo, el reforzar el error, crea un nuevo estado de error aún mayor¹⁹.

8.2.2. *La “Duda de la víctima” en la estafa*

Qué pasa si la víctima no ha sido engañada del todo, el error no se ha plasmado en la realidad de la víctima de forma completa, y, por tanto, esta tiene dudas sobre la veracidad de las palabras de quien intenta engañar. Un importante sector de la doctrina española opina que no hay error cuando el sujeto pasivo duda. Esto, por ejemplo, no se comparte por los órganos jurisdiccionales alemanes, donde si que puede haber duda en la víctima y a su vez caer en el error.

En lo que a nuestra jurisprudencia y ordenamiento respecta, podemos ver como ya he dicho que hay un gran sector que sostiene la incompatibilidad, razonando que “quien duda no ignora”²⁰, y por tanto al no estar en un estado de completo desconocimiento de las verdaderas intenciones del autor, si se realiza un acto patrimonial en favor del sujeto activo,

¹⁹ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. págs. 155-157.

²⁰ Izquierdo Sánchez, C. (2016). “Engaño” y Silencio” (Tesis Doctoral). Pág. 105.

se podría considerar una especie de autolesión a su patrimonio ya que no es razonable, quizá, si se albergan dudas, seguir las palabras de otro.

8.3. Acto de disposición patrimonial

Un acto de disposición patrimonial puede ser definido como aquel acto por el cual se transmite un bien o derecho el cual reduce el patrimonio.

Hay que concretar por tanto este suceso dentro del delito que tratamos, donde la persona engaña a otro de forma que esto resulte de forma efectiva en una disposición patrimonial lesiva. Entra en juego también aquí el ánimo de lucro el cual trataré más tarde en los elementos subjetivos.

No hay que olvidar que, al requerirse de una conducta por parte del engañado, que puede ser una conducta activa como omisiva. También se debe de poder evaluar económicamente el daño. Hay que recordar también que la estafa puede producirse en triangulo y que quien realiza el acto de disposición quizá no es el verdadero perjudicado al final del hecho (el caso del sirviente que entrega algo) podemos observar que la doctrina mayoritaria opina que no se requiere de disposición jurídica del patrimonio, cosa de la que difieren autores como J.A Choclán Montalvo, quien expone una corriente diferente²¹ por la cual si que se necesita de disposición jurídica sobre el patrimonio, ya que según él, para el delito de estafa es necesario que la disposición se realice con voluntad del dueño, aun si ha mediado error en esa voluntad. Explica, por tanto, que, si quien realiza el acto de entrega, no tiene el poder sobre ese patrimonio, no habrá disposición patrimonial, reconduciendo, por tanto, el supuesto, a un delito de hurto, ya que quien dispone solo tiene una relación posesoria con la cosa. Esta corriente se ve apoyada por jurisprudencia como puede ser la SAP GC 453/2013, la cual basa su criterio en sentencias del Tribunal Supremo 1.768/02 de 28 de octubre, siendo reiterada la jurisprudencia que afirmaba que era necesario que quien realice el acto de disposición sea el propio perjudicado, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial “que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado”.

²¹ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. págs. 161-163

Es, por tanto, bastante controvertido ya que hay posiciones contrapuestas sobre qué debe de pasar cuando es otra persona diferente de quien tiene la disposición jurídica sobre el patrimonio, la que entrega la cosa. Si que se contempla la estafa en triangulo como ya he mencionado (disponente y perjudicado son distintos), pero en supuestos concretos, véase, la estafa procesal la cual fue motivo de discuta para su admisión.

8.4. Perjuicio

El perjuicio entendido como perjuicio patrimonial, es al final, una disminución del patrimonio.

Además, pudiendo determinar quien sufre el perjuicio podemos ver de forma más clara las relaciones de tipo triangular que antes mencionaba, por la cual el autor realiza la conducta engañosa y hay un tercero que no realiza el acto de disposición, pero sí que ve como disminuye su patrimonio.

Hay que tener en este apartado en cuenta, la doctrina moderna, por la cual no se debe simplificar la estafa a los elementos objetivos que conforman el patrimonio, hay que tener en cuenta tanto los elementos objetivos, como los elementos personales o individuales, es decir, se puede valorar y tener en cuenta la finalidad patrimonial del titular del patrimonio²². Viendo un ejemplo muy claro en aquel comprador de un terreno el cual, al no poder edificar en el mismo, ve su objetivo frustrado, aunque el valor del terreno fuese un precio justo, en las líneas del mercado, el no poder construir a posteriori por problemas urbanísticos puede ser un daño patrimonial (STS 195/1996).

¿Pueden verse afectadas, en el sentido de este perjuicio, las expectativas de derecho? Desde el punto de vista de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, no hay duda, el art. 110 CP incluye el lucro cesante, pero surge la incógnita de si ese lucro cesante, puede incluirse en la cifra con la cual se aplican los efectos del tipo y la determinación de la pena, ya que, en el delito de estafa, la suma total a la que ascienda el perjuicio puede modificar el techo y el suelo de la pena.

Es un punto un tanto controvertido ya que, sí que se admite doctrinalmente la defraudación de bienes futuros, claro está que, si la integración es cierta, no es lo mismo

²² RIVES SEVA, A.P. (2013). El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en línea).

que si es incierta. En el caso de una integración con un fundamento jurídico, y que sea susceptible de integrarse al patrimonio de la víctima, si que se puede admitir. Pero en el caso de que sea una expectativa, incierta, no se puede admitir tan fácilmente, se puede explicar con el caso de un billete de lotería, el cual puede llegar a contener un premio, pero en el importe que se debe incluir dentro de la estafa, solo se aplica el precio del billete, no su posible premio²³.

8.4.1. *¿Cómo se determina el perjuicio?*

Según expone Gutiérrez Francés, M.L.²⁴, a la hora de determinar el perjuicio hay que tener en cuenta varios aspectos:

1. Es fundamental, según la doctrina mayoritaria, valorar los bienes y relaciones de una persona de forma mixta, como he mencionado, tanto criterios objetivos como personales.

2. En segundo lugar, tomar el patrimonio como una unidad, y como reflexiona la autora, no aparece el patrimonio como algo diferente a la suma de sus pequeñas partes. Hay que entender que, en el delito de estafa, se protege el patrimonio como conjunto y habrá que observar el estado anterior y posterior del mismo tras el acto de disposición para poder ver el cambio y así determinar el perjuicio sufrido.

Y una vez observado esto, hay otros matices que determinaran el perjuicio, incluso si existe o no en cada caso. No hay por ejemplo perjuicio si la conducta se enfoca en un objeto no valorable económicamente, y claro está tampoco lo habrá si el único valor que tiene lo tiene de forma subjetiva para el sujeto pasivo, es decir, un valor sentimental, por ejemplo.

Y claro, se plantea otro problema, ¿se podría determinar que existe perjuicio en un negocio ilícito o inmoral? Según nuestro ordenamiento si que puede darse este supuesto, el ilícito civil o mercantil no condiciona la producción de una conducta típica del delito de estafa.

²³ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. págs. 175-176.

²⁴ Gutiérrez Francés, M.L. (1991). Fraude Informático y estafa (Ministerio de Justicia). Págs. 443 y ss.

8.4.2. *Perjuicio en negotia turpis*

Los *negotia turpis* (estafa con causa ilícita), son los casos en los que el perjuicio procede de un incumplimiento de la pretensión del engañado, es al final lo que se realiza en los timos, donde el sujeto activo será quien use la propia codicia de la víctima quien quiere ganar un beneficio a raíz de un acto que quizá no sea del todo lícito (esto está presente en los comportamientos límite que analizaré más adelante).

Podemos ver que el TS, en sentencias de mediados del siglo pasado, como la Sentencia de 17 de junio de 1948, si que confirmaba el delito de estafa cuando el sujeto activo hacía confiar a la víctima en un negocio que era ilícito. Pero en general, el TS no encuentra problema en sancionar los timos, siempre y cuando encuentre presentes los elementos típicos de la estafa²⁵.

9. Elementos subjetivos del tipo básico

Dentro del derecho penal, podemos definir los elementos subjetivos como los requisitos intencionales que se emplean para describir los tipos, definido por la RAE como “Elemento psíquico requerido por el tipo delictivo” o “Elemento anímico específico distinto del simple dolo en cualquiera de sus formas (o de la imprudencia), requerido adicionalmente por un tipo de injusto; son, por tanto, elementos subjetivos específicos del tipo...”.

Conociendo, por tanto, el marcado carácter intencional de los elementos subjetivos, requiriendo por tanto conciencia en un sentido u otro, podemos estudiar los elementos que se encuentran dentro del delito de estafa.

²⁵ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. (1997). Estafas. Tirant lo Blanch “colección de delitos”. Págs. 89-93.

9.1. Dolo

El dolo dentro de este delito, como dice G. Balmaceda, exige la “conciencia y voluntad de engañar a otro produciéndole un perjuicio patrimonial a él mismo o a una tercera persona”, también debe ser “antecedente o coetáneo” al engaño²⁶.

La necesidad del dolo en el delito de estafa es una base que la doctrina ha aceptado, por lo cual no se puede eliminar de este tipo delictivo. Si atendemos al momento, el dolo debe ser actual, no se trata por tanto de un dolo “válido” el dolo antecedente. Por otra parte, la jurisprudencia si que admite tanto el dolo directo como el dolo eventual según una sentencia del Tribunal Supremo (STS de 23 de abril de 1992), en la estafa, conociendo que la actuación puede engañar o no, no quita que el sujeto activo siga con ella por la probabilidad mayor o menor del beneficio patrimonial.

Haciendo referencia a otra sentencia, STS 140/2013, de 19 de febrero, podemos ver como el Tribunal afirma que el dolo va a tomar forma junto a la conciencia del autor, quien debe crear un peligro mediante la conducta engañosa, para provocar error y así obtener una ventaja patrimonial. Al final, podemos ver de forma reiterada en la jurisprudencia como se repiten los elementos tanto objetivos como subjetivos.

Habiendo enmarcado de forma positiva que es el dolo de estafa, conociendo qué es dolo en este delito, es de utilidad delimitarlo de forma negativa, ver qué no es dolo de estafa, y para esto sigo la clasificación usada por Gutiérrez²⁷:

1. En el caso de que el sujeto activo no tenga conocimiento de que lo que dice o hace, que podría ser engaño y por tanto causar error, es falso, carece de una inequívoca intención de engañar.
2. Puede saber que lo que dice es falso, pero la intención no es llegar a la disposición patrimonial que realiza el sujeto pasivo en su favor, no pretende obtener esa ventaja que es necesaria para que el dolo esté completo.
3. Si el sujeto activo, aún faltando a la verdad, lo que dice o hace no tiene suficiente entidad como para engañar a alguien, no se cree por tanto que la conducta pueda llegar a ser engaño suficiente o desembocar en error de alguien.

²⁶ Balmaceda Hoyos, G. (2016). El delito de estafa. Universidad de los Andes. pág. 73.

²⁷ Gutiérrez Francés, M.L. (1991). Fraude Informático y estafa (Ministerio de Justicia). Págs. 558 y ss.

4. En los casos de la ilicitud civil, simplemente engañar para poder concluir un negocio jurídico.

5. En el caso de engañar a otro, conseguir que se produzca el acto de disposición, pero sin la consciencia de que esto va a resultar en la lesión del patrimonio del sujeto pasivo. Tampoco resulta en el dolo de estafa si la intencionalidad de causar perjuicio es posterior al momento en el que el sujeto pasivo hace el acto de disposición patrimonial.

9.2. Ánimo de lucro

El ánimo de lucro, siguiendo la definición de la STS 1232/2002, de 2 de julio, es la “obtención de provecho económico como contrapartida al perjuicio”, para poder ver si existe ánimo de lucro hay que ver si la cadena de elementos ha seguido su curso, es decir, si ha habido engaño antecedente el cual ha llevado a un perjuicio, un perjuicio que ha surgido por un acto de disposición patrimonial, y el ánimo de lucro se encaja dentro del acto dispositivo, dentro del carácter patrimonial, pero se usa en los delitos similares a la estafa también como “utilidad” o “ventaja”, es decir, que incluso en la estafa, puede consistir en cualquier ventaja, no tiene que ser solamente económica.

No se puede, por tanto, cometer de forma imprudente, hace falta el conocimiento y la intencionalidad de obtener la ventaja patrimonial.

Además, hay que añadir según explica Muñoz Conde, que, “el autor de la estafa lo único que pretende es enriquecerse, el perjuicio que con ello pueda irrogar a otros le trae completamente sin cuidado, raramente lo pretende de un modo directo y, a veces le es penoso causarlo.”²⁸. Con esto vemos que el autor de la estafa solo busca el enriquecerse, el daño que se causa en la víctima es algo “colateral” para él, por lo tanto, no es necesario que se busque de forma activa por el autor el daño a la víctima.

Pero no se entiende igual en todos los sectores doctrinales, y tampoco en la jurisprudencia, aplicando esta última un concepto de ánimo de lucro un tanto amplio, o general, siendo este “cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho”. Es de forma reactiva a un concepto amplio manejado por los Tribunales, que la doctrina española, intenta

²⁸ Muñoz Conde, F. (2019). Derecho Penal. Parte Especial, 22ª ed. Pág. 398.

concretar un poco más, estableciendo por una parte que el lucro ha de ser directo y por otra, que el lucro debe de tener un sentido económico.

Aun con esto aclarado, no cesan aquí los problemas al intentar definir completamente el ánimo de lucro, ya que se puede dar el supuesto de obtener algo mediante la estafa y donarla a un tercero, o cambiar la cosa por otra de un valor igual. Igualmente, la doctrina interpreta que estos dos supuestos deben estar igualmente penados. Al fin y al cabo, el concepto de lucro que usamos en la doctrina española es, al fin y al cabo, ventaja patrimonial.²⁹

10. Penalidad

10.1. Tipo básico

Es el artículo 248 del Código Penal, el que perfila el delito de estafa, describiendo los elementos necesarios, será en el siguiente artículo en el que aparece la penalidad del delito.

El artículo 249 del Código Penal, dice tal que así “Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años.” Conociendo esto, tenemos por tanto el tipo básico, pero también en este mismo precepto, el apartado segundo, indica que, si la cuantía no excede de los 400 euros, se impone la pena de multa de un mes a tres meses.

10.2. Circunstancias cualificadoras

Por otra parte, tenemos el art. 250 CP, el cual nos muestra un listado en su apartado primero, por el cual si concurre alguna de estas circunstancias (por separado) modificarían la pena aplicable, de un año a seis años de prisión y seis meses a doce meses de multa. Veamos entonces cuales son las ocho circunstancias:

1. Si el delito de estafa recae en cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social. Con este precepto, se podrá castigar de una forma más severa cuando las estafas atenten contra este tipo de bienes de gran importancia a nivel social.

²⁹ Bajo Fernández, M. (2004). Los delitos de estafa en el Código Penal. Págs. 52-55.

2. Abuso de la firma de otro, sustraer, ocultar o inutilizar algún proceso, expediente, protocolo o documento público/oficial. Aquí tenemos que fijarnos principalmente en la alteración o manipulación del documento, además de que puede esta circunstancia entrar en concurso con otros delitos (hurto, por ejemplo).

3. Este apartado es más sencillo, ya que castiga con pena mayor a quienes al cometer el delito de estafa, recaiga este sobre bienes de patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4. Protege el legislador con este apartado la situación posterior al delito, en relación con la víctima. Con esto me refiero a que, si el perjuicio y la situación económica en la que la víctima o su familia se quedan es muy grave, se puede aplicar este apartado.

5. Si el valor de lo defraudado es mayor que cincuenta mil euros (o afecte a muchas personas), se aplica este cualificante.

6. Si el delito, se ha cometido gracias a que había una relación preexistente entre la víctima y el delincuente, y, aproveche dicha relación de confianza también se ve la pena agravada.

7. Se castigan en este caso las estafas procesales, la cual consiste en la manipulación de pruebas dentro de un procedimiento, para provocar error en el juez o tribunal, haciendo que resuelva contra los intereses económicos de la otra parte o tercero.

Pero también tenemos el apartado segundo, el cual establece una mayor pena para conductas más específicas, ya que si la cuantía de lo defraudado excede los doscientos cincuenta mil o si hay concurrencia de los números 4º, 5º, 6º o 7º del apartado anterior con el 1º del mismo, la pena se impone de cuatro años a ocho años de prisión. Es notable como sube el suelo de la pena tres años, siendo un mínimo de cuatro, queda patente la relevancia que el legislador le da a estas conductas agravadas.

11. Autoría y participación

Según nuestro Código Penal, en su artículo 28, establece que. “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.”

11.1. Autoría mediata

Entre los delitos, hay una clasificación que distingue los delitos de propia mano y los que no lo son. Un delito de propia mano es el cual, en su tipo básico, exige unos presupuestos personales del autor, lo cual limitan la autoría, teniendo como claro ejemplo de este caso el adulterio. Esta limitación no se extiende en principio a la participación.

Conociendo esto, el delito de estafa, no se plantea como un delito de propia mano, por lo cual es aceptable que se pueda realizar a través de otra persona. Es, por tanto, que el autor puede instrumentalizar tanto a la persona que va a engañar a la víctima, como a la propia víctima³⁰.

Surge un problema que la doctrina trata sobre el “instrumento doloso sin intención”, cuando la persona que realiza el acto no tiene ánimo de lucro, pero claro, no son pocos los autores que afirman la falta de elemento subjetivo y, por tanto, no se obtiene el hecho que la Ley pide para la aparición del delito³¹.

11.2. Coautoría

La coautoría, tiene diferentes elementos o requisitos y voy a explicarlo de forma sencilla según lo hace Márquez Cárdenas³². El elemento subjetivo, un plan común, el cual es un punto de unión personal entre los autores, lo que permite tratar la acción, como una suma de partes, que se han dividido entre todos.

³⁰ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. págs. 229-230.

³¹ Otto. (1987). “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, Jura. págs. 254-256.

³² Márquez Cárdenas, A.E. (2007). “La Coautoría: Concepto y requisitos en la dogmática penal”. *Revista “Diálogos de Saberes”*. Universidad Libre. Bogotá D.C. Revista N°26. Págs. 71-102.

Por otro lado, en el elemento objetivo, la esencialidad de la contribución debe de, cada uno, aportar algo indispensable y necesario para el plan que permita ponerlo en la posición de autor y no de mero cooperador. También en estos elementos objetivos encontramos el co-dominio del hecho, que todos los posibles coautores, tengan esa facultad de decisión en conjunto sobre la acción que van a realizar. Y, por último, la aportación en fase ejecutiva, es decir, que no solo tiene que acordar el plan, poder modificarlo y colaborar en su preparación, también debe ayudar en la fase de ejecución del hecho, a la hora de realizar el tipo.

Enfocando de nuevo el punto de vista en lo que nos trata, la estafa, no hay mucho que cambie en cuanto a lo que he explicado en los párrafos previos, el único matiz que cabría recalcar es que, no es necesario que todos los coautores realicen el engaño de forma personal, no hay que llegar a probar tales cosas como afirma la STS de 21 de octubre de 1998.

11.3.Cooperación necesaria

En cuanto a la cooperación necesaria, es sencillo describirla una vez ya conocemos el concepto de la coautoría y su extensión. Desde el punto de vista material, la cooperación necesaria tiene dos notas esenciales: La intensidad objetiva de su aportación y el momento de cuando esta se realiza (en la fase preparatoria)³³. Y conociendo esto, no debe de haber ningún mayor problema en el deslinde de esta figura con las demás.

12. Formas imperfectas de ejecución

Para ver las distintas formas imperfectas de ejecutar el delito de estafa hay que acudir en primer lugar al art. 61 CP, el cual establece “Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”.

Para esto hay que ver como se consuma la estafa. En principio, este delito se consuma cuando se produce el acto de disposición patrimonial con el consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo, podemos observar la STS 104/2007, de 30 de enero de 2001, donde explica de forma clara la consumación de la estafa. Cito textualmente lo que incluye esta sentencia F.J 2º. “La determinación de los distintos momentos del iter criminis

³³ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. pág. 234.

en los delitos de estafa ha planteado con frecuencia dificultades interpretativas pero la doctrina es coincidente al situar la consumación, por regla general, cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo de injusto y se produce el resultado típico, esto es, el desplazamiento patrimonial con el perjuicio y enriquecimiento consiguientes. Así se ha mantenido en los últimos años en la jurisprudencia de esta Sala, antes y después de la entrada en vigor del CP de 1995, en una línea sostenida, con las debidas matizaciones: La consumación se produce cuando el ardid opera causalmente, concretándose el perjuicio patrimonial ajeno por el desplazamiento del bien económico conseguido por el agente (S. 7-7- 81). El delito se consuma en cuanto se produce la «traditio» patrimonial, en cuanto el sujeto pasivo se desprende de objeto o valor mueble, en este caso dinero, estimulado por el cebo engañoso ofrecido ya hay perjuicio.....desde que el dinero ajeno pasó a su disposición (S. 26- 11-93 n° 2649) cuando se realiza el acto de disposición por parte del engañado (SS. 21-5-97 y 30-5-97); la estafa no es un delito formal y no se consuma hasta que se produce el resultado apetecido por el infractor (S. 27-1-98).”.

12.1.Actos preparatorios punibles

Hay que atender aquí, a lo que el Código Penal establece de forma general para los delitos, castigando la proposición, la conspiración y la provocación. Para ver más concretamente en el delito que tratamos, el art. 269 CP establece que “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente”.

Se puede diferenciar los actos preparatorios y los de ejecución como dice Arroyo de las Heras “en atención al riesgo o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido”.³⁴

12.1.1. Provocación

Hay que atender al art. 18.1 CP por el cual, se da provocación si se realiza por imprenta, radiodifusión u otro similar, al fin y al cabo, un medio que permita publicitar a

³⁴ Arroyo de las Heras, A. (2005). Los delitos de estafa y falsedad documental. pág. 45.

muchas personas la perpetración del delito. Hay autores que por ejemplo no ven útil el que la provocación sea punible dentro del delito de estafa, como señala Dopico Gómez.³⁵

12.1.2. Conspiración

La conspiración aparece en el art. 17 CP, se deben de juntar dos o más personas para delinquir, y resuelven ejecutarlo, es decir, que se deciden a hacerlo. Hace falta, por tanto, un elemento volitivo de los sujetos que se deciden a realizar el acto delictivo.

Este acuerdo entre las partes que conspiran puede ser expreso o tácito y también puede ser previo o realizarse al mismo tiempo que la ejecución del acto ilícito.

Se plantea en ciertos casos un problema de distinción entre la conspiración y la asociación ilícita, pero la diferencia se encuentra en la mayor estabilidad de esta última, siendo la conspiración más transitoria.

12.1.3. Proposición

Acudimos al art. 17.2 CP para conocer qué es la proposición, y requiere en primer lugar un sujeto, que individualmente decide cometer un delito, y es este, quien ya convencido de los actos que planea cometer, invita a otras para que se unan a la participación.

12.2. La tentativa

Según nuestro Código Penal, en su artículo 16.1, “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor”.

Aplicando esto desde el punto de vista de la estafa, surge un primer problema, el cual es tratar de establecer cuando el autor comienza la ejecución del delito³⁶, por lo tanto,

³⁵ Dopico Gómez Aller, J. en: (2012) Derecho penal de la construcción, aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo (Coordinadora, Pozuelo Pérez, Laura) 2ªed, pág. 235.

debemos de fijarnos en cuando comienza el engaño en el caso de una estafa, para ver el principio de los actos de ejecución. Es también, esencial determinar el riesgo, la efectividad, o idoneidad del engaño en el caso concreto, para ver si efectivamente, ese engaño podía inducir a alguien a error.

Tenemos por tanto que tomar en consideración la palabra que contiene el art. 16.1 CP, “objetivamente”, por la cual se excluyen los supuestos de inidoneidad absoluta, supuestos irreales, etc. Es por tanto que los elementos de la tentativa de estafa deben de tener la suficiencia de causar un perjuicio patrimonial a otro.

Como apunta Choclán Montalvo, no es importante el por qué del fallo del plan del autor, para la tentativa solo necesitamos la idoneidad *ex ante* del engaño.³⁷

13. La excusa absolutoria

Encontramos esta figura en el artículo 268 del Código Penal, redactándose tal que así su apartado primero: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.”.

De este párrafo podemos deducir, ya sabiendo la naturaleza del delito de estafa, que, al ser patrimonial, este art. 268 CP le puede ser de aplicación si se cumplen los requisitos en él contenido. Tradicional mente la *ratio esendi*, la cual ha sido criticada, es la protección de la comunidad patrimonial familiar, lo cual se ha ido relajando a lo largo de los años con la aplicación jurisprudencial, donde ya no se pretende un sacrificio como puede ser la aplicación de este precepto creando una comunidad familiar ficticia, falsa que puede ayudar a que gente realice delitos patrimoniales con impunidad por lo menos en el ámbito penal.

³⁶ Arroyo de las Heras, A. (2005). Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 49

³⁷ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. pág. 166.

Además, que aun citando este precepto solo a los cónyuges, se ha acabado equiparando a personas con análoga relación de afectividad. Y solo hay que acudir a lo establecido en el *Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios*, que se celebró el 1 de marzo de 2005, en lo que al art. 268 CP se refiere, “las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”. Por ejemplo, esto podemos observarlo en la STS 91/2005, de 28 de enero de 2005, la cual sigue el Acuerdo de Pleno antes mencionado.

El ámbito objetivo de este instrumento son los delitos patrimoniales donde no haya violencia o intimidación, además que teniendo en cuenta la última reforma, también se añade a estas excepciones el abuso de la vulnerabilidad de la víctima ya sea por su edad o por discapacidad.

El ámbito subjetivo se circunscribe a los parientes que en el art. 268 CP se mencionan, pero puede surgir la duda, como plantea Choclán Montalvo, entorno a la convivencia de los parientes, y según su punto de vista, no tiene por qué haber convivencia en relación con los ascendientes, descendientes y hermanos³⁸.

14. El dolo civil y la estafa

En este supuesto problemático, contraponemos dos preceptos de nuestro ordenamiento, por un lado, los arts. 248 y ss. del CP, que ya he mencionado, y por otro, el art. 1269 CC, el cual define el *dolus in contrabendo*, también llamado dolo-vicio “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”, además de otros preceptos del CC como son el art. 1265 y el art. 1270. Este dolo civil, se parece al dolo que plantea el tipo penal, pero vamos a tener en la práctica, habrá consecuencias diferentes, de forma que, desde el Código Civil, se dan al perjudicado acciones civiles, y desde el Código Penal, va a haber una posible pena de prisión. Pero en la práctica, el dolo *in contrabendo* se puede criminalizar de forma sencilla, ya que no hay criterios cualitativos que diferencien un engaño fraudulento de uno contractual.

La posición del Tribunal supremo en esta disyuntiva, es aplicar de forma principal el tipo penal, mientras que los sucesos tengan los elementos típicos de la estafa, se va a aplicar

³⁸ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed.

el tipo penal, y si esto no sucede, se podrá entrar al análisis del dolo vicio³⁹, siendo esto constatado en muchas sentencias como puede ser la STS 17.11.97, dibujando la línea que divide a los dos en un estudio de la tipicidad, de forma que, pretende no criminalizar todo tipo de incumplimiento contractual, pero claro, esto es posible, si no hay mucha coincidencia entre los ámbitos del dolo civil y la estafa, pudiendo quizá considerarse esto por algunos, una doble vía, dependiendo de lo que elija el perjudicado⁴⁰.

15. Comportamientos límite

Una vez que hemos establecido qué es la estafa, y hemos visto como se configura en nuestro ordenamiento jurídico, podemos pasar a ver que comportamientos se encuentran en la zona intermedia, con esto, me refiero a aquellas acciones que los tribunales fijan a veces como estafa y otras no, ya que pueden encontrarse en un lado u otro dependiendo de pequeños matices.

Hago hincapié en el engaño, ya que juega un papel muy importante a la hora de ponderar si un comportamiento límite ha sido estafa o no, el engaño bastante suele ser la barrera ante la cual los acusados de estas conductas se escudan.

15.1. El juego del trile

El trile, es una estafa ya conocida por la amplia mayoría de la población, es una tradicional estafa que se suele realizar en ferias, mercadillos, etc. Puede ser realizada usando cartas o cubiletes y una bola, el objetivo en este “juego” es adivinar donde está la carta ganadora o encontrar bajo que cubilete se encuentra la bola, estando en principio, el resto de los cubiletes vacíos. Hay que matizar que, en comportamientos como puede ser el trile y otros, nos encontramos con gran número de sentencias que provienen de Audiencias Provinciales, ya que hasta que no tuvieron lugar las reformas de 2015 del Código penal,

³⁹ Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2012). Estafa y dolo civil Artículo en: Dereito. Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela Vol. 21 Núm. 1 Págs. 7-35.

⁴⁰ Berenguer Orts, E., González Cussac, JL., etc. (2019). Derecho Penal Parte Especial. 6ª Edición. Págs. 404- 405.

estas conductas eran faltas (por razón de cuantía) y no llegaban al Tribunal Supremo ya que no había casación sobre estas.

Normalmente se suele realizar la modalidad con cubiletes. Se usa en primer lugar para atraer a la víctima (en el caso de España normalmente turistas) lo que se denominan “ganchos” o compinches para así convencer de que lo que está sucediendo es totalmente veraz y justo.

Una vez que alguna persona de las que observa el espectáculo decide participar en el juego, apostando cierta cantidad de dinero, ganando si encuentra la bola. Es aquí donde mediante juegos de manos (prestidigitación), el trilero hace movimientos que van más rápido que la vista o que llegan a estar ocultos del campo de visión del incauto participante y por tanto puede ocultar la bola con diversas técnicas, para así ganar siempre. Cabe decir que hay veces que los trileros dejan ganar al participante para que la sensación de “injusto” se diluya ante tanto prejuicio, para poder captar más víctimas en potencia.

En lo que a la penalidad respecta, si se castiga, se tiende a considerar como una falta, aunque es repetida la jurisprudencia que absuelve este tipo de conductas, y lo explicaré junto con sentencias que ilustren el concepto.

SAP OU 125/2019, una sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, la cual resuelve un recurso de apelación, planteado por los demandados y condenados por delito de estafa en primera instancia. Los hechos no son nada fuera de lo común, donde los demandados, don Alberto y don Alexander, estaban en la feria de Ribadavia jugando a “los trileros”, además de probarse que obtuvieron dinero de ello. Ellos plantearon la apelación bajo el argumento de que se había criminalizado un juego o pasatiempo en el que estaban inmersos.

Es, tras la observación por la Audiencia, de que se probó que estaban en dicha feria y que estaban realizando la actividad que se les imputa, donde entran en la cuestión realizando un análisis más profundo sobre los elementos típicos de la estafa para ver si estos en verdad concurren.

Determina el Tribunal que participar en el juego, aunque claro, este tiene viene ligado a cierta manipulación o engaño para que se desarrolle, pero eso no significa que se den los elementos del tipo. No hay según la Audiencia engaño, ni error y tampoco un quebrantamiento patrimonial, no merece por tanto y como dice la sentencia “reproche penal” absolviendo en el fallo a los recurrentes.

Es aquí donde podemos ver la línea que sigue esta sentencia y muchas otras, aunque claro está que el trile puede ser delito si concurren los elementos necesarios, no es ni mucho menos una actividad que esté blindada, simplemente se encuentra en una fina línea entre un mero juego y un engaño con suficiente entidad para ser una estafa.

Se puede ver según este razonamiento otros actos que, aun teniendo ese toque engañoso, no son ni mucho menos estafas, como puede ser una actuación de magia, donde hay engaño por parte del mago dentro del espectáculo, haciendo que la gente se sorprenda, también se puede dar una especie de “error” si así lo consideramos, ya que la magia hace creer cosas que no corresponden con la realidad y hay un acto de disposición patrimonial al pagar la entrada al espectáculo. No por esto, se condena a quien realiza una actuación de magia y se gana la vida de ello, a un delito de estafa.

Pero también hay que mostrar la otra cara del trile, y poder delimitar cuándo el trile es una estafa y cuándo no, ya que quedarnos con sentencias como la anterior, pueden hacer pensar que el trile no se penaliza.

SAP IB 924/2013, la cual resuelve en apelación un juicio de faltas. Es aquí donde un turista, el referido en la sentencia como Matías, se encuentra con un grupo de personas realizando este juego en la calle, pero claro, hay que describir bien los hechos ya que en este caso sí que hubo un engaño real y una puesta en escena por parte de los recurrentes, haciendo creer a Matías que había alguna posibilidad de ganar. Se simulaban ciertas apuestas haciendo de cebo para las víctimas y cuando por fin alguien “pica” y apuesta, en este caso cincuenta euros, varios de los componentes del grupo empezaron a interferir en el campo de visión del apostante haciendo que no pueda seguir la bola de forma segura y así realizando las técnicas con más seguridad para que la víctima no pueda ganar de ninguna forma ya que cambia la bola sea el cubilete sea y así nunca estará donde el apostante elija. Hay que añadir también que la policía estuvo presente durante los hechos, ya que vigilan por este tipo de conductas, y fue por tanto más sencillo probarlo.

También según lo hechos y las declaraciones de los recurrentes, se demostró que hacían de este tipo de conductas una profesión. Por lo tanto, la Audiencia fallo denegando el recurso que interpusieron.

Es por tanto aquí donde hay que diferenciar entre esta sentencia y la anterior, ya que en la primera, los hechos solo muestran a dos personas que andaban jugando sin más pretensiones, no da a entender desde mi punto de vista que fuese una puesta en escena, y es

esta palabra la que describe al segundo supuesto, es una “teatralización”, están simulando una situación que no es real para así engañar a alguien, que caiga en error, y llevarse su dinero, actúan de forma organizada y meticulosa, simulan apuestas, y luego interfieren en el campo de visión, no es un entretenimiento, es un engaño del cual llegaron a hacer dinero como para ser de alguna forma su “profesión”, es aquí donde se marca la línea que separa las dos caras del mismo “juego”, y es en conductas como las de la segunda sentencia donde se castiga como delito de estafa.

No es extraño tampoco que este tipo de timos callejeros, de forma organizada, tenga lugar en puntos de España como pueden ser las Islas Baleares, Barcelona, Comunidad Valenciana, entre otros sitios, ya que son zonas de mucha afluencia de turistas, los cuales suelen ser el objetivo de los timadores.

Y es concretamente, como señalo, en Barcelona, donde encontramos muchas resoluciones de la Audiencia Provincial. Por no tratar este tema con tan solo dos sentencias, se pueden añadir más, que, de forma breve (las sentencias de trile, en recursos de apelación tienden a no extenderse mucho), expongan la situación y sus diferentes variables.

SAP B 11476/2012, resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona frente a un recurso de apelación el cual proviene de la sentencia por Juicio de Faltas N° 2923/11. Son los condenados a falta de estafa, en aquel año, prevista en el art. 623.4 CP, quienes pretenden probar que hubo inexistencia del delito que se les imputa, ya que el juego que ellos realizaban era voluntario, no obligaron a la víctima a apostar.

El Tribunal, no duda en su explicación que, sí que se da una conducta típica e ideal para cometer la estafa ya que no se trata en este caso de azar en ningún momento, es el “trilero” quien, con la ayuda de juegos de manos, vacía los cubiletes, nunca encontrándose la bola donde señala el apostante en este caso la víctima. Sobre todo, es importante el matiz, de hacer creer que hay juego limpio en algún momento, cuando no es así.

Es común en muchos casos, este entre ellos, que los cuerpos de seguridad correspondientes estén presentes y se facilite la prueba de los hechos. Vemos en este supuesto, que los Mossos d’Esquadra eran testigos del juego. Es normal, esto que apunto, ya que normalmente patrullan ciertas zonas donde concurren turistas, o zonas de mucha afluencia de personas y que saben que suelen montarse juegos de este estilo, intentando sacar algo de dinero a personas incautas que caen en el engaño de estos estafadores.

SAP B 5876/2012, resolución de la Audiencia provincial de Barcelona frente a un recurso de apelación, proveniente del Juicio de Faltas nº 1182/11. La situación viene a ser la misma que la anterior en cuanto a materia procesal, las partes recurrentes son aquellos a quienes se les imputa la falta de estafa.

Esta sentencia, sigue una línea que algunas otras han seguido, y va cambiando según el Tribunal, ya que este caso, se hace un especial hincapié en la diligencia y el cuidado que la víctima debe de tener, es por esto mismo que se va a absolver a los recurrentes, por el hecho de que la víctima sin ninguna precaución acepto la invitación de los trileros para apostar e intentar encontrar la bola, y cuando señaló un cubilete fue distraída mientras cambiaban la bola de lugar. Este tipo de engaño es en algunos casos condenados, y en casos como este vemos que no, y la línea es muy fina, cada tribunal matiza de forma diferente, porque no siempre se hace esta referencia estricta a la diligencia de la víctima, otras veces se es más proteccionista y si los trileros cumplen con los requisitos del art. 248 CP, se les imputa la estafa.

Es por tanto y observando esta variedad de pequeños matices que cada Juez o Tribunal muestra en sus resoluciones, que el trile es una conducta límite muy representativa, hay tanto que reprochar desde el lado del trilero, como del lado de la víctima, de alguna forma y coloquialmente, unas sentencias esgrimen el “no debéis engañar” y otras el “no deberías ser engañados”, en una continua discusión legal.

15.2. El tocomocho

El “timo del tocomocho”, es un comportamiento el cual tiene numerosas sentencias y es conocido dentro de nuestra jurisprudencia, me gustaría explicarlo al tiempo que hacemos referencia a la STS 124/2014, 3 de febrero de 2014.

La RAE define el tocomocho como “Timo cometido con un billete de lotería falso con el que se estafa a alguien vendiéndoselo o intentando vendérselo como premiado, a un precio inferior al de su premio”.

En la sentencia mencionada, a modo de resumen, sucede este timo de una forma muy ilustrativa, un grupo de personas (Sebastián, Roque y Rafael), sirviéndose de la credulidad de la víctima (Pedro Francisco), consiguen que crea que tienen una tira de boletos premiados de la ONCE, con esto le convencen para que saque la suma de doce mil euros en varios cajeros para luego irse sin dejar rastro tras conseguir el dinero.

Se les condena en la Audiencia de instancia por delito de estafa, y estos recurren en casación. Es importante observar el desarrollo que el TS hace del por qué del funcionamiento de este timo (En su fundamento de derecho 5º, donde desarrolla uno de ellos motivos de casación, la indebida aplicación de los arts. 248 y 249 del CP).

El autor es quien alega que no existió un engaño como tal, pero no consigue esto poner al Tribunal de su parte ya que el tocomucho como se explica “Se fundamenta en cierta credulidad de algunas personas que pretenden aprovecharse de la torpeza o debilidad mental de otros”, pero aclara también que el estafador al final, si se analizan los hechos, es la víctima ya que es la víctima la que pretende llevarse una gran cantidad de dinero (boletos premiados) por una cantidad ínfima que el estafador pide.

Puede ser que estos hechos puedan parecer extraños, o podemos llegar a pensar “¿Quién caería en tal engaño?” y es normal, pero al final nos encontramos con una propuesta de negocio fascinante para la víctima, quien puede ver al estafador como un “ignorante” que le va a dar dinero fácil. Es además en el supuesto de esta sentencia donde se aprecia que la suma de doce mil euros es una importante suma en este caso para un pensionista como es la víctima, Pedro Francisco.

Es, por tanto, y se puede observar en los motivos casacionales que las partes recurrentes invocan, importante el engaño ya que, en la indebida aplicación del delito de estafa del CP, se escudan en que no hubo un engaño como tal que desembocase en los actos de disposición patrimonial perjudiciales para la víctima.

15.3. Estafa del lavado de billetes tintados

En esta modalidad, se presenta una representación mucho más elaborada. Presentaré esta estafa junto con la STS 270/2010, 26 de marzo de 2010. El TS califica este engaño como “ya clásico”, aquí se tiende la trampa a la víctima mostrándole un negocio que será lucrativo para todas las partes, donde consiste en quitar la tinta a unos billetes que fueron extraídos de un país africano, el cual se encontraba en una situación bélica y para que dichos billetes recuperen su aspecto y validez original hace falta un costoso producto químico, solicitando dinero para este proceso a la víctima.

Reflexiona la sala sobre la suficiencia e idoneidad del engaño dentro del delito de estafa, y claro, al aplicarlo al caso, no cabe duda de que la maniobra engañosa que se perpetra es suficiente e ideal ya que llegaron a aparecer con un maletín, billetes tintados y la

historia de su fuga de Sierra Leona, con el dinero camuflado y su deseo de recuperar el estado original del dinero para invertir en inmuebles de la víctima.

El Fiscal, argumenta por su parte, que no para todos es desenmascarable este tipo de engaños.

Vuelvo a insistir en algo común a estas estafas/timos, al final la víctima aparece representada como “estafador” de alguna forma como antes he mencionado, el afectado en el momento de ver toda la representación por parte de los estafadores puede pensar que ellos son los ignorantes que van a darle dinero fácil y les sigue la corriente, eso desde mi punto de vista puede llegar a cegar a la víctima y por tanto dificultar el desenmascarar el engaño antes de que se produzca el perjuicio patrimonial.

15.4. El timo del premio de concurso televisivo

Para mostrar esta modalidad me serviré de la STS 49/2013, 29 de enero 2013, donde varias personas con las ganas de participar en un concurso de televisión debían de realizar una llamada telefónica para obtener el premio, llamada en la cual les intentaban retener el máximo de tiempo posible, con el pretexto de que había problemas con el sistema, les hacían creer que de alguna forma seguían en el concurso.

Dejando de lado el contexto, en lo que al análisis de los arts. 248 y 249 CP respecta, la parte recurrente (los condenados a estafa por el timo del concurso televisivo) considera que no hay engaño suficiente como para que se represente en el error de la víctima, además, añade que debían de haberse calificado los hechos como falta.

Además, los recurrentes apoyan su postura sobre el hecho de que al llamar al número para obtener el premio, la llamada informaba de que “se trata de un servicio de ocio y entretenimiento” y también el coste, y según esto, los recurrentes piensan que los perjudicados debían de haber sabido que estaban contactando con una línea erótica.

El Tribunal no acepta esta justificación ya que el engaño tiene suficiente entidad, y el simple hecho de hacer creer que los afectados seguían en el concurso, mientras permanecían al teléfono en una línea erótica de alto coste por minuto, es suficiente engaño para hacer a las víctimas caer en error. Y aunque fuesen avisados con la cuña (cosa que los afectados niegan haber escuchado), siguen en el error de creer que siguen en el concurso lo cual les hace realizar un acto de disposición patrimonial como es el precio por minuto de

permanecer en esa línea, por lo tanto, si que en este caso estamos ante los elementos de la estafa, engaño, error y acto de disposición patrimonial, representados de forma oculta bajo un premio televisivo.

15.5. El timo de la estampita

El “timo de la estampita”, dentro de estas conductas límite, es de las más populares, o conocidas por la gente, se comenzó a practicar a principios del siglo XX en España y tiene elementos similares al ya visto tocomucho, presentando notas tanto criminológicas como dogmáticas similares, a tal punto que los nombres suelen aparecer juntos a la hora de ver uno u otro.

Esta estafa se configura de forma que los estafadores, normalmente dos cómplices, donde uno se hacía pasar por persona con ciertos problemas de discernimiento, con bastante dinero en mano haciendo creer que él pensaba que tenía estampitas, y ahí una vez dan con la víctima, el otro cómplice, proponía a la víctima el tomar ese dinero engañando al primero. Esta representación da lugar a poner a la víctima en la posición del estafador, de forma que intentará engañar y aprovechar la debilidad mental de quien la víctima no sabe que es el estafador, creando la situación de una tentativa inidónea de estafa, la víctima en principio no va a poder consumir ese delito. Normalmente en estos supuestos no se pide responsabilidad para la víctima⁴¹.

16. La estafa informática

La estafa informática, que se configura en nuestro Código Penal como estafa impropia, contenida en el art. 248.2 del mismo, en los apartados a), b) y c), los cuales castigan conductas relacionadas con este tipo de manipulaciones informáticas.

Es importante estudiar, como, según la doctrina mayoritaria, se van a excluir de la categoría de “conductas engañosas” aquellas que se dirigen sobre elementos automatizados, pero también por otra parte, en el caso de los medios de pago electrónicos que necesitan de la inmediatez de la persona física, de un contacto, van a permitir engaño.

⁴¹ Choclán Montalvo, J.A. (2000). El delito de estafa, 1ª ed. págs. 148-149.

Los elementos típicos son semejantes a la estafa común, pero en el caso del engaño, puede sustituirse por la manipulación informática y artificio semejante, entendiendo esta manipulación como una “introducción, alteración, borrado o supresión indebida de datos informáticos, especialmente datos de identidad, y la interferencia ilegítima en el funcionamiento de un programa o sistemas informáticos, cuyo resultado sea la transferencia no consentida de un activo patrimonial en perjuicio de tercero.”⁴²

Tenemos diversos ejemplos para ver estas conductas, en primer lugar, supuestos en los que el autor usa la tarjeta de crédito o medio de pago electrónico similar, en un establecimiento comercial, sabiendo que esta cancelada, ha superado el crédito máximo, etc. Es en estos supuestos donde no hay duda de que estamos ante una estafa según la jurisprudencia, pero la doctrina, sí que tiene un mayor conflicto en este punto⁴³. Hay que matizar, que el pagar por encima de tus posibilidades en el caso de una tarjeta de crédito, en principio, no es una estafa, debe de contener la acción todos los elementos necesarios del tipo delictivo.

Un supuesto que en la práctica se observa más, es el uso de las tarjetas de crédito, o instrumentos similares, por terceros que no son los titulares. Según opina, Mata y Martín, se incluyen dentro del art. 248 CP, no hay duda de ello, al fin y al cabo, el autor de la acción, esta falseando unas condiciones que son inherentes al verdadero titular y víctima⁴⁴.

Y, ¿cómo se representa la víctima de la estafa en este caso? Lo más común, es que se ejecuten estos delitos contra personas jurídicas, lo más típico puede ser bancos, instituciones públicas, aseguradoras, etc.⁴⁵ Además, se ejecuta la estafa con la colaboración de las víctimas de este crimen informático, ya que hay pocas medidas de seguridad y escasos controles, y no solo estamos hablando de que puedan caer los directivos o altos

⁴² Portaley. 17 de diciembre de 2012 “Los cuatro elementos que integran una estafa informática”. (<https://portaley.com/2012/12/introduccion-a-la-estafa-informatica-2/>)

⁴³ Javato Martín, A.M. (2008). Sobre "Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago". Recensión del libro de Ricardo M. Mata y Martín.

⁴⁴ Mata y Martín, R.M. (2007). Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros medios de pago.

⁴⁵ Gutiérrez Francés, M.L. (1991). Fraude Informático y estafa (Ministerio de Justicia). Págs. 76 y ss.

cargos, hay en estas personas jurídicas tan grandes una larga cadena de trabajadores, donde cualquiera, ya sea un empleado, técnico u otro, puede caer en abrir un correo con malware o spyware, por ejemplo, poniendo en peligro la integridad del sistema por completo.

Entre los tipos de estafa informática, encontramos entre otros:

1. El delito de estafa informática usando tarjetas bancarias (art. 248 apartado 2, c) CP).
2. Delito de estafa informática vía ofertas de empleo falsas.
3. “Phishing”, de los más habituales a la hora de estafar y obtener información confidencial.
4. Estafas usando criptomonedas (lo más común es el Bitcoin). Donde se aclara esto, es en la STS 2109/2019 de 20 de junio de 2019, donde principalmente en el Fundamento de derecho TERCERO, se aclara la problemática del bitcoin al no ser considerado legalmente como dinero, al menos en nuestro país.

16.1. Estafa de phishing

El phishing, en nuestra jurisprudencia ya se ha tratado en numerosas ocasiones y sentencias como la STS 834/2012, de 25 de octubre, lo explican de esta forma: “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 in consentido a las cuentas de la víctima y las transferencias a terceros países.”.

Se aprovechan aquellos que realizan esta actividad del desconocimiento de los usuarios más “novatos” que usan internet, y además usando un medio al cual todo el mundo tiene acceso y que normalmente es de las primeras tomas de contacto con internet, el correo electrónico. Y para intentar paliar esto, se recomienda que las entidades o servicios financieros que puedan recibir o reciban este tipo de ataques, informen a sus usuarios sobre el posible peligro y como detectarlo.

El phishing, es un delito que necesita de un medio concreto para su ejecución, y este es Internet, ya que es necesario para poder enviar correos electrónicos de forma masiva, a una gran cantidad de usuarios, haciendo así que aumenten las probabilidades de que alguno

caiga en la trampa. El correo electrónico mencionado, tiene enlaces que redireccionan a quien los pulse a una web muy similar a la original, pero sin serlo, con diferentes alertas de que va a perder dinero o va a ser perjudicado de alguna forma, normalmente hacen alusión y usan las páginas web de entidades bancarias para que algún usuario descuidado introduzca las claves y así los estafadores pueden conocerlas. Pero no son las únicas formas de realizar el phishing, también con el reciente auge de la paquetería, y de las compras online, muchos de estos correos van dirigidos a esos compradores, haciendo alusión a algún problema con su envío, para que así, introduzca las claves y obteniendo el estafador esa información, con la cual puede acceder a los datos que el usuario adjunto a dichas páginas web.

En cuanto a la jurisprudencia de este tipo de comportamientos, la STS 834/2012 que he mencionado, hace referencia a la STS 556/2009, de 16 de marzo, donde se encajan estas conductas en el art. 248.2 CP, correspondiente a la estafa informática. Es algo común en estos delitos, que haya diferentes personas con identidades a veces desconocidas, que colaboran con el plan, no suele ser de ejecución individual, ya que se distribuyen diferentes roles para realizar toda la maniobra engañosa con el consiguiente acto de disposición patrimonial, transfiriendo de forma muy ágil, los fondos obtenidos a entidades en otros países.

Y el phishing no se queda aquí, hay diferentes variaciones que dependiendo del caso pueden ser mejores que la “original”. El *Spear Phishing*, consiste en el envío de correos electrónicos fraudulentos a empresas de no gran tamaño para poder obtener información privilegiada, concretamente dirigiendo este ataque a una persona en concreto en la empresa, que tenga un cargo o posición que le sirva para obtener dicha información.

El *Pharming*, en esta modalidad, se intenta duplicar la página web de una entidad bancaria, y por medio de correos masivos, hacer pensar a un cliente de la entidad que debe entrar e introducir sus datos por algún motivo de urgencia, así obteniendo los estafadores el DNI, cuenta bancaria, número de tarjeta de crédito, etc.

El *SCAM*, mediante el envío masivo de correos con ofertas de trabajo falsificadas para atraer a la gente dentro de esa estafa, se intentará captar gente para trabajar como “muleros” una persona intermediaria que hará funciones de “gestor financiero”, usando el falso empresario esta situación para blanquear dinero fraudulento, recibiendo el mulero transferencias que luego remitirá por otras organizaciones como puede ser MoneyGram (servicio de envío de dinero online a nivel internacional).

17. Conclusiones

Son varias las modificaciones que este delito a sufrido en los últimos siglos, no llegando a concretar de manera definida la estafa. Se puede apreciar un cambio con la LO 8/1983 donde los conceptos de engaño bastante y error aparecen mucho más nítidos y permiten delimitar el delito de estafa de una mejor manera.

Hoy en día, el Código Penal contiene la misma definición de la estafa que en la LO 8/1983, con distintos añadidos como puede ser la estafa informática, lo cual tiene sentido, esto se debe a los avances tecnológicos.

En cuanto al bien jurídico protegido, no cabe duda de que hablamos del patrimonio, aunque la doctrina tiene un ferviente debate sobre la interpretación del concepto de patrimonio y los distintos puntos de vista expuestos.

Muy relevante en el estudio y para la comprensión del delito son los elementos objetivos, es decir, un engaño (precedente y bastante), error del sujeto pasivo, acto de disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo.

El engaño es muchas veces donde nos encontramos con el punto clave, el punto de inflexión a la hora de calificar una actuación como delictiva o no, ya que hay diferentes formas de engañar a la víctima. Puede haber engaño implícito y explícito (matizando el nivel de explicitud dentro del engaño implícito, pero si que hay jurisprudencia que lo respalda), también el engaño puede ser omisivo o activo (la jurisprudencia ha llegado a reconocer el “engaño por silencio” y hay autores que respaldan posturas a favor del engaño omisivo y hay autores que lo aceptan, pero con limitación al ámbito civil). Cabe también añadir los problemas que plantea el papel de la víctima en el engaño, ya que, si nos encontramos con un incapaz como sujeto pasivo, habrá que atender al grado de incapacidad de esa persona, a la edad mental, y demás criterios que permitan determinar la validez del negocio realizado e intentando no llegar a soluciones que a veces, en planteamientos doctrinales, acaban con la impunidad del sujeto activo.

Eso en cuanto a la víctima incapaz, pero un sujeto pasivo en pleno uso de su capacidad de razonamiento también puede tener cierto deber de diligencia a la hora de saber ver un engaño, pero claro, no se puede desplazar el peso de reconocer una estafa a la víctima, y hay que saber reconocer las situaciones que la jurisprudencia define como “engaño burdo”.

En cuanto al error, podemos diferenciar entre un desconocimiento de la realidad o en un conocimiento deformado, y siempre que este error sea consecuencia del engaño realizado de forma anterior por el sujeto activo.

El acto de disposición patrimonial es el siguiente escalón, debe surgir consecuencia del error del sujeto pasivo, el cual a su vez viene del engaño. Es curioso como a diferencia de otros delitos donde debe haber un acto de disposición patrimonial, podemos ver en la estafa que el sujeto lo va a realizar de forma totalmente voluntaria debido a su conocimiento viciado de la realidad.

Y finalmente, el perjuicio que nace del acto de disposición patrimonial. El cual puede ser suprimido por la compensación patrimonial.

Los elementos subjetivos son básicamente dos, el dolo y el ánimo de lucro. El dolo, hay que remarcar que debe ser antecedente al engaño o también se acepta el dolo coetáneo, y no solo esto, sino que, el dolo directo y dolo eventual también son admitidos en el delito de estafa. Y es importante la distinción entre el dolo civil y el dolo penal, lo cual no es nada fácil y que la jurisprudencia del TS delimita, aunque principalmente aplica el tipo penal en el caso de que concurran los elementos típicos del delito, en caso contrario sí que podrá analizarse el “dolo-vicio”. El ánimo de lucro por su parte viene a ser el enriquecimiento o la “obtención de provecho económico como contrapartida al perjuicio”, es necesario y elimina la posibilidad de cometer este delito de forma imprudente.

Y una vez conocidos los detalles del delito, a esto que explico hay que añadir figuras como la “excusa absolutoria”, su penalidad, las formas imperfectas de ejecución y las formas de autoría y participación, desemboca el estudio en los “Comportamientos límite”, la serie de actuaciones que los tribunales, a veces califican como delictivas y otras veces no, según unos criterios muy precisos. Puede, según esta definición, dar sensación de que los órganos jurisdiccionales dan respuestas aleatorias, para nada es así, ya que hay matices principalmente me gustaría hacer hincapié en el engaño, que hacen variar la calificación por parte de los tribunales, aunque claro está también el resto de los elementos del delito tienen gran relevancia, pero al estudiar numerosas sentencias, son bastantes las que fijan su análisis en el engaño y sus diferentes matices.

Y, tras analizar diferentes estafas o timos más clásicos, los cuales se encuentran en esta categoría límite, es importante mencionar las estafas a través de medios informáticos, las cuales a día de hoy son de lo más frecuente ya que a cualquier persona con una

dirección de correo electrónico le habrán llegado más de un mensaje de phishing, correos calificados como “spam” y demás métodos que se usan para intentar bombardear al receptor con información engañosa la cual le induzca a error, con quizá el consecuente acto de disposición patrimonial que derive en un perjuicio patrimonial para la víctima, y todo esto, sin la necesidad de un contacto “cara a cara” entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Es por esto y mucho más que el delito de estafa es, quizá, más común de lo que nos pueda parecer, y que, con el acceso a internet que tenemos hoy en día, hay que estar todavía más alerta, lo cual no significa que hayan desaparecido los timos clásicos los cuales siguen vigentes hoy en día y siguen perjudicando a muchas personas.

18. Bibliografía

- Antón Oneca, José.** (1957). "Las estafas y otros engaños, en el Código penal y en la Jurisprudencia". Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona.
- Arroyo de las Heras, A.** (2005). Los delitos de estafa y falsedad documental. Editorial Bosch. Barcelona.
- Bajo Fernández, M.** (2004). Los delitos de estafa en el Código Penal. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid.
- Balmaceda Hoyos, G.** (2016). El delito de estafa. Universidad de los Andes. Chile.
- Berenguer Orts, E., González Cussac, J.L., etc.** (2019). Derecho Penal Parte Especial. 6ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.** (1997). Estafas. Tirant lo Blanch "colección de delitos". Valencia.
- Choclán Montalvo, J.A.** (2000). El delito de estafa, 1ª ed. Editorial Bosch. Barcelona.
- Dopico Gómez Aller, Jacobo.** en: (2012) Derecho penal de la construcción, aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo (Coordinadora, Pozuelo Pérez, Laura) 2ªed. Editorial Comares. Granada.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo.** (2012). Estafa y dolo civil. Artículo en: Dereito. Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela Vol. 21 Núm. 1.
- Gallego Soler, J.** (2002). Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Tirant lo Blanch.
- Gómez Benítez, JM.** (1985). Anuario de derecho penal y ciencias penales. "Función y contenido del error en el tipo de estafa". Tomo 38, Fasc./Mes 2. Universidad Complutense. Madrid.
- Gutiérrez Francés, M.L.** (1991) Fraude Informático y estafa. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.
- Izquierdo Sánchez, C.** (2016). "Engaño" y Silencio" (Tesis Doctoral).
- Javato Martín, A.M.** (2008). Sobre "Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago". Recensión del libro de Ricardo M. Mata y Martín. Revista electrónica de ciencia penal y criminología N°10.

- Kindhäuser, U.** (2002). La estafa como autoría mediata tipificada. Colombia.
- Márquez Cárdenas, A.E.** (2007). “La Coautoría: Concepto y requisitos en la dogmática penal”. Revista “Diálogos de Saberes”. Universidad Libre. Bogotá D.C. Revista N°26. Págs. 71-102.
- Mata y Martín, R.M.** (2007). Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros medios de pago. Aranzadi Thomson Reuters.
- Muñoz Conde, F.** (1995) “Falsedad y estafa mediante abuso de crédito e instrumentos crediticios”. Poder Judicial, N° Especial, IX, Madrid, 1986.
- Muñoz Conde, F.** (2019). Derecho Penal. Parte Especial, 22ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Otto.** (1987). “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, Jura.
- Portaley.** 17 de diciembre de 2012 “Los cuatro elementos que integran una estafa informática”. (<https://portaley.com/2012/12/introduccion-a-la-estafa-informatica-2/>)
- RIVES SEVA, A.P.** (2013) El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en línea).