

ESTAFA Y NEGOCIO ILÍCITO

Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997

(Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)*

NURIA PASTOR MUÑOZ**

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

I

A menudo, defraudaciones que presentan la estructura de una estafa se producen en el contexto de un negocio ilícito. No es difícil imaginar el caso de un sujeto que, habiendo recibido dinero de un empresario para eliminar ilegalmente unos residuos, lo engaña, o el de un individuo a quien, tras llevar a cabo el secuestro acordado, no se le entrega el precio que se pactó. Ante tales defraudaciones, al igual que ante cualquier engaño que vaya seguido de un desplazamiento patrimonial, cabe plantearse

* Abreviaturas utilizadas: *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *BGH*: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán); *BGHSt*: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Alemán en materia penal, citadas por volumen y página); *BGB*: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán); *CC*: Código Civil; *CP1973*: Código Penal de 1973; *CP1995*: Código Penal de 1995; *GA*: Goldammer's Archiv für Strafrecht; *JR*: Juristische Rundschau; *JuS*: Juristische Schulung; *JZ*: Juristenzeitung; *LG*: Landgericht; *LK*: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; *NEJ*: Nueva Enciclopedia Jurídica; *NJW*: Neue Juristische Wochenschrift; *NK*: Nomos Kommentar; *NStZ*: Neue Zeitschrift für Strafrecht; *OLG*: Oberlandesgericht; *PJ*: Poder Judicial; *RJA*: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; *RG*: Reichsgericht (Tribunal del Reich); *RGSt*: Entscheidungen des Reichsgerichtitz in Strafsachen (Sentencias del Tribunal del Reich en materia penal, citadas por volumen y página); *SK*: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; *StGB*: Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán); *STS*: Sentencia del Tribunal Supremo.

** Becaria FPI del Ministerio de Educación y Cultura. Este trabajo se enmarca en el proyecto MEC-DGES PB 95-0988.

la cuestión de si los hechos pueden calificarse como delito de estafa. El problema específico de estos casos es si la ilicitud del negocio afecta a la valoración penal de la defraudación cometida, o si, por el contrario, puede continuar examinándose la concurrencia de una estafa de prestaciones bilaterales sin tener en cuenta para nada la ilicitud del negocio. Este texto pretende, a partir del caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1997¹, examinar el estado de la cuestión en la doctrina y aportar criterios nuevos para resolver o, por lo menos, aclarar la solución de estos casos.

Los hechos probados de la sentencia son los siguientes:

Jerónimo M. había alquilado un local en el que tenía el propósito de instalar un negocio de hostelería y tenía que llevar a cabo ciertas reformas, para lo cual necesitaba la oportuna licencia de obras y autorizaciones administrativas que eran competencia del Concejal Presidente de la Junta Municipal del Distrito de Moncloa. Le surgieron una serie de problemas en cuanto a su obtención y, en esta situación, conoció a Emilio F., quien ostentaba en dicha Junta un cargo que carecía de atribuciones decisorias sobre la concesión de licencias de obras y de apertura de locales comerciales. Éste se ofreció a resolver los problemas de Jerónimo, aduciendo, pese a carecer de ellas, tener las influencias y contactos suficientes. A cambio exigía recibir una cierta cantidad de dinero: Jerónimo creyó a Emilio y le entregó 200.000 pesetas en efectivo el día 17 de Abril de 1991. Posteriormente, Emilio le comunicó que necesitaba 500.000 ptas. más para hacer una serie de regalos a los funcionarios de la Sección de Obras de dicha Junta, y se citaron para ello el día 25 de abril de 1991. Jerónimo puso los hechos en conocimiento de la autoridad y, bajo su vigilancia, realizó la entrega del dinero —dos cheques al portador librados contra su cuenta corriente por importe de 200.000 y 300.000 pesetas—, intervinieron los Agentes de Autoridad, detuvieron a Emilio y le ocuparon los cheques reseñados.

La Audiencia Provincial de Madrid condena a Emilio F. por un delito continuado de estafa y decreta el comiso de los cheques intervenidos. El condenado recurre alegando, entre otros motivos, la aplicación indebida del artículo 528 CP1973 [248 CP1995].

El Tribunal Supremo considera que no hay delito de estafa porque, pese a existir engaño bastante, error y disposición patrimonial, no hay perjuicio típico, dado que el concepto de patrimonio «no puede ser entendido de una manera puramente económica (...) el patrimonio

¹ RJA: 3811.

protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal (...) allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir» (FJ 2). Responde el Tribunal a la eventual objeción de que la agravación del 529.6 CP1973² se refiere precisamente a un supuesto de estafa en el marco de un negocio ilícito, señalando que tal agravación no encuentra su fundamento «en la calidad de funcionario del autor, sino en el mayor disvalor del resultado, consistente en el peligro generado por el engaño para el honor del funcionario implicado falsamente»³. Y el Tribunal concluye: Jerónimo no sólo no es víctima de un delito de estafa, sino que es autor de un cohecho activo del artículo 391 CP1973⁴; la estafa no se ha consumado por la falta de perjuicio típico —estamos ante una tentativa (acabada)⁵—, y las 200.000 pesetas entregadas por Jerónimo a Emilio deben ser decomisadas como efectos que son del delito.

¿Debe apreciarse en este caso un delito de estafa? Ciertamente es que Emilio engaña a Jerónimo y logra que este último, convencido de que el primero cumplirá con su parte, entregue 200.000 ptas.; y es también cierto que tal entrega lleva consigo un menoscabo económico. Ahora bien, el hecho de que la prestación acordada sea ilícita, ¿afecta en algo a la tipicidad del engaño? Esta es la cuestión en la que se centra el presente trabajo. Para resolverla, se analizan principalmente dos estructuras: el caso del engañado que tras el pago no obtiene la prestación ilícita acordada, y que en adelante se denominará estructura de *pago—no realización de la prestación ilícita*⁶, o la estructura inversa, en la que el engañado realiza la prestación ilícita y no recibe el precio

² Los hechos están enjuiciados conforme al CP1973, en el que estaba vigente la agravante del art. 529.6º: «Cuando la defraudación se produzca traficando con influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda», circunstancia que desaparece en el CP 1995.

³ En apoyo de dicho argumento, la sentencia acude a la cláusula que cierra el art. 529.6º CP 1973 —«sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos (los funcionarios) corresponda»—, de la que deduce que tal precepto no es aplicable a supuestos como el enjuiciado, ya que quien actúa como el funcionario imputado en el caso carece de honor susceptible de ser protegido (FJ 2).

⁴ Por exigencias del principio acusatorio, la sentencia no pudo plantearse la concurrencia de un eventual cohecho, lo cual no es óbice para que el ponente señale que se trata de una «injusta situación de impunidad» (FJ 2).

⁵ En realidad, los argumentos de la sentencia conducirían a afirmar que siempre que la pretensión del engañado es ilícita estamos ante una tentativa irreal.

⁶ Se escoge el término «pago» para hacer referencia a conductas como la entrega de dinero o la realización de una prestación que, *aisladamente*, sería lícita. Con «prestación ilícita» se hace referencia a aquéllas cuyo contenido *material* es considerado ilícito.

pactado, que aquí se simplifica bajo la fórmula *realización de la prestación ilícita-impago*⁷.

Este enfoque del caso implica que, por una parte, no se analiza lo acontecido desde el momento en que Jerónimo pone en conocimiento de la policía los hechos y procede a la entrega vigilada del dinero —de lo que quizá podría deducirse que Jerónimo obtuvo, en el ínterin, algún género de información que le llevó a desconfiar de la veracidad de las promesas de Emilio—. Se atiende únicamente a la conducta de Emilio consistente en ofrecer a Jerónimo —a cambio de una contraprestación económica— el ejercicio de supuestas influencias para conseguir los permisos que este último necesita, y el subsiguiente acto de disposición de Jerónimo (entrega de 200.000 ptas.).

Por otra parte, tampoco se estudian otros supuestos próximos en los que el comportamiento defraudatorio incide sobre una *situación ilícita previamente configurada*, como, por ejemplo, el del sujeto que decide estafar a quien ha hecho lo mismo con él en un contacto económico anterior (estafa al estafador), o la estafa entre ladrones en el reparto del botín⁸. Se trata de casos en los que la ilicitud es *preexistente* al comportamiento defraudatorio, a diferencia del caso objeto de comentario, en el que la ilicitud se presenta *en* la defraudación. Cuando la ilicitud *preexiste* al engaño, basta la valoración de la situación objetiva previa al mismo para decidir si existe o no patrimonio protegible a través del tipo de estafa⁹; en cambio, cuando la ilicitud no aparece en un estadio previo sino *en* el mismo momento del contacto patrimonial, debe analizarse si su presencia influye en el juicio de tipicidad.

Tras esbozar brevemente el problema (II) y sintetizar las propuestas de la doctrina y la jurisprudencia para la resolución del mismo (III), se expone el propio planteamiento (IV), una respuesta para algunos supuestos problemáticos (V) y una propuesta de solución para el caso de la STS de 13 de mayo de 1997 (VI).

⁷ Obviamente se entiende que en todos los supuestos que se examinan en el presente comentario concurre *dolus antecedens*; deliberadamente no se entra a analizar el tipo subjetivo y se estudia únicamente a la parte objetiva de la defraudación.

⁸ Sobre estos casos, cfr. por todos PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ (DIR.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Madrid, 1998, p. 461; con más detalle, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., 1993, p. 297.

⁹ Así, BRUNS, «Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?», *Festschrift für Edmund Mezger*, Berlin, München, 1954, p. 337.

II

No reina unanimidad en la doctrina sobre el tratamiento que debe darse a los casos en los que una defraudación con la estructura de una estafa de prestaciones bilaterales se produce en el marco de un negocio ilícito. La cuestión no es pacífica porque, aun cuando aparece claro a los ojos de cualquier observador que un sujeto ha engañado a otro y que este último ha sufrido un menoscabo económico como consecuencia de tal engaño (la *estructura* es la de una estafa), aquello que se había pactado es ilícito. Con base en este último elemento, en determinados casos el Derecho civil decide no proteger el patrimonio de quien lo invierte en un negocio ilícito. La pregunta es, entonces, evidente: ¿puede el Derecho penal, que está reservado para las agresiones más graves, otorgar protección a un patrimonio para el que el ordenamiento privado no ofrece tutela alguna? ¿O, por el contrario, debe el Derecho penal tener en cuenta, a la hora de definir su objeto de protección, que el ordenamiento civil emite un juicio negativo sobre determinadas expectativas y les niega reconocimiento?

Como es sabido, según dispone el artículo 1275 CC, se considera que un negocio tiene causa ilícita cuando ésta contraviene las leyes o la moral. Por una parte, al artículo 1275 CC determina, como consecuencia para estos negocios, la nulidad¹⁰. Por otra parte, el artículo 1305 CC, en lo que aquí interesa, prevé que en los casos de causa u objeto ilícito, cuando el hecho constituya delito o falta común a ambos contratantes, éstos carecen de toda acción entre sí (además de que deba incoarse el procedimiento penal correspondiente y decretarse el comiso de los efectos o instrumentos del delito). El artículo 1306 CC, por su parte, para el caso de causa torpe y cuando la culpa concurre en ambos contratantes, excluye la acción tanto para repetir lo dado en virtud del contrato como para reclamar el cumplimiento de lo pactado¹¹. La exclusión de la acción de repetición, la reivindicatoria, la de enriquecimiento injusto o cualquier otra fundada en el cobro de lo indebido ha sido considerada por algunos autores como una especie de *sanción civil*¹² que

¹⁰ 1275 CC: «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». Cfr., al respecto, AMORÓS GUARDIOLA, en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 485 ss.; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 245.

¹¹ No son aquí objeto de atención los casos previstos en los artículos 1305.2 y 1306.2 CC, en los que sí cabe repetición por poder apreciarse causa ilícita sólo en una de las dos partes. Así, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 555 ss.

¹² Como pone de manifiesto DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 244 ss., la falta de acción (1305 y 1306 CC) viene a ser una aplicación de la regla «*nemo auditur suam turpitudinem allegans*».

lleva consigo el favorecimiento de una de las partes, pues ésta puede retener lo recibido sin que exista acción para reclamarle la contrapartida¹³. La ilicitud a la que se refiere el artículo 1305 CC tiene un fuerte asidero interpretativo en la remisión a la calificación del hecho como delito o falta por el Derecho penal. En cambio, es materia más discutida lo que deba entenderse por «causa torpe» en el artículo 1306 CC; dentro de tal concepto la doctrina no incluye toda causa ilícita, sino sólo aquéllas a las que va vinculado un reproche de contrariedad a la «moral»¹⁴, dejando fuera del concepto de «causa torpe» —y, con ello, del ámbito de aplicación del artículo 1306 CC— algunos supuestos de infracción de la ley de los que no puede predicarse su contrariedad a las buenas costumbres¹⁵. En cualquier caso, se trata de una cuestión controvertida y hay supuestos en los que la doctrina civil no está de acuerdo¹⁶.

No es este el lugar para entrar a fondo en la discusión de los civilistas sobre esta materia, ni se está en condiciones de hacerlo con los instrumentos de Derecho penal. Para el análisis que aquí se pretende llevar a cabo es útil distinguir dos grupos de ilicitudes. En primer lugar, aquellas que aquí se da en llamar *materiales* y que hacen referencia al contenido de la prestación realizada, o a cuya obtención se dirige la atribución patrimonial, dando lugar a un negocio *materialmente ilícito* (en adelante, simplemente, *negocio ilícito*). En este grupo se encuentran los casos de causa u objeto delictivos (artículo 1305 CC) y los supuestos de causa torpe (artículo 1306 CC). El segundo grupo es el de algunas ilicitudes *formales* a las que el Derecho civil vincula la consecuencia de la nulidad (artículo 1275 CC) pero no la exclusión de la acción de repetición (artículo 1303 CC). A éste pertenecen los casos de contravención de la ley por incumplimiento de exigencias formales, y, en general, a aquellas vulneraciones de reglas que no implican que la prestación acordada sea en sí misma, en su *contenido*, ilícita. A efectos de un análisis penal de la ilicitud en las defraudaciones, las ilicitudes del segundo grupo no interesan demasiado, pues para esos casos el Derecho privado sí ofrece medios de protección del patrimonio (no excluye la acción); lo realmente interesante son las cláusulas de los artículos 1305 y 1306 CC (primer grupo de casos), porque en ellas se refleja una decisión del Derecho civil de no protegerse del patrimonio de aquel que sufre un auténtico

¹³ Así, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al Código Civil*, p. 557.

¹⁴ Como indica DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 245, el término «moral» debe entenderse aquí como una referencia a las buenas costumbres.

¹⁵ De esta opinión, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al Código Civil*, p. 558-559. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 243 y ss., pone de relieve que, efectivamente, se plantean problemas interpretativos en aquellos casos en los que la causa es ilícita por contravenir algún precepto legal pero no puede tacharse de «torpe» ni de «delictiva».

¹⁶ Sobre el tratamiento de los supuestos dudosos para el Derecho privado, *infra* V.

menoscabo económico, se plasma una valoración *negativa* de la prestación pactada por el ordenamiento privado. La doctrina y la jurisprudencia penales se han centrado en los casos del primer grupo; por ejemplo, el de quien paga a un sicario para que mate a su enemigo y no obtiene tal servicio o el del sicario que realiza su trabajo y no recibe el precio¹⁷; el de quien paga a una prostituta y no obtiene la contraprestación, así como el de la prostituta que, habiendo realizado la prestación ilícita, no recibe el precio acordado¹⁸; el conocido caso del *Reichsgericht* de venta de sustancias inocuas en el lugar de abortivas¹⁹; etc²⁰. En efecto, supuestos de esta clase son los más relevantes y en ellos la ilicitud se refiere a la prestación *en sí*. A cómo han resuelto la doctrina y la jurisprudencia estos casos de ilicitudes *materiales* se dedica el apartado siguiente.

III

La doctrina dominante española ofrece distintas soluciones según la estructura del caso: debe apreciarse estafa cuando el engañado pagó por una prestación ilícita (*pago—no realización de la contraprestación ilícita*), pero no cuando realizó una prestación ilícita y no recibió el precio acordado (*realización de la prestación ilícita—impago*)²¹. Nuestra jurisprudencia

¹⁷ Lo cita, por ejemplo, ANTÓN ONECA, «Estafa», *NEJ*, 1956, p. 69. En Italia: CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, Bogotá, 1996, Vol. IV, § 2346, — Traducción de Ortega Torres y de Guerrero—. En Alemania: BERGMANN/FREUND, «Zur Reichweite des Betrugstatbestandes bei rechts- oder sittenwidrigen Geschäften», *JR*, 1988, p. 191; BERGMANN /FREUND, «Betrügerische Schädigung des Auftraggebers eines Mordes?», *JR*, 1991, p. 357 ss.; PAWLK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Berlin, 1999, p. 146.

¹⁸ Son, respectivamente, los casos de la BGHSt 4, 373 y BGHSt 6, 377. Cfr. por todos en España: ANTÓN ONECA, *NEJ*, p. 70. En Alemania: BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 191; LACKNER, *LK*, 10ª ed., § 263, n.º marg. 241-242; Monika FROMMEL, «¿No hay estafa en perjuicio de prostitutas?», —Traducción de Cancio Meliá—, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, Año III (1997), n.º 4-5, p. 225 ss., trabajo crítico con la solución de la BGHSt 4, 375.

¹⁹ *RGSi* 44, 230: el autor entregó «abortivos» a una mujer por el precio de 10 marcos, aun cuando sabía que eran totalmente inocuos, y que tenían un valor de venta de entre 30 y 40 peniques. El RG apreció estafa porque consideró que la mujer había sufrido un perjuicio en sentido económico: que no tuviera derecho a la contraprestación fue considerado por el *Reichsgericht* un elemento irrelevante.

²⁰ También cuando un sujeto promete a otro una cantidad de dinero a cambio de que este último dañe la propiedad ajena: dos vecinos, A y V están en constante pelea. B propone a A que, a cambio de 200 marcos, rompa a pedradas la ventana de V, aunque no tiene intención alguna de pagar a A la cantidad acordada por los daños a V: WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, 20ª ed., Heidelberg, 1997, p. 143.

²¹ ANTÓN ONECA, *NEJ*, p. 69, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, p. 295 y ss.;

dencia se aproxima a la doctrina dominante en la solución de estos supuestos, aun cuando no es fácil encontrar casos en los que quien efectuó la prestación ilícita denuncie por estafa a quien no le pagó lo acordado²². En Alemania, la doctrina dominante adopta una solución dual, al igual que ocurre en España²³, aun cuando hay algunas voces disonantes²⁴. La jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* ha evolucionado desde la afirmación de estafa en todo caso de defraudación en negocio ilícito —con base en un concepto económico de patrimonio— hacia la solución de la doctrina dominante —basada en uno de carácter jurídico-económico²⁵—. En lo que sigue se analiza, por una parte, la postura de la doctrina mayoritaria y sus puntos de apoyo, y se ponen de relieve, por otra, algunas críticas que cabe dirigir a la misma.

La doctrina dominante parte, en primer lugar, del argumento de que en estos supuestos es necesario distinguir ilícitos y se apoya, en segundo

ahora, PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ (DIR.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, p. 460-461; GONZÁLEZ RUS en CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/PO-LAINO NAVARRETE/PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho penal español. Parte Especial (I)*, Madrid, 1996, p. 671; GLADYS ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, p. 291 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 1996, p. 368, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., 1996, p. 373; QUINTANO RIPO-LLÉS, *Tratado de la parte especial de Derecho Penal*, Madrid, 1977, 2ª ed., vol. II, p. 619 ss.; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona, 1987, p. 252 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, Valencia, 1997, p. 90 ss.

²² La jurisprudencia opta por apreciar normalmente estafa [BAJO FERNÁNDEZ/PÉ-REZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, p. 295]. Así, por ejemplo, en el caso del abogado que logra que la mujer de un presidiario le entregue dinero a cambio de conseguir por vía ilegal la excarcelación de su marido [STS 4.12.1992 (Ponente: Excmo. Sr. Granados Pérez)], o en el del director de una autoescuela que promete conseguir ilegalmente permisos de conducir a cambio de un precio [La STS 5.12.1992 (Ponente: Excmo. Sr. Carrero Ramos)] ni siquiera se plantea si la ilicitud afecta en algo a la concurrencia del tipo.

²³ Así, LACKNER, LK, § 263, n° marg. 241-242; TRÖNDLE, StGB, 48ª ed., § 263, n° marg. 29.

²⁴ CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Berlin, 1968, p. 97; el mismo, *Schönke/Schröder, StGB*, § 263, n° marg. 150; el mismo, «Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht», *JuS*, 1966, p. 472 ss., 477.

²⁵ BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 190, entienden que la jurisprudencia se aleja del concepto económico y se aproxima cada vez más al jurídico-económico; así, por ejemplo, la BGH resolución de 28.4.1987 - 5 StR 566/86 (LG Bremen), *NStZ*, 1987, p. 407, sigue la doctrina establecida en la conocida BGHSt 4, 373 (caso *Dirnenlohn*) que entiende que no estafa el cliente que paga a la prostituta con dinero falso, por no haber salido de la esfera de la mujer nada que pueda considerarse patrimonio según el concepto jurídico-económico; de haber operado aquí el BGH con un concepto económico de patrimonio no debería haber tenido problema alguno para afirmar la existencia de una estafa. FRANZHEIM, «Zur Strafbarkeit des Komplizen- und Dirnenlohnbetruges — Ein Beitrag zum Begriff des Vermögensschadens—», *GA*, 1960, p. 271, pone de relieve la incompatibilidad de la BGHSt 4, 373 con la BGH 2, 364. Efectivamente, hay que constatar un cambio jurisprudencial en este punto.

lugar, en el concepto mixto jurídico-económico de patrimonio. Con base en estos dos pilares llega a su solución dual.

El argumento de la necesidad de distinguir ilícitos entiende que el eventual injusto de la conducta de la víctima no excluye ni hace desaparecer el injusto del comportamiento de aquél que la engañó, y encuentra diversos puntos de apoyo. Primero, que no apreciar estafa deja un curioso ámbito de impunidad para el que engaña, pues se le dirige el mensaje un tanto sorprendente de que estafar a un sujeto con proyectos disvaliosos es penalmente irrelevante, mensaje que actuará como acicate para la perpetración de tales engaños²⁶. Segundo, que no castigar a cada uno por lo suyo equivale a dar cabida a una «compensación de culpas», pues el desvalor de la conducta de la víctima llevaría consigo la no aplicación del tipo de estafa. Por último y vinculado a lo anterior, que, al no aplicar el tipo, se «responde» a la víctima, no con la consecuencia jurídica que tenga prevista el ordenamiento, sino negándole la protección penal a su patrimonio, es decir, con una especie de «sanción no prevista»²⁷. En este sentido argumentaba ya en su día Antón Oneca: «¿por qué conceder la impunidad al engañador cuando se han realizado todos los elementos de la estafa, especialmente desde el punto de vista subjetivo, por el sólo motivo de que la víctima sea deshonesto? Esta razón no es suficiente para excluir la antijuridicidad de la conducta»²⁸. Otros autores insisten especialmente en que no debe confundirse la inexigibilidad civil de la prestación ilícita con el carácter delictivo del engaño²⁹. En definitiva, por poner un ejemplo, este argumento consideraría que un traficante que, en vez de

²⁶ LACKNER, *LK*, § 263, n.º marg. 242.

²⁷ Abona esta solución también un discutido argumento sistemático que se apoya en la regulación anterior a 1995. Estando vigente el CP1973, parte de la doctrina entendía que el mismo legislador había decidido apreciar delito de estafa en los casos de negocio con causa ilícita por la existencia del apartado 6.º del art. 529 del CP1973. Sin embargo, la STS 13 de mayo de 1997 opta por una interpretación muy distinta (*supra* nota 3). BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, p. 296, sugieren otro argumento sistemático: «el antiguo número 7.º del artículo 529 castigaba también a quienes defraudaban a otro valiéndose del fraude para asegurar la suerte en el juego, sin que el legislador penal haya querido tener en cuenta la inexigibilidad civil de las deudas de juego».

²⁸ ANTÓN ONECA, *NEJ*, p. 69. En parecido sentido, CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, § 2346: no se trata de castigar al asesino a sueldo por «no haber dado muerte a un hombre» sino por haber engañado a la víctima; BRUNS, *Festschrift für Edmund Mezger*, p. 338.

²⁹ En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 368, considera que el Derecho penal «no puede dejar de sancionar a un estafador porque el medio de que se valga sea la realización con otro de un negocio ilícito», independientemente de que el estafado no pueda exigir el cumplimiento de la prestación; semejante es el argumento de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 373. Ya en su día QUINTANO, *Tratado*, p. 622, distinguía, en parecido sentido, inexigibilidad civil de la prestación y posibilidad de apreciar estafa.

heroína, entrega polvos de talco es autor de una estafa, independientemente de la valoración que merezca la conducta del comprador.

Sin embargo, el solo argumento de la distinción de ilícitos no conduce necesariamente a la solución de la doctrina dominante, sino que también podría servir de apoyo para afirmar estafa en todo caso de defraudación en negocio ilícito (es decir, en las dos estructuras a las que se viene haciendo referencia). Así ocurre, por ejemplo, en la jurisprudencia italiana y en algunos autores de ese país, con base en la consideración de que por medio del tipo se protegen, no los intereses patrimoniales de cada sujeto —ya amparados por el ordenamiento civil—, sino el interés público en que no se ataque la libertad del consenso de las partes contratantes³⁰ llegan a la conclusión de que en tales casos siempre hay estafa.

Puede entenderse que la doctrina dominante, además de la «distinción de ilícitos», asume un concepto jurídico-económico de patrimonio³¹ —o, por lo menos, que rechaza un concepto puramente económico—. Es la adición de este segundo criterio lo que explica que, por una parte, aprecie estafa en el supuesto de *pago-no obtención de la contraprestación ilícita* convenida, pero, por otra, la niegue en el caso de *realización de la prestación ilícita-impago*. A la primera solución llega a partir de la consideración de que, pese a la ilicitud de la pretensión de la víctima, esta última ha sufrido un perjuicio típico; la realización del pago (o de una prestación aisladamente lícita) es un acto de disposición que lleva consigo una disminución patrimonial, y ésta constituye perjuicio típico independientemente de que se haga con la pretensión de obtener algo ilícito y de que no exista un derecho a la prestación ilícita ni acción para reclamar su cumplimiento³². Así, por ejemplo, Lackner afirma que el Derecho protege frente a la pérdida de cualquier elemento

³⁰ Así, MAGGINI, *La Truffa*, Padova, 1988, p. 67-68, pone de relieve que el núcleo de la argumentación de la jurisprudencia de la Corte Suprema: «a efectos de la estafa es irrelevante el engaño se inserte en una actividad del sujeto pasivo dirigida al alcance de un fin antijurídico» (Cass., II, 20-10-60, in Giust. pen., 1961, II, 57): se trata, en definitiva, de desvalores distintos, es más, el dolo de la víctima de la estafa «no neutraliza la peligrosidad del reo». Esta tesis se apoya en la existencia de una modalidad de estafa en los negocios ilícitos: en el art. 640.1 Codice Penale, algo semejante a lo que ocurría en España con el art. 529.6º CP1973. En el mismo sentido, ZANNOTTI, *La truffa*, Milano, 1993, p. 106-107; también FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. II, 2ª ed. Bologna, 1996, p. 182 ss.

³¹ Es un concepto muy extendido en nuestra doctrina —sin que reine unanimidad sobre cómo debe desarrollarse esa combinación de elementos jurídicos y económicos—, aun cuando el concepto personal cuenta cada vez con más partidarios. En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, p. 269; ahora, PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, p. 441-442.

patrimonial, sea cual sea la finalidad para la que éste se utilice³³. En el segundo grupo de casos, los de *prestación ilícita-impago*, la doctrina dominante niega la presencia de estafa por la dificultad de apreciar en ellos perjuicio típico (y ahí se demuestra la capacidad de restricción del rechazo de un concepto económico de patrimonio): lo que se ha entregado nunca fue objeto de protección jurídica³⁴, así que éstos son casos de tentativa irreal. Con un ejemplo, el individuo que recibe dinero de algunos alumnos desesperados de su autoescuela prometiendo conseguirles permisos de conducir por medios ilegales —aunque no pretenda hacerlo—, cometería una estafa, pues de la esfera de los alumnos ha salido patrimonio valioso: eso es lo relevante, y tanto da la finalidad perseguida con el acto de disposición³⁵. En cambio, si los alumnos —que no piensan pagar— tras pedir al profesor los permisos de conducir en cuestión no entregan después lo convenido, no cometen estafa alguna, pues falsificar unos permisos es algo jurídicamente desvalorado cuya disposición no puede considerarse perjuicio típico.

El edificio argumentativo de la doctrina dominante presenta algunas fisuras. Los argumentos entorno a la idea de «distinguir ilícitos» tienen sus puntos débiles. En primer lugar, negar la concurrencia de estafar no implica necesariamente aceptar una compensación de culpas —figura que no es aplicable en sede de imputación penal³⁶—, ni la aplicación de una especie de «sanción no prevista» al sujeto de proyectos reprochables,

³² Cfr. OLG Hamburg, sentencia de 8.6.1966 - Ss 97/65, *NJW*, 1966, p. 1525, con comentario de SCHRÖDER, *JR*, 1966, p. 470 ss.

³³ LACKNER, *LK*, § 263, n.º marg. 242, «La pérdida del bien poseído de buena fe es valorada por el Derecho como daño independientemente del fin que se persigue con la prestación. Por consiguiente, en su enjuiciamiento, la cuestión no es la desaprobación jurídica del fin señalado» (la cursiva es mía). Ya BRUNS, *Festschrift für Edmund Mezger*, p. 352, da cuenta de cierto acuerdo doctrinal existente en su momento en torno a entender que lo relevante no es el incumplimiento de la prestación ilícita acordada sino la entrega de «buen dinero» (*gutes Geld*) por parte del engañado.

³⁴ Las influencias ejercidas por un funcionario nunca tuvieron valor jurídico, nunca fueron objeto de protección del Derecho; sí tuvo tal valor, en cambio, el dinero que se le entregó a ese mismo funcionario, aun cuando con ello se persiguiera el fin de conseguir ilegalmente unas licencias. Así, por ejemplo, BGH, *Beschl.* de 28.4.1987 - 5 StR 566/86 (LG Bremen), *NStZ*, 1987, p. 407; en ésta, el LG considera que la prestación de una prostituta no puede incluirse dentro del concepto de patrimonio penalmente protegible.

³⁵ STS de 5 de diciembre de 1992 —Ponente: Excmo. Sr. Carrero Ramos—, RJA: 10018.

³⁶ Donde el conflicto es público y no pueden «apropiárselo» autor y víctima. Al respecto, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 98. En estos casos estamos ante algo muy diverso de la «compensación de culpas», pues de lo que se trata es de valorar normativamente la aportación del autor y de la víctima en la configuración del riesgo.

sino que puede fundamentarse en el análisis exacto del riesgo creado por quien engañó. La propuesta consistente en valorar separadamente el ilícito del que engañó y el de quien fue engañado adolece de una seria falta de realismo. El engaño y la ilicitud del negocio se entrelazan en su configuración, se contagian (valorativamente), no discurren por cauces independientes, y eso no puede obviarse en el análisis jurídico-penal del riesgo. Como se desarrollará más adelante, la ilicitud puede llegar a eliminar el carácter protegible de las expectativas de conservación del propio patrimonio. No pueden separarse elementos que en la realidad están en conexión, como si se tratara de aislar unas células para su observación al microscopio; el juicio penal debe tener precisamente la capacidad de aprehender el proceso comunicativo que se produce en un determinado contacto social³⁷. El análisis de un ilícito aislado resulta tan inútil para el juicio penal como la observación de una sola célula con la pretensión de extraer consecuencias sobre las relaciones de la misma con su entorno.

En segundo lugar, si se lleva la postura de la distinción de ilícitos a sus últimas consecuencias, se llega a la conclusión de que en casos en los que no existe siquiera un incumplimiento de una obligación desde el punto de vista del Derecho privado³⁸, sí concurre una estafa de prestaciones bilaterales³⁹. Esto conduce a que la construcción de conceptos penales se desarrolle al margen del Derecho privado, esto es, a una radical autonomía del Derecho penal respecto a las demás ramas del ordenamiento jurídico. Y tal conclusión resulta difícil de aceptar, pues, si bien la estafa es un *aliud* en la medida en que es fruto de una valoración jurídico-penal, es también al tiempo un *plus*, pues presupone el incumplimiento. Esto no significa que aquí se acepte una pura dependencia formal del Derecho penal respecto al ordenamiento privado, sino que se entiende que la valoración que el Derecho civil realiza de un determinado contacto patrimonial no puede ser ignorada en el juicio de valoración penal porque es un elemento importante de la identidad social. Si el ordenamiento privado no otorga su tutela a un determinado

³⁷ En la vinculación de un suceso que acontece en el mundo y sujeto, propia de toda imputación, hay que intentar desvincularse de un modo de pensar naturalístico, yendo a búsqueda de la dimensión de sentido de lo acaecido. Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, —Traducción de Cancio Meliá y Suárez González—, Madrid, 1996, p. 94.

³⁸ Ya sea la obligación de realizar la prestación acordada, ya sea la de devolver lo recibido (por existir, por ejemplo, un enriquecimiento injusto).

³⁹ Tal como ya lo sostuvo BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlin, 1938. Según este autor, no hay patrimonio (en sentido económico) que no deba ser protegido frente a la estafa. Sobre ello, CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, p. 59.

patrimonio —como ocurre en los supuestos de causa u objeto delictivos o de causa torpe—, puede resultar un tanto paradójico que el Derecho penal sí se la ofrezca.

En tercer lugar, se ha objetado a la solución mayoritaria, desde las mismas filas del concepto mixto jurídico-económico de patrimonio del que ella parte, que resulta sospechoso otorgar un tratamiento tan distinto a dos estructuras tan semejantes, cuyas diferencias pueden reducirse a una mera cuestión cronológica⁴⁰. ¿Acaso es tan distinto pagar por unas influencias y no obtenerlas que ejercitarlas y no recibir el precio acordado? ¿Cambia tanto la valoración que en uno y otro caso merecen los comportamientos de engañador y engañado? Para la doctrina dominante sí existen diferencias valorativas porque la situación del engañado frente al Derecho no es igual; en los casos de *pago-no prestación ilícita*; el engaño es defraudado en sus expectativas ilícitas y sufre además un menoscabo patrimonial —ha entregado «buen dinero»—⁴¹. En cambio, en los de *prestación ilícita-impago*, el engañado solamente es defraudado en sus expectativas no jurídicas⁴², y, por consiguiente, dado que a efectos de la estafa sólo es relevante el perjuicio patrimonial, en estos casos nada hay que proteger, pues no ha salido de la esfera del engañado nada valioso⁴³. Sin embargo, el razonamiento es débil y puede rebatirse con el argumento de Frommel: *quien realiza una prestación ilícita renuncia al pago anticipado de la misma, de manera que en ese caso puede afirmarse la existencia de perjuicio típico partiendo del mismo concepto jurídico-económico de patrimonio de la doctrina dominante*. Si esta última, con la constatación del pago previo de una prestación ilícita, tiene suficiente para afirmar el perjuicio típico (independientemente de la finalidad perseguida con el pago y aun cuando nunca podría haberse exigido el cumplimiento de la contraprestación ilícita ni la devolución de lo entregado), el mismo argumento ha de servir para entender que también hay perjuicio típico en la *renuncia al pago anticipado*, pues se trata de un acto de disposición que para nada debería quedar afectado por la ilicitud de la prestación a realizar a cambio del precio⁴⁴. Como pone de relieve esta argumentación, el esfuerzo por separar el acto de disposición de la finalidad del mismo conduce a resultados insatisfactorios. La solución que Frommel propone para los casos de defraudación en el marco de un negocio ilícito no se incorpora al presente trabajo, pero sí se

⁴⁰ FROMMEL, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 1997, p. 225 ss., desmascara la incongruencia valorativa presente en la solución de la doctrina dominante.

⁴¹ Así, por ejemplo, la BGHSt 6, 377 entiende que la ilicitud no impide apreciar perjuicio típico en la previa entrega del dinero.

⁴² BGHSt 4, 373.

⁴³ En contra, CRAMER, en *Schönke/Schröder, StGB*, § 263, n° marg. 93, 97 y 150.

⁴⁴ FROMMEL, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 1997, p. 229.

acepta como argumento correcto la idea defendida por esta autora de que ambas clases de defraudaciones deben recibir *un mismo tratamiento* por ser valorativamente iguales⁴⁵. Además, en ocasiones, la realización de la prestación ilícita puede ir acompañada de otros gastos colaterales *aisladamente* lícitos, hecho que pone de relieve con más fuerza lo estéril de la separación de acto de disposición y finalidad del mismo. Por ejemplo, el sicario tendrá que gastar su dinero en la compra del revólver o el alquiler del piso que le ha de permitir observar los movimientos de su víctima, al funcionario le costará su dinero agasajar al competente en materia de licencias para lograr que conceda el correspondiente permiso, etc.⁴⁶; ¿acaso tendría en estos casos sentido afirmar que sí existe estafa respecto a los gastos *aisladamente* lícitos pero no respecto a la prestación ilícita en sí? ¿tiene algún sentido este esfuerzo de disección?, ¿o habría que entender que los gastos adicionales *aisladamente* lícitos devienen ilícitos en contacto con la prestación ilícita? Quizá esa sería la solución en los supuestos en que la ilicitud es constitutiva de delito o falta, pero ¿en los supuestos de ilicitud por contravención de la moral? Me parece que es un planteamiento que no logra sino aumentar los problemas.

IV

Tras el análisis de la postura de la doctrina dominante, y de algunos problemas derivados de su planteamiento, se propone en este apartado una solución. Lo problemático de estos casos radica en la presencia de una ilicitud, es decir, de un elemento que el ordenamiento valora negativamente. Que el Derecho privado asocie a ciertas infracciones de la ley la nulidad del contrato de que se trate, importa aquí muy poco. En cambio, cuando en determinados supuestos (causa u objeto constitutivos de delito o falta y causa torpe) el ordenamiento privado niega la existencia de cualquier acción para recobrar lo entregado y permite así que cristalice una situación de desequilibrio patrimonial, surge la pregunta de cuál ha de ser la postura del Derecho penal. En estos casos en los que el Derecho civil niega claramente la protección del patrimonio (1305 y 1306 CC: negocios *materialmente ilícitos*), no cabe apreciar estafa porque no hay expectativas susceptibles de protección. Dentro de este grupo se cuentan tanto los casos en los que se acuerda la comisión de un

⁴⁵ Al respecto, BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 192, califican de arbitraria la dualidad de soluciones.

⁴⁶ Otro ejemplo en NAUCKE, «Der Kausalzusammenhang zwischen Tauschung und Irrtum beim Betrug», en *Festschrift für Peters*, 1974, p. 111: la prostituta a la que se pide que adelante los gastos de desplazamiento.

delito o falta, o una lesión de bienes jurídicos no penales (ilícitos administrativos no formales), como aquéllos en los que la ilicitud nace de la contravención de las buenas costumbres (sobre todo, cuando se negocia sobre *res extra commercium*). Así, se llega a la misma solución de la doctrina dominante de los supuestos de *prestación ilícita-impago* pero no en los de *pago-no realización de la prestación ilícita*. Cuestión distinta es el tratamiento penal de los casos de meras ilicitudes *formales* (que llevan consigo sólo la consecuencia de la nulidad, pero no una exclusión de acciones) y de los casos en los que no hay un criterio civil claro sobre el carácter lícito o ilícito de la causa; a todos ellos se dedicará el apartado V.

Algunos han negado la presencia de estafa en estos casos con base en consideraciones de carácter ético, aludiendo a lo reprochable de los propósitos del sujeto finalmente engañado. Sin embargo, tales consideraciones no son fundamento sólido de la valoración penal, y, más bien, empañan la argumentación⁴⁷. No se puede otorgar tutela penal al sentimiento de rechazo que surge ante quien decide utilizar su patrimonio para remunerar al asesino de su enemigo, o ante quien decide matar al enemigo en cuestión para ganarse un dinero; no es cometido del Derecho penal juzgar a los sujetos sino a los hechos. Por ello, pese a estar de acuerdo en la solución, no me parece en absoluto convincente el argumento de Carrara de que la sanción penal «no debe prostituirse» para proteger a la víctima cuando ésta es más despreciable que quien la engañó⁴⁸; ni el argumento de Cramer, de que constituiría una *perversión* del ordenamiento jurídico dar la posibilidad de que la amenaza de pena se utilice para imponer pretensiones inmorales⁴⁹. No se trata ni de lo uno ni de lo otro, sino de determinar si existen pretensiones penalmente protegibles.

Estos casos deben solucionarse en sede de imputación objetiva. Engañar en un negocio ilícito, ¿es típicamente relevante? ¿pone en duda expectativas penalmente protegidas? Si en la imputación objetiva suele distinguirse entre dos juicios, el de creación de un riesgo típicamente relevante (o jurídicamente desaprobado) y la realización del riesgo en el resultado⁵⁰, el análisis de estos casos debe hacerse en

⁴⁷ Como pone de relieve ZANNOTTI, *La truffa*, p. 106.

⁴⁸ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, § 2346.

⁴⁹ CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, p. 241, con un tono de reproche moral, afirma: «el Código penal no está para proteger los negocios turbios de tunantes, rufianes y prostitutas».

⁵⁰ En JAKOBS: la imputación objetiva del comportamiento (o la afirmación de que el comportamiento es típico) y la imputación objetiva del resultado (este último lo explica el comportamiento imputable). Cfr. CANCIO MELIÁ/SUÁREZ GONZÁLEZ, «Estudio preliminar» a JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 59-60.

el primer estadio. Se podría decir que *quien realiza una prestación ilícita o quien paga por ella sostiene una expectativa no jurídica (no normativa, meramente fáctica) respecto al pago; por consiguiente, el riesgo creado para la misma —o, con otro lenguaje, la puesta en duda de su vigencia— es irrelevante en el Derecho penal, pues se trata de un riesgo atípico o, con otras palabras, del cuestionamiento de una expectativa no vigente*⁵¹. El sujeto que interviene en un negocio ilícito *asume el riesgo de menoscabo económico*, en la medida en que acepta el intercambio de un elemento patrimonial (normativamente reconocido) por una expectativa no jurídica (puramente fáctica) y, en ese sentido asume la pérdida del carácter «protegible» de la misma. Ahora bien, ¿cómo se llega a la conclusión de que la expectativa de obtener algo ilícito o de cobrar por la prestación ilícita realizada se debe considerar puramente fáctica? Se parte de la aceptación de una cierta *accesoriedad del Derecho penal respecto al Derecho civil* que impide que la determinación de aquello que merece la protección del primero se realice al margen de la valoración que el segundo hace de los contactos patrimoniales. Según se entiende aquí, quien realiza el acto de disposición en primer lugar, al entregar dinero o realizar cualquier prestación ilícita, se erige en responsable del riesgo que se derive de ese contacto patrimonial, pudiendo ser tal riesgo la no obtención de la contraprestación acordada; y ello es así porque su expectativa no pertenece al mundo de lo jurídicamente reconocido —es puramente fáctica—, así que el Derecho penal no debe restabilizar su defraudación, no debe responder ante conductas que la cuestionen⁵².

Para la definición del riesgo típico en estos casos, es necesario pronunciarse sobre qué se considera bien jurídico protegido por el tipo de estafa⁵³, porque el riesgo se debe proyectar, para tener relevancia penal, sobre expectativas que el Derecho penal protege, y el bien jurídico es necesario para dotar de contenido a tales expectativas⁵⁴. Al respecto, se han

⁵¹ Esta solución contradice a la doctrina dominante en lo que se refiere a los casos de *pago-no realización de la contraprestación ilícita*.

⁵² CRAMER, en *Schönke/Schröder, StGB*, § 263, n.º marg. 93, 97 y 150, considera que, desde un concepto jurídico-económico de patrimonio, hay que negar la concurrencia de estafa en ambos grupos de casos porque las pretensiones de los negocios ilícitos o inmorales contravienen preceptos extrapenales. Se trata de un comportamiento «por su cuenta y riesgo» (*auf eigene Gefahr*); al conocer la ilicitud del negocio, el engañado se daña a sí mismo; el mismo, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Berlin, 1968, p. 97; el mismo, *JuS*, 1966, p. 472 ss., 477.

⁵³ De esta opinión, ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones)», *ADPCP*, 1993, p. 84.

⁵⁴ Sobre la posibilidad de que el bien jurídico siga ocupando algún lugar en un esquema funcionalista del delito, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, p. 89 ss.

sostenido múltiples concepciones⁵⁵ que van desde considerar que el bien jurídico es el patrimonio⁵⁶ (con sus diversas definiciones), pasando por soluciones de tipo dual (patrimonio y libertad de disposición⁵⁷) hasta la afirmación de que el bien jurídico es la sola libertad de disposición⁵⁸. Aparentemente, las posibilidades mencionadas se excluyen entre sí; sin embargo, en ocasiones coinciden en el plano material. Parece claro que el bien jurídico en el tipo de estafa no puede desvincularse del patrimonio; sin embargo, el aspecto que se pretende proteger es la libertad de disposición sobre tal patrimonio⁵⁹; es la lesión de la misma la que tiene relevancia penal, pues el mero desplazamiento patrimonial es en sí neutral⁶⁰. Esta explicación resulta válida para otros delitos patrimoniales, como el hurto, en el que lo verdaderamente lesivo de este desplazamiento es que se realiza «contra la voluntad de su dueño», y por ese motivo la presencia de consentimiento desviste de todo contenido de injusto al movimiento de la cosa mueble de una esfera patrimonial a otra⁶¹.

⁵⁵ Solamente se hace referencia aquí a algunas concepciones; sobre los diversos planteamientos, cfr. MAURACH/SCHROEDER/MAINWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 1, 8ª ed., Heidelberg, 1995, p. 424 ss., 430-432; también, AHN, *Das Prinzip der Schadensberechnung und die Vollendung des Betruges bei zweiseitigen Vertragsverhältnissen*, Frankfurt am Main, 1995, p. 29 ss.

⁵⁶ Así, por ejemplo, BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil I*, 2ª ed., Leipzig, 1905, p. 338; BOCKELMANN, «Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug», *JZ*, 1952, p. 461 ss.; CRAMER, *Schönke/Schröder, StGB*, § 263, n.º marg. 1; LACKNER, *LK - StGB*, § 263, n.º marg. 4; MAURACH/SCHROEDER/MAINWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, p. 424 ss., 430-432; NAUCKE, *Zum Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin, 1964, p. 103 ss.; SAMSON/GÜNTHER, *SK - StGB*, § 263, n.º marg. 1; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., Tübingen, 1983, p. 115. Una exposición clara de la evolución del concepto de patrimonio en CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, p. 23 ss.

⁵⁷ KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW*, (103), 1991, p. 399 ss., p. 398, entiendo que la estafa es un «delito contra la libertad que daña el patrimonio» (*vermögensschädigendes Freiheitsdelikt*); GUTMANN, «Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neuen Hochstrichterlichen Rechtsprechung», *MDR*, 1963, p. 3 ss. Partidarios también de un bien jurídico dual, MEZGER, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, 7ª ed., München, Berlin, 1960, p. 167-168: «El bien jurídico protegido en la estafa del § 263 es el patrimonio y la conservación de la verdad y de la buena fe en el tráfico patrimonial».

⁵⁸ MAURACH/SCHROEDER/MAINWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, p. 430-431, consideran que ya no tienen fuerza las concepciones del bien jurídico de la estafa como valor inmaterial: la buena fe, la confianza ajena, la verdadera voluntad del engañado.

⁵⁹ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Cap. IV, entiendo que el bien jurídico protegido en la estafa es el patrimonio como libertad de actuación objetiva; el patrimonio es un «poder» (*Können*) que se actualiza en concretos elementos patrimoniales.

⁶⁰ En este sentido, KINDHÄUSER, *ZStW*, (193), 1991, p. 401.

⁶¹ Cfr. PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *Hacia un Derecho Penal Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 285 ss., p. 303.

Pues bien, la estafa protege la libertad de disposición. El contenido material de la misma puede llegar a definirse con base en dos elementos. *En primer lugar*, la libertad de disposición se proyecta sobre un patrimonio que debe entenderse en sentido jurídico. No se pretende aquí retomar la concepción jurídica clásica de patrimonio, sino afirmar que éste sólo puede estar formado por elementos jurídicamente reconocidos⁶². La lesión de la libertad de disposición que se proyecte sobre elementos carentes de tal reconocimiento, no tendrá relevancia penal alguna, pese al valor económico de los mismos. Esto implica el rechazo de un concepto económico, el cual no se articularía bien con las premisas aquí propuestas porque, en el conjunto del ordenamiento jurídico, resultaría disfuncional proteger penalmente un patrimonio entendido en sentido fáctico⁶³. Para la determinación de lo jurídicamente reconocido interesa la concepción jurídico-civil de patrimonio en cuanto manifestación de la valoración social. *En segundo lugar*, si se atiende al aspecto dinámico de la libertad de disposición, se constata que, en una esfera patrimonial cualquiera, suelen existir movimientos de intercambio de unas expectativas por otras. Pues bien, de las expectativas adquiridas, aun cuando todas se hayan obtenido «entregando» expectativas lícitas, no serán protegibles más que aquéllas que sean lícitas para el Derecho. En definitiva, se trata de construir un concepto de libertad de disposición jurídicamente reconocida⁶⁴. Sin embargo, el desarrollo de esta cuestión no puede abordarse aquí con profundidad y merece un trabajo independiente.

⁶² PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, p. 259 ss., sostiene que el patrimonio es un potencial con el cual una persona (en sentido jurídico) puede dotarse de una identidad en la interacción con las demás. La representación de la identidad debe moverse dentro de los límites de la ley para ser jurídicamente susceptible de reconocimiento; por ello, el concepto de patrimonio debe ser jurídico. En cuanto a su significado sistemático dentro del § 263 StGB, el patrimonio debe ser susceptible de entrega; y ello es así cuando tal entrega no supone la renuncia a un elemento constitutivo de la personalidad.

⁶³ NELLES, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, Berlin, 1990, p. 447, entiende que dado que el Derecho reparte poder, no puede tomarse ese poder mismo como criterio interpretativo de los límites de lo jurídico; así, en el patrimonio protegido por el tipo de estafa, no puede introducirse como criterio de delimitación la facticidad, pues se llegaría a la paradoja de dar cabida en el patrimonio a derechos (*Rechte*) y no-derechos (*Nicht-Rechte*), dando al traste con todo el esfuerzo que hace el ordenamiento privado para delimitar esferas de poder; cfr. también, CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, p. 20, quien critica la pretensión de imponer un «positivismo del hecho sin límites» (*grenzenloses Tatsachenpositivismus*).

⁶⁴ JAKOBS, «Coacciones por medio de violencia», en *Estudios de Derecho penal*, p. 439 ss., p. 445 s., ya señala la necesidad de definir la libertad jurídicamente y pone de relieve la poca capacidad de rendimiento de un concepto fáctico; KINDHÄUSER, *ZStW*, (193), 1991, p. 402 ss. Es necesario construir un concepto normativo de libertad de disposición para evitar subjetivismos inadmisibles. Esta tendencia también se percibe en HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Berlin, 1994, p. 70 ss.

En estos casos no se protege a la víctima frente a una eventual defraudación porque su conducta tiene un significado de *asunción de riesgo* que no se da en un contacto patrimonial lícito: la «víctima» transforma un riesgo típico en atípico porque decide que sus expectativas dejen de ser normativas⁶⁵, o, con otras palabras, decide que el Derecho penal deje de proteger sus pretensiones. Nótese que el problema no es una cuestión de carácter *bastante* del engaño, como podría darse en el supuesto de falta de autoprotección por parte de la víctima⁶⁶. En estos casos, el engaño del autor puede ser una aportación suficiente (que, de no mediar negocio ilícito, podríamos considerar «engaño bastante»), y la víctima puede ser exquisitamente prudente (y poner todos los medios de autoprotección que, según su estándar, puedan exigírsele). La tipicidad, entonces, se niega porque la lesión de una expectativa que no es jurídica (y que, por tanto, carece de reconocimiento en el plano normativo) nunca puede caber dentro del tipo. El Derecho penal no debe intervenir para trasladar el riesgo patrimonial de la esfera de quien «naturalmente» lo soporta a otro sujeto, pues el competente respecto al riesgo es la misma víctima. Cualquier sujeto es, en cierta medida, «garante de su propio patrimonio», así que la explicación de una disminución patrimonial no la buscaremos en extraños cuando el mismo sujeto sea el que deba responder de su acto de disposición⁶⁷. La ilicitud modifica en estos casos las esferas de competencia: al participar en el negocio ilícito, la víctima se erige en competente respecto a una eventual pérdida del patrimonio invertido. Ella misma sustrae del ámbito de protección del Derecho el patrimonio arriesgado⁶⁸, redefine su esfera, trasladando algunas de sus expectativas fuera de tal ámbito. Quizá por

⁶⁵ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 111, afirma: «Quien por sí mismo se zambulle en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado». Cfr. también al respecto, BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 192.

⁶⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», en *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia, 1989, p. 633 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la «Víctimo-dogmática», *La victimología. Consejo General del Poder Judicial*, 1993, p. 13 ss., p. 37 ss. Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998, p. 19.

⁶⁷ Cobra aquí especial sentido la noción de autorresponsabilidad de la víctima que desarrolla CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 275 ss.

⁶⁸ El jefe de obras de un edificio debe velar por que las instalaciones garanticen un cierto nivel de seguridad a sus trabajadores, pero no tiene que proteger al obrero descuidado que va haciendo equilibrios por los andamios: algo parecido ocurriría con la protección del artículo 248 CP cuando la víctima arriesga su dinero en un negocio ilícito. Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*,—Traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez—, Madrid, 1996, p. 50.

eso algunos han entendido que lo que en estos casos se da es, en cierto sentido, una renuncia a la tutela⁶⁹. Quien decide entrar en un negocio ilícito lo hace para obtener una ventaja que no obtendría si obrara lícitamente, y su contrapartida es, en caso de fracaso del negocio, pérdida que ha de soportar⁷⁰: actúa «por su cuenta y riesgo»⁷¹. Ahora bien, la retirada de la protección otorgada por el tipo sólo se extiende al riesgo propio del contacto patrimonial de que se trate, de manera que no recae sobre la víctima el peso de todo aquello que pueda derivarse del negocio ilícito⁷². Así que esta no puede ser tachada de versarista. Quien paga a un funcionario para obtener unas licencias a las que no tiene derecho arrostra el riesgo de perder el dinero entregado, pero no el de sufrir una agresión física; así que, respecto a este último peligro no caerá la protección penal, mientras que sí sucederá respecto al primero.

Recurrir a este criterio de *asunción* es necesario porque el concepto de patrimonio no basta para solucionar estos casos, o, mejor dicho, no sirve mientras se entienda en un sentido estático⁷³. Tal concepto, efectivamente, podría solucionar satisfactoriamente los supuestos de *realización de la prestación ilícita-impago*, pero no los del segundo grupo (*pago-no realización de la prestación ilícita*), en los que habría que conformarse con la solución ofrecida por la doctrina dominante⁷⁴. Una visión completa del problema exige tener en cuenta la puesta en movimiento del patrimonio, fase en la que se explica cómo *aquello que en su momento pudo ser patrimonio protegible deja de serlo por la conducta de la víctima*⁷⁵. Hay, efectivamente, dos momentos valorativamente relevantes: una primera *fase estática* en la que se analiza la situación de los sujetos que se disponen a realizar un contacto patrimonial, y una segunda, *dinámica*, en la que se produce el canje de un elemento patrimonial por una determinada expectativa. En los casos de *realización de la prestación ilícita-impago*, la solución viene de la mano del concepto

⁶⁹ Así, ZANNOTTI, *La truffa*, p. 106, considera que el que pretende obtener una prestación ilícita ha renunciado implícitamente a la tutela penal, poniéndose en posición de aceptar cualquier daño derivado de la situación.

⁷⁰ Cfr. al respecto, BERGMANN/FREUND, *JR*, 1991, p. 358: sentencias LG Stuttgart de 29.12.1989 - 8 O 420/89 y OLG Stuttgart de 22.8.1990 - 1 U 34/90.

⁷¹ En este sentido, CRAMER, en *Schönke/Schröder, StGB*, § 263, n° marg. 150; el mismo, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, p. 97.

⁷² Así, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, p. 146 ss.

⁷³ Cfr. al respecto ASÚA BATARRITA, *ADPCP*, 1993, p. 125.

⁷⁴ Así, FRANZHEIM, *GA*, 1960, p. 269 ss., entiende que la solución de los casos de estafa al cómplice o del «salario» de la prostituta son problemas de definición del patrimonio. En cuanto aclaremos —afirma este autor— cuál es el concepto correcto de patrimonio, podremos solucionar adecuadamente los casos que se nos presenten.

⁷⁵ BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 192.

de patrimonio: ni en la fase estática ni en la dinámica es la prestación ilícita un elemento de valor patrimonial, a no ser que se adopten perspectivas puramente fácticas, hoy difíciles de asumir. En los casos de *pago-no realización de la prestación ilícita*, aun cuando en la fase estática sí hay un elemento patrimonial de valor, se constata en la fase dinámica el intercambio de un elemento patrimonial por una expectativa no jurídica, movimiento que valorativamente tiene un sentido de transformación de la expectativa normativa (en la primera fase, por tanto, protegible) en una puramente fáctica. La doctrina dominante aprecia esta fa en la estructura *pago-no realización de la prestación ilícita* porque fija su atención únicamente en la fase estática⁷⁶ y no en el intercambio de elemento patrimonial por expectativa ilícita acaecido en la segunda fase. «En realidad, de lo que se trata es de la delimitación del círculo de disposiciones merecedoras de protección: entre ellas no se cuentan aquéllas cuyo fin es desaprobado por el Derecho»⁷⁷; por ello, el análisis de la fase dinámica es esencial para determinar exactamente si han sido defraudadas o no expectativas protegibles⁷⁸.

Como ya se ha puesto de relieve, la valoración que el Derecho civil haga de un determinado contacto patrimonial debe tenerse en cuenta a la hora de decidir qué expectativas va a proteger el Derecho penal. No se adopta esta premisa porque se acepte un modelo de pura accesoriedad *formal* respecto al ordenamiento privado o se olvide que la estafa es algo distinto del mero incumplimiento de una obligación, sino porque se entiende que el Derecho civil es un criterio *material* importante a la hora de definir cuáles son las expectativas vigentes que debe proteger el Derecho penal. Esta opción no se sitúa, ni en el extremo de asumir ciega e irreflexivamente los conceptos civiles⁷⁹, ni en el de pretender configurar un Derecho penal absolutamente al margen de las otras ramas del ordenamiento. El Derecho penal debe tener en cuenta las normas del

⁷⁶ En este sentido, SAMSON/GÜNTHER, *SK-StGB*, § 263, n° marg. 149.

⁷⁷ BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 189.

⁷⁸ SAMSON/GÜNTHER, *SK-StGB*, § 263, n° marg. 149, consideran que la estafa protege el patrimonio como posibilidad acumulada de actuación, de modo que éste no merece protección cuando se dirige a fines antijurídicos (*rechtswidrig*) o inmorales (*sittenswidrig*), puesto que el Derecho penal no puede proteger posibilidades de actuación prohibidas. CRAMER, *Schönke/Schröder, StGB*, § 263, n° marg. 93, considera que, desde el concepto jurídico-económico de patrimonio, no merecen protección las pretensiones inmorales o prohibidas por preceptos extrapenales.

⁷⁹ Una de las críticas que certeramente se dirige a la concepción moderna del concepto jurídico de patrimonio —concepto dominante en el siglo XIX, del que son representantes BINDING y GERLAND— es que no toma en serio la autonomía del Derecho penal en la construcción de los conceptos, sino que simplemente traslada los conceptos jurídico-civiles al ámbito penal. Sobre todo ello PAWLK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, p. 254; en España, por todos, ASÚA BATARRITA, *ADPCP*, 1993, p. 93-94.

Derecho privado —sin renunciar con ello a la elaboración de sus propios conceptos— porque tales normas forman parte de la constitución social en cuyo marco el Derecho penal asigna responsabilidades⁸⁰. Ahora bien, la vinculación que la estructuración jurídica previa ejerce sobre el Derecho penal es solamente *negativa*: no pueden protegerse penalmente pretensiones que el Derecho civil no reconoce, pero, a la vez, no toda expectativa con respaldo civil debe ser automáticamente objeto de protección penal (no vinculación *positiva*)⁸¹. De ser la vinculación también positiva, el Derecho penal se convertiría en un ordenamiento meramente sancionatorio que no definiría los presupuestos materiales de su aplicación. Son necesarios criterios materiales para seleccionar, de entre todas las expectativas que configuran la identidad de una sociedad, aquéllas que son esenciales y que reclaman la intervención penal. Con todo, el criterio de la vinculación negativa ya es suficiente para extraer del ámbito de aplicación del tipo los casos de defraudación en negocio ilícito. Con este planteamiento no se ignora que la estafa es algo valorativamente muy distinto del mero incumplimiento. Es más, para el Derecho penal este último es, en sí, irrelevante, neutral. La estafa es un *aliud*, desde luego, pero es también, en cierto sentido, un *plus*, y en esa misma medida, aquella frustración de expectativas para la que ni siquiera el Derecho civil prevé una respuesta no puede ser base de una estafa de prestaciones bilaterales.

Según el planteamiento aquí expuesto, no cabe perjuicio típico en caso de defraudación de pretensión ilícita porque no existe derecho a tal prestación ni a la devolución de lo entregado⁸². Pero entonces, dado que esos sujetos nada podían esperar (desde la perspectiva jurídica) a cambio de su prestación, ¿qué sentido tiene su acto de disposición? ¿puede entenderse que es una mera liberalidad?: parece que el sujeto asume el riesgo no por liberalidad, sino porque espera una contraprestación ilícita. Desde la perspectiva fáctica, la víctima abraza una expectativa ilícita a cambio de haberse desprendido de un elemento patrimonial o, en su caso, de un servicio ilícito. Sin embargo, en el plano normativo, aquello que fácticamente se consideraría defraudación de expectativas no tiene sentido alguno: la expectativa defraudada nunca existió para el Derecho penal, de modo que tanto da que lo que el sujeto esperara a

⁸⁰ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, p. 160: «El mundo de la libertad real, sobre la que el Derecho penal extiende la red de sus definiciones e interpretaciones, siempre está preestructurado jurídicamente de modo preciso»; cfr. también p. 148, 259, 290.

⁸¹ En este sentido, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, p. 162, 175, 253. Del mismo parecer, BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 192.

⁸² En este sentido, FROMMEL, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 1997, p. 227; también: BERGMANN/FREUND, *JR*, 1991, p. 358.

cambio fuera una contraprestación ilícita o el mero agradecimiento por su magnanimidad. La imposibilidad de hablar de *perjuicio típico* en esos casos es consecuencia de la irrelevancia, en el plano comunicativo, de las pretensiones ilícitas.

Para entender mejor el fenómeno de conversión de expectativas reconocidas por el Derecho en expectativas ilícitas sin protección, es importante tener en cuenta el carácter disponible del patrimonio⁸³. Este último constituye un elemento importante de nuestra estructura social, pero no pertenece a esos bienes que se protegen incluso por encima de la voluntad de su titular⁸⁴. Muestra de la disponibilidad es la relevancia que toma el consentimiento en sede de delitos patrimoniales. Por ello, no parece aventurado dar tanto significado (de transformación de expectativas) a la decisión de introducirse en una relación patrimonial ilícita. Forma parte del juego de la disponibilidad del patrimonio: quien coloca un elemento patrimonial en un negocio ilícito decide la suerte del mismo, la pérdida de la protección jurídica, *consiente* a sufrir un riesgo de menoscabo patrimonial sin protección alguna.

Podría objetarse a esta solución que con tal interpretación del tipo se transmite un mensaje un tanto sorprendente en términos policriminales⁸⁵: al sustraer de la intervención penal a quienes tienen la fortuna de topar con una «víctima» de proyectos torcidos, moralmente débil⁸⁶, se les da una especie de «carta blanca penal» (*strafrechtlicher Freibrief*)⁸⁷. Sin embargo, también puede resultar extraño proteger aquel patrimonio destinado a pagar a un sicario o a un funcionario corrupto. Lo que efectivamente ocurre es que el Estado permanece al margen de las disputas que acontecen en los contextos de ilicitud: si los sujetos han optado por construir una relación económica prescindiendo de la legalidad vigente⁸⁸, no pueden recurrir al Estado cuando aparecen determinadas irregularidades en la misma.

⁸³ Con la limitación de que no suponga la renuncia a un elemento constitutivo de la personalidad. Cfr. PAWLK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, p. 259 ss.

⁸⁴ Sobre el problema de la disponibilidad, CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 145 ss.

⁸⁵ BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 190, hacen referencia a este argumento, como uno de los puntos de apoyo de la jurisprudencia alemana en la materia; cfr. LACKNER, *LK*, § 263, n.º marg. 242. Sobre la inconveniencia de permitir en estos casos la «estafa libre», cfr. BRUNS, *Festschrift für Edmund Mezger*, p. 355.

⁸⁶ Este peligro se pone de relieve en la OLG Hamburg, sentencia de 8.6.1966 - Ss 97/65, *NJW*, 1966, p. 1525.

⁸⁷ Y ello no es admisible porque «el delincuente que se revela contra el ordenamiento jurídico sigue, no obstante, sometido al mismo»: BRUNS, *Festschrift für Edmund Mezger*, p. 356.

⁸⁸ Que define, de algún modo, la identidad normativa de la sociedad: JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 25.

El Estado tiene interés en que no se socaven los mínimos de confianza necesarios para que funcione el mercado, pero, eso sí, el mercado de las transacciones lícitas, que es el que él reconoce. Cuando los sujetos entran en el ámbito de lo ilícito, el Estado abandona la tarea de garantizar esos mínimos de confianza, porque no reconoce, en el contacto patrimonial de que se trate, objeto de protección alguno.

V

Visto cual es el tratamiento propuesto para los casos de *ilicitudes materiales* en los que el Derecho privado deniega claramente protección al patrimonio, conviene abordar los casos de *ilicitudes formales*, así como los casos *dudosos para el Derecho privado*.

En primer lugar, aparecen los casos en los que la ilicitud, aun siendo una vulneración de la ley, tiene un carácter *formal* y no afecta al contenido *material* de la prestación: infracción de prohibiciones referidas a determinados modos de cumplimiento de la prestación, o de normas que responden a consideraciones de política de orden público, etc⁸⁹; por ejemplo, la venta después de la hora de cierre legal de los comercios, la entrega de medicamentos sin la receta preceptiva, la aceptación de huéspedes tras la hora de cierre, etc. El Derecho civil, en estos supuestos, no niega la acción para recuperar lo que se entregó, aun cuando no considera exigible el aspecto ilícito pactado⁹⁰. Con dos ejemplos, en una compraventa celebrada tras la hora legal de cierre de los comercios o en la venta de medicamentos sin la receta preceptiva cabe apreciar estafa. Ahora bien, si un sujeto paga dinero a cambio de que se le venda, *después* de la hora legal de cierre, un traje que necesita para dar una conferencia al día siguiente, o a cambio de unos medicamentos que el farmacéutico le ha prometido entregar sin receta, sólo tiene derecho a la entrega de un traje *en* horario legal de apertura o a la de unos medicamentos contra receta, y no puede exigir que se cumpla el aspecto ilícito del negocio. En estos casos cabe plantearse la concurrencia de estafa en la medida en que existen pretensiones susceptibles de protección por el tipo. La vulneración de prohibiciones meramente formales no tiene la capacidad de teñir de ilicitud a la expectativa existente en la esfera del eventualmente engañado. Participar

⁸⁹ Hace referencia a estos supuestos PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, p. 147; también, BERGMANN/FREUND, *JR*, 1988, p. 193.

⁹⁰ En Derecho español se considerarían negocios con causa ilícita pero no torpe, así que no se excluiría la acción de repetición: DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentario al Código Civil*, p. 558-559.

en un negocio que vulnera *únicamente* normas formales no puede ser considerado sinónimo de transformación de las expectativas normativas en meramente fácticas. Así, el farmacéutico que engaña a un cliente afirmando que le entregará el medicamento que pide sin receta, y después se niega a hacerlo, cometería una estafa en caso de que se dieran los demás requisitos adicionales del tipo. Cuestión distinta es que el cliente no pueda exigir que el farmacéutico cumpla la prestación, pero, desde luego, el último no podría engañar al primero y quedarse con su dinero impunemente.

En segundo lugar, surge la duda de si la solución defendida puede mantenerse cuando la sociedad considera adecuados, aceptables negocios que el Derecho civil valora negativamente. La interpretación del concepto civil de «causa torpe» está en cierto modo vinculada a la concepción social de lo correcto, así que, de alguna manera, existe una vía para ir corrigiendo esa eventual discrepancia Derecho-sociedad. Sin embargo, mientras la opinión social sobre lo lícito y la opinión jurídica se van ajustando y, por tanto, ni el Derecho civil tiene claro si el negocio es o no materialmente lícito, ¿qué tratamiento penal debe darse a esos casos?⁹¹ El Derecho penal no puede abstenerse de dar una regla de orientación respecto a los mismos, no puede permanecer callado por el hecho de que el Derecho civil no tenga una opinión clara sobre si en un determinado supuesto estamos ante una causa torpe. Cuando los casos que hay que resolver están en una zona gris para el Derecho privado porque en éste no hay acuerdo doctrinal o jurisprudencial sobre su carácter lícito o ilícito (y la existencia de duda será, con seguridad, una constante en los casos de ilicitudes de poca entidad), el recurso al Derecho civil pierde fuerza como criterio material orientativo para el Derecho penal en su selección de expectativas protegibles. Entonces, se le permite al Derecho penal recurrir a otros criterios secundarios, como la opinión social sobre la licitud o ilicitud del negocio, sobre si tal negocio se considera permitido, con toda la ambigüedad que tal remisión lleva consigo. Esta solución es perfectamente compatible con la postura que antes se ha adoptado respecto a los casos de clara ilicitud *material*, pues la vinculación al Derecho civil que se establece no es formal sino material: se recurre a él como fuente de definición de la identidad social. En los casos dudosos, el Derecho privado no ofrece una valoración de determinadas pretensiones y decae como criterio; intentar recurrir a él entonces sería muestra de haber vinculado formalmente el Derecho penal al privado, casi de haber asumido una prejudicialidad civil, y ello no es compatible con la propuesta aquí definida.

⁹¹ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 249 ss.

VI

En la STS de 13 de mayo de 1997, que presenta la estructura *pago—no realización de la prestación ilícita*, la solución adecuada es negar la concurrencia de estafa. Se trata de un caso de negocio ilícito *material*. El intercambio de patrimonio por expectativa de obtener algo ilícito—al igual que el de realización de prestación ilícita por expectativa de recibir un precio— implica la entrada en la esfera de la víctima de una expectativa ilícita, no reconocida por el ordenamiento, así que los posibles efectos de su defraudación (el menoscabo económico) los debe asumir quien la ostenta.

Por otra parte, quizá sí podría plantearse la calificación de la conducta de Jerónimo como un cohecho del 423.2 CP [391 CP1973] y a Emilio como una inducción al mismo. Entonces podría decretarse el comiso del dinero entregado como consecuencia accesoria de este delito.

Merece un breve comentario el hecho de que el Tribunal Supremo aprecie en el caso una tentativa de estafa, por darse engaño, error y disposición patrimonial y faltar el elemento del perjuicio típico, necesario para hablar de consumación. Llama la atención esta calificación porque parece que lo que en estos supuestos se da es más bien una tentativa irreal. No existe objeto de protección, no hay una expectativa cuya defraudación sea susceptible de restabilización por el Derecho penal pues se trata de un negocio con causa ilícita en el que el Derecho civil niega la acción para recuperar lo entregado. Si se acepta esta premisa, puede afirmarse que siempre que dos sujetos inicien un negocio *materialmente* ilícito desaparece la posibilidad de hablar de estafa, pues el eventual riesgo creado por el engaño no será nunca típico: constituirá un riesgo fáctico para unas expectativas que el Derecho no protege, y, por consiguiente, un riesgo irrelevante para el Derecho penal con el que debe cargar la víctima del engaño.