

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal  
Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG

Engaños punibles y mentiras impunes:  
un análisis de los límites del engaño típico  
en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia  
del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003

Ponente: ANDRÉS IBÁÑEZ

NURIA PASTOR MUÑOZ (\*)  
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

*El acusado, Don Pedro Francisco, actuando en calidad de administrador de una empresa, libró 21 letras de cambio por un importe total de 6.891.976 pesetas y, sabiendo que las letras no obedecían a operación comercial alguna por los librados que figuraban en las mismas, las cedió al Banco de Santander Central Hispano, S. A., tenedor legítimo actual de las mencionadas letras de cambio, mediante el oportuno descuento, de tal forma que llegado el momento de vencimiento de las cambiales, aquéllas fueron impagadas al no corresponder a ninguna tasación comercial real con los librados.—El importe total del descuento obtenido por el acusado se eleva a 6.891.976 pesetas, importe que es reclamado por el Banco de Santander Central Hispano, en concepto de perjuicio económico sufrido por dicha operación bancaria.*

---

(\*) Doctora en Derecho penal. Profesor Lector de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

En este caso, la Audiencia Provincial condenó al acusado por un delito continuado de estafa. En cambio, el Tribunal Supremo consideró que el comportamiento del autor no reunía los elementos necesarios para ser considerado típico desde la perspectiva del artículo 248 CP –engaño «bastante»–, con el argumento de que la entidad bancaria podría haberse protegido frente al engaño mediante el recurso a los conocimientos y medios que tenía a su alcance, a saber, la verificación de la calidad real de las letras de cambio y de si correspondían o no a operaciones ciertamente existentes.

Casos como el presente plantean la cuestión de dónde se encuentran los límites del engaño típico en el delito de estafa, y lo hacen con especial crudeza, porque se trata de supuestos en los que la inveracidad del autor ha logrado conducir al disponente a realizar un acto de disposición perjudicial. Además, en la jurisprudencia no reina unanimidad a la hora de valorar estos supuestos, pues mientras encontramos casos en los que se condena por estafa, descubrimos otros en los que se absuelve con el argumento de que la víctima ha incumplido determinados «deberes de autoprotección» del propio patrimonio frente al engaño. Así, por ejemplo, la STS de 14 de abril de 2000, ponente Giménez García, condena por estafa al sujeto que presentó al descuento una serie de letras de cambio que no obedecían a una operación real –también lo ha hecho últimamente la STS de 16 de octubre de 2003, ponente Soriano Soriano–, mientras que la STS de 27 de noviembre de 2000, ponente Granados Pérez, al igual que la sentencia objeto del presente comentario, absuelve en un caso semejante porque la entidad bancaria no emprendió actividad alguna dirigida a averiguar si los recibos descontados obedecían o no a una operación real.

En realidad, el problema de los límites del engaño típico en el delito de estafa puede sintetizarse en una sola pregunta: ¿cuándo podemos hacer responsable al autor por el acto de disposición perjudicial realizado formalmente por la víctima? En las páginas que siguen se analiza la evolución del tratamiento de este problema en la doctrina (I) y en la jurisprudencia (II) y se formula una propuesta de solución (III, IV), la cual se proyecta sobre el caso de la STS de 18 de julio de 2003 (V).

## I

La doctrina lleva tiempo ocupándose de este problema y lo cierto es que la cuestión de si existe un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa y, en caso de afirmar su existencia, la de cuáles son sus límites es una constante hasta nuestros días. Una primera discusión importante tuvo lugar a finales del siglo XIX en la Alemania en la que un tipo de estafa como delito contra el patrimonio acababa de ver

la luz (1). El debate tuvo lugar entre quienes tomaban como criterio de relevancia del engaño su eficacia, pues entendían que el tipo de estafa tenía la misión de proteger a toda clase de víctimas, también a los incrédulos (2), y quienes proponían valorar el engaño desde una perspectiva *ex ante*, al margen de sus efectos, bien exigiendo que el engaño presentara una especial cualificación (3), bien tomando como referente un modelo de víctima de la que se esperaba cierto grado de diligencia (4). Lo cierto es que tras ese debate se escondía una cuestión que todavía hoy es materia de discusión, a saber, la de si puede afirmarse que a la víctima de la estafa le corresponde un ámbito de responsabilidad, de manera que hay inveracidades empleadas por el «autor» que son atípicas, pese a haber resultado eficaces, porque la víctima no tomó las medidas de autoprotección que le incumbían.

La cuestión se volvió a plantear con fuerza en el contexto de la victimodogmática, planteamiento que, al reconocer que la víctima puede contribuir a la configuración del delito e incluso ser responsable del mismo (5), volvía a abrir la cuestión de la interpretación del tipo de estafa. En este marco, hubo, *por una parte*, propuestas que consideraban que, cuando la víctima tenía dudas concretas sobre la veracidad de las afirmaciones del autor, tenía una posibilidad de autoprotegerse, de manera que la protección por parte del Derecho penal no era necesaria (6). Estos planteamientos resultaban en cierta

(1) § 263 *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871.

(2) En este grupo clasifica KURTH (*Betrug*, 36 y ss.) a FRIEDREICH, *Demme's annalen*, 16 (1841), p. 305, pp. 319 y ss.; GOLTDAMMER, *Materialien*, II, p. 543; HÄLSCHNER, *Das Preubische Strafrecht*, pp. 364 y ss., en especial, p. 371; KLEINSCHROD, *ACR*, 2 (1800), pp. 135 y ss.; KLIEN, *NACR*, 1 (1817), pp. 124 y ss.; KÖSTLIN, *ZCP*, NF, 14 (1857), p. 399; MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, pp. 258 y ss.

(3) En la línea del Derecho francés (cfr. sobre la regulación de aquel país, KURTH, *Betrug*, p. 29; WALTER, *Betrugsstrafrecht*, pp. 80 y ss.).

(4) Así, CUCUMUS, *Betrug*, pp. 69 y ss., p. 7; GEIB, *ACR*, NF, 21 (1840), pp. 7 y ss.; MITTERMAIER, *Demme's Annalen*, 6 (1838), pp. 15 y ss.; el mismo, *GS*, 10 (1858), pp. 138 y ss.; TEMME, *Betrug*, p. 56. Y, a mi entender (en contra de la clasificación de KURTH), GOLTDAMMER, *Materialien*, II, p. 543; HÄLSCHNER, *Das Preubische Strafrecht*, pp. 360 y ss.; KÖSTLIN, *ZCP*, NF, 14 (1857), p. 399; MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, pp. 278 y ss., entre otros.

(5) SILVA SÁNCHEZ, *CGPJ*, 1993, p. 17, pp. 30 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 226; CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, p. 108; DEL TUFO, *Vittimodogmatica*, pp. 1 y ss., pp. 19 y ss., pp. 44 y ss.; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 109; ELLMER, *Betrug*, p. 144; W. HASSEMER, *Klug-FS*, pp. 221-222, p. 233; SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, p. 362; el mismo, *NSiZ*, 1986, p. 194, p. 440.

(6) AMELUNG, *GA*, 1977, pp. 9 y ss.; en el mismo sentido, HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 118. Por su parte, GIEHRING, *GA*, 1973, pp. 18 y ss., plantea la intervención del Derecho penal como una cuestión de merecimiento de pena, más que de necesidad.

medida insatisfactorios, porque hacían depender la necesidad de protección del estado psicológico de la víctima, de modo que no ofrecían un criterio objetivo de delimitación del engaño típico (7). *Por otra parte*, algunos autores entendían que las posibilidades de autoprotección de la víctima debían tenerse en cuenta para delimitar el engaño típicamente relevante; en concreto, consideraban que el tipo de estafa solamente debía proteger a la víctima que hubiera cumplido con sus incumbencias de autoprotección, las cuales debían ser definidas con base en un criterio de evitabilidad subjetiva (8). En mi opinión, es este último planteamiento el más acertado, en la medida en que introduce la idea de responsabilidad de la víctima como límite a la tipicidad del engaño; con todo, no me parece satisfactorio que el criterio para determinar las incumbencias de autoprotección de la víctima sea el de la evitabilidad subjetiva del engaño, pues ello no permite ofrecer una definición *ex ante* del engaño típico que satisfaga las necesidades de generalización y normativización del tipo (9).

En el seno de la teoría de la imputación objetiva también han existido propuestas importantes dirigidas a buscar criterios de delimitación entre el engaño típicamente relevante y aquél que todavía no alcanza el mínimo de relevancia típica. Así, Naucke ha entendido que el tipo de estafa no tiene la función de proteger a los descuidados y negligentes –salvo que se trate de debilidades que no pueden cambiarse, como la de los niños o los enfermos mentales– y, basándose en la teoría de la adecuación, ha considerado que solamente son típicos

---

(7) Además, a este planteamiento se le debe criticar su inconsistencia, pues se sirve del principio de subsidiariedad de la intervención del Derecho penal para interpretar el elemento «error» y, sin embargo, tal principio no entra realmente en el tipo de estafa. En efecto, según AMELUNG (y también para HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 127, quien parece excluir solamente la consumación y aceptar la existencia de tentativa [así interpreta su posición PÉREZ MANZANO, *Hacia un Derecho penal europeo*, p. 305], aunque este autor no es demasiado claro en un punto tan importante [muy crítico, ARZT, *GA*, 1982, p. 523]), cuando la víctima alberga dudas concretas respecto a la veracidad de las afirmaciones del autor, no hay necesidad de protegerla penalmente porque la duda concreta le ofrece la posibilidad de autoprotgerse mediante la realización de un esfuerzo que le es exigible. Así, cuando, pese a haber decaído la necesidad de protección penal, la víctima realiza el acto de disposición, este autor entiende que no hay error ni estafa consumada, pero que sí existe una tentativa de estafa. Si se analiza este razonamiento se descubre que es insostenible, pues a la vez que se utiliza el argumento de la falta de necesidad de protección penal para excluir el error, se afirma que en ese caso hay tentativa y que, por tanto, ha de intervenir el Derecho penal (en este sentido, la crítica de HERZBERG, *GA*, 1977, p. 296).

(8) ELLMER, *Betrug*, pp. 281 y ss.

(9) DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 122.

aquellos engaños causales que resulten «generalmente adecuados para conducir a error» (10). Además, en el marco de la teoría de la imputación objetiva hay que destacar aquellos planteamientos que parten de la premisa de que la víctima es responsable de su acto de disposición, salvo que se encuentre una razón para desplazar la responsabilidad a otro. En concreto, son importantes, por una parte, las propuestas que analizan la estructura donde se engarza ese principio de autorresponsabilidad, las cuales definen la estafa o bien como un delito de autolesión (11), o bien como autoría mediata tipificada (12). Por otra parte, son relevantes otras propuestas que se esfuerzan en buscar criterios materiales para dotar de contenido a la idea de autorresponsabilidad (13).

Pero, sobre todo, deben ser objeto de especial atención algunos planteamientos recientes que son claramente normativos y que proponen una concepción del comportamiento típico de la estafa como infracción de un deber de veracidad. Éstos entroncan con el pensamiento de que, en principio, la víctima es responsable de su acto de disposición (principio de autorresponsabilidad) y entienden que la ra-

---

(10) NAUCKE, *Peters-FS*, p. 118. Recurren también a consideraciones de adecuación social para restringir el ámbito de la tipicidad, BOCKELMANN, *ZStW*, 69 (1957), p. 272 y HERZBERG, *MDR*, 1972, pp. 95 y ss.

(11) FRISCH, *Bockelmann-FS*, p. 657 y ss. En este delito, el principio de autorresponsabilidad tiene la función de definir en qué caso el titular del patrimonio es responsable del menoscabo que ha sufrido su patrimonio y en qué caso, en cambio, la autolesión debe verse como irresponsable.

(12) KINDHÄUSER, *Bemmann-FS*, pp. 339 y ss.: el autor (el hombre de detrás) utiliza a la víctima (hombre de delante) para lesionar el patrimonio de esta última. Con todo, la estafa presenta, respecto a la autoría mediata, la peculiaridad de que en ella víctima e instrumento coinciden, de modo que si se eliminara la instrumentalización y el acto de disposición de la víctima fuera, por tanto, libre, este último sería una conducta conforme a Derecho (a diferencia de lo que pasaría en un caso de autoría mediata normal).

(13) Así, SCHMOLLER, *JZ*, 1991, pp. 117 y ss., p. 127. Este autor entiende que el engaño sobre determinadas informaciones no es típicamente relevante y, por tanto, no fundamenta la traslación al autor de la responsabilidad por el acto de disposición perjudicial. En concreto, esto es así en el caso de las inveracidades sobre la oferta y la demanda, la información falsa sobre las conductas de otros operadores en el mercado (*Mitläufereffekt*) y las afirmaciones inveraces de las partes en un proceso contradictorio. En estos casos, aun cuando el engaño «cause» una disminución patrimonial no podemos hablar de perjuicio sino de ejercicio de la libertad de la víctima. También HILGENDORF, *Tatsachenaussagen*, pp. 185 y ss., establece un ámbito de responsabilidad de la víctima a través de la definición del concepto de hecho; para este autor, cuando el engaño no recae sobre «hechos», la víctima es responsable de su decisión de disposición. Algo semejante hace GRAUL, *Bradner-FS*, pp. 816 y ss., cuando afirma que la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima solamente se desplaza al autor si este último es inveraz sobre la consecución del «fin objetivo de la disposición».

zón normativa del desplazamiento de la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima al autor es la infracción de los deberes de veracidad por este último. En este punto, debe hacerse referencia, *por una parte*, a la aportación de Kindhäuser, quien reintroduce en la dogmática de la estafa la categoría del *derecho a la verdad*, no entendido como «objeto de protección» (14), sino como modo de denominar la expectativa normativa de la víctima de la estafa frente al autor sobre quien pesa un deber de veracidad. Este autor propone como criterio de la tipicidad del engaño la lesión de un derecho a la verdad de la víctima o la infracción del correspondiente deber jurídico-penal de veracidad por el autor. El engaño es típico porque afecta a la libertad jurídicamente protegida de la víctima encarnada en el derecho a la verdad. Este último nace, en primer lugar, cuando existe un deber heterónimo de información del autor, a saber, un deber con origen en la ley o en una institución, es decir, fuera del contacto económico y, en segundo lugar, cuando existe un deber de información autónomo, esto es, un deber que nace en la relación económica y que es la otra cara de la moneda de la confianza depositada por la víctima en el autor (15).

*Por otra parte*, es de especial importancia la reciente construcción de Pawlik, quien explica los límites del comportamiento no permitido en el delito de estafa con base en un sistema de posiciones de garante que dan lugar a deberes de veracidad (16). Estas posiciones de garante, definidas a partir de los roles existentes en la realidad social, tienen como contenido deberes de veracidad y se fundamentan como correlato directo de la libertad de organización o como presupuesto institucional de la misma. Por una parte, entre los correlatos directos de la libertad de organización, este autor diferencia tres posiciones de garante, a saber, la asunción (*Übernahme*) (17), el deber del tráfico (*Verkehrspflicht*) y la injerencia (*Ingerenz*) (18). En el caso de la asunción, el autor «promete» a la víctima compensar la rebaja del nivel de protección que esta última lleva a cabo. En efecto, la víctima ve au-

(14) Concepción sí presente en algunos autores del siglo XIX como CUCUMUS, *Betrug*, I y ss., (quien, sin embargo, posteriormente cambió de opinión: cfr. ACR, NF, 1835, pp. 563 y ss.); FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 410 y ss.; GROLMAN, *Grundsätze*, §§ 288, 290; HENKE, *Handbuch*, III, § 151, pp. 1 y ss.

(15) KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 399 y ss.

(16) PAWLIK, *Betrug*, pp. 127 y ss.

(17) Que denomina promesa (*Versprechen*), pues le interesa únicamente analizar la competencia del autor, sin entrar en detalles sobre si la víctima confía o no en el engaño. Cfr., PAWLIK, *Betrug*, p. 134.

(18) Éstas se corresponden con el sistema de posiciones de garante en virtud de responsabilidad por organización desarrollado por JAKOBS (cfr. JAKOBS, *AT*, 29/29 y ss.; el mismo, *Acción y omisión en Derecho penal*, pp. 13 y ss.).

mentado su ámbito de libertad con la garantía normativa de que el autor tiene el deber de compensar su déficit de protección, de modo que si el autor infringe su promesa, le es imputable la organización perjudicial que haya acaecido en la esfera patrimonial de la víctima como consecuencia del déficit de protección (19). En cambio, en el caso del deber del tráfico y de la injerencia (20), el autor genera el déficit de protección de la víctima mediante una agresión directa, de modo que el derecho a la verdad de la víctima no nace del comportamiento del autor, sino que ya existe antes del inicio del contacto patrimonial y en este último solamente se actualiza. Por otro lado, son posiciones de garante los presupuestos institucionales de la libertad de organización, los cuales generan las condiciones necesarias para asegurar que las personas puedan ejercer efectivamente su libertad, es decir, para que se pueda hablar de personas en Derecho (*Rechtsperson*) (21) y que son las relaciones padres-hijos, –que aportan la prestación de la socialización primaria– y el Estado (22).

Este breve recorrido sobre las propuestas de delimitación del engaño típico en el delito de estafa pone de relieve que hay planteamientos doctrinales importantes que reconocen la existencia de un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa y que la discusión se centra más bien en la concreción del alcance de esa responsabilidad.

## II

También la jurisprudencia española ha experimentado una evolución hacia el reconocimiento de un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa. En efecto, hubo un tiempo en el que la jurisprudencia consideraba típico a aquel engaño que había resultado eficaz, es decir, que había conducido a error al disponente (23), de modo que la tipicidad del engaño estaba, en parte, en manos de su destinatario.

---

(19) JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, p. 14.

(20) Hay injerencia cuando alguien introduce un peligro en un ámbito de organización ajeno. El problema está en definir cómo debe ser el comportamiento precedente para que nazca el deber de retraer el curso dañino que ha alcanzado el ámbito de organización ajeno. Cfr., sobre este punto, JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, pp. 16 y ss.

(21) En este sentido, también la misma responsabilidad por organización –el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias– es una institución irrenunciable (cfr. JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, p. 13).

(22) PAWLIK, *Betrug*, pp. 135 y ss.

(23) Una perspectiva *ex post* que, como con razón afirma CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, p. 128, no es admisible como criterio para valorar la idoneidad del engaño.

Con el tiempo, la eficacia del engaño dejó de ser el único criterio para afirmar su tipicidad (24), empezó a aceptarse la idea de que el engaño debía medirse con un parámetro objetivo y acabó por imponerse el llamado *criterio objetivo-subjetivo*, que hoy se aplica mayoritariamente. Según este criterio, en primer lugar, debe valorarse si el engaño tiene objetivamente la capacidad de inducir a error a un hombre medio, de mediana perspicacia; en segundo lugar, esta primera valoración debe someterse a un *correctivo subjetivo* consistente en tomar en consideración las condiciones personales de la víctima (cultura, edad, situación, déficits intelectuales), de modo que también ha de ser considerado «bastante» el engaño que, aun cuando no habría inducido a error a un hombre medio, sí tiene la virtualidad de conducir a error a la víctima elegida por el estafador por su personalidad endeble o por su cultura (25). Con el recurso a ese criterio objetivo-subjetivo (26), se dejan fuera del ámbito de la tipicidad algunos casos de engaño eficaces, a saber, aquéllos frente a los cuales la víctima se haya comportado de un modo negligente. En tales casos, aun cuando el engaño haya sido *causal*, no es típico por no poder considerarse objetivamente idóneo para inducir a error al hombre medio y tampoco subjetivamente idóneo para inducir a error a un sujeto que reúna las condiciones personales de la víctima (STS de 5 de mayo de 1998, ponente Bacigalupo Zapater).

En los últimos años, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de deberes de autoprotección que incumben a la víctima y cuyo incumplimiento permite excluir la tipicidad del engaño. Esto significa que existen espacios de riesgo permitido de provocación de un perjuicio patrimonial a través de la inveracidad, en la medida en que hay engaños causales y eficaces que son atípicos, porque el error se ha de imputar a la infracción de «deberes de autoprotección» por parte de la víctima. Así, por ejemplo, la STS de 22 de diciembre de 2000, ponente Delgado García: un sujeto entregó a una entidad bancaria quince cheques por un valor de casi 30 millones de pesetas, sin que la cuenta contra la que se libraron, de otra entidad bancaria, tuviera fondos suficientes para cubrir las cuantías respectivas; la entidad bancaria

---

(24) Sobre esta evolución jurisprudencial, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Las inveracidades*, pp. 100 y ss. Cfr., también, el análisis de CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, pp. 120 y ss.

(25) No obstante, no se trata de un criterio aplicado de modo unánime por la jurisprudencia, pues existen todavía resoluciones que se basan únicamente en el criterio objetivo (cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, p. 135).

(26) BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *PE*, pp. 275 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, pp. 73 y ss.

permitió que el sujeto dispusiera del dinero inmediatamente después de la entrega de los cheques. El Tribunal Supremo absolvió de estafa con el argumento de que, en este caso, los usos mercantiles del ámbito bancario establecen que «cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el momento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa, se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que [...] puede obtenerse incluso por teléfono». En el caso, los empleados de la entidad bancaria no actuaron conforme a esos usos, por lo que hubo una «evidente negligencia de tales profesionales de la banca en el cumplimiento de sus obligaciones». En el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 2000, ponente Martín Pallín, absolvió de estafa a un individuo que presentó al pago un cheque con claras irregularidades –no coincidencia de la cantidad consignada en cifras y la consignada en letras–. También la STS de 27 de noviembre de 2000, ponente Granados Pérez, absolvió de estafa a un sujeto que presentó al descuento diversas letras de cambio no aceptadas que no respondían a operaciones mercantiles reales, porque la entidad bancaria no desplegó «actividad alguna encaminada a averiguar que los recibos descontados no respondían a operación comercial alguna, lo que le era perfectamente factible». Últimamente, existen otras sentencias del Tribunal Supremo en este mismo sentido, como la STS de 6 de mayo de 2003, ponente Bacigalupo Zapater, en la que se absuelve de estafa en un caso en que la entidad de crédito aceptó al endoso letras, con el argumento de que hubo una absoluta falta de autoprotección patrimonial del banco; o la STS de 3 de junio de 2003, ponente Martínez Arrieta, en la que se considera que no hay estafa en la utilización de una tarjeta de crédito sustraída en un establecimiento comercial, porque el empleado del establecimiento no comprobó la identidad de quien utilizaba la tarjeta.

Sin embargo, aun cuando se encuentran numerosas sentencias que absuelven de estafa porque la víctima no tomó las medidas de autoprotección que le incumbían –la comprobación de la identidad de un sujeto antes de entregarle dinero de una cuenta (STS de 29 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo), la de la firma de los talones (STS de 20 de diciembre de 2000, ponente Delgado García), acudir al Registro de la Propiedad para averiguar la veracidad de la informa-

ción recibida sobre los gravámenes de un inmueble presentado por un cliente como garantía de un crédito (STS de 22 de febrero de 1991, ponente García Miguel (27); STS de 19 de noviembre de 1983, ponente Castro Pérez) (28)–, la jurisprudencia no es unánime y existen resoluciones en sentido contrario. Así, por ejemplo, la STS de 4 de diciembre de 2000, ponente Prego de Oliver y Tolivar, condena por estafa a quien pagó con una tarjeta ajena aunque el engañado no le exigió que se identificara, con el argumento de que «la posibilidad de exigir la identificación documental de su poseedor no convierte necesariamente en inidóneo el acto engañoso de su posesión y exhibición en el interior de un comercio».

Además, dentro de la corriente jurisprudencial que admite la existencia de deberes de autoprotección de la víctima, hay diferentes opiniones en cuanto al alcance de estos últimos en ámbitos en los que, a diferencia del bancario o el del tráfico mercantil con tarjetas de crédito (29), no existen usos mercantiles tan consolidados sobre las normas profesionales de diligencia. Así, en las relaciones entre particulares, algunas sentencias del Tribunal Supremo parten de que los usos que operan en estos casos no son los mismos que en el ámbito bancario, pues al particular no se le puede exigir la misma diligencia que a una entidad bancaria. En este sentido, la STS de 21 de octubre de 1998, ponente Delgado García, condena por estafa al particular que presentó inmuebles como garantía de un crédito ocultando la existencia de gravámenes (30). En cambio, hay otras sentencias que han absuelto en casos semejantes, como la STS de 19 de septiembre de 2002, ponente Móner Muñoz, con el argumento de que también un particular tenía el deber de comprobar la situación registral de un inmueble, pues, según la sentencia, el Registro de la Propiedad «por su carácter público se encuentra al alcance de todos los ciudadanos, de

---

(27) Así se expresa en los fundamentos de Derecho de esta sentencia: «esta Sala tiene declarado que la declaración mendaz realizada respecto a la propiedad de los bienes comprendidos en una declaración de bienes presentada a un banco a requerimiento de éste a los efectos de concesión de un crédito, cuando de inmuebles se trata, es penalmente irrelevante, dada la facilidad que el banco tiene para comprobar el contenido de la declaración a su absoluta falta de diligencia para detectar la mendacidad del dato se debe el perjuicio que de ello pudiera derivarse».

(28) Cfr., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *AP*, 1994, pp. 910 y ss.

(29) STS de 3 de mayo de 2000, ponente Giménez García, absuelve de estafa porque el vendedor no comprobó la identidad del que pagó con la tarjeta.

(30) En cambio, en los casos de presentación de inmuebles como garantía de un crédito bancario ocultando la existencia de gravámenes, el Tribunal Supremo ha negado últimamente la estafa con el argumento de que la entidad de crédito podía comprobar la veracidad de la información acudiendo al Registro de la Propiedad (STS de 22 de junio de 1999, ponente Bacigalupo Zapater).

forma que la atribución mediante meras palabras de una titularidad registral no parece que de suyo y aisladamente pueda considerarse “el engaño suficiente” del que habla el artículo 248 del Código penal».

En definitiva, también en la jurisprudencia se detecta una tendencia a reconocer un ámbito de responsabilidad de la víctima, pero tal reconocimiento no es unánime y, además, sus límites son todavía objeto de discusión (31).

### III

En síntesis, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se detecta una tendencia a reconocer que la víctima de la estafa puede ser responsable de su acto de disposición bajo determinadas circunstancias. La respuesta a la pregunta de si esto debe ser así y, en su caso, con qué límites, depende esencialmente de a quién se haga responsable del estado de conocimientos de la víctima: si se considera que esta última es responsable de su déficit de conocimientos, será ella la que deberá cargar con las consecuencias de su acto de disposición; si, en cambio, se encuentra una razón para hacer responsable a otro (al autor) del déficit de conocimientos de la víctima, entonces estaremos ante un engaño típicamente relevante.

El *patrimonio* es para su titular una fuente de libertad y su protección jurídica es reconocimiento de un ámbito de libertad (32). Para que el patrimonio sea verdadera fuente de libertad, el titular debe gozar, entre otros presupuestos, de un suficiente grado de información veraz, pues solamente de este modo su acto de disposición será un proceso de decisión libre (33). En efecto, la información es orientación para la toma de decisiones sobre el patrimonio (34) y, sin orien-

(31) Por ejemplo, en la STS de 21 de abril de 2003, ponente Martín Canivell, el autor presentó un DNI ajeno y el empleado de la entidad de crédito no percibió la diferencia de rasgos. El Tribunal Supremo entendió que la diligencia del empleado no llegaba hasta el punto de hacer un examen detenido del documento y condenó por estafa.

(32) KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), p. 407; OTTO, *Struktur*, pp. 80 y ss.

(33) En este sentido, ya PÉREZ DEL VALLE, *CPC*, 59 (1996), p. 377, pone de relieve, a propósito del tratamiento de los casos de estafa por omisión, que «la posición de garante de la que se trata en el engaño omisivo de la estafa no es la de evitación de un resultado típico (perjuicio patrimonial), sino una más concreta de la que ha de derivar el deber de impedir representaciones equivocadas a la víctima que constituyen un paso intermedio en el desarrollo de la tipicidad de la estafa». Este pensamiento se encuentra también en KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 399 y ss., y PAWLK, *Betrug*, p. 83.

(34) Sobre la orientación como condición de la libertad, JAKOBS, *Urkundenfälschung*, pp. 11 y ss.; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 83.

tación, la titularidad del patrimonio se convierte en algo puramente formal que ya no es fuente de poder para la interacción económica, al igual que ocurre cuando el sujeto que está en posesión de un valioso aparato carece del manual de instrucciones. El tipo de estafa tiene la función de garantizar un cierto grado de información veraz al disponente, de manera que su patrimonio sea fuente de libertad en la interacción. Sin embargo, todavía está por determinar qué grado de veracidad debe garantizar este tipo.

Para precisar el significado que tiene la información en el proceso de decisión de la víctima de la estafa, es necesario averiguar cuáles son las *informaciones relevantes para llevar a cabo un acto de disposición*. Para ello, se debe definir cómo funciona el proceso de decisión de la víctima de la estafa. Ante esta pregunta cabe optar por dos alternativas: o bien atender al proceso de decisión de la víctima del caso concreto, o bien fijar un *modelo de decisión*, al margen de la víctima del caso. El primer camino no es satisfactorio, porque no permite determinar *ex ante* qué informaciones son relevantes para el proceso de decisión de la víctima, ya que las informaciones importantes para el proceso de decisión del sujeto metódico resultarán irrelevantes para el perezoso y las informaciones que el supersticioso considere esenciales le parecerán superfluas a quien no lo sea. Por ello, me parece más adecuado seguir el segundo camino y establecer *ex ante* qué informaciones son relevantes en una toma de decisión de disposición, con independencia de las peculiaridades psicológicas de la víctima concreta. Y ese modelo debe ser, en mi opinión, el modelo de víctima generalmente vigente en el mercado. La razón de la elección de este modelo —que deja fuera de protección otros modelos alternativos— es que el delito de estafa protege el patrimonio como poder jurídicamente reconocido de interacción precisamente en el mercado. El precio de mantener el propio poder de interacción es la adaptación al modelo de decisión vigente en ese mercado, así que quien opte por tomar sus decisiones de disposición con base en un modelo alternativo lo hace por su cuenta y riesgo. Y, ¿cómo es ese modelo de víctima vigente en el mercado? En primer lugar, es un modelo de decisión racional, que basa sus decisiones en informaciones referidas al objeto de la relación económica y no en datos inconexos (35); esto significa que determinados modelos de decisión, como el del individuo supersticioso, no se han de tomar en consideración. *En segundo lugar*, para este modelo de decisión solamente son relevantes las informaciones emocionales que forman parte del objeto de la relación económica;

---

(35) Este pensamiento parece estar presente en KINDHÄUSER, *Bemmann-FS*, p. 357; el mismo, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 89.

así, la información sobre el valor afectivo vinculado a la guitarra que perteneció a un famoso intérprete es relevante, porque ese valor afectivo es objeto de la relación económica –existe un mercado de objetos de valor afectivo (36)–; en cambio, no son informaciones relevantes las referidas a factores emocionales que, sin formar parte del objeto de la relación, están presentes en el entorno de la decisión económica. *En tercer lugar*, para este modelo son irrelevantes los juicios de valor en sentido estricto, porque son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos ni falsos, así que carece de sentido plantearse la posibilidad de una inveracidad sobre los mismos (37).

Hasta aquí se ha puesto de relieve que el titular del patrimonio necesita información para tomar una decisión de disposición libre y que, según el modelo de decisión vigente en el mercado, hay determinadas informaciones que son necesarias para tal proceso de decisión. Ahora bien, el titular del patrimonio no dispone de toda la información necesaria para tomar sus decisiones económicas según el modelo al que se ha hecho referencia. Esto es así porque la información está repartida entre los diversos operadores de un mercado caracterizado por la especialización y división de la actividad económica y también, en especial, por la especialización y división de la información (38). En efecto, si el mercado fuera pequeño y sencillo, los sujetos podrían acceder por sí mismos a las informaciones necesarias para sus decisiones económicas; sin embargo, si en un mercado complejo como el nuestro se le exigiera al disponente que adquiriera y comprobara por sí mismo la información que necesita para disponer libremente, la interacción se haría tan costosa que los sujetos preferirían renunciar a ella (39). Por ello, si se pretende mantener la interacción económica,

---

(36) En este punto queda especialmente claro que el titular del patrimonio, en sus actos de disposición, puede introducir toda clase de fines personales en una relación económica, aun cuando se trate de fines que el mercado calificaría de absurdos, siempre y cuando, en primer lugar, tal «personalización» se produzca dentro del ámbito de lo permitido por el Derecho –no es posible «personalizar» introduciendo fines ilícitos según el Derecho– y, en segundo lugar, los fines personales se expresen intersubjetivamente como vinculantes para las partes de la relación económica.

(37) Cuestión distinta es que haya afirmaciones que se presenten como juicios de valor y que, sin embargo, tengan además de la dimensión subjetiva que les es propia, una dimensión objetiva o informativa. En tal caso, no estamos ante juicios de valor en sentido estricto, sino ante juicios de valor que, al tiempo, son afirmaciones de hecho en lo que se refiere a su parte informativa (cfr., sobre esta cuestión, HILGENDORF, *Tatsachenaussagen*, pp. 172 y ss., p. 183). Obviamente, para averiguar si un juicio de valor tiene o no una dimensión objetiva, la afirmación ha de interpretarse en el contexto, teniendo también en cuenta quién es el sujeto que la realiza.

(38) KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 12.

(39) JAKOBS, *Urkundenfälschung*, p. 12; PAWLIK, *Betrug*, p. 71; TISCHLER, *Jura*, 1988, p. 123.

al operador económico solamente se le puede exigir un esfuerzo razonable y proporcionado a la clase de relación económica y a la agilidad propia de la relación en cuestión (40). Ahora bien, dado que ese esfuerzo razonable no le permite acceder por sí mismo a toda la información que necesita, el sujeto que desea celebrar la relación económica se ve en la necesidad de confiar en otros sujetos que sí tienen acceso a esa información (41).

Ahora bien, la constatación de que los operadores económicos presentan déficit de conocimientos a la hora de tomar sus decisiones económicas todavía no es razón para imponer a los demás operadores deberes de veracidad, sino que solamente sirve para entender que esos desniveles de conocimientos sientan las condiciones para que unos puedan manipular las decisiones de otros (42). En efecto, la constatación de déficit de información no es base de la imposición de deberes de información a quienes la poseen (43). Piénsese, además, que la información es poder para la interacción y que quien la posee puede, en principio, emplearla para su propio provecho (44), salvo que se le imponga un deber jurídico-penal de informar. ¿Cuál es entonces la razón normativa para imponer a alguien deberes jurídico-penales de veracidad, de manera que si los infringe se le deba atribuir *materialmente* el acto de disposición llevado a cabo *formalmente* por la víctima? Con otras palabras, ¿qué legitima la redistribución del riesgo de error al que se ve sujeta la decisión de la víctima, de manera que parte del riesgo presente en la esfera de la víctima pase a ser «asunto» del autor debido a la infracción del deber de veracidad? La razón normativa de la existencia de deberes de veracidad es la *conservación de la estructura normativa del mercado* (45); en

(40) HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit*, pp. 143 y ss.

(41) AMELUNG, GA, 1977, p. 7; HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 32; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 118.

(42) BAURMANN, *Zweckrationalität*, p. 117.

(43) BOCKELMANN, *Schmidt-FS*, pp. 445 y ss.; JAKOBS, *Estudios*, p. 225; el mismo, GA, 1997, pp. 564 y ss.; KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), p. 402; el mismo, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 118 s.; KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 13; SEELMANN, *NJW*, 1980, p. 2548.

(44) Como, con razón, ponía de relieve HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht*, p. 369: «Jeder Contrahent muß aber wissen, daß der andere ebenso seinen Vorteil sucht, daß dessen Meinung und Urtheil ebenso vom individuellen Interesse gefärbt ist wie sein eigenes, und daß er in Verurtheilung der Frage, was unter den gegebenen Umständen seinem Interesse zu dienen vermag, von der andern Seite keine Förderung und Unterstützung, sondern eher eine Gegenwirkung zu erwarten hat». Cfr., también, KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 35; MAAB, *Betrug*, pp. 27 y ss.

(45) De lo dicho no debe deducirse que el tipo de estafa sea un medio para conservar la facticidad del mercado, porque, si se admitiera que los deberes de ver-

efecto, la veracidad jurídico-penalmente garantizada a través del tipo de estafa debe ser la necesaria para que la estructura normativa del mercado se conserve y, por consiguiente, los concretos deberes de veracidad deben extraerse de esta última. Esta solución encuentra su explicación en que el tipo de estafa tiene la función de garantizar al titular que su patrimonio constituya verdadera fuente de poder para interaccionar en ese mercado (46), de manera que la conservación de la estructura normativa del mercado es el modo de asegurar *la funcionalidad que el patrimonio tiene para su titular*, es decir, que continúe siendo poder para la interacción en ese mercado. Y el fundamento de la existencia de deberes de veracidad explica, al tiempo, los límites de los mismos, es decir, la garantía normativa de veracidad debe llegar hasta el punto en que sea necesario para que se mantenga el mercado (en sentido normativo) con sus características actuales.

En concreto, esto significa que, para averiguar los deberes de veracidad de un sujeto, debe acudirse a la posición ocupada por el mismo en la relación económica y no a los conocimientos que ese sujeto tenga. Por tanto, para la definición de los deberes de veracidad no son relevantes ni los conocimientos especiales, ni los conocimientos que el sujeto posea en virtud de la posición ocupada en otra relación económica, los cuales, en realidad, deben considerarse conocimientos especiales a efectos de la relación económica objeto de examen. Los deberes de veracidad pesan sobre el sujeto no con fundamento en sus conocimientos, sino como «precio» de su posibilidad de interaccionar en esa relación económica, porque *quien decide intervenir en una relación económica asume los deberes de veracidad propios de esa posición*. Obviamente, esto implica que los límites de los deberes de

---

alidad deben buscarse en la facticidad del mercado, se convertiría al tipo de estafa en un instrumento de protección de un patrimonio entendido en sentido puramente fáctico y ello es, a mi entender, inadmisibles. A mi entender, lo correcto es partir de un concepto jurídico de patrimonio, no en el sentido de que deba retomarse la concepción clásica de BINDING –esto es, renunciar a la construcción de un concepto penal de patrimonio y remitirse simplemente a los derechos subjetivos patrimoniales del Derecho civil–, sino en el sentido de que el concepto penal de patrimonio se inserta en un mundo jurídicamente configurado y, por tanto, debe respetar las valoraciones del Derecho privado sobre las relaciones entre sujetos y bienes. Creo que la disponibilidad jurídica respecto a los bienes es un presupuesto de la protección penal del patrimonio a través del tipo de estafa.

(46) Evidentemente, existen muchos otros presupuestos para que el patrimonio conserve su funcionalidad que no son garantizados por el tipo de estafa (por ejemplo, protección del patrimonio frente a intervenciones violentas) o, incluso, que no son garantizados por el Derecho (la pérdida de poder que significa para el agricultor la granizada que destroza su campo, el incendio fortuito de los propios bienes, etcétera).

veracidad no pueden definirse en abstracto, sino solamente en cada relación económica concreta. En la definición de los deberes de veracidad pueden diferenciarse dos niveles: en un *primer nivel*, se pueden determinar los deberes de veracidad vinculados a la posición ocupada por el autor en una relación económica estándar y, en un *segundo nivel*, es posible que los sujetos no se limiten a ocupar posiciones económicas estándar, sino que lleven a cabo comportamientos que tengan como consecuencia la redefinición de los deberes de veracidad inicialmente propios de esa relación, así que habrá que atender a los deberes de veracidad definidos con base en estos comportamientos. Estos actos de redefinición pueden ser: 1) actos de renuncia por parte de la víctima al cumplimiento por parte del autor de sus deberes de veracidad; 2) actos de asunción por parte del autor de mayores deberes de veracidad; y 3) actos de bloqueo del autor que impidan a la víctima el cumplimiento de sus incumbencias iniciales en cuanto a la adquisición de información. Ahora bien, pese a esta diferenciación de niveles, se puede llegar a la conclusión de que tanto el hecho de ocupar una posición en una relación económica estándar (primer nivel) como el hecho de redefinir los deberes de veracidad a través de determinados comportamientos (segundo nivel) son actos de asunción en sentido amplio (47).

En el primer nivel, los deberes de veracidad van vinculados a la posición económica ocupada por el sujeto en una relación económica estándar. Los deberes de veracidad recaen legítimamente sobre el sujeto porque éste inicia la interacción con la víctima en esa posición concreta y, con ello, asume los deberes de veracidad propios de tal posición. Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información entre víctima y autor? A mi entender, se trata del *criterio de accesibilidad normativa*, que paso a exponer a continuación (48). Entre el disponente y la información

---

(47) Con independencia de que se trate de los deberes de veracidad que Kindhäuser ha denominado *heterónomos*, esto es, deberes con origen en la ley o en una institución, fuera del contacto económico, o de los deberes de veracidad *autónomos*, esto es, deberes que nacen en la relación económica, que dependen de la voluntad del destinatario y que son la otra cara de la confianza depositada por la víctima en el autor, puede recurrirse al fundamento de la asunción en ambos casos. Ello es así porque, en último término, también los deberes heterónomos nacen *para el sujeto* en el momento en que ocupa la posición económica a la que la ley o una institución vincula determinados deberes de veracidad (cfr. KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 403 y ss.).

(48) Ya KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, pp. 63 y ss., recurre a la accesibilidad de la información como criterio para diferenciar cuándo el aprovechamiento de un desnivel de conocimientos es engaño típico y cuándo solamente habilidad negocial. A su entender, hay un desnivel de desconocimientos institucional cuando un operador

que necesita para tomar su decisión de disposición pueden darse diversas clases de relaciones. En primer lugar, puede existir una relación de *inaccesibilidad normativa* de la información, lo cual significa que no es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a esa información. Así, cuando el vendedor ofrece un producto que el comprador no puede ver (la prestación hotelera ofrecida por una agencia de viajes) salvo que realice un esfuerzo desproporcionado (ir a la ciudad de destino a comprobar si el hotel tiene las características que la agencia afirma), hay *inaccesibilidad* de la información. También hay *inaccesibilidad* a la información sobre un fondo de inversión para un particular que quiere invertir en él, pues por la posición que el gestor de fondos de inversión ocupa en la relación económica, le corresponde a él tener acceso a la información, mientras que ello no le corresponde al particular. En segundo lugar, hay casos en los que entre disponente e información existe una relación de *accesibilidad formal*, es decir, es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a la información pero, al tiempo, no es propio de tal posición el gozar de los conocimientos necesarios para descifrar la información a la que puede acceder formalmente. Estos supuestos son casos de *inaccesibilidad normativa*, puesto que en ese caso la información no es orientación. Así, puede que el comprador tenga acceso a la ficha técnica de una compleja instalación informática, pero no pertenece a la posición que ocupa en la relación económica el tener los conocimientos para estar en condiciones de descifrar esa información técnica. En tercer y último lugar, hay *accesibilidad normativa* cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya *accesibilidad normativa* de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla. Así, por ejemplo, en principio, la información sobre la situación económica y jurídica de la propia esfera patrimonial, sobre el funciona-

---

económico, por ejemplo el vendedor, está en posesión de informaciones de las que difícilmente puede disponer el otro, por ejemplo, el comprador. En tal caso, en vistas de la facilidad con la que el vendedor puede aprovechar su ventaja de conocimientos, debe protegerse al comprador. En cambio, cuando el comprador puede acceder fácilmente a la información, no necesita protección, lo cual significa que el desnivel de conocimientos no es institucional y, por tanto, su aprovechamiento debe considerarse habilidad negocial. Sin embargo, en el planteamiento de Kühne se echa en falta un esfuerzo de concreción de los criterios a los que hay que recurrir para establecer que una información es accesible para un sujeto; en efecto, ¿debe entenderse la accesibilidad en sentido fáctico?, ¿debe llevarse a cabo un cálculo de los costes de acceder a una información?, ¿o la accesibilidad depende de otros criterios?

miento del mercado o sobre las conductas de otros oferentes de un producto son informaciones normativamente accesibles para el disponente (49).

Ahora bien, la accesibilidad no debe afirmarse o negarse con base en criterios de costes económicos, pues ello supondría formular la accesibilidad en términos fácticos, sino que debe determinarse con base en el mercado en sentido jurídico, lo cual implica que las reglas económicas del mercado solamente pueden tener relevancia en la determinación de la accesibilidad normativa en la medida en que estén incorporadas al sistema jurídico. Evidentemente, la concreción de lo que se debe considerar normativamente accesible e inaccesible es más sencilla en los sectores en los que existe una regulación o unos usos consolidados sobre las medidas de averiguación que incumbe tomar a los operadores económicos. Ello ocurre, por ejemplo, en el ámbito bancario, en el que existen usos claros que obligan a las entidades de crédito a averiguar el estado registral de los inmuebles ofrecidos por el cliente como garantía de un crédito o a tomar medidas dirigidas a comprobar la identidad de quien se dispone a retirar fondos de una cuenta (50). Por otra parte, los deberes de información civiles solamente son penalmente relevantes si se trata de deberes que se puedan

---

(49) De modo que las inveracidades del «autor» en ese ámbito son irrelevantes, salvo que pueda fundamentarse que este último ha llevado a cabo un acto de asunción de mayores deberes de veracidad frente a la víctima o un acto de bloqueo fáctico del acceso de la víctima a la información normativamente accesible.

(50) En los últimos años, la jurisprudencia española ha reconocido abiertamente la existencia de estas «incumbencias» de autoprotección. Así, la STS de 22 de octubre de 2000, ponente Delgado García, absuelve del delito de estafa al sujeto que entregó en una entidad bancaria quince cheques por un valor de casi 30 millones de pesetas sin que la cuenta contra la que se libraron tuviera fondos suficientes para cubrir las cuantías respectivas, con el argumento de que los usos mercantiles del ámbito bancario establecen que «cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el momento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa (*sic.*), se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que [...] puede obtenerse incluso por teléfono»; la STS de 29 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo, y la STS de 12 de diciembre de 2000, ponente Martín Pallín, absuelven de estafa, la primera, a quien se presentó para retirar fondos sin acreditar su identidad y no fue requerido a ello por la empleada de la entidad bancaria y la segunda, a quien presentó al pago un cheque con claras irregularidades, con el argumento de que el empleado de la entidad infringió las normas profesionales de diligencia. Cfr., sobre la evolución jurisprudencia en España, SILVA SÁNCHEZ, *Las inveracidades*, pp. 10 y ss.

poner en relación con la protección del patrimonio pretendida por el tipo de estafa (51).

En un segundo nivel, deben analizarse los comportamientos del autor y de la víctima que determinan la redefinición de los límites iniciales de los deberes de veracidad. *En primer lugar*, existe un *acto de asunción por parte de la víctima de mayores riesgos de desorientación o error*, cuando aquella renuncia a un derecho a la verdad y, con ello, libera al autor del correspondiente deber de veracidad. Ahora bien, para que se produzca ese cambio normativo, es necesario que la víctima exprese la renuncia de modo inequívoco, la cual no debe confundirse con el incumplimiento por parte de la víctima de sus incumbencias de autoprotección. Ciertamente, esto último consiste en la omisión por la víctima del esfuerzo de averiguación y comprobación de informaciones que le correspondía según su posición en la relación económica, sin que ello afecte a los límites de los deberes de veracidad del autor, mientras que la asunción por la víctima de mayores riesgos de error implica una reducción de los deberes de veracidad del autor. Así, por ejemplo, el vendedor de un producto para proteger las plantas frente a determinados insectos debe, en principio, informar al comprador del uso que puede darse al producto; ahora bien, si el comprador toma un paquete del producto y se dispone a pagar sin atender a las explicaciones del vendedor, renuncia a su derecho a la verdad y asume un mayor riesgo de error.

*En segundo lugar*, puede producirse una redefinición de los deberes de veracidad mediante un *acto de asunción del autor* (52). Para que este último exista, no es suficiente ni que el autor decida proporcionar a la víctima más información de la que debía según sus deberes de veracidad iniciales, ni que manifieste expresamente su decisión, ni tampoco basta que la víctima solicite más información que aquella a la que, en principio, tenía derecho. Para que exista un acto de asunción es necesario un comportamiento mediante el cual el autor *se autovincule inequívocamente* a informar más allá de los deberes de veracidad iniciales de su posición, respondiendo de la veracidad de sus informaciones. Para ello es necesario, *por una parte*, que el autor se presente intersubjetivamente como capacitado para llevar a cabo la mayor prestación de información –estar en posesión de la

---

(51) De acuerdo, MAAB, *Betrug*, p. 19 y ss.; PAWLIK, *Betrug*, p. 162, quien entiende que el Derecho civil constituye únicamente un límite negativo (allí donde no hay deber civil de informar, no puede haber deber penal), pero no vincula positivamente al Derecho penal.

(52) Últimamente, muy convincente el tratamiento de la asunción de PAWLIK, *Betrug*, pp. 143 y ss.

información, tener la calificación profesional para poder informar, etcétera—. *Por otra parte*, es necesario que el autor exprese inequívocamente que se hace responsable de suministrar información veraz sobre esos aspectos de la relación económica que inicialmente no estaban dentro del ámbito de sus deberes de veracidad (53). Esto último exige que el acto de asunción presente cierta formalidad, lo cual no requiere que se realice por escrito, pero sí que autor y víctima construyan su interacción sobre la base de que el primero se ha hecho responsable de orientar a la última más allá de sus deberes de veracidad iniciales (54). Así, el comentario sobre la calidad de un automóvil realizado por un ingeniero en un café carece del contexto de formalidad suficiente para ser un acto de asunción, pues las informaciones proporcionadas en ese contexto por el ingeniero son, claramente, conocimientos especiales, al no ocupar el ingeniero en ese momento una posición de especialista.

*En tercer lugar*, los deberes de veracidad iniciales pueden verse modificados por un acto de bloqueo por parte del autor del acceso de la víctima a informaciones normativamente accesibles. Esto ocurre cuando el autor obstaculiza a la víctima el acceso a informaciones que estaban normativamente accesibles para esta última con tal intensidad que la víctima no puede acceder a la información veraz realizando el esfuerzo que es razonable según su posición económica. El bloqueo da lugar al nacimiento de un deber de veracidad cuyo contenido es la neutralización del riesgo de error introducido en la esfera de la víctima. Así, compete a la entidad bancaria comprobar la identidad de quien se presenta a retirar fondos, exigiéndole que muestre su DNI; pero si un cliente muestra un DNI falsificado y se hace pasar por otra persona, bloquea el acceso de la víctima, la entidad bancaria, a información que estaba normativamente accesible para ella (55).

---

(53) KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 121 y ss.

(54) PAWLIK, *Betrug*, pp. 150 y ss., introduce una serie de límites a la asunción. Según este autor, hay informaciones cuya averiguación es competencia prioritaria de la víctima. A mi entender, ese límite es el que se corresponde con la determinación inicial de los deberes de veracidad en una relación económica y puede ser desplazado a través de actos de asunción. Así, por ejemplo, aun cuando se afirme que compete primariamente a la víctima averiguar cuál es el funcionamiento del mercado, el autor puede hacerse responsable de la veracidad de esa información mediante un acto de asunción, de modo que lo que era incumbencia de la víctima pasa a ser asunto suyo.

(55) En todo caso, lo clave para que exista engaño típico es que, en el momento del acto de disposición, la víctima no disponga del estado de información al que tenía derecho porque el autor no conjuró el riesgo de desorientación introducido con el acto de bloqueo.

Lo que aquí se ha planteado en términos generales puede ser objeto de concreción respecto a cada una de las informaciones que son relevantes en la toma de una decisión de disposición. *En primer lugar*, incumbe a la víctima conocer *el estado jurídico y económico de su patrimonio*, así que el autor no tiene deber de informarle sobre esos aspectos. Si el autor transmite información falsa sobre los mismos, debe entenderse que se trata de una actuación que cae dentro del ámbito del riesgo permitido, salvo que se pueda fundamentar que la transmisión de información inveraz constituye un acto de bloqueo a la víctima del acceso a información normativamente accesible. Ahora bien, pueden existir actos de asunción del autor por medio de los cuales nazca un deber de veracidad respecto a esas informaciones (por ejemplo, la asunción de deberes de asesoramiento). *En segundo lugar*, incumbe a la víctima averiguar los *aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor* a los que pueda acceder realizando un esfuerzo razonable según la clase de relación económica de que se trate (por ejemplo, acudir al Registro de la Propiedad para comprobar la titularidad de un inmueble). En cambio, el autor tiene deber de informar a la víctima sobre las informaciones sobre su situación económica y jurídica que sean normativamente inaccesibles para la víctima, a saber, su disposición al cumplimiento y su capacidad jurídica y económica de cumplimiento. Aun cuando la víctima no debe (normativamente) confiar en afirmaciones del autor sobre aspectos que le compete a ella averiguar, pueden existir comportamientos de bloqueo del autor que le impidan el acceso a información normativamente accesible y determinen el nacimiento de un deber de veracidad para el autor. *En tercer lugar*, compete a la víctima la averiguación de todas las informaciones que tienen que ver con el *funcionamiento del mercado* (56), a saber, la corrección del precio, el comportamiento de otros oferentes, datos como el de si hay otros compradores interesados en el producto, etc. Esto tiene como consecuencia que las llamadas «mentiras de recomendación» o afirmaciones del vendedor como la de que los que ofrece son los últimos ejemplares o la de que tiene muchos clientes interesados en comprar ese producto, etc. son irrelevantes desde la perspectiva del tipo de estafa (57). No obstante,

---

(56) BOCKELMANN, *ZStW*, 69 (1957), p. 272; KINDHÄUSER, *Bemmann-FS*, p. 354; KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, pp. 63 y ss.; PAWLIK, *Betrug*, pp. 153 y ss.; SCHMOLLER, *JZ*, 1991, p. 127; SEELMANN, *NJW*, 1980, p. 2548.

(57) Se trata de mentiras que no se refieren a la cosa objeto de la relación económica sino a la vinculación de la misma con el proceso económico (KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 63); no obstante, debe precisarse que, en determinados casos, la información sobre la relación entre la cosa y el proceso económico puede ser objeto de una relación económica y, en tal caso, el engaño sobre la misma puede ser relevante (p. 65).

existen informaciones que solamente son accesibles para el autor (para un médico, las tarifas de precios correspondientes a la clase de prestación); en esos casos, el autor tiene deber de veracidad respecto a esas informaciones. Lo mismo ocurre en el caso de mercados muy complejos, en los que la posición económica del oferente incluye ya deberes de asesoramiento sobre el funcionamiento de ese mercado. Además, pueden producirse actos de asunción que amplíen los deberes de veracidad del autor. *En cuarto lugar*, compete a la víctima la averiguación de la *información sobre los aspectos jurídicos y económicos de la relación*. Ahora bien, si el autor ocupa la posición de especialista y la relación económica es compleja, el autor tiene deber de veracidad respecto a esa información. Lo mismo ocurre cuando el autor asume frente a la víctima una función de asesoramiento. También puede ocurrir que el autor bloquee el acceso de la víctima a información normativamente accesible, con lo cual, si no cumple el deber de veracidad que ha nacido del acto de bloqueo, se erige en responsable del acto de disposición perjudicial. En cuanto a las *características de la prestación*, incumbe a la víctima informarse sobre las que estén normativamente accesibles siempre y cuando pertenezca también a la posición económica de la víctima el tener los conocimientos necesarios para descifrar esa información. Por ejemplo, cuando se trate de un producto complejo (por ejemplo, una máquina), el vendedor ocupa normalmente una posición de especialista, así que le incumbe a él informar sobre las características del producto; así, aunque la víctima pueda acceder formalmente a esa información, a ella no le corresponde tener los conocimientos necesarios para convertir esa información en orientación.

#### IV

En esta propuesta de sistema de deberes de veracidad se ha omitido un aspecto importante que se debe tratar brevemente a continuación, a saber, el de los casos de *estafa de víctima estructuralmente débil*. En efecto, en el análisis realizado hasta aquí se ha partido del presupuesto –más bien, de la ficción– de que la víctima de la estafa es un sujeto normalmente constituido. Sin embargo, el engaño puede estar dirigido a un sujeto de poca capacidad intelectual, a un niño, a un enfermo mental, a una persona socializada de modo anormal, etc. La primera pregunta que estos casos plantean es la de qué debe entenderse por debilidad y, la segunda, la de qué tratamiento normativo debe dársele a la misma, es decir, si la debilidad de la víctima es relevante en la delimitación de los deberes de veracidad y, en su caso, en qué medida y bajo qué presupuestos.

En efecto, la primera cuestión a la que se debe responder es la de qué debe entenderse por debilidad. *En sentido amplio*, puede decirse que es débil toda víctima que, en el momento del acto de disposición, carece de la información suficiente para llevarlo a cabo libremente, es decir, toda víctima que está desorientada. Ahora bien, las razones que explican el «estado de debilidad» de la víctima pueden ser muy diversas y, según las mismas, deben diferenciarse tres grupos de casos: en primer lugar, los casos de víctima normal «debilitada» por la infracción de deberes de veracidad por el autor; en segundo lugar, los de víctima normal que «se debilita a sí misma» mediante el incumplimiento de sus incumbencias de auto-orientación; y, en tercer lugar, los casos en que la víctima es débil debido a su constitución. Los dos primeros supuestos encuentran respuesta en el sistema de deberes de veracidad que se ha propuesto antes (III). En efecto, en el primer grupo de casos, el autor es responsable del estado de desorientación o debilidad de la víctima y, en el segundo, la debilidad es asunto de esta última. En cambio, el tercer grupo de casos debe ser ahora objeto de análisis, pues presenta la peculiaridad de que las inveracidades que frente a una víctima normal se considerarían permitidas (por ejemplo, un engaño burdo) pueden ser eficaces para conducir a la víctima estructuralmente débil a un acto de disposición perjudicial.

La víctima débil *en sentido estricto* o víctima estructuralmente débil es la que, aun cuando el autor cumpla los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal, carece de la información suficiente para llevar a cabo libremente su acto de disposición. Con otras palabras, la víctima débil no es libre en su acto de disposición si solamente se le garantiza normativamente la misma información veraz que se le garantiza normativamente a una víctima normal. Ahora bien, a mi entender, hay que aclarar que la estafa a una víctima que realiza actos de disposición con base en modelos de decisión alternativos y, en concreto, a una víctima que basa su decisión en motivos emocionales no pertenecientes a la relación económica o en motivos supersticiosos, no es un caso de estafa a víctima débil en sentido estricto, salvo que el hecho de que tal víctima tome sus decisiones económicas según modelos alternativos pueda explicarse como fruto de una enfermedad. La razón de esta restricción del concepto de debilidad es que de la víctima se espera que tome sus decisiones de disposición con base en informaciones que tienen que ver con el contenido de la relación económica, así que, en el caso de que decida basar sus decisiones en otras informaciones inconexas (emocionales o supersticiosas), se entiende que lo hace por su cuenta y riesgo. Así, por una parte, si el autor realiza afirmaciones falsas sobre los comportamientos de otros compradores, se trata de una inveracidad que afecta a in-

formaciones irrelevantes para la toma de decisión de disposición, de manera que, aunque fácticamente conduzca a un error a la víctima que decide por motivos emocionales, tal error es imputable a la víctima (58). Por otra parte, tampoco los motivos supersticiosos forman parte del modelo de racionalidad vigente, así que no existe deber de veracidad del autor respecto a los mismos. En cambio, sí son víctimas débiles en sentido estricto los niños, los enfermos mentales, los sujetos de reducida capacidad intelectual o con alguna alteración de la percepción importante y los sujetos con serios déficit de socialización, porque, debido a su constitución, requieren una mayor orientación para poder tomar libremente sus decisiones económicas.

La constatación de que determinados sujetos son víctimas estructuralmente débiles, es decir, que por su constitución están sometidos a un mayor riesgo de desorientación o de error plantea la cuestión de cuál es el tratamiento normativo correcto de estos casos. *Una primera solución* es la de considerar que la debilidad carece de toda relevancia normativa, lo cual significa que el autor que se encuentra frente a una víctima débil no tiene mayores deberes de veracidad que si la víctima fuera normal. Que esta solución no reconozca la debilidad estructural como fundamento de deberes de veracidad desde la perspectiva del tipo de estafa no significa que cierre el paso a la posibilidad de construir deberes de veracidad desde la perspectiva de la solidaridad, que en Alemania quizá podrían ubicarse en el § 323c StGB (59, 60), pero que, en cambio, en España no podrían considerarse deberes de solidaridad cuya infracción vaya acompañada de una sanción penal. Esta

---

(58) Sobre los casos de *Mitläufereffekt*, cfr. SCHMOLLER, *JZ*, 1991, pp. 125 y ss.; el mismo, *ZStW*, 103 (1991), p. 127. Puede pensarse en otros ejemplos: alguien decide comprar un producto porque el vendedor afirma que un famoso actor también lo consume, siendo esto último falso; alguien decide realizar una donación porque ve en la lista de donantes que personas importantes han sido muy generosas, siendo el contenido de la lista inveraz.

(59) Este precepto es el equivalente a la omisión del deber de socorro del artículo 195 CP español. El § 323c StGB castiga con pena de prisión de hasta un año o con pena de multa a quien no preste ayuda en caso de accidente, peligro común o necesidad, cuando esto era necesario y se le podía exigir según las circunstancias, en especial, porque le era posible sin ponerse a sí mismo en un peligro relevante y sin infringir otros deberes importantes.

§ 323c StGB *Unterlassene Hilfeleistung*. «Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtigen Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft».

(60) Una cuestión que excede el estudio de este trabajo es si la protección del patrimonio debe entenderse incluida en el § 323c StGB (cfr. SPENDEL, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., § 323c, núm. marg. 28).

solución se podría apoyar en el argumento de que el anonimato del mercado exige una estandarización de las relaciones económicas hasta el punto de negar relevancia a todas las peculiaridades de los sujetos que ocupan una determinada posición en una relación económica. Sin embargo, se le puede formular la objeción de que, permitir el empleo de engaños burdos frente a víctimas débiles implica que el tipo de estafa no garantiza que el patrimonio de la víctima débil sea verdadera fuente de poder para esta última, pues, para gozar de orientación, tal víctima necesita más información que la víctima normal, esto es, necesita que se supla su déficit cognitivo.

Una segunda solución es la defendida por Pawlik, quien propone diferenciar dos grupos de casos (61). En el caso de estafa de niños y enfermos mentales, este autor entiende que el tratamiento normativo adecuado es el de la asunción: dado que tales víctimas no tienen competencia de organización, no puede hacerseles responsables de las consecuencias, así que quien desee conducirlos a realizar un acto de disposición debe adaptarse a su nivel de conocimientos o, si no, renunciar a la relación económica con ellas (62). En cambio, en el caso de las personas que han experimentado un proceso de socialización anómalo (evacuados, asilados), este autor entiende que los deberes en virtud de organización no bastan para garantizar la verdadera libertad de estos sujetos y que existen deberes de carácter institucional dirigidos a suplir los déficits de estas personas. En realidad, la cobertura de esas lagunas a través del proceso de socialización es misión del Estado, pero este último no alcanza a desarrollar esa tarea con todos los sujetos, así que delega un deber en los ciudadanos, los cuales actúan como cuasi-funcionarios frente a la persona socializada de modo anormal. Ese deber es de la misma naturaleza que el del § 323c StGB (63). El planteamiento de este autor suscita, a mi entender, dudas, por una parte, porque no explica por qué en el primer grupo de casos el mero hecho de interactuar con un niño o enfermo mental es un acto de asunción del autor y, por otra, porque la solución del segundo grupo de casos no es satisfactoria. En lo que se refiere a esto último, en primer lugar, este autor no respeta la lógica interna del legislador, porque al tiempo que considera que la estafa de víctima socializada de modo anormal es infracción de un deber institucional de la misma naturaleza que el del § 323c StGB, no respeta las diferencias (también

---

(61) PAWLIK, *Betrug*, pp. 179 y ss.

(62) Ya JAKOBS, *GA*, 1997, p. 568, trata estos casos como un problema de responsabilidad por organización.

(63) Obviamente, podría discutirse sobre la interpretación del § 323c StGB que este autor sostiene (*GA*, 1995, pp. 363 y ss.). Esta cuestión se deja aquí de lado.

de pena) que el legislador ha previsto, por ejemplo, entre la infracción del deber de socorro en situaciones de peligro para la vida (infracción de un deber institucional delegado del Estado, en la concepción de Pawlik) y la responsabilidad por organización de lesiones de la vida ajena. En segundo lugar, desde un punto de vista sistemático, esta solución conduce a la sorprendente conclusión de que una infracción de deberes institucionales delegados por el Estado frente al patrimonio ajeno (§ 263 StGB) se castiga más que la infracción de deberes institucionales de la misma naturaleza frente a la vida ajena en peligro (§ 323c StGB). Pawlik intenta responder a la última objeción diciendo que la mayor pena de la estafa se explica porque en estos casos el autor tiene una «competencia institucional especial» frente a la víctima que no nace de la mera interacción neutral con ella, sino de una puesta en escena por parte del autor que determina que, según el criterio de un observador objetivo, la víctima deba sucumbir al engaño. Sin embargo, el argumento no es convincente sino que pone de manifiesto que, para Pawlik, el fundamento de la responsabilidad en estos casos no es, en realidad, un deber institucional independiente de la interacción, sino un acto de organización del autor. En definitiva, Pawlik debería reconocer que, en su planteamiento, el fundamento de la responsabilidad en estos casos es la asunción.

*Una tercera solución* consiste en entender que en los casos en que el autor interactúa con una víctima estructuralmente débil, hay un acto de asunción de mayores deberes de veracidad, en concreto, de un deber de veracidad cuyo contenido es suplir el déficit cognitivo de la víctima. Por una parte, esta solución se basa en la idea de que el tipo de estafa tiene la función de garantizar que el patrimonio sea verdadera fuente de libertad para su titular y, por otra, entiende que la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un significado inequívoco de asunción. En efecto, por una parte, en el caso de las víctimas débiles, el cumplimiento por el autor de los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal resulta insuficiente para garantizar la verdadera libertad de la víctima estructuralmente débil, de modo que no puede hacerse a esta última responsable de las consecuencias de su acto de disposición. Por otra parte, la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un sentido inequívoco de asunción del deber de suplir su déficit. Ahora bien, parece que, en el marco de este planteamiento, un requisito para afirmar que hay asunción debería ser la cognoscibilidad del déficit de la víctima para el autor, pues la debilidad de la víctima que no haya entrado a formar parte del proceso de comunicación no pasaría de ser una peculiaridad individual que no ha sido incorporada a su posición económica. Cier-

tamente, esta solución podría considerarse satisfactoria, en la medida en que garantiza a las víctimas débiles una interacción en las mismas condiciones de libertad que las víctimas normales. Sin embargo, resulta complejo explicar por qué la mera interacción del autor con la víctima débil, cuando el déficit de esta última sea cognoscible, trae consigo el nacimiento de mayores deberes de veracidad. En efecto, así como la fundamentación de la responsabilidad del autor por el acto de disposición perjudicial es más sencilla cuando se constata que el autor ha adaptado su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, la afirmación de que hay responsabilidad por organización es más compleja cuando el autor se comporta de un modo neutral, sin desviarse de los estándares propios de la posición económica que ocupa.

En las soluciones expuestas para los casos de estafa de víctima estructuralmente débil se ha puesto de relieve que, por una parte, no parece muy satisfactoria la propuesta de entender que frente a la víctima débil el autor no tiene mayores deberes de veracidad y que, por tanto, la víctima débil debe cargar con las consecuencias de su déficit. Sin embargo, por otra parte se han visto las dificultades de fundamentar la existencia de asunción en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, según lo que le corresponde a su posición en la relación económica, sin adaptar su comportamiento a la debilidad de la víctima. A mi entender, los casos de estafa de víctima estructuralmente débil deben solucionarse como expongo a continuación. En primer lugar, en los casos en que el Derecho penal otorga relevancia a la debilidad de la víctima, el autor tiene mayores deberes de veracidad; puesto que el Derecho penal tiene en cuenta esa debilidad, porque no trata a esos sujetos como personas responsables, la posición jurídica del autor frente a la víctima no es la misma posición que ocuparía en el caso de interactuar económicamente con una víctima normal y, por ello, puede afirmarse que el mero interactuar con la víctima estructuralmente débil cuya debilidad tiene relevancia jurídica expresa la asunción de suplir el déficit de la misma (64). Ahora bien, hay que preguntarse si esos mayores deberes de veracidad del autor son deberes de veracidad propios del tipo de estafa. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa, porque, en tales casos, no puede decirse que la decisión de la víctima, en caso de no mediar engaño, habría podido constituir una nueva situación jurídica —lo cual es, a mi entender, un requisito esencial para poder hablar de acto de disposición—; así que, en estos casos, el engaño del autor no debería considerarse un comportamiento típico desde la perspectiva del tipo de estafa

---

(64) JAKOBS, GA, 1997, p. 568.

sino, más bien, una sustracción (65). En segundo lugar, en los casos en que el Derecho no otorga relevancia a la debilidad de la víctima, solamente aumentan los deberes de veracidad del autor si este último *adapta* su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, el acto de adaptación debe interpretarse como un acto de asunción de la gestión de un tramo de la libertad de la víctima. Por esta razón, en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, de modo que no hay elementos de su comportamiento que den cuenta de que ha habido un acto de adaptación, el autor solamente tiene los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal.

## V

En el caso de la STS de 18 de julio de 2003, se puede llegar a la conclusión de que la información sobre si las letras de cambio obedecían o no a una operación real era una información esencial para el acto de disposición patrimonial, según un modelo de decisión racional. Ahora bien, esta información estaba normativamente accesible a la víctima, en la medida en que si esta última se hubiera comportado según los usos vigentes en el ámbito bancario, habría accedido a la información de que esas letras no obedecían a una operación real y hubiera podido neutralizar el engaño. Por ello, teniendo en cuenta que el autor no ha realizado ningún acto de bloqueo dirigido a evitar que el disponente acceda a la información normativamente accesible, puede llegarse a la conclusión de que el engaño no es típico. Ésta es la conclusión de la sentencia del Tribunal Supremo, en cuyos fundamentos jurídicos se afirma que la posibilidad de protegerse frente al engaño «es una posibilidad que estuvo totalmente al alcance de la entidad bancaria afectada, para la que habría sido la mar de sencillo verificar la calidad real de las letras de cambio y su correspondencia o no a operaciones ciertamente existentes. No obstante, no lo hizo y, puesto que no puede decirse que hubiera concurrido ignorancia del riesgo ni imposibilidad de evitarlo, lo cierto es que mediante la opción de asumirlo el banco se situó voluntariamente en la situación del que decide conceder un crédito fiado en la solvencia final del único obligado en las letras, que era el librador haciéndose cargo de aquél. Es por lo que el engaño, en efecto, no puede considerarse bastante, lo que determina la ausencia de un elemento esencial de la estafa y, con ello, la atipicidad de la conducta».

---

(65) En este sentido ya gran parte de la doctrina. Cfr., por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, p. 134; QUINTANO RIPOLLÉS, *PE*, II, p. 593; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PE*, p. 455; ROMERO, *Estafa*, pp. 175 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, Knut, «Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug», *GA*, 1977, pp. 1 y ss.
- ARZT, Gunther, Recensión de «Hassmer, Reimund, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981», *GA*, 1982, pp. 522 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/PÉREZ MANZANO, Mercedes/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.<sup>a</sup> ed., 1993.
- BAURMANN, Michael, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987.
- BERGMANN, Matthias/FREUND, Georg, «Zur Rechtweite des Betrugstatbestandes bei rechts- oder sittenwidrigen Geschäften», *JR*, 1988, pp. 189 y ss.
- BIRNBAUM, J. M. F., «Beitrag zur Lehre von Fälschung und Betrug, insbesondere über die sogenannte Verletzung des Rechts auf Wahrheit als Hauptmerkmal der Fälschung», *ACR*, NF, 1834, pp. 527 y ss.
- BOCKELMANN, Paul, Recensión a «Reihart MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*. 2., erweiterte und verbesserte Auflage. Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1956», *ZStW*, 69 (1957), pp. 270 y ss.
- «Betrug verübt durch Schweigen», BOCKELMANN, Paul/GALLAS, Wilhelm (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, pp. 437 y ss.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma», *AJA*, de 8 de julio de 1999, pp. 1 y ss.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, Valencia, 1997.
- CRAMER, Peter, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Berlin, Zürich, 1968.
- «Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugstatbestandes», *JZ*, 1971, pp. 415 y ss.
- CUCUMUS, Conrad, *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*, Würzburg, 1820.
- «Bemerkungen über das Verbrechen des Betrugs außer Vertragsverhältnissen», *ACR*, NF, 1835, pp. 563 y ss.
- DERKSEN, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992.
- ELLMER, Manfred, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13.<sup>a</sup> ed., —editada y anotada por MITTERMAIER— Giessen, 1840.
- FREIDREICH, «Betrachtungen über das Verbrechen des Betrugs vom legislativen Standpuncte aus», *Demme's Annalen*, 16 (1841), pp. 305 y ss.
- FRIEDSAM, Ludwig, *Der Begriff der Thatsache im § 263 des Reichsstrafgesetzbuches*, Dissertation, Erlangen, München, 1893.

- FRISCH, Wolfgang, «Funktion und Inhalt des "Irrtums" im Betrugstatbestand», en KAUFMANN, Arthur/BEMMANN, Günther/KRAUSS, Detlef/VOLK, Klaus (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pp. 647 y ss.
- GEIB, Gustav, «Ueber die Gränze zwischen civilrechtlichem und criminellem Betrug», *ACR*, NF, 21 (1840), pp. 97 y ss., pp. 195 y ss.
- GIEHRING, Heinz, «Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren –Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB», *GA*, 1973, pp. 1 y ss.
- GOLTDAMMER, Theodor, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert*, Theil II (Besonderer Theil), Berlin, 1852.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Función y contenido del error de tipo en la estafa», *ADPCP*, 1985, pp. 333 y ss.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986.
- GRAUL, Eva, «Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden. Zur theologischen Reduktion des § 263 StGB bei bewußter Selbstschädigung», en PFEIFFER, Gerd/KUMMER, Joachim/SCHEUCH, Silke (Hrsg.), *Festschrift für Hans Erich Bradner zum 70. Geburtstag*, Köln, 1996, pp. 801 y ss.
- GROLMAN, Karl von, *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, 4.<sup>a</sup> ed., Gießen, 1825.
- HÄLSCHNER, Hugo, *Das preußische Strafrecht*, 3, *System des deutschen Strafrechts*, 1. (einziger) Abschnitt, *Besonderer Teil, Verbrechen gegen das Recht der Privatperson*, Bonn, 1868.
- HASSEMER, Raimund, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrecht dogmatik*, Berlin, 1981.
- HASSEMER, Winfried, «Rücksichten auf das Verbrechensoffer», KOHLMANN, Günther (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, II, Köln, 1983, pp. 217 y ss.
- HEFENDEHL, Roland, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen. Das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriff*, Berlin, 1994.
- HEGLER, August, «Betrug», en K. BIRKMEYER y otros (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil*, VII, Berlin, 1907, pp. 405 y ss.
- HENKE, Eduard, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, III, Berlin, Stettin, 1830.
- HERZBERG, Rolf Dietrich, «Bewußte Selbstschädigung beim Betrug», *MDR*, 1972, pp. 93 y ss.
- «Funktion und Bedeutung des Merkmals »Irrtum« in § 263 StGB», *GA*, 1977, pp. 289 y ss.
- HILGENDORF, Eric, «Zweckverfehlung und Vermögensschaden beim Betrug», *JuS*, 1994, pp. 466 y ss.
- *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, Berlin, 1998.

- HILLENKAMP, Thomas, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981.
- HIRSCH, Hans Joachim, «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», *ZStW*, 74 (1962), pp. 79 y ss.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, New York, 1991.
- «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täteschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, pp. 553 y ss.
- «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 223 y ss. [Título original: «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER, Gehard/HORN, Eckhard/SCHILLING, Georg/SCHÖNE, Wolfgang/STRUENSEE, Eberhard/ZIELINSKI, Diethart (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 271 y ss.] Traducción de Carlos J. Suárez González.
- *Acción y omisión en Derecho penal*, Bogotá, 2000 –traducción a cargo de Luis Carlos Rey Sanfíz y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles.
- *Urkundenfälschung*, Köln, Bonn, Berlin, München, 2000.
- KINDHÄUSER, Urs, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW*, 103 (1991), pp. 399 y ss.
- «Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft», en SCHULZ, Joachim/VORMBAUM, Thomas (Hrsg.), *Festschrift für Günther Bemann*, Baden-Baden, 1997, pp. 339 y ss.
- § 263 en NEUMANN, Ulfried/PUPPE, Ingeborg/SCHILD, Wolfgang (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden; Band. 4.
- KLEINSCHROD, Gallus Alois, «Ueber den Begriff und die Erfordernisse des Verbrechens der Verfälschung», *ACR*, 2 (1800), pp. 113 y ss., pp. 135 y ss.
- KLIEN, Carl, «Beiträge zur richtigen Bestimmung und naturgemäßen Entwicklung der Theorie über das Verbrechen des Betrugs und der Fälschung in seinen verschiedenen Arten», *NACR*, 1 (1817), pp. 124 y ss.
- KOHLER, Josef, *Treue und Glauben im Verkehr. Ein Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin, 1893.
- KÖSTLIN, Christian Reinhold, «Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrüge», *ZCP*, NF, 14 (1857), pp. 295 y ss./ 15 (1958), pp. 46 y ss.
- KÜHNE, Hans Heiner, *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug? Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Kehl am Rhein, 1978.
- KURTH, Frowin Jörg, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1984.
- LACKNER, Karl, § 263 en JESCHECK, Hans-Heinrich/RUB, Wolfgang/WILLMS, Günther (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10 ed., Berlin, New York, 1988.
- MAAB, Wolfgang, *Betrug verübt durch Schweigen*, Gießen, 1982.
- MERKEL, Adolf, «Die Lehre vom Strafbaren Betrug», en *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867.
- MITTERMAIER, C. J. A. , «Über die richtige Begriffsbestimmung der Verbrechen des Betrugs, der Fälschung, unterschlagung und Erpressung durch

- die Wissenschaft und die Gesetzgebung – erläutert durch einen merkwürdigen Criminalfall», *Demme's Annalen*, 6 (1838), pp. 1 y ss.
- «Das Wesen des strafbaren Betrug, erläutert durch die Rechtsprüche der obersten Gerichte verschiedener Staaten mit Nachweisung der Notwendigkeit umfassender, bestimmter und strenger Strafgesetze», *GS*, 10 (1858), pp. 122 y ss.
- NAUCKE, Wolfgang, «Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik», en BAUMANN, Jürgen/TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974, pp. 109 y ss.
- OTTO, Harro, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970.
- PAWLIK, Michael, «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA*, 1995, pp. 360 y ss.
- Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «El engaño omisivo en la estafa», *CPC*, 1996, pp. 373 y ss.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal. II*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1977.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte Especial*, 18.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día, Madrid, 1995.
- ROMERO, Gladys, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985.
- ROMMEL, Otto, *Der Betrug. Strafrechtliche Studien*, Leipzig, 1894.
- SCHMOLLER, Kurt, «Betrug bei bewußt unentgeltlichen Leistungen», *JZ*, 1991, pp. 117 y ss.
- «Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises», *ZStW*, 103 (1991), pp. 92 y ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd, «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht», ZEIDLER, Wolfgang/ROELLECKE, Gerd (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Faller*, München, 1984, pp. 357 y ss.
- «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *NStZ*, 1986, pp. 193 y ss., pp. 439 y ss.
- SEELMANN, Kurt, «Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen», *NJW*, 1980, pp. 2545.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "víctimo-dogmática"», *CGPJ*, 1993, pp. 13 y ss.
- «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999.
- TISCHLER, Werner Georg, «Freiheit und soziale Bindung im Wirtschaftsrecht "Betrug und Opferverantwortung"», *Jura*, 1988, pp. 122 y ss.
- WALTER, Tonio, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, Hamburg, 1999.
- WEIDEMANN, Jürgen, *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Bonn, 1972.