

EL PATRIMONIO COMO INSTRUMENTO DE LIBERTAD EN DERECHO ESPAÑOL¹

Miguel Bajo Fernández

Catedrático Derecho penal

Universidad Autónoma

Madrid

Es habitual que en el delito de estafa se produzcan pronunciamientos sobre el concepto de patrimonio². Tradicionalmente se distinguen entre concepción

¹ Trabajo escrito en Homenaje a los Profesores Dres Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann, maestros indiscutidos del moderno Derecho penal en el mundo.

² El Código penal español regula los delitos de estafa del siguiente modo:

Artículo 248.

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

2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

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

Artículo 249.

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

Artículo 250.

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

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

2.º Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.

3.º Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.

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

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

6.º Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

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

2. Si concurrieran las circunstancias 6.ª o 7.ª con la 1.ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 251.

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

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

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

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

jurídica, económica y mixta según se atiendan a las relaciones jurídicas, a los valores económicos o a ambos³.

Pues bien, la corrección de los defectos de las teorías jurídica y económica se hizo en la doctrina no sólo por la vía de la fórmula ecléctica de la teoría mixta a la que me he sumado⁴, sino por la subjetivización que conduce a la **concepción personal** del patrimonio. Esta concepción del patrimonio toma como punto de partida que los bienes que constituyen el patrimonio se protegen porque garantizan un espacio de **libre desarrollo de la persona** y no sólo porque -objetivamente considerados- tengan un valor económico⁵. El *patrimonio* constituye, desde esta perspectiva, una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito material. Se compone de las relaciones de dominio de la persona sobre los objetos (bienes patrimoniales) reconocidas por el ordenamiento jurídico. Por lesión patrimonial se entiende la merma de la capacidad económica concebida como el poder o señorío sobre bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades, en sentido amplio, del titular⁶.

Para los partidarios de esta teoría el patrimonio es expresión de la persona y como tal debe ser protegido para asegurar y posibilitar el desarrollo de la personalidad⁷. Este desarrollo de la personalidad supone también la posibilidad de tratar con objetos, porque en este trato el individuo toma conciencia de sus capacidades para formar su entorno. Con la palabra patrimonio se expresa directamente esa realidad, es decir, el poder que se tiene al ser titular de

³ Una exposición amplia en ASUA BATARRITA, A., El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin, en Anuario de Derecho penal, 1993, págs. 97 y sigs.

⁴ BAJO FERNANDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código penal, Madrid, 2004, págs. 22 y sigs.

⁵ Partidarios en nuestra doctrina de esta concepción del patrimonio, ASÚA BATARRITA, A., “El daño patrimonial cit.; DE LA MATA BARRANCO, N., Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación, Barcelona, 1994; GARCÍA ARÁN, M., El delito de hurto, Valencia, 1998, pág. 23 ss. SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS, Compendio de Derecho penal – Parte especial, pág. 87. GALLEGO SOLER, I., Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, Valencia, 2002.

⁶ ASUA BATARRITA, A., El daño patrimonial, cit., pág. 127.

⁷ GALLEGO SOLER, J.-I., Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, Valencia, 2002, págs. 218 ss. DE LA MATA BARRANCO, N., “Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa”, PJ 34/1994, págs. 295 ss. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, Barcelona, 2000, págs. 57 ss. Vid. también, STS 23 abril 1992 (Caso del Aceite de Colza).

ciertos derechos y lo que con ello somos capaces de lograr⁸. Por lo tanto, en el delito de estafa hay pérdida del valor económico y disminución patrimonial cuando afecte también al **valor de uso** que pueda tener para satisfacer los fines económicos de su propietario, pues sólo de esta forma puede conseguirse la protección total de la personalidad. Por ejemplo, habría estafa si se frustra el deseo del coleccionista de adquirir obras artísticas de un determinado autor, cuando se le engaña vendiéndole, aunque por su precio, obras de otro autor; o quien adquiere una revista técnica por su valor pero engañado y en la creencia de que adquiriría una revista de otra materia.

La Sentencia de 23 abril 1992 del Tribunal Supremo (STS) en España sobre el caso llamado “aceite de la colza”⁹ (ponente E. Bacigalupo) acoge expresamente la concepción personal del patrimonio: “en la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial”.

Al abrigo de la concepción personal y con motivo de las prestaciones gratuitas unilaterales surgió en Alemania en los años sesenta la “**teoría de la frustración del fin**”¹⁰. Se parte de la base de que el delito de estafa

⁸ ZUGALDÍA, Los delitos contra la propiedad y el patrimonio, Madrid, 1988, pág. 57.

⁹ Fue un caso de manipulación de alimentos que produjo muertes y lesiones a miles de personas vendiendo para consumo humano aceite que se había desnaturalizado por la Administración pública a efectos fiscales.

¹⁰ Vid. ASUA BATARRITA, A., El daño patrimonial, cit., passim.

tradicionalmente se refiere a hechos en los que existe una contraprestación asimétrica entre lo dispuesto por la víctima y lo recibido, es decir, se produce en una relación económica bilateral, una relación jurídica sinalagmática. Sin embargo, se producen casos, como el **fraude de subvenciones**, en los que el disponente lo hace de manera gratuita, sin esperar contraprestación ninguna de la otra parte, con desconocimiento del autoperjuicio producido. En estos supuestos, sólo podría haber perjuicio si el daño se cifrara en la “frustración del fin” social o económico pretendido por el disponente. La cuestión se suscitara tanto en los casos en que el sujeto pasivo lo es un particular como si lo es el Estado, porque el fraude de subvenciones de los arts. 308 y 309 del Código penal español¹¹ tiene un límite cualitativo por debajo del cual debería entenderse aplicable el delito de estafa común¹².

El estudio de esta materia, con todo, debe realizarse sobre el **supuesto límite** –convertido luego en referente de esta cuestión- del Tribunal Superior de

¹¹ **Artículo 308.**

1. El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de 80.000 euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los 80.000 euros, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

4. Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este Artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Artículo 309.

El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a 50.000 euros, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

12 A mi juicio, por debajo del límite sería necesario acudir al Derecho administrativo tributario sancionador, pero no es ésta la opinión común. La STS 11 marzo 2004 no aprecia estafa en un fraude subvenciones no encuadrable en el delito contra la Hacienda pública. Vid. BAJO FERNANDEZ, M.-BACIGALUPO, S., Derecho penal económico, Madrid, 2001, págs. 204 y sigs.

Baviera que en 1952 condenó por estafa a un recaudador de donativos para la Cruz Roja que obtuvo una generosa aportación económica de quien luego le denunció, haciéndole creer erróneamente que su vecino había contribuido previamente con una importante cantidad. Las críticas que se vertieron desde todos los frentes contra esta sentencia condenatoria por violentar frontalmente el más mínimo sentido de Justicia, la reconvirtieron en argumento sustentador de todas las posiciones. Y, en efecto, también se utilizó para sustentar la *teoría de la frustración del fin* en cuanto se supone que sólo acudiendo a la diferenciación entre motivos relevantes y no relevantes en función de la finalidad social del disponente puede llegarse a la impunidad en este supuesto¹³. Se entiende que no son motivos relevantes desde el punto de vista del fin social, los “intereses de afección”, los ilícitos o los que son ajenos al sentido de la prestación¹⁴. Se reconoce que en este supuesto y en todos los casos de prestaciones unilaterales gratuitas, existe perjuicio patrimonial. Pero, en la medida en que admitir delito de estafa en casos como el presente es insatisfactorio, sería necesario añadir algo más a la merma patrimonial como es la frustración del fin social pretendido que aquí no se habría producido por cuanto el donativo cumple el fin social.

A mi juicio, para llegar a resultados satisfactorios no es necesario añadir a la merma patrimonial de las prestaciones gratuitas, la frustración del fin social, bastando el correcto entendimiento de los elementos típicos. El recaudador de Cruz Roja se limita a decir una **mentira** sin relevancia penal, porque no consigue llegar a la categoría del engaño típico. Y no es engaño típico porque no ha creado riesgo alguno por encima de lo permitido y el daño económico no es consecuencia de la mentira del recaudador, sino de otras consideraciones. Es decir el perjuicio no es concreción del riesgo ínsito en la conducta engañosa. Estamos ante una simple mentira sin trascendencia penal.

En sentido crítico señala Zugaldía acertadamente que esta teoría no resuelve ningún problema que no pudiera resolverse con la teoría de la concepción

13 Vid. ASUA BATARRITA, A., El daño patrimonial, cit., págs. 115-116.

14 ASUA BATARRITA, A., El daño patrimonial cit., págs. 155, 157 y 151 y sigs.

mixta del patrimonio¹⁵. En todo caso, que el engañado se haya decepcionado en cuanto a los fines que pretendía con la cosa no puede ser el determinante del concepto de patrimonio. No en vano, se ha acusado a esta posición de subjetivizar el delito de estafa al estilo de la concepción jurídica del patrimonio convirtiendo la estafa en un delito contra la libertad de disposición¹⁶. Por otra parte, en ocasiones, detrás de la frustración del fin hay un auténtico perjuicio económico. En los ejemplos que utiliza Muñoz Conde de “frustración de las expectativas prometidas” hay auténticos perjuicios económicos sin más. Tal es el caso del agricultor que adquiere una enciclopedia de jardinería porque le han dicho que es de agricultura o quien compra un solar para construir pisos cuando en las ordenanzas sólo se permite viviendas unifamiliares o quien quiere una vivienda con vistas al mar y luego resulta que tiene vistas a una autopista rodeado de edificios¹⁷. Incluso en el caso de quien compra una vaca lechera a su precio cuando quería una de carne, el esfuerzo para corregir la situación y llegar a tener la vaca de carne es pérdida de tiempo valuable en dinero¹⁸.

A comienzo de los noventa se retoma en Alemania la discusión sobre la estafa como lesión “a la **fidelidad y a la verdad** en el tráfico jurídico” (“Treue und Glauben”), o lesión del “derecho a la verdad” en cuanto que el engaño y el consiguiente error afectan a la “**libertad de disposición**”, dando lugar a una importante revisión del concepto de patrimonio.

15 ZUGALDÍA, Los delitos contra la propiedad y el patrimonio, pág. 59. Vid. también, ASÚA BATARRITA, A., “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones), ADPCP 1993, pág.127. DE LA MATA BARRANCO, N., “Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa”, pág. 303. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Acerca del momento consumativo de la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial”, PJ 39/1995, pág. 533.

16 En el mismo sentido TIEDEMANN, K., Der Subventionsbetrug, en Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, 1974. págs 910 y sigs. si bien considera que cuando el sujeto pasivo es el Estado puede concebirse la libertad de disposición y los propios fines de la prestación como objeto de protección jurídica.

17 MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 14ª Ed., Valencia, 2002, págs. 417-418.

18 La posición de MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal Parte especial, pág. 418, no es, en cualquier caso, del todo coherente porque admite la compensación patrimonial de modo que “quien compra equivocadamente un cuadro de Murillo por su valor en el mercado, creyendo que compra un Zurbarán, no podrá considerarse perjudicado económicamente, porque su interés personal no incide (sic) en el valor económico objetivo”.

Tomando estas opiniones como punto de partida, sostiene Kindhäuser¹⁹ que se protege en el delito de estafa el *derecho a la verdad* del titular del patrimonio lo que determina una concepción personal del patrimonio como unidad destinada al libre desarrollo de la persona, convirtiendo a la libertad como parte integrante del mismo. El delito de estafa lesionaría desde esta perspectiva, por una parte, el patrimonio y, por otra, la libertad en la formación de la voluntad en el proceso de toma de decisión sobre la propia disposición patrimonial²⁰, es decir, la pura y simple *libertad de disposición*. Según esta teoría, la estafa se presentaría como un resultado de autolesión no libre y la afectación de la libertad por medio de la lesión del derecho a la verdad del sujeto pasivo. La lesión del derecho a la verdad es lo que determina que la autolesión de la víctima no sea libre.

Aplicando esta concepción, la STS de 14 de septiembre de 2001 negó la estafa cuando el engaño iba referido a una cuestión no esencial como la identidad de la otra parte contratante: “es preciso considerar que hoy no existe ninguna duda sobre la identidad de la estructura del tipo de la estafa con la de la inducción o, al menos, en ciertos casos con la de la autoría mediata. El autor de la estafa utiliza el engaño para inducir al sujeto pasivo del delito a una disposición patrimonial que es la que produce la autolesión del propio patrimonio. Toda inducción basada en el engaño del sujeto inducido afecta, como es obvio y lo ha señalado la doctrina, a la autodeterminación del sujeto pasivo y ello pone ya de manifiesto que en el delito de estafa existe un importante componente del objeto de protección que se relaciona con la libertad del sujeto pasivo. Dicho con otras palabras: entre los delitos contra el patrimonio se encuentran al menos dos delitos que no protegen el patrimonio sin más, sino que protegen la libertad o autodeterminación del sujeto en el ámbito patrimonial: la extorsión (art. 243 CP), que protege el patrimonio frente a las agresiones contra la libertad del sujeto pasivo consistentes en violencia o intimidación, y la estafa (art. 248 CP), que protege la autodeterminación patrimonial del sujeto pasivo frente a acciones engañosas. A partir de estas

19 KINDHÄUSER, U., “Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug”, ZStW 103 (1991), págs. 399 ss.

20 KINDHÄUSER, U., La estafa como autoría mediata tipificada, Colombia, 2002, passim; GALLEGO SOLER, J.-I., Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, pág. 239.

consideraciones, es claro que no puede haber un engaño bastante cuando el embuste no afectó la autodeterminación o la libertad de decisión del sujeto pasivo. Tal es el caso en un supuesto en el que el sujeto pasivo ha sido engañado sobre una circunstancia a la que no le asignaba importancia decisiva, como cuando se trata de la identidad del que dará satisfacción a una obligación contractual que no ha sido convenida "intuitu personae". En este sentido rigen en el Derecho penal los mismos principios que inspiran al derecho civil, pues la cuestión es sustancialmente la misma. En efecto, el art. 1266 Código Civil español establece que "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer (.) sobre aquellas condiciones (.) que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (el contrato)"²¹.

En realidad, se está diciendo una obviedad porque efectivamente el engañado realiza una disposición patrimonial porque no ha sido libre. La cuestión estriba si es necesario desenterrar el peligroso derecho a la verdad, tan afín a la doctrina alemana también en los delitos contra el honor,

²¹ En igual sentido, SSTS 6 de mayo 2003, 9 de junio 2003.