

XVIII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

Jueves 18- viernes 19/06/2015

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: EL CONCEPTO DE DAÑO
PATRIMONIAL EN LA ESTAFA, del Prof. Dr. D. LUIS GRECO.**

Viernes 19 de junio de 2015, 10:30-11:45 h.

Ponente: Prof. Dr. D. LUIS GRECO.

Moderador: Prof. Dr. D. AGUSTÍN JORGE BARREIRO

Relatora: Prof. Dra. D^a. MARTA GARCÍA MOSQUERA.



EL CONCEPTO DE DAÑO PATRIMONIAL EN LA ESTAFA

**Ponente: Prof. Dr. D. Luis Greco Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal.
Universidad de Augsburgo**

**Moderador: Prof. Dr. D. Agustín Jorge Barreiro. Catedrático de Derecho Penal.
Universidad Autónoma de Madrid**

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. D. José Manuel Paredes Castañón, D. Jacobo Dopico Gómez-Aller, D^a. Maria Fernanda da Palma Pereira.

**Relatora: Prof. Dra. D^a. Marta García Mosquera. Profesora Contratada Doctora de
Derecho Penal. Universidad de Vigo**

El Profesor **Jorge Barreiro** toma la palabra para felicitar al ponente por su brillante exposición, abriendo a continuación el debate.

Interviene en primer lugar el Profesor **Paredes Castañón**, quien, tras felicitar al ponente por la claridad de la exposición y por lo ilustrativo de los ejemplos planteados, comienza señalando que, tal vez, una buena parte de los problemas aquí suscitados tienen que ver con la atipicidad de la tentativa en el Derecho alemán. Porque en los ordenamientos como el español (donde la tentativa es punible con carácter general) el debate sobre si se produce o no un resultado de perjuicio no tiene consecuencias prácticas tan importantes. [El Profesor **Luzón Peña** interviene para hacer una aclaración general al respecto, indicando que, en Alemania, la tentativa es punible en los *Verbrechen* – o delitos graves -, pero es atípica en los *Vergehen* – o delitos menos graves-, cosa que no ocurre en Derecho español o en otros ordenamientos].

Tras señalar la importancia de este trasfondo político criminal, continúa el Profesor Paredes Castañón planteando que, por un lado, es interesante la figura del *Gefährdungsschaden* de la jurisprudencia alemana cuando constata una realidad económica referida al deterioro del valor patrimonial (disminución del valor de mercado del objeto por frustración de expectativas de realización). Pero, por otro lado, el problema está en el establecimiento de los límites porque, como ha dicho el Tribunal Constitucional alemán, si no se establecen unos límites estrictos, la solución planteada puede convertirse en analogía en contra del reo. Asimismo se podría estar produciendo una quiebra del principio de proporcionalidad al castigar, con la misma pena que la lesión del bien jurídico, un supuesto donde no hay un daño.

Apunta el Profesor Paredes si no estamos ante un problema de imputación objetiva del resultado (daños patrimoniales derivados de la acción fraudulenta que no son imputables a esa acción), ilustrándolo con el siguiente ejemplo: un banco concede un crédito a alguien que no tiene solvencia y que, por tanto, llegado el momento no va a pagar. Pero en el momento actual el crédito todavía no es ejecutable ni exigible. Obviamente, existe un cierto deterioro en la solvencia del banco, pero puede que en el futuro cambie la situación y el sujeto acabe pagando el crédito. En tal caso, podría sostenerse que el deterioro patrimonial no es imputable, porque no hay una relación de riesgo suficiente. En ese caso difícilmente podría sostenerse que concurra ya un daño patrimonial efectivo para castigar por un delito consumado de estafa (sin perjuicio de la posibilidad de castigar el hecho por tentativa).

En cambio, hay otros supuestos en que sí se podría apreciar que ya hay un daño inmediato, como en el caso del administrador desleal que -realizando una acción que encaja en el tipo de administración desleal- produce un deterioro del patrimonio que hace que las acciones de esa sociedad valgan menos. Pues bien, como las acciones están constantemente en el mercado, ahí sí hay algo ya imputable.

En definitiva, habría supuestos en que la frustración de expectativas sí provoca un daño imputable a la acción fraudulenta, y otros casos en que la quiebra de expectativas todavía no permitiría hablar de un perjuicio efectivo.

En relación con el criterio de la venta hipotética para la determinación del perjuicio patrimonial, el Profesor Paredes reconoce que se trata de una fórmula inteligente y muy gráfica de intentar concretar la idea de daño patrimonial, pero entiende que la aplicación práctica de la determinación del valor en el mercado de un determinado objeto depende de una cuestión clave: la referida al grado de información con que el objeto se ofrece a la venta en el mercado. Porque los productos no se ponen a la venta en el mercado con toda la información. En condiciones normales, cuando una empresa pone a la venta sus acciones, no aporta toda la información, sino únicamente la información que la Ley le exige. En consecuencia, si a los efectos del delito de estafa somos más exigentes, reclamando transparencia absoluta, quizá llegamos a la solución extensiva a la que llegaba la jurisprudencia alemana anteriormente. Posiblemente haya que establecer algún límite al nivel de transparencia, exigiendo la transparencia normal o usualmente exigible.

En respuesta a las cuestiones planteadas, el Profesor Greco aclara, primeramente en relación con el castigo de la tentativa en Alemania, que la tentativa es impune en el delito de administración desleal, pero no en el delito de estafa. Considera, no obstante, que la existencia o no de tentativa punible no es demasiado relevante, porque la figura de la *schadensgleiche Vermögensgefährdung* no sólo anticipa el momento de la consumación, sino que anticipa también la acción típica. Si nos fijamos en la estafa, éste es un delito de “autolesión”, pues supone que es la víctima la que lleva a cabo el acto de disposición. La víctima es quien practica la acción que provoca de modo inmediato la disminución en el patrimonio. Esto significa que en el caso de Al Qaida (BVerfGE 130, 1, 47 s.) si el daño se produce ya con la celebración del contrato, la conducta de disposición es la propia celebración del contrato, y el fraude reside en hacer la oferta de celebración del contrato. Si el daño se produjese sólo en el momento en que se paga el valor del seguro, el fraude estaría entonces en la comunicación del óbito. Por tanto, lo que era preparación se vuelve acción típica, pues la *schadensgleiche Vermögensgefährdung* anticipa el momento de la acción típica.

En segundo lugar, en relación con la consideración del Profesor Paredes, comparando por un lado el caso de las acciones, y por otro lado el caso del que da un crédito a una persona que no es solvente, pero que casualmente acaba consiguiendo pagarlo, el Profesor Greco indica que la concepción alemana clásica es que, a diferencia de la propiedad (que es un derecho sobre cosas, sobre bienes corpóreos), el patrimonio es un conjunto de valores. Y valor es algo dinámico. Por ello es necesario apuntar un momento temporal en el que se produce la disminución del patrimonio, y el momento de referencia decisivo es el momento de la disposición. Lo que ocurre después es *Wiedergutmachung* (reparación del daño). Por tanto, aunque el que recibió el crédito pueda finalmente pagarlo, ello no influiría en la disminución del patrimonio. El ponente sostiene que, en su opinión, esto es correcto, porque la víctima no tenía el control de la situación, y si ofreciera el crédito en venta, ningún comprador pagaría el valor íntegro del mismo.

Por lo que se refiere al caso de las acciones, puede decirse que las acciones son el caso más claro de la *schadensgleiche Vermögensgefährdung*; en donde mejor se aprecia la necesidad de apuntar un concreto momento en el tiempo para determinar el perjuicio, como valor independiente de la cosa corpórea.

Por último, en lo que atañe a qué base de información tiene que tener el comprador hipotético con base en el criterio de la venta hipotética, el Profesor Greco sostiene que no parece que exista aquí un problema tan importante. La base de la información será aquello que la víctima hubiera sabido de no haber incurrido en el error. En otras palabras, habría que sustraer mentalmente la conducta engañosa. Si hay deberes de esclarecimiento, todos ellos deben ser cumplidos, y además deben suprimirse mentalmente todas las informaciones falsas que el autor ha dado a la víctima. Ésa sería la base de información que tiene derecho a tener todo el que negocie con el autor, siendo ésta la base de la venta hipotética.

Interviene a continuación el Profesor **Dopico Gómez-Aller**, sumándose a las felicitaciones por la ponencia, en relación con la cual formula la pregunta de si podemos estar hablando de dos grupos de casos cuando hablamos de peligro equivalente al daño. Por una parte, los supuestos en los que tenemos que hacer una estimación de peligro porque en el momento de la realización del acto de disposición patrimonial todavía no existe perjuicio, pero hay dolo de realizarlo. En estos supuestos – poco tematizados en España - consideramos que la consumación de la estafa tiene lugar en el momento de la realización del acto de disposición patrimonial. En los supuestos en los cuales, por ejemplo, se lleva a negociar a la otra persona, engañándole sobre la voluntad de cumplir, o la capacidad de cumplir por parte de la otra persona, el perjuicio patrimonial va a tener lugar en un momento posterior; con lo cual aquí, lo que estaríamos haciendo con el concepto de peligro equivalente al daño es intentar actualizar el perjuicio, de modo que tenemos que actuar con una predicción, y por eso utilizamos un concepto de peligro. En España este problema no se encuentra suficientemente tematizado y hablamos de una consumación, a pesar de que el peligro se concrete bastante después.

Por otra parte estarían los supuestos, como los ya mencionados de estafa de crédito, en los que no existe un dolo de perjuicio patrimonial, o no necesariamente, o no está probado. Los supuestos en los cuales nos encontramos con alguien que solicita un crédito, pero no existe ningún dato que nos diga que esa persona no deseaba devolverlo, sino que ha ocultado su falta de solvencia, o los riesgos inherentes al negocio, etc.

Pues bien, los primeros supuestos en la jurisprudencia española no han sido demasiado problemáticos, digamos que de hecho no se ha incidido en la diferencia del momento consumativo y del momento de acaecimiento del perjuicio.

Sin embargo, en relación con los segundos, hay que llamar la atención sobre una sentencia del TS español del año 2006. En este caso se organizó una compleja operativa para conseguir que hubiese unos préstamos, unas líneas de crédito especiales para una persona que no reunía en absoluto las condiciones de solvencia, pero que iba a poder devolverlo. Sentado esto, el Tribunal sostiene, por una parte, que el perjuicio patrimonial está en llevar al banco a realizar el acto de disposición, ignorando que no había solvencia, y, por otra parte (y esto es lo relevante) indica que: “*la existencia del dolo no debe vincularse al resultado final del contrato, sino al conocimiento del recurrente de que cuando el banco contrataba lo estaba haciendo llevado por el error a que se le había llevado*”. Con lo cual – concluye el Profesor Dopico - ¿no sería aplicar a estos supuestos el concepto de peligro equivalente al daño, algo muy parecido a equiparar el perjuicio patrimonial y el daño al derecho a disponer?

Retoma la palabra el Profesor **Greco** para hacer dos consideraciones. La primera, referida a la cuestión de si el dolo del autor debe referirse al resultado de perjuicio final, y no sólo al *Gefährdungsschaden*. Esta idea, en época más o menos concomitante a la decisión del Tribunal Constitucional, fue seguida por el BGH, en el sentido de que el delito de administración desleal (*Untreue*) debía ser entendido, en el caso del peligro equivalente al daño, como si fuera un *kupiertes Erfolgsdelikt* (un delito cortado de resultado), de modo tal que el peligro equivalente al daño sólo podría afirmarse en casos en que el autor ha actuado, al menos con dolo eventual, en relación con el resultado final. El caso planteado por el Profesor Dopico (caso de la STS 2006) parece haber aplicado precisamente este criterio. El Profesor Greco indica sin embargo que, en su opinión, esto no es un camino viable, porque ya hay una reducción del patrimonio en el momento anterior, pues el crédito, como parte del patrimonio, debe tutelarse como realidad económica, y no como realidad jurídica.

La segunda consideración, referida a la pregunta de si no se estaría anticipando la consumación, es respondida en sentido negativo por el Profesor Greco. En las situaciones en que ya hay una disminución del patrimonio, no parece que haya motivos para dar al autor el beneficio de la suerte de que todo acabe bien. En muchos delitos de resultado, cuando todo acaba bien, el autor acaba siendo condenado únicamente por tentativa. Pero el patrimonio tiene una estructura dinámica (en ello difiere de la vida y de la propiedad), y el concepto de daño patrimonial también debe reflejar esto.

La idea del *Gefährdungsschaden* es una correlación automática de la idea del concepto de patrimonio. Si se tiene un concepto jurídico de patrimonio, o un concepto de patrimonio no referido al valor, sino a la sustancia, ahí tal vez se pudiera rechazar el *Gefährdungsschaden*; pero en otro caso el *Gefährdungsschaden* es un correlato del concepto de patrimonio y sólo refleja la idea de que también la supresión de expectativas puede ser un daño. Si alguien tiene una posibilidad segura de hacer un negocio y esa posibilidad se le ve privada por un engaño de un tercero, o por el administrador que actúa mal, esto puede ya ser un daño cuando lo es de expectativas concretas, aunque todavía no exista un derecho o una pretensión conforme al Derecho civil. Lo esencial sería que las expectativas son algo por lo cual un tercero pagaría; entonces esto forma parte del patrimonio. El patrimonio tiene esta naturaleza más dinámica y esto es algo que tiene que ver con la estructura de este bien, una estructura un poco atípica, que hay tener en cuenta al tratar de la estafa y de la administración desleal.

Acto seguido interviene la Profesora **Da Palma Pereira**, planteando una primera cuestión general referida al bien jurídico. En su opinión, la equivalencia del peligro al daño es la consecuencia de un determinado concepto de patrimonio como bien jurídico, y de lesión del bien jurídico articulada específicamente a la naturaleza de dicho bien jurídico. En ese sentido el peligro equivalente al daño es igual al daño, a la lesión del bien jurídico. Peligro es la misma cosa que lesión del bien jurídico. Pero ¿es una lesión o es un peligro? Porque, tratándose de un delito de lesión, el peligro equivalente al daño habrá de tener una entidad tal que justifique la punición por el delito de lesión. Por tanto, ¿es un delito de resultado lesivo o es un delito de peligro?

La segunda pregunta va referida a la cuestión de si (en ejemplos como el del restaurante) existe alguna posibilidad de actuación contrafáctica en el espacio temporal anterior a la producción del perjuicio final o definitivo. Si un tercero procede a efectuar el pago antes de que llegue la cuenta, pese a todo, ¿el delito ya estaría consumado?

La tercera cuestión que la Profesora Da Palma quiere plantear es la relativa a la venta de bienes ajenos y la posición del tercero de buena fe. De acuerdo con el Derecho civil portugués, el tercero de buena fe tiene la facultad de instar la nulidad del negocio. Existiendo una sanción civil (la nulidad del negocio) que constituye una solución, ¿es oportuna la intervención del Derecho penal? Tal vez cuando se anticipa la tutela penal,

habría que exigir una gravedad absoluta del daño, un daño en términos absolutos en el mercado.

Por último pregunta la Profesora Da Palma cuál fue el criterio sobre el que el Tribunal Constitucional alemán fundamentó la existencia de analogía en este caso.

El Profesor **Greco** responde a la primera pregunta sosteniendo que los delitos son delitos de lesión. Esto no lo decide la doctrina, sino el legislador, cuando requiere que se produzca un daño, un perjuicio patrimonial. Este requisito está en el tipo y cualquier construcción que transforme el delito, que el legislador concibió como delito de lesión, en delito de peligro, es una conclusión *contra legem* que viola la prohibición de analogía. Pero el peligro equivalente al daño es lesión porque el daño patrimonial es una disminución de un valor, y en el caso de cierto peligro el valor del patrimonio está disminuido. Ésta es la idea.

Hay algunos autores (y el BGH lo ha sostenido también en alguna ocasión) que entienden que la idea del peligro equivalente al daño sería incluso dispensable, porque el peligro equivalente al daño es un daño, ya hay una disminución del patrimonio. No obstante, parece que aquí el BGH ha ido demasiado lejos, porque aunque el peligro equivalente al daño ya sea un daño perfecto en cierta manera, no es todo el daño que se puede producir. Hay una cosa peor, que tiene que mantenerse como punto de referencia final: los casos de crédito en que no se paga finalmente, o, en el caso de una inversión, el caso en que se pierde todo el dinero. Y este punto de referencia final es importante para aplicar el criterio del dominio, del poder de evitación.

Por tanto, de un lado, conviene subrayar que el peligro equivalente al daño es un daño, es un resultado de lesión y no sólo de peligro; pero por otro lado, que hay otra cosa que es el punto final y también es un daño. Por tanto, podríamos decir que la estafa y la administración desleal comprenderían dos resultados.

Pensando en la lesión corporal, sería algo similar a cuando se produce el contagio de un virus en el cuerpo de alguien y sólo después el virus actúa (caso del VIH, que es similar en cierta manera). En Alemania ya se admite también en estos casos, en el momento en que el virus está en el cuerpo, una lesión corporal. Pero hay una cosa peor, que es el momento en que el virus se desarrolla. Tal vez sea posible desarrollar este paralelo, porque la integridad física y la salud también tienen una estructura dinámica similar.

En relación con la segunda pregunta (caso del restaurante), puede sostenerse que hay una estafa consumada, aunque el tercero finalmente pague la consumición, siempre que

la aparición e intervención del tercero sea inesperada. Ahora bien, si desde el inicio se sabe con certeza que el tercero aparecerá y pagará la cuenta, entonces tal vez en ese caso faltaría ya el fraude, porque de hecho el sujeto tiene capacidad de pagar y no está mintiendo. Sería un caso de falta del tipo objetivo: no hay un engaño sobre la capacidad de pagar.

El problema fundamental con el ejemplo del *Zechprellerei* es el de aquellos casos en que, existiendo una capacidad de pagar, no existe voluntad de hacerlo, y por tanto, el engaño sólo puede fundamentarse con referencia a ese hecho interno de la voluntad de no pagar. Entonces, el daño, que es una realidad objetiva en el concepto económico de patrimonio, va a depender de un dato interno que sólo el autor conoce.

Y por último, respondiendo a la última pregunta, el criterio que utilizó el Tribunal Constitucional alemán para estimar la analogía fue el criterio del sentido literal posible, y principalmente la idea de que si el legislador establece en el tipo una palabra concreta, esa palabra tiene que tener un contenido autónomo. El legislador no definió la estafa como “el que, por medio de un engaño, provocare una disminución patrimonial a la víctima”, sino que ha establecido que la disposición patrimonial debe generar el perjuicio patrimonial.

El Profesor Greco finaliza agradeciendo los comentarios y la discusión.

El Profesor **Jorge Barreiro** cierra el debate.