

## ESTAFA. NEGOCIO CIVIL ILÍCITO

### (Comentario a la STS de 20 de febrero de 2013)<sup>1</sup>

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)*

---

#### EXTRACTO

La responsabilidad por estafa, siguiendo parámetros interpretativos restrictivos, sería a título de tentativa y no consideraría la existencia de un perjuicio patrimonial porque la víctima es asimismo autor perjudicado actuando en un negocio jurídico ilícito. Pero otra interpretación más moderna y mayoritaria, al considerar que la moralidad del patrimonio no es lo importante, sino la disposición de un patrimonio, previo engaño, que produce un perjuicio –aun con origen ilícito– y un enriquecimiento injusto, dice que hay estafa consumada, sin atender al disvalor de la acción, sino a la acción misma que produce un «provecho injusto».

**Palabras claves:** estafa y negocio civil ilícito.

---

*Fecha de entrada: 03-09-2013 / Fecha de aceptación: 03-09-2013*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 153, octubre 2013.

**SCAM CRIME. ILLEGAL BUSINESS CIVIL**  
**(Commentary on the Supreme Court of 20 February 2013)**

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

---

**ABSTRACT**

The responsibility for the crime of fraud, following restrictive interpretive parameters, it would be by way of tentative and not consider the existence of a financial loss because the victim is harmed author also acting in a legal act. But another modern interpretation majority, considering that morality heritage is not important but the disposition of the estate, after deception, resulting in prejudice -even illicit origin-, and unjust enrichment, says there are scam consummate without regard to the negative value of the action but the action itself that produces an «unfair advantage».

**Keywords:** scam and unlawful civil business.

---

La sentencia que vamos a comentar es peculiar. Analiza –entre otras cuestiones que vamos a omitir, por considerar que la presente es la más destacada– la figura del estafador-estafado, víctima-delincuente. ¿Puede ser objeto de protección jurídica?, o, mejor dicho, ¿el derecho penal abarca comportamientos como el que describe la sentencia, y a los cuales nos vamos a referir sucintamente? Unas personas, prevaliéndose de influencias que dicen tener a través del secretario de un juzgado, captan a otras con el fin de garantizarles la adquisición de bienes inmuebles, susceptibles de subasta y a buen precio, previo el aseguramiento de la cesión del remate en condiciones ventajosas. Al dejarse convencer por la bonanza del negocio ilícito, la víctima-delincuente entrega cantidades a cuenta de las adquisiciones futuras, con el convencimiento de que percibirán los bienes prometidos, bajo la apariencia de una suerte de información y documentos falsificados que pretendían acreditar la marcha normal de la subasta judicial. Evidentemente, al final no se produce la adquisición de lo prometido. Este es el supuesto fáctico relevante a comentar.

La sentencia cita otra del 23 de mayo de 1997, muy significativa al respecto. La protección patrimonial que dispensa el delito de estafa a toda disposición de bienes en perjuicio de otro, previo engaño, se circunscribe a los negocios jurídicos lícitos. A aquellos que se fundamentan en el artículo 1.275 del Código Civil. Se parte del criterio de que «quien corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido». Hay un doble juego de ilegalidades: de un lado, quien idea el negocio fraudulento; de otro, quienes, sabiendo la influencia que dicen tener aquellos a través del secretario judicial, se dejan convencer (corrompidos), pretendiendo realizar un negocio ilícito redondo, en unas condiciones económicas ventajosas. No es, por tanto, irrelevante el comportamiento de la víctima, pues está participando de un negocio ilícito y realizando una disposición patrimonial para ese fin ilícito, cual es conseguir el remate de la subasta y quedarse con el bien inmueble a un precio muy ventajoso. Y puede suceder o bien que no pierda al final el patrimonio que pretendía utilizar para ese fin, o que lo haya perdido; en ambos casos, es cuestionable la tutela penal, incluso la civil derivada por dicha pérdida. Siendo adecuado adelantar que la víctima puede ser responsable penal por su comportamiento –a título de tentativa acabada–, pues dio inicio a la acción delictiva esperando un desenlace que no se produjo por causas independientes a su voluntad, y responsable civil en el sentido de que no podrá recuperar o reclamar el dinero perdido, pues será objeto de comiso. Porque el negocio civil pretendido, no obstante su causa ilícita y la falta de acción para exigirlo que predica el Código Civil, no tiene nada que ver con la causa penal subyacente, y el dato de la vía civil para reclamar al tercero el perjuicio ocasionado por el adelanto de las cantidades también es extraño al derecho penal, que ve, en estos casos, la aplicación directa del comiso de ese dinero, no susceptible de devolución, conforme a lo dispuesto en los artículos 127 y siguientes del Código Penal.

Ahora bien, la responsabilidad por estafa, siguiendo estos parámetros interpretativos, sería a título de tentativa y no consideraría la existencia de un perjuicio patrimonial porque la víctima

es asimismo autor perjudicado actuando en un negocio jurídico ilícito. Pero otra interpretación más moderna y mayoritaria, al considerar que la moralidad del patrimonio no es lo importante, sino la disposición de un patrimonio, previo engaño, que produce un perjuicio –aun con origen ilícito– y un enriquecimiento, hay estafa consumada, sin atender al disvalor de la acción, sino a la acción misma que produce un «provecho injusto». Por consiguiente, como dice la sentencia comentada, un «ataque al patrimonio ajeno, mediante un engaño idóneo para producir error y generar un desplazamiento patrimonial, ha de ser castigado por el derecho penal».

Curiosamente, la sentencia hace referencia a un tipo penal no existente en la actualidad y sí en el Código Penal de 1973, cual es actuar con pretendidas influencias que luego no se demostraron –la relación con un secretario judicial– de quien obtenía la seguridad de la adjudicación de los remates de las subastas judiciales; ardid destacado que ayudó a conseguir el adelanto del dinero de aquellas personas que querían beneficiarse de las ventajas anunciadas. El Tribunal Supremo nos recuerda, por tanto, que en aquel código, en el artículo 529.6, se contemplaba este tipo de comportamientos, sancionándolos como una figura agravada de la estafa.

Otra de las cuestiones que interesa comentar de esta sentencia se centra en la confección de documentos falsificados privados por los autores de la estafa, a fin de tranquilizar a las personas que habían depositado su dinero y empezaban a inquietarse. Resulta básico enfocar el tema partiendo de que la estafa ya estaba consumada. Esto es clave. Y si es así, «la alteración falsaria de un documento privado está absorbida en el delito de estafa». Porque la falsedad forma parte de la trama, del engaño. El documento se confecciona para generar confianza en el engañado, no siendo un acto aislado, sino que se une al todo. Y como la falsedad de un documento privado se castiga cuando busca perjudicar a otro, si el perjuicio se integra con la disposición patrimonial, lo importante, lo esencial, es la estafa, el engaño, y no se puede sancionar dos veces por falsedad y estafa.

Ahora bien, cuestión distinta es que se pretenda confundir el artículo 396 con el 395 del Código Penal; en cualquier caso, distinción inane a estos efectos, pues la condena por estafa hace desaparecer cualquier referencia al uso de documento falsificado por quien no es el autor, o por el autor que, además, dispone del documento privado que ha falsificado. Y siendo esta la diferencia entre ambos preceptos, el Tribunal Supremo se limita a ponerla de manifiesto diciendo que en el caso presente ha quedado absorbida la falsificación dentro de la estafa, y ni siquiera procedería analizar el hecho desde la perspectiva de la individualización de la pena, siendo la estafa más grave y la pena impuesta por la audiencia proporcional en su mitad inferior. Es decir, ni desde la perspectiva de la justificación de la pena procede revocar la sentencia ni atender a los artículos penales precitados.