

El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones).

La teoría de la frustración del fin

ADELA ASUA BATARRITA

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. Particularidades de las prestaciones unilaterales en relación al ámbito de protección de la estafa.—II. Concepto de patrimonio y de daño patrimonial y consecuencias en el ámbito de las prestaciones unilaterales. 1. Concepto jurídico de patrimonio. El daño como incumplimiento o frustración de la legítima pretensión del disponente. 2. Concepto económico y concepto jurídico-económico de patrimonio. El daño como merma económica monetariamente evaluable. A. Concepto económico de patrimonio. B. Concepto jurídico-económico. C. *El daño patrimonial como saldo económico negativo*: insuficiencias y correcciones individualizadoras. a. Prestaciones bilaterales. La teoría objetivo-individual en la evaluación del daño. b. Prestaciones unilaterales. El criterio de la frustración del fin. a'. Disminución patrimonial consentida. Problemática en relación al requisito de «desconocimiento del autoperjuicio». b'. La frustración del fin social. 3. Concepto funcional y personal de patrimonio. El daño patrimonial como lesión del potencial económico para la satisfacción de fines individuales. A. Presupuestos conceptuales. B. Características del daño patrimonial. La frustración del fin pretendido y la disminución del potencial económico. a. Prestaciones bilaterales. b. Prestaciones unilaterales. 4. Recapitulación. III.—La teoría de la frustración del fin. 1. Fundamentación dogmática. A. La obtención del fin como equivalente a la contraprestación. B. La frustración del fin como teoría para delimitar los engaños relevantes. 2. Delimitación de los fines relevantes. A. El fin acordado entre las partes, o el fin objetivable que dota de sentido a la prestación unilateral. B. Fines «económicamente razonables». Discusión sobre su significado. C. Exclusión de los «intereses de afección». D. Los fines ilícitos. E. Restricción de la relevancia de los fines al ámbito del patrimonio público: la posición de Tiedemann. 3. Conclusiones. Referencia a la problemática de las subvenciones.

I. INTRODUCCION

La llamada «teoría de la frustración del fin» surge en Alemania en los años 60 en el marco de la discusión sobre la posibilidad de incluir en el tipo de la estafa las captaciones de prestaciones gratuitas a través de engaño. Inicialmente formulada como «frustración del fin social» pretendido por el disponente (1), cobrará un particular desarrollo en relación a las obtenciones ilícitas de subvenciones (2), insertándose en la polémica sobre la procedencia de tomar en consideración la perspectiva individual de la víctima en la valoración del daño patrimonial.

La teoría de la «frustración del fin» parte de la insuficiencia del criterio económico objetivo para evaluar la presencia del daño patrimonial en las prestaciones unilaterales, dado que la disminución patrimonial en parámetros dinerarios es inherente al carácter gratuito de tales disposiciones. El daño patrimonial no puede consistir sin más en aquella disminución, por lo que se requiere atender a la frustración o imposibilidad de obtener el objetivo social o económico pretendido, extremo sobre el que el disponente resulta engañado por el autor de la defraudación. La adopción de tal criterio implica una quiebra de la concepción económica o jurídica-económica del patrimonio, al insertar en el cálculo del daño elementos ajenos al cómputo contable del valor monetario en que se traduce el conjunto de bienes que conforman el patrimonio de una persona. El debilitamiento del concepto económico del patrimonio se venía produciendo ya incluso en el ámbito de las prestaciones económicamente equivalentes con la introducción jurisprudencial, y paralela aceptación doctrinal, de la teoría «objetivo individual» del daño patrimonial, asumida como correctivo ineludible en los casos de engaño sobre la utilidad personal para el adquirente de la contraprestación pactada.

Aceptada la excepción del criterio objetivo-subjetivo en relaciones económicamente compensadas, (económicamente en sentido «conta-

(1) GALLAS, «Der Betrug als Vermögensdelikt», *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, 435. Asimismo alude a la «frustración del fin social» WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Auf., Berlin 1969, 376.

(2) Con anterioridad a la promulgación de la Primera Ley de lucha contra la criminalidad económica de 29 de julio de 1976 —que introduce la figura específica del fraude de subvenciones en el § 264 del c.p.— la jurisprudencia alemana acude al expediente de la frustración del fin económico o social para tipificar como estafa aquellas conductas de obtención ilícita de subvenciones. Este esfuerzo de adaptación dogmática del tipo de estafa a la particularidad de las subvenciones pondrá de relieve sin embargo las dificultades de subsunción de gran número de casos de fraude de subvenciones en el tipo común de la estafa, dificultades tanto de orden práctico como conceptual por las limitaciones del propio criterio de la «frustración del fin». Cfr. por todos, TIEDEMANN, K. *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, Reinbeck bei Hamburg, 1974.

ble» objetivo), la teoría de la frustración del fin, limitada en principio a los supuestos de disposiciones gratuitas, aparece como una variante del criterio objetivo-individual adaptada a las particularidades de estas prestaciones (3). La coherencia de la orientación económica del patrimonio se resiente, ya que de algún modo implica un acercamiento a los supuestos de la llamada concepción personal (4), lo que sirve de argumento a los representantes de ésta para insistir en la superioridad conceptual de sus formulaciones (5). Las clásicas objeciones aducidas tanto contra la concepción jurídica como contra la concepción personal, de debilitamiento de la seguridad jurídica por la excesiva contemplación de la voluntad o finalidades subjetivas del disponente, y de peligro de convertir la estafa en un delito contra la libertad de disposición, se proyectan necesariamente también sobre los criterios subjetivos de evaluación del daño, introducidos en el seno de la concepción económica, en contradicción con sus premisas originarias. Los intentos de excluir los peligros denunciados conducirán a la elaboración de límites normativos en la contemplación de los fines individuales, aceptados únicamente como correctivo excepcional para supuestos determinados.

En el fondo de esta discusión subyacen como núcleo del problema, las diferencias sobre la concepción del bien jurídico como objeto de protección que anima las prohibiciones penales. La progresiva aceptación de una comprensión dinámica del bien jurídico entendido como relación funcional para el desarrollo de la persona y satisfacción de sus necesidades, más allá de la contemplación de una situación o posición estática cuyo mantenimiento se considera valioso, afecta a la propia interpretación de lo que constituye lesión o menoscabo del bien jurídico protegido. En cuanto al patrimonio, la tensión dialéctica entre ambas orientaciones se traduce en la necesidad de configurar el alcance del objeto de protección atendiendo no sólo al significado económico tradicional del valor de los bienes sino asimismo a la función o utilidad que suministran al titular de los mismos. En una realidad socioeconómica donde la intervención de las personas individuales en el gasto y uso de la pluriforme y casi ilimitada variedad de ofertas de consumo cobra un papel decisivo (6), el paradigma del «homo oeconomicus» como modelo explicativo de las relaciones económicas resulta inadecuado para comprender gran parte de tales operaciones (7). Inadecuación especial-

(3) SAMSON, *SK*, § 263.

(4) Igualmente puede decirse que la atención a las pretensiones del disponente implica una concesión a la anterior concepción jurídica de patrimonio. Sobre los distintos conceptos de patrimonio, *Infra*, II.

(5) Así OTTO, *Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte*, Berlin/New York 1991, 209.

(6) Cfr. ESER, «Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden», *GA* 1962, 289.

(7) Me refiero al entendimiento tradicional del «homo oeconomicus» que parte de la conservación del valor del patrimonio en cuanto conjunto evaluable en dinero, y

mente patente cuando se trata de la satisfacción de gustos o preferencias particulares no reconducibles a parámetros abstractos de lo que resulta «rentable» o económicamente razonable para un agente económico medio (8). De la misma forma respecto a prestaciones gratuitas o con componente de gratuidad, sean públicas o privadas, el baremo de racionalidad no puede contemplarse desde aquellas premisas de conservación del valor del patrimonio del disponente, premisas que parten de una supuesta universalidad de la relación sinalagmática en clave dineraria.

Lo anterior no significa cuestionar el carácter patrimonial de la estafa. Como decía Gallas, nadie discute que el bien jurídico protegido mediante el delito de estafa sea el patrimonio (9), y efectivamente, como se recuerda a menudo, el concepto de patrimonio se construye y desarrolla por y para la estafa (10). La cuestión reside en determinar qué se entiende por patrimonio, concepto normativo cuyo contenido queda abierto a la interpretación, afectando radicalmente al alcance del sentido de la protección de la estafa. Las distintas concepciones del patrimonio como bien jurídico-penal, aun cuando en la actualidad sea predominante la concepción jurídico-económica, patentizan que estamos ante un concepto sometido a discusión sobre el que aún no se ha dicho la última palabra (11). La adopción de una u otra concepción de patrimonio repercute ineludiblemente en la configuración del daño patrimonial como resultado típico. Aunque tales divergencias apenas afloren en la re-

que conduce a la restricción del daño patrimonial en función del saldo contable resultante de la comparación entre lo entregado y lo recibido. En lo que aquí interesa, se deja de lado la problemática de la consideración del «peligro de merma patrimonial» como daño típico (cfr. al respecto RIEMANN, *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, Heidelberg, 1989). Evidentemente la racionalidad del «homo oeconomicus» puede contemplarse en la perspectiva material-dinámica propugnada por ESER, «Die Beeinträchtigung...» cit. 289 ss, según la cual el daño típico puede conformarse por la pérdida de una expectativa de ganancia, —frustración del fin económico pretendido— aspecto por otro lado aceptado con ciertos límites desde la concepción jurídico-económica predominante.

(8) Aspecto destacado especialmente por JAKOBS, «Die individuelle Schadensermittlung beim Betrug», *NJW* 1977, 228 ss.

(9) Cfr. GALLAS, «Der Betrug...» cit., 401, y n.º 1. Superadas las concepciones que remitían a la «lealtad y confianza» en el tráfico, el acuerdo sobre el carácter patrimonial de la estafa es unánime. Ello no obsta a que junto al patrimonio, se aluda a la libertad de disposición como objeto de protección mediato (GALLAS, *op. cit.* 406), con matices según autores. Recientemente KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW* 1991, 398 propugna un entendimiento de la estafa que sitúa en primer plano la lesión de la libertad de disposición, caracterizando la estafa como «delito contra la libertad que daña al patrimonio».

(10) CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Berlin/Zurich, 1968, 23 s.

(11) Como se destaca en MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 1. Karlsruhe, 1988, 406; En el mismo sentido LACKNER, *LK*, p. 263, Rn. 120.

solución práctica de los supuestos generales más comunes (12), en supuestos particulares, y concretamente en el ámbito de prestaciones unilaterales, aquellas diferencias pueden ser plausibles.

El concepto de patrimonio y de daño patrimonial, punto neurálgico en la construcción de la dogmática de la estafa (13), repercute en la delimitación del engaño relevante como desvalor de acción singular de esta figura. La relación funcional (14) entre los elementos típicos —engaño idóneo para la generación del error en el disponente (15), acto de disposición patrimonial y perjuicio, junto al ánimo de lucro (16)— implica la reconducción de la simulación engañosa a la creación del peligro de lesión patrimonial, como presupuesto para la imputación objetiva del resultado. Debe tratarse por lo tanto de un engaño idóneo para ocultar al disponente el perjuicio patrimonial (17) derivado del acto de disposición, que no se verá compensado patrimonialmente con la contraprestación pactada. La exigencia dogmática del «desconocimiento del autoperjuicio» (*unbewusste Selbstschädigung*) (18), como requisito deduci-

(12) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 120.

(13) Por todos, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, cit. 406.

(14) Relación funcional que supera la mera concatenación causal de tales elementos: Cfr. por todos LACKNER, *LK* § 263, Rn 164-176.

(15) Como es reconocido en la actualidad, no se trata de un «estado síquico de error» en cuanto desconocimiento del perjuicio patrimonial, sino que es suficiente que la víctima, (o el disponente en la estafa triangular), «tenga por posible» que no concurrirá perjuicio, es decir que incluso en casos de duda debe apreciarse el elemento típico cuando la víctima confíe en que no se produciría el perjuicio. Interpretación derivada del sentido de protección de la estafa, y de los criterios de imputación objetiva del resultado dañoso en el ámbito de la estafa: Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *ADP* 1985, 339 ss.; VALLE, *El delito de estafa*, Barcelona 1987, 164 ss.

Una construcción distinta sobre los criterios de delimitación del engaño relevante, en función de las situaciones específicas que dan lugar a un «derecho a la verdad», o «derecho a la información veraz», en KINDHÄUSER, «Täuschung...» cit. 398 ss.

(16) El elemento subjetivo referido al ánimo de enriquecerse, recogido en el p. 263 del código penal alemán —paralelo al «ánimo de lucro del art. 528 del c.p. español— y la exigencia doctrinal de equiparación —*Stoffgleichheit*— entre el enriquecimiento y el perjuicio, constituyen otro de los aspectos necesitados de reinterpretación en relación a las prestaciones unilaterales, si se opta por la inclusión de éstas en el ámbito de protección de la estafa. Cfr. al respecto HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, Frankfurt a.M. 1988, 155 ss.

(17) Cfr. sobre los criterios de la imputación objetiva en la estafa, TORIO, «Acción y resultado en la estafa procesal», *Libro Homenaje al prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, 886; GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error...» cit. 338 ss.; VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, Barcelona 1987, 164 ss.

(18) Exigencia construida en la dogmática alemana que sin embargo no es unánimemente compartida. Cfr. infra. II.2.C.b. En España no se alude explícitamente a esta exigencia, —que a mi juicio se deriva del propio sentido de la estafa y de la relación funcional entre sus elementos— probablemente porque desde una concepción económica (o jurídico-económica) que rechaza la consideración de elementos individualizadores

do de la dinámica contemplada en el tipo y el sentido de la protección, implica excluir del ámbito de la estafa las disposiciones patrimoniales generadoras de una merma patrimonial, cuando tal disminución fuera conocida de antemano por el sujeto, independientemente de que hubiera mediado engaño sobre otros extremos influyentes para la obtención del acto de disposición. La exclusión del ámbito de la estafa de los meros ataques a la libertad de contratación, o libertad de disposición, queda garantizada mediante esta reducción teleológica que restringe el engaño relevante a aquél que se proyecta sobre el daño patrimonial.

La distinta concepción del daño afecta lógicamente a lo que pueda considerarse engaño relevante. De aceptarse que la frustración del fin social o económico pretendido por el disponente es lo que permite afirmar la lesión patrimonial derivada de la disposición, el engaño deberá recaer sobre este extremo. Si se mantiene un concepto estrictamente económico objetivo del daño, únicamente será relevante el engaño sobre la disminución económica, y por lo tanto no será engaño típicamente idóneo la simulación sobre la verosimilitud de obtención de aquellos fines. Los efectos respecto a las prestaciones gratuitas son evidentes.

La problemática sucintamente descrita indica la necesidad de abordar con mayor detenimiento la relación entre el concepto de patrimonio y el concepto de daño patrimonial para poder tomar postura sobre el significado de la teoría de la frustración del fin y su admisión o rechazo en la evaluación de la lesión patrimonial.

En España, la literatura jurídica sobre la estafa apenas ha dedicado atención a la problemática relativa a la «frustración del fin», que se desarrolla básicamente en el campo de las prestaciones gratuitas. Únicamente en los últimos años, a raíz de la introducción en nuestro código penal, en 1985, del delito de obtención ilícita de subvenciones públicas, empieza a tomarse en cuenta, siquiera de manera incidental (19). Al igual que ocurrió en aquel país, la configuración de un tipo autónomo de

del daño, no resulta necesario subrayar tal exigencia, porque se trata de un dato que concurre obligadamente. Los problemas se proyectan en el ámbito de las prestaciones gratuitas, apenas tratado entre nosotros, y en las prestaciones bilaterales únicamente en tanto se admita la relevancia de la frustración del valor de uso como criterio de evaluación del daño patrimonial.

(19) ARROYO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, 65 y 69; MARTÍNEZ PÉREZ, «El fraude de subvenciones» en COBO-BAJO, *Comentarios a la legislación penal*, VI, Madrid 1986, 351, n.º 132, de forma indirecta toma en cuenta el criterio de la frustración del fin para afirmar el daño patrimonial de la estafa en caso de subvenciones.

También aluden a la «frustración del fin» como criterio para fijar el daño patrimonial ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, 301, de forma consecuente con su opción por un concepto personal de patrimonio. Asimismo, con cierta ambigüedad MARTOS, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid, 1990, 114, 127 s.

fraude de subvenciones limitado a supuestos de cierta entidad, no despeja las dudas sobre la aplicabilidad residual de la estafa común a los supuestos de obtención fraudulenta de subvenciones no incluidas —en nuestro caso— en el art. 350 del código penal por no alcanzar la cuantía de los dos millones y medio de pesetas (20). En cuanto a la posibilidad de tipificar como estafa el fraude de subvenciones (21) la doctrina mantiene interpretaciones diversas. Muñoz Conde por ejemplo rechaza que puedan incluirse en la estafa tales conductas (22), mientras que Bacigalupo y Stampa comentando el Proyecto de código penal de 1980 consideraban superflua la previsión de un tipo específico por estimar que la figura común de la estafa era suficiente para acoger tales fraudes (23). Bajo, sin referirse expresamente a las subvenciones, considera que el Estado no puede ser sujeto pasivo de la estafa porque el patrimonio público se protege en otros tipos penales (24). Tanto Arroyo como Martínez Pérez, en sus respectivos estudios monográficos sobre el nuevo art. 350, admiten la aplicabilidad del art. 528 para los fraudes que no puedan incluirse en el tipo autónomo (25).

(20) El § 264 del c.p. alemán limita su ámbito a las subvenciones públicas a empresas, por lo que los fraudes de subvenciones sociales o culturales, y de subvenciones de cualquier clase a particulares podrán tipificarse bajo el marco de la estafa común, siempre que concurren los requisitos de ésta, lo cual no será fácil en la mayoría de los casos por la particular dinámica de las subvenciones.

(21) En casos de subvenciones regladas que se configuran como derechos subjetivos frente a la administración (subsidios sociales, o similares), la tipificación como estafa común no presenta problemas en la práctica. Aunque no son muy numerosas las resoluciones jurisprudenciales en este sentido, en los últimos años se han producido varias condenas por fraudes en las percepciones de pensiones de la Seguridad Social (Así, STS 8 julio 1988, Colex, N. 1.166). En estos casos de engaño sobre la concurrencia de los requisitos exigidos el perjuicio patrimonial queda cifrado en el desembolso por la Administración de una cantidad en la creencia de que con ello salda una obligación patrimonial legalmente establecida.

(22) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 8. ed. 1990, 798.

(23) STAMPA-BACIGALUPO, *La reforma del derecho penal económico*, Madrid, 1980, 52.

(24) BAJO, *Manual, Delitos patrimoniales*, cit. 165. No obstante tal afirmación responde únicamente al hecho de que la jurisprudencia tradicionalmente venía negando el fraude al Estado, en el ámbito concreto del fraude fiscal. Como el mismo autor manifiesta más adelante (*Ibidem*, 425, y nn. 5 y 6) no hay razón para negar la aplicación de las figuras patrimoniales comunes a las defraudaciones al Estado; la práctica jurisprudencial de hecho acude no sólo a la apropiación indebida (retención de cuotas de la Seguridad Social), sino también a la estafa para castigar la obtención fraudulenta de prestaciones a la Seguridad Social.

(25) ARROYO, *Los delitos contra la Hacienda Pública*. cit., 138; MARTÍNEZ PÉREZ, «Fraude de subvenciones», cit. 351 s., llega a admitir incluso la posibilidad de concurso ideal. En el mismo sentido APARICIO PÉREZ, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Oviedo, 1990, 218 s. Conclusión que sólo cabe atender desde la dificultad que presenta la clarificación de la relación entre un delito «económico» como el fraude de subvencio-

Detrás de estas divergencias subyace la falta de clarificación sobre el significado del perjuicio patrimonial en el fraude de prestaciones unilaterales, si es que se puede hablar de tal lesión patrimonial en estos casos. La afirmación de un perjuicio patrimonial implica aceptar la relevancia de la frustración del fin pretendido con la aplicación de un bien, como criterio decisivo en la evaluación del daño.

No hay duda de que la dimensión pública de la actividad de fomento sitúa el tipo penal del art. 350 dentro del contexto de la intervención pública de fomento a través de la política subvencional, por lo que el sentido de la protección penal de los recursos públicos en este ámbito cobra una dimensión que no puede entenderse desde la perspectiva clásica de los delitos patrimoniales (26). El «interés en la consecución del fin de la subvención de acuerdo con el programa que instituye la ayuda subvencional» (27) pasa a constituir el específico objeto de protección del delito de fraude de subvenciones como figura autónoma frente a la estafa. Ahora bien, si en la estafa común la frustración del fin perseguido por el disponente se admite como criterio relevante para afirmar el daño patrimonial, la diferente naturaleza de ambos delitos no excluye el reconocimiento de que existe una línea de conexión entre ambos en base a aquel criterio. Línea de conexión que explicaría la relación de subsidiariedad

nes, en el que la obtención del fin de la subvención se sitúa en el centro del objeto de protección, y un delito patrimonial como la estafa. De entender que la lesión patrimonial puede venir determinada por la frustración del fin del disponente, se facilita la percepción de una zona valorativa común.

(26) Aspecto destacado por una parte importante de la doctrina española que reclama como objeto de protección del art. 350 la Hacienda Pública en su vertiente de Gasto Público: BUSTOS, en BOIX-BUSTOS, *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1987, 21 s., 40; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, PE. cit. 794, 798; QUE-RALT, *Derecho Penal Español*. PE, II, Barcelona 1987, 451 s. ARROYO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid 1987, 94, señala como objeto de protección el patrimonio público, pero añade que el art. 350 «afecta además de al patrimonio público como tal, a la función de aplicación del patrimonio, al gasto público, y específicamente al gasto público en su función o dimensión subvencional».

(27) Formulación a mi juicio más correcta que la del Gasto Público, y que fue indicada ya por TORIO, «Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal», *Estudios penales y criminológicos*, V, Santiago de Compostela 1982, 94; y posteriormente por MARTÍNEZ PÉREZ, «Acerca de la conveniencia de criminalizar el fraude de subvenciones en derecho penal español», *Crime and Criminal Policy, Libro homenaje al Prof. López Rey*, Roma, 1985, 462. Ambos autores indican que junto al citado interés en la obtención del fin de la subvención también se protege el patrimonio público (Un estudio detallado al respecto, en mi trabajo inédito, en vías de publicación: ASUA, *La obtención y disfrute indebido de subvenciones: discusión sobre el bien jurídico protegido en el art. 350*, San Sebastián, 1990, 77 ss.).

de la estafa frente al fraude de subvenciones (28). Esta es la hipótesis del presente estudio con el que se pretende aportar una cierta luz en la búsqueda de soluciones congruentes a la problemática que ha quedado aquí esbozada.

II. CONCEPTO DE PATRIMONIO Y DE DAÑO PATRIMONIAL Y CONSECUENCIAS EN EL AMBITO DE LAS PRESTACIONES UNILATERALES

Las distintas concepciones del patrimonio que han venido predominando sucesivamente en el transcurso histórico patentizan una de las singularidades de la estafa como figura dotada de especial versatilidad para adaptarse a nuevas formas de defraudación patrimonial que surgen en la dinámica evolutiva del desarrollo económico y social (29). Versatilidad en su origen como fruto del tránsito del *crimen falsi* hacia el estelionato, y posteriormente, una vez acuñada la exigencia de taxatividad penal, flexibilidad controlada en los límites de su configuración típica, pero ciertamente notable por la servidumbre del lenguaje y la necesidad de una fórmula suficientemente general para abarcar la amplitud de la casuística defraudatoria. La ventaja de la adaptabilidad de la estafa para acoger la múltiple variedad de situaciones defraudatorias, tienen su reverso en el peligro de debilitamiento de la seguridad jurídica y de desdi-

(28) En Alemania un importante sector doctrinal considera que el bien jurídico protegido en el fraude de subvenciones es el patrimonio público protegido frente al peligro de frustración del fin subvencional (el § 264 se configura como tipo de peligro). Dada la admisión generalizada del criterio de la frustración del fin para afirmar la estafa en las prestaciones unilaterales tal afirmación no es incongruente, aunque resulta insuficiente para captar el sentido material del delito en cuestión. La apelación a un bien jurídico institucional de mayor alcance, cifrado en la obtención del fin subvencional de acuerdo con el programa que instituye la ayuda pública, o el correcto desarrollo del programa subvencional, resulta más acorde con la concreta configuración típica del § 264. Sobre esta discusión, en la que se inserta también aquella posición que apela a la «libertad de planificación» de la Administración en la instauración de los programas de fomento, me remito a mi estudio, ASUA, *La obtención y disfrute.... cit.* 205-248.

(29) GROIZARD, *El código penal de 1870 concordado y comentado*, VII, Salamanca 1987, 92, califica a la estafa de «el Proteo de los delitos. Adopta todas las fórmulas susceptibles de ser inventadas por el ingenio humano que conducen a obtener un beneficio propio a costa de un perjuicio ajeno...». La casuística descripción típica que pervivió en los códigos españoles hasta 1983, posibilitaba ciertamente esta máxima flexibilidad, lo que significaba asimismo altas dosis de inseguridad jurídica (Cfr. AN-TÓN, «Estafa», *NEJ*, IX, Barcelona 1958, 60 ss.). Su sustitución por la definición actual, más acorde con la construcción dogmática de la estafa que venía reclamando la doctrina, sigue acogiendo la casuística multiforme de la defraudación, pero sin vulnerar las exigencias de taxatividad penal. Cfr. sobre la evolución en los códigos penales y la situación actual, VALLE, *El delito de estafa, cit.* 104 ss. y 130 ss.

bujamiento de su genuino carácter patrimonial. Dilema que planea sobre la construcción dogmática de este delito, comenzando por la propia delimitación del concepto de patrimonio como objeto de protección penal. El resultado lesivo —perjuicio patrimonial— se configura lógicamente a partir del concepto de patrimonio que se asuma, y a su vez, los elementos del desvalor de la conducta, con el engaño como nervio central de la estafa, se colorean a través de su relación con ese resultado típico.

El tránsito de la concepción jurídica de patrimonio a la concepción económica, como planteamientos antagónicos, patentiza un primer avance en la búsqueda de un punto de equilibrio entre la máxima protección y la máxima seguridad jurídica. El ámbito de protección de la estafa se amplía para acoger toda situación de relevancia económica, y el daño típico queda fijado sobre los módulos objetivos del saldo contable negativo en términos económicos monetarios. Progresivamente sin embargo la premisa de máxima objetivización económica se revela inadecuada por razones jurídicas y por la inviabilidad de una objetividad reduccionista de todo componente individual de lo económico.

El rechazo frontal de la limitación jurídica de la concepción anterior —derechos patrimoniales— quedará ligeramente mitigado por la admisión de la corrección normativa de la versión jurídico económica, dejando fuera de protección únicamente las posiciones económicas fácticas desaprobadas por el ordenamiento jurídico. Por otro lado el desideratum de objetividad del criterio económico se revela ilusorio e injusto en la evaluación del daño patrimonial allí donde el factor subjetivo del interés económico no coincide con los módulos abstractos del «homo oeconomicus», como se encarga de poner de relieve la denominada concepción personal de patrimonio. La admisión de correctivos individualizadores en el concepto de daño patrimonial, patentizan la necesidad de nuevos equilibrios. Como ha destacado Torio, los contrastes entre las distintas teorías confluyen en una cierta permeabilidad recíproca en función de la fuerza de convicción de cada propuesta crítica, y en definitiva conducen a un cierto consenso en la delimitación del ámbito típico (30), aun cuando se mantengan ciertas divergencias conceptuales, como ocurre en la definición de «lo patrimonial».

Frente al dilema entre una interpretación restringida que aporta mayor grado de concreción y seguridad, o una mayor amplitud en la concepción del daño patrimonial con la consiguiente apertura del campo típico, se tiende a optar por la segunda alternativa por razones de justicia material (31), intentando contener con nuevos criterios el peligro de indeterminación.

(30) TORIO, «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito», *AnDer-Pen* 1989, 501.

(31) LACKNER, *LK*, 26, Rn 163, justifica esta tendencia en base a un argumento político criminal: la necesidad de evitar la extensión del nivel de impunidad de agentes económicos sin escrúpulos, que gozarían de mayores facilidades para enriquecerse indebidamente a costa de terceros, generalmente personas situadas en las posiciones más débiles o con menores posibilidades de autoprotección frente al engaño.

En la doctrina española, en la actualidad mayoritariamente partidaria de la orientación jurídico-económica, los análisis del concepto de patrimonio se centran en general en la discusión sobre los elementos que integran el patrimonio como bien jurídico-penal, prestando particular atención a los supuestos de cosas detentadas antijurídicamente o a las prestaciones ilícitas (32). En las explicaciones sobre el cálculo del daño patrimonial se parte del principio de que la compensación económica excluye el daño típico, y cuando se alude a la posibilidad de criterios correctivos de tipo individual en la mayoría de los casos es para rechazar tales criterios (33), o cuando se aceptan, normalmente se acompañan de exiguas referencias a su fundamentación (34). En la jurisprudencia tam-

A mi juicio debe rechazarse la justificación político-criminal —en sí aceptable de cara a propuestas de *lege ferenda*— si no puede integrarse en la interpretación dogmática de los elementos del delito. La concepción jurídico-económica intenta esa integración a través del «valor de uso» individual como elemento del mantenimiento de una definición del patrimonio centrada en valoración económica, lo que evita la congruencia inicial, pero a través de una matización del concepto de patrimonio que no se produce en la propia definición de éste sino en la definición del daño patrimonial. *Vid infra*, II.2.D.

(32) En cuanto a trabajos monográficos, Cfr. HUERTA, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980, 27 ss.; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores*, cit. 259 ss.; VALLE, *El delito de estafa*, Barcelona 1987, 77 s., y 84 ss.; Una referencia más amplia a la determinación del perjuicio patrimonial, en MARTOS, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid, 1990, 85 ss.

(33) QUINTANO, *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*, II, 2.^a edición puesta al día por GARCÍA VALDÉS, Madrid, 1977, 658; BAJO, *Manual de Derecho Penal. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, 174; VIVES, en COBO *et alter*, *Derecho Penal. PE*, Valencia 1989, 871; Una discusión más detenida de la perspectiva individual del daño la encontramos en VALLE, *El delito de estafa*, cit. 246 ss., con referencias a la doctrina alemana y con mayor extensión a la posición italiana mayoritaria también en la acogida de la perspectiva individual del daño, pronunciándose el autor tajantemente en contra de la subjetivización por suponer «una perversión de los fines y funciones perseguidos por la estafa» (p. 250). No obstante matiza que cabe afirmar el daño cuando la paridad del valor económico de las prestaciones sea solo aparente, lo que ocurrirá «cuando la correspondiente al engañado carece, absolutamente, de capacidad de realización económica». El daño en este caso se afirmaría, «no por falta de utilidad» de la prestación, sino por la «imposibilidad de realización económica».

(34) En ANTÓN, «Estafa», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IX, Barcelona, 1957, 63, encontramos una primera referencia a la teoría objetiva-individual del daño manifestándose favorable a ella en casos particulares, como en el de la suscripción a revistas específicas o supuestos análogos. En la actualidad expresamente en el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 8.^a ed, 1991, 281 s.; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986, 300 ss.; QUERALT, *Derecho penal español, PE*, I, cit. 312, en una breve referencia afirma el perjuicio en la recepción de un servicio de precio idéntico al pactado pero de prestaciones diferentes, porque «redunda en perjuicio del adquirente»; ZUGALDIA, *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, I, Madrid, 1988, 56 y 60; MARTOS *El perjuicio patrimonial*, cit., 42.

poco se encontraban hasta ahora referencias significativas, pero la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 sobre el trágicamente famoso caso de intoxicación con aceite de colza, recientemente publicada (35), aporta en relación a la estafa una interpretación de extraordinario interés que puede significar el inicio de una línea totalmente nueva en la concepción del patrimonio y del daño patrimonial mantenido tradicionalmente por la jurisprudencia. En su fundamento número 9, el Magistrado ponente Bacigalupo, afirma la concurrencia del daño patrimonial en base al criterio objetivo-individual, acogiendo explícitamente el concepto personal de patrimonio (36).

Es de esperar que a partir del hito que marca esta resolución, se produzca un renovado interés por la problemática que presenta la determinación del daño patrimonial en la estafa, tanto en relación a negocios onerosos como en relación a las prestaciones gratuitas o a fondo perdido. La casuística descripción típica que hasta 1983 caracterizaba la conformación típica de la estafa, con anterioridad a la reforma 1983, permitió incluir bajo las «maniobras o negociaciones imaginarias» algunos supuestos de fraude de cuestionamientos, o similares, que llegaron a los Tribunales, eludiendo el razonamiento sobre la concurrencia del perjuicio patrimonial. Con la actual definición legal, será necesaria una mayor profundización del significado del daño patrimonial para poder resolver

Asume la perspectiva individual del daño, en consecuencia con su asunción del concepto personal de patrimonio ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, 290 s.

(35) Por la enorme extensión de la resolución, se viene retrasando la publicación de su contenido completo en las colecciones jurisprudenciales al uso. La versión íntegra, ha aparecido en un número especial del *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992.

(36) Textualmente: «... en la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmetne 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 tener 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. En el caso que ahora se juzga no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido por los compradores del aceite, toda vez que éstos pretendían adquirir un comestible, pero a cambio recibieron un producto cuyo valor pudo ser equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aciete es también daño patrimonial en el sentido de la estafa».

los casos que previsiblemente llegarán a los Tribunales en relación a obtenciones fraudulentas de prestaciones gratuitas de diversa índole, públicas y privadas, cuya creciente significación social en los últimos tiempos nos sitúa ante una realidad de alcance muy superior a la clásica «estafa del mendigo».

Al objeto de este trabajo, la fijación de los criterios para determinar el daño patrimonial constituye el punto central para la obtención de una respuesta congruente a ese grupo de supuestos de disposiciones gratuitas obtenidas por engaño. Por ello, la ineludible referencia a los distintos conceptos de patrimonio que se expone a continuación no pretende agotar el significado de cada uno de ellos, sino únicamente poner de relieve sus premisas fundamentales como marco sobre el que se construye el concepto de daño patrimonial.

1. Concepto jurídico de patrimonio. El daño como incumplimiento o frustración de la legítima pretensión del disponente

Como es sabido, las primeras elaboraciones más detalladas sobre el patrimonio como bien jurídico protegido en la estafa, que tuvieron su desarrollo a finales del pasado siglo y principio de éste, asumían la relación de subordinación del derecho penal en su función punitiva derivada frente al resto del ordenamiento jurídico (37). Consecuente con su planteamiento de la subsidiariedad del derecho penal frente a otras ramas del ordenamiento, Binding mantenía lo que se ha denominado «concepto jurídico» de patrimonio (38), al igual que anteriormente Merkel (39). Desde las primeras décadas de este siglo esta orientación comenzó a ser mayoritariamente rechazada (40), si bien en la actualidad aisladamente algún autor propugna la necesidad de una vuelta a las formulaciones iusprivatistas como camino más respetuoso con las exigencias de seguridad jurídica (41).

Concebido el patrimonio como conjunto de derechos y deberes patrimoniales, reconocidos por el derecho privado o incluso por el derecho público (42), la concepción jurídica fija el daño patrimonial en la lesión

(37) Cfr. HUERTA, *Protección del patrimonio inmobiliario*, cit. 19 ss., sobre las orientaciones metodológicas en este punto, con importante referencia a la doctrina alemana e italiana.

(38) BINDING, *Lehrbuch des Gemeinendutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, I, Neudruck der 2. Auf., Leipzig 1902, 238.

(39) MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, Leipzig 1867, 101.

(40) Aunque todavía algún autor sigue propugnando la concepción jurídica, así GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2. ed. Berlin und Leipzig; 1932, 560.

(41) NAUCKE, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, 214 ss., 247 ss. Berlin, 1964.

(42) BINDING, *Lehrbuch*, cit., 237: la esencia de los delitos patrimoniales reside en la lesión de derechos patrimoniales subjetivos, en la mayoría de los casos de derecho privado, rara vez derechos de carácter público.

de tales derechos, independientemente de la concurrencia o no de una pérdida evaluable económicamente (43). La protección penal del patrimonio se extiende a todo derecho subjetivo (patrimonial) (44), y sólo a los derechos subjetivos. La lesión de intereses de afección o de valores inmateriales puede dar vida al daño típico de la estafa, mientras que la pérdida de un objeto o situación de valor económico que no sea reconducible a un derecho subjetivo no podrá considerarse perjuicio penalmente relevante.

El concepto formal del perjuicio que sostiene esta teoría cifra el daño típico —según expone Binding— en la lesión de un derecho patrimonial, consistente en una pérdida de éste o en su transformación de manera contraria a las previsiones permitidas por el ordenamiento jurídico. El incumplimiento de la obligación o prestación jurídicamente acordada conduce al resultado típico, en cuanto que el titular del patrimonio no obtiene aquello exigible en derecho de acuerdo con la transacción efectuada (45). Es indiferente que el disponente reciba otro objeto o bien de valor económico equivalente a lo entregado, ya que se considera que la pérdida del derecho individual no queda compensada de ninguna manera a efectos de apreciar el daño patrimonial. La contemplación de los derechos patrimoniales en su individualidad, y el rechazo expreso de la valoración económica —es inadmisibles la abstracción de los derechos patrimoniales y la transformación del patrimonio en una mera consideración cuantitativa de contenido indiferenciado (46)— conduce a reclamar que la lesión no puede contemplarse como un ataque al patrimonio como unidad de valor en una valoración global de toda su masa, sino como menoscabo de cualquiera de sus elementos particulares. Por ello no cabe la compensación por la entrada en esa masa, de otro valor distinto al jurídicamente exigible. Claramente no se produce compensación por la equivalencia de valor económico. Binding precisamente proclama la superioridad de la concepción jurídica por su independencia del valor dinerario de los objetos, independencia que a su juicio constituye «un gran avance cultural» (textual: *einen grossen Kulturforts-*

(43) BINDING, *Lehrbuch*, cit., 238.

(44) Como acertadamente señala HUERTA, *Patrimonio inmobiliario*, 31, el problema de esta concepción es la indeterminación de lo «patrimonial». GALLAS, «Der Betrag...» 407 s., destaca cómo en definitiva se acude a una referencia económica, como en la definición de TUHR (*Allgemeiner Teil*, Bd 1, 314, citado por GALLAS): Son derechos patrimoniales «aquellos derechos que aseguran a la persona los medios económicos para su existencia y para la realización de sus deseos». Pero pese a esta definición, la concepción jurídica se significa por incluir como derecho patrimonial la propiedad sobre cosas que no tengan ningún valor económico.

(45) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 238, y 357: perjudicado es aquel que no obtiene lo que en derecho le corresponde («der nicht erhält, was er von Rechts wegen beanspruchen kann»).

(46) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 238 n.º 2 citando a SAVIGNI.

chritt), puesto que es evidente que hay derechos patrimoniales —concretamente el derecho de propiedad— sobre objetos sin valor económico (47).

La voluntad del titular se erige en criterio rector en la determinación de la concurrencia o frustración de la contraprestación adecuada, de acuerdo con las expectativas personales o finalidades pretendidas con la disposición patrimonial, expectativas que pueden ser de naturaleza material o inmaterial (48).

En consecuencia podrá ser víctima de la estafa, en cuanto perjudicado en sus derechos patrimoniales, aquella persona que de no haber mediado error no hubiera llevado a cabo el acto de disposición, o hubiera dispuesto de manera diferente para no ver perjudicado su derecho a obtener la contraprestación pretendida. No es extraño que se critique a esta concepción el desdibujamiento de lo «patrimonial», y su confusión con la libertad de disposición, con la consiguiente ampliación del campo de protección de la estafa (49). De ahí que una de las objeciones fundamentales que se le oponen resida en la imprecisión y labilidad en la afirmación del perjuicio, dependiente del interés subjetivo, preferencias o gustos del titular (50).

El engaño sobre calidad o características de la contraprestación, aun cuando el precio pagado por ella se corresponda a su valor objetivo en el mercado, se apreciará como engaño idóneo para la estafa ya que el perjuicio queda residido en el incumplimiento de lo pactado y no en la merma económica. La delimitación respecto al ilícito civil por evicción o incumplimiento, se dificulta. Allí donde el contrato resulte nulo por engaño, estaríamos simultáneamente ante una estafa.

Respecto a las prestaciones unilaterales, cuya problemática se plantea en aquella época en relación a la «estafa del mendigo», en principio podría afirmarse que la entrega de un bien por engaño podría constituir estafa, por tratarse de la pérdida de un derecho patrimonial inducida por engaño. Pero las prestaciones gratuitas no responden a la estructura de reciprocidad —prestación para obtener una contraprestación a favor del disponente— sobre la que se construye la estafa común, singularidad que plantea dificultades para afirmar que no se ha obtenido lo que jurídicamente se pretendía. Para superar tal objeción, Merkel, partidario de la punibilidad de la «estafa del mendigo» (*Bettelbetrug*), apela a la existencia de un «equivalente ideal» de la contraprestación que ordina-

(47) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 239, y añade: entiendo que es un avance científico y práctico la consideración de los derechos subjetivos de forma independiente del concepto de valor, concepto con frecuencia difícil e inseguro.

(48) BINDING, *Lehrbuch*, cit., 357.

(49) Cfr. por todos, CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden in Strafrecht*, Berlin/Zürich, 1968, 71 ss. y 85 s.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 121; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht*, B. T., 429.

(50) CRAMER, *Vermögen*; cit. 71 ss.

riamente se pretende. Este equivalente ideal vendría dado por la satisfacción que para el donante caritativo significa poder aliviar los padecimientos de un necesitado. Al igual que en la estafa genérica la ausencia de contraprestación fundamenta el daño patrimonial, en la estafa del mendigo la ausencia de esa consecuencia satisfactoria de subvenir a las necesidades de un supuesto indigente permite afirmar la presencia del daño típico (51). Con esta construcción Merkel se adelanta a las formulaciones posteriores de la teoría de la frustración del fin (52).

Binding, reconociendo que la contraprestación puede ser de carácter «ideal» (53), afirma el daño patrimonial en las prestaciones que persigan un fin inmaterial, ya que desde el concepto jurídico la lesión no desaparece por la paridad económica. En cambio, desde un concepto económico, señala lúcidamente, la donación de tres marcos a un mendigo supone un empobrecimiento para el donante, tanto si se trata de un verdadero necesitado como si se trata de un impostor; el engaño no sería causal respecto al perjuicio, puesto que éste se produce independientemente del engaño (54). Desde la concepción jurídica, el desprendimiento de un derecho patrimonial para obtener un equivalente ideal será daño siempre que —aunque también solo en caso de que— ese equivalente resulte ilusorio (55).

Sin embargo a principios de siglo no era común aceptar la estafa del mendigo. Frank, desde su teoría de la «prohibición de regreso» en el curso causal interferido por la víctima, niega la estafa argumentando que en tal caso el verdadero causante del perjuicio no es el autor del engaño, sino la propia víctima que dispone conociendo las consecuencias dañosas (56). Consecuencias que califica como dañosas desde una valoración predominantemente económica.

Rechazada posteriormente por la mayoría de la doctrina la fórmula de Frank de la «prohibición de regreso» (*Regressverbot*), el acento se desplaza a la exigencia de que el disponente desconozca el efecto autoperju-

(51) MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, cit. 212 s.

(52) Como señala GERHOLD, *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*, Berlin 1988, 15, se puede considerar a MERKEL predecesor de la teoría de la frustración del fin.

(53) BINDING, *Lehrbuch*, 354.

(54) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 356.

(55) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 357. Para destacar las diferencias con el concepto económico emplea también el ejemplo de adquisición de un rizo de pelo del padre muerto, por 20 marcos: habría daño económico tanto si se trata de pelo de su padre, como si es de un tercero. Jurídicamente en cambio no habría daño si concurren los presupuestos adecuados, y sí habría que afirmarlo en caso contrario, porque el disponente no habría recibido «la contraprestación a la que jurídicamente tiene derecho».

(56) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen, 1931, § 263, Anm. VI, 1. Aunque según señala ELLSCHEID, «Das Problem der bewussten Selbstschädigung beim Betrug» GA, 1971, 161, inicialmente FRANK había admitido la «estafa de donaciones» cambiando posteriormente su postura en la primera edición de sus Comentarios al código.

dicial de su acto de disposición (*unbewusste Selbstschädigung*), como expresión de la relación funcional entre los elementos de la estafa. De acuerdo con esta exigencia, de la conciencia del perjuicio, inherente a la estafa de donaciones, Gerland (57), Grünhut (58), y posteriormente Liszt/Schmidt (59), negarán la relevancia penal de la estafa de prestaciones gratuitas.

La atención a las expectativas del titular disponente para fijar el daño patrimonial volverá a cobrar un lugar preferente en las construcciones del concepto personal de patrimonio. Esta coincidencia ha llevado a que en ocasiones se haya incluido a Bockelmann, iniciador de aquel concepto personal, en el grupo de los representantes del concepto jurídico (60). Efectivamente parece aproximarse a la versión jurídica de patrimonio cuando formula el daño típico como decepción o frustración de las expectativas personales, pues el objeto del contrato viene dado precisamente por lo que el disponente pretendía obtener, esto es, lo que el engañado había considerado como compensación de su aplicación patrimonial (61). El propio Bockelmann rechaza expresamente por insatisfactorias tanto la teoría jurídica como la económica y la jurídico-económica (62), pero como se verá más adelante, será en la concepción personal donde pueda volver a encajar con menor esfuerzo la argumentación a favor de la inclusión del fraude de donaciones o prestaciones unilaterales en el marco de la estafa.

2. Concepto económico y concepto jurídico-económico de patrimonio. El daño como merma económica monetariamente evaluable

A. Concepto económico de patrimonio

En contraposición al concepto jurídico que incluía en el patrimonio todos los derechos patrimoniales, pero sólo derechos patrimoniales, el

(57) GERLAND, *Deutsches Reichstrafrecht*, cit. 639.

(58) GRÜNHUT, «Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen», en *Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtleben*, 5 Band, Berlin/Leipzig, 1929, 122.

(59) LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Auf. besorgt von E. SCHMIDT, Lipzig/Berlin, 1927, 671. Según destaca ELLSCHEID, «Das Problem der bewussten...», cit. 161, originariamente LISZT no aludía a la exigencia de «desconocimiento del auto-perjuicio» y por ello admitía sin problemas la estafa del mendigo; la versión acorde con las posturas de BINDING y FRANK proviene de la actualización realizada por Eberhard SCHMIDT al encargarse de la nueva edición.

(60) A quien HARTMANN, *Das problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris, 1988, 18, incluye junto a los representantes de la concepción jurídica.

(61) BOCKELMANN, *Der Unrechtsgehalt des Betruges*, *Festschrift für E. Kohlrausch*, Berlin 1944, 226.

(62) BOCKELMANN, «Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug», *JZ*, 1952, 462 ss.

concepto económico considera que pertenecen al patrimonio todas las posiciones de significación económica y únicamente aquellas posiciones de significación económica (63). La primera premisa —protección de toda posición económica (64)— pretende superar las insuficiencias de la construcción jurídica para atender a la realidad de la vida económica y el dinamismo de su desarrollo. Las situaciones fácticas de poder económico y capacidad de disposición y adquisición de bienes patrimoniales a través de prestaciones personales, como la prestación laboral, conocimientos específicos como el Know-how, las expectativas objetivables de negocio, etc, no constituyen derechos subjetivos, y sin embargo sería absurdo ignorar su trascendencia económica. Con la correlativa reducción de la protección penal a aquello que tenga relevancia económica, se pretende superar la indeterminación del concepto jurídico y a la vez se excluye la extensión de la protección penal a relaciones patrimoniales sobre objetos de valor puramente afectivo o inmaterial. El sentido de protección de la estafa se centra en el mantenimiento del potencial económico objetivo del patrimonio, como suma global de valor, lo que significa que la salida de un elemento patrimonial debe compensarse con la entrada de otro bien de valor equivalente.

De acuerdo con las premisas económicas (65), constituyen elementos patrimoniales todas aquellas situaciones, relaciones o capacidades que posean valor de cambio en el tráfico económico, esto es, que puedan ser objeto de negociación o de intercambio evaluable en dinero (66). El concreto valor de cambio vendrá determinado por el valor de utilidad que ofrece ese elemento patrimonial para el que pretende obtenerlo. Si una determinada utilidad no interesa a nadie más que al titular de aquel elemento o capacidad, no puede computarse como elemento patrimonial, ya que no es susceptible de intercambio económico. Como expone gráficamente Samson, una determinada habilidad artística, como por ejemplo el virtuosismo instrumental de un pianista, podrá considerarse como un bien económico únicamente desde el momento en que un tercero esté dispuesto a pagar por oírle en concierto (67); lo mismo ocurre con la «fuerza de trabajo», los conocimientos profesionales o prestaciones de servicios de cualquier clase, cuyo valor económico depende de

(63) SAMSON, «Grundprinzipien des strafrechtlichen Vermögensbegriffes», *JA* 1989, 512 s.

(64) «Kein rechtlich ungeschütztes Vermögen», reza el principio proclamado por la jurisprudencia alemana, partidaria de la concepción económica, aunque en relación a prestaciones ilícitas o transacciones con objetos adquiridos ilegalmente admite correcciones, no siempre con los mismos criterios: Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 121; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 107.

(65) Sobre las variaciones en la formulación del concepto económico, aun dentro de la coincidencia esencial, Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 122.

(66) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 112.

(67) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 112.

que ese potencial hipotético se actualice en una concreta relación de intercambio (68). El mismo principio de «significación económica» actualizable delimita la relevancia económica de ciertas expectativas, cartera de clientes, situaciones de hecho diversas, que podrán contabilizarse como elementos patrimoniales en tanto que objeto de un acto de disposición que se realiza a cambio de otro bien económico (69).

El daño patrimonial, de acuerdo con los parámetros económicos, surge cuando la entrega o prestación del disponente no es correspondida con la afluencia de un valor equivalente al patrimonio del disponente. La exigencia de mantenimiento del saldo económico como principio sobre el que se construye el concepto de lesión patrimonial, apunta, señala Samson, a una concreta dirección como objeto de protección de la estafa: la protección frente a la disminución económica del valor global del patrimonio (70). No se trata de proteger contra la pérdida —por engaño— de un elemento del patrimonio, ni de mantener el derecho del titular a proceder de acuerdo con sus gustos o preferencias con sus bienes patrimoniales, sino de mantener el potencial económico en su valor monetario según los criterios del mercado (71).

Las ventajas de la concepción económica extrema contienen en su reverso inconvenientes por exceso y por defecto, en dirección opuesta a lo que era insuficiencia y exceso en la concepción jurídica. La amplitud que adquiere lo patrimonial conduce a otorgar protección penal a situaciones fácticas de poder económico incluso a aquellas abiertamente ilegales (72). Por otro lado el déficit apuntado se revela en las propias limitaciones de la valoración económica del patrimonio. La insatisfacción del «exceso» apuntado conducirá a la introducción de correcciones normativas dando lugar a la versión «jurídico-económica» de patrimonio. Las insuficiencias de los baremos objetivos para la valoración del daño en determinadas situaciones, intentarán paliarse acudiendo a criterios de individualización del daño a través de la teoría objetivo-individual del daño patrimonial.

(68) Por todos, SAMSON, *SK* § 263, Rn. 112; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 140.

(69) Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 127 y ss. sobre la variedad de situaciones que pueden considerarse elementos patrimoniales desde la perspectiva económica, y las matizaciones desde la perspectiva jurídico-económica.

(70) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 127.

(71) Por todos, SAMSON, *Ibidem.*; CRAMER, *Vermögensbegriff... cit.*, 69 ss.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 143 y ss.

(72) Podrá ser víctima de estafa tanto el ladrón respecto a los bienes ilícitamente obtenidos, como quien realiza unos servicios ilícitos engañado sobre la remuneración de los mismos. El primer caso también será considerado digno de protección por la mayoría de los partidarios de la concepción jurídico-económica, no así el segundo; la diferencia estribará en el valor objetivo del primer objeto —dinero— cuya posesión, aún ilícita, recibe cierta protección por el ordenamiento, mientras que en el segundo caso la prestación ilícita no es en absoluto tolerada jurídicamente como valor de cambio. Cfr. SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 111; con amplia referencia casuística, LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 122, 240 y ss.

B. Concepto jurídico-económico de patrimonio

Como es sabido, la concepción jurídico-económica pretende superar las insuficiencias de las dos teorías anteriores en cuanto a la delimitación del contenido del patrimonio a efectos jurídico-penales (73). En la actualidad constituye el concepto ampliamente mayoritario en nuestro país, al igual que en Alemania. Dentro de las variantes que pueden distinguirse dentro de esta orientación (74), el común denominador reside en su matriz económica como punto de partida, en cuanto que sólo los objetos, posiciones o situaciones evaluables económicamente son considerados elementos patrimoniales. A la vez, su característica distintiva respecto al concepto económico puro reside en la introducción de la restricción normativa (75) dirigida a superar las contradicciones con el resto del ordenamiento jurídico, negando el carácter patrimonial de aquellas posiciones desaprobadas jurídicamente aun cuando impliquen para el titular la posibilidad fáctica de una realización económica (76). Dado que la ventaja de la teoría económica reside en la inclusión de posiciones de significación económica que no toman la forma de «derechos patrimoniales», la vinculación con el ordenamiento jurídico no puede ir más allá de la exigencia de que «no se encuentren en oposición con el resto del ordenamiento», ya que no se puede pedir que sean «reconocidas» por el derecho, situaciones que por definición se afirma que no

(73) Por todos, CRAMER, *Vermögensbegriff... cit.* 41 s.; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 122.; BAJO, «El delito de estafa», en COBO (dir.) BAJO (coord.) *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol. 2, Madrid, 1985, 1164 s.; HUERTA, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, cit. 34 ss; VALLE, *El delito de estafa cit.* 82 s.

(74) GALLAS, «Der Betrug...» cit., 409 ss.; CRAMER, *SCH/SCH, StGB*, § 263, Rn. 82.

(75) WESSELS, *Strafrecht, BT*, cit., 125.

(76) Las variaciones de esta orientación mixta se manifiestan en la mayor o menor amplitud en la consideración de los elementos patrimoniales, a efectos jurídico-penales según el criterio asumido para indicar la coordinación con otras ramas del ordenamiento jurídico. GALLAS, «Der Betrug...» cit., 412 (siguiendo a FRANK y NAGLER) exige que la posición económica sea reconducible a un derecho subjetivo, haciendo coincidir en este punto lo económico con lo jurídico, y en consecuencia restringiendo al máximo el campo de las posiciones relevantes; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 373, se limitaba a requerir que las situaciones económicas estuvieran protegidas o aprobadas jurídicamente; en la formulación más amplia, de CRAMER, *SCH/SCH, StGB*, 263, Rn. 82, o de LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 132, es suficiente que se trate de situaciones fácticas «no desaprobadas» por el ordenamiento jurídico. Las diferencias en la práctica se reflejan en la admisión o no de las expectativas económicas y de las obligaciones jurídicamente nulas; salvo la posición de GALLAS que excluye ambos supuestos, en general se aboga por la exclusión únicamente de las obligaciones derivadas de negociaciones prohibidas o inmorales: Cfr. SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 105; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 132, y 240 y ss.

constituyen «derechos», sino «hechos» de significación económica (77). O formulado de otra manera, a mi juicio más precisa, que se trate de posiciones económicas que revistan una «apariencia de no contrariedad con el ordenamiento jurídico» (78).

Delimitado el contenido del patrimonio, el objeto de protección de la estafa se cifra en el mantenimiento del potencial económico del titular, configurado como una suma de valor abstracto en clave monetaria. Los criterios para la determinación del resultado típico, lesión patrimonial, no difieren de los propuestos por la concepción económica estricta. En ambas, la ventaja de la objetividad del baremo económico se convierte en insuficiencia frente a determinados supuestos concretos donde la significación económica que ostenta un determinado bien difícilmente puede captarse sin atender a las circunstancias y necesidades particulares de los individuos concretos. Desde las mismas filas de los representantes de las concepciones económicas (en sus dos versiones, estricta o mixta), se reconoce que la sumisión a los baremos de mercado en la determinación del valor de bienes que en absoluto resultan útiles al comprador, engañado sobre las cualidades del mismo pero no en cuanto a su precio real, implica desconocer las peculiaridades del microcosmos de la economía de los individuos en su vida particular, aplicando la misma horma a realidades diversas (79). La preocupación por alejar del ámbito de la estafa todo aquello que suponga atender a las voluntades particulares de disposición, por temor a caer en la mera protección de la libertad, desemboca en una desprotección del titular del patrimonio dejando a éste convertido en un apéndice marginal ante la lógica reductora de medición en equivalentes dinerarios (80).

(77) LACKNER, *LK*, § 263, Rn 123; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 115. Por ello resulta demasiado restringida la propuesta de GALLAS, «Der Betrug...» *cit.*, 409 en cuanto que exige que se trate de posiciones reconocidas en otras ramas del ordenamiento jurídico; asimismo las versiones anteriores de FRANK, *Das Strafgesetzbuch... cit.* Anm V, 3 y NAGLER, *LK 6/7. Auf.*, Vor § 249, II,1 al exigir que se trate de bienes económicos sobre los que exista una disponibilidad jurídicamente reconocida, se sitúan más próximas a la concepción jurídica.

(78) BAJO, *Manual, cit.*, 167; acude a la fórmula de la «apariencia jurídica», rechazando fundadamente la exigencia de «reconocimiento jurídico» por excesiva. No obstante, dado que existen posiciones económicas fácticas que no encuentran una formulación jurídica, incluso que no han sido previstas por el derecho, a mi juicio es más preciso exigir simplemente la «apariencia de no disconformidad con el ordenamiento jurídico», lo que incluye situaciones de «apariencia jurídica», —que revisten la forma de un derecho patrimonial, propiedad o posesión «aparente»— y situaciones que no pueden encuadrarse bajo una determinada calificación jurídica. Formulación similar a la propugnada por CRAMER, *Vermögensbegriff cit.*, 100, y LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 132, «situaciones fácticas no desaprobadas por el ordenamiento jurídico», con la matización de que basta esa «apariencia» de no disconformidad.

(79) CRAMER, *SCH/SCH StGB*, § 263, Rn. 81.

(80) Crítica proveniente de las concepciones personales de daño patrimonial, como se verá infra. II.3.

La jurisprudencia y doctrina alemanas, manteniendo el concepto económico, admitirán la existencia de un componente individual del daño (*persönliche oder individuelle Schadeneinschläge*), que inevitablemente debe tomarse en cuenta en casos excepcionales, a fin de evitar soluciones materialmente injustas. Mediante la denominada «teoría objetiva-individual» del daño patrimonial, se desarrollan los criterios de evaluación en estos casos, delimitando el alcance de su operatividad a través de la conjunción de baremos objetivos y subjetivos.

A efectos de este trabajo interesa particularmente el análisis de la determinación del daño en las prestaciones gratuitas, que constituyen uno de los grupos de supuestos donde la medición objetiva resulta insatisfactoria. La problemática resulta similar a la que presentan las prestaciones unilaterales de paridad económica objetiva en las que la utilidad económica individual queda no obstante frustrada. Por ello trataré en primer lugar los criterios correctores aplicables en estos supuestos, que facilitan la comprensión de las soluciones propugnadas para las prestaciones unilaterales. En ambos casos se conmueven los presupuestos objetivos estrictos de las premisas económicas al admitir en su seno pautas contradictorias, que en definitiva abocan en resultados similares a los que se obtienen desde las concepciones personales o funcionales de patrimonio.

C. *El daño patrimonial como saldo económico negativo: insuficiencias y correcciones individualizadoras*

a. La Teoría objetivo-individual como correctivo del concepto económico estricto de daño patrimonial. El valor de utilidad

La construcción dogmática de la estafa sobre la idea de equivalencia económica de prestaciones, en valor dinerario, resulta adecuada en general para las transacciones mercantiles de acuerdo con los intereses del agente económico medio, que coincidirán en la mayoría de los casos con los de la persona concreta que se desenvuelve en el comercial. La agilidad y complejidad del tráfico requieren esa abstracción y ese acuerdo tácito sobre el valor convencional. Los intereses particulares de utilidad quedan normalmente satisfechos dentro del marco normativo de los valores económicos que el mercado configura en función de las características propias de un bien o servicio. La operatividad del criterio económico objetivo como garantía de seguridad jurídica resulta innegable como principio general.

Pero ese desideratum de objetividad y seguridad que aporta el criterio económico queda teñido de obligada relatividad porque la realidad indica que los baremos no son absolutos. La propia teoría económica reconoce la evidencia de que no todo objeto susceptible de intercambio económico presenta siempre y en cualquier contexto el mismo valor, esto es, el mismo «valor de mercado». Las leyes de la oferta y la demanda

inciden en las variaciones de los precios, allí donde no exista una intervención estatal que regule o fije de antemano un precio determinado por razones de política económica, en cuyo caso el precio puede ser inferior o superior al «valor» que podría atribuirse de otro modo a ese bien. Las diferencias derivadas de la comercialización al por mayor o al detalle, o la práctica de precios de temporada o de promoción especial, mercado de segunda mano, venta mediante subasta., etc (81), obligan a tomar en cuenta el cómo y las circunstancias de una transacción para poder establecer si la contraprestación es de valor equivalente y por tanto excluir el perjuicio patrimonial (82). Así como la escasez de un bien ante una fuerte demanda elevan su valor, la abundancia de oferta y escasez de la demanda pueden llevar a una pérdida considerable de su valor económico, o incluso según las características del objeto en cuestión, puede llegar a perder totalmente su valor (bienes de consumo perecederos, maquinaria de tecnología superada por otras menos costosas...etc.). Datos todos ellos que confluyen en la fijación del valor económico de un bien, valor sobre el que convienen las partes, por asumir el precio de venta al público, o mediante acuerdo sobre el presupuesto de una obra, servicio, u otra prestación, en base a sus cualidades, calidad, o particularidades pactadas. El engaño sobre la concurrencia de alguna característica que *influya en el precio* o coste de la prestación, conduce al perjuicio patrimonial del disponente que paga más de lo que corresponde por lo que realmente recibe.

Si pese al engaño sobre las características de la contraprestación, el disponente recibe un bien que se corresponde con el valor de lo pagado, según la concepción económica estricta, no estaríamos ante una estafa sino ante un ilícito extrapenal. La paridad económica según valor de mercado excluye la presencia del perjuicio típico. Esta afirmación, asumida mayoritariamente en la doctrina española, fue prontamente relativizada en la praxis jurisprudencial alemana (83) y progresivamente por la mayoría de la doctrina de aquel país (84). Junto al valor objetivo esti-

(81) Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn 150, y 191 s. con amplia referencia jurisprudencial; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 140.

(82) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT, cit.*, 436: en la propia valoración objetiva se debe atender a las diferencias de cada círculo concreto donde se desarrolla la transacción (*Verkehrskreisen*).

(83) Una relación de resoluciones jurisprudenciales donde se asume la perspectiva individual en la estimación del daño, aplicada a grupos diversos de casos, en LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 196-200.

(84) Admitían ya la necesidad de un momento individual en la determinación del daño GRÜNHUT, «Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen», *Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichgerichts*, Berlin/Leipzig 1929, 121: «Massgebens für Gewinn oder Verlust ist die objektive Brauchbarkeit der Gegenleistung für die speziellen Bedürfnisse und Zwecke des Getäuschten» (traducción libre: para afirmar la ganancia o la pérdida resulta determinante la objetiva utilidad de la contraprestación para satisfacer las necesidades y fines del engañado). Formulación que

mado según el mercado, se admite que la determinación del daño patrimonial no puede prescindir de la comprobación del «valor de uso» que encierra la contraprestación para quien la recibe, que precisamente la adquiere con esa finalidad de utilidad. El «momento subjetivo» del daño, se asienta como criterio que debe acompañar al cálculo monetario, abriendo la posibilidad de admitir el perjuicio típico cuando la utilidad pretendida quede frustrada. La opción por la teoría objetivo-individual del daño se asume como correctivo inevitable, como único modo de evitar soluciones político-criminalmente insatisfactorias (85).

Así por ejemplo, por tomar un caso típico de «enciclopedias», la sentencia del Tribunal Superior de Colonia en el año 1976, condena a un vendedor a domicilio, representante de una distribuidora de libros, que convenció a varias madres de niños que acudían a una escuela especial, para que compraran determinado material escolar, supuestamente de gran utilidad para que sus hijos pudieran superar el ingreso en la escuela normal (86). Lo que las madres firman en el formulario correspondiente es el encargo de una enciclopedia de ninguna utilidad para los fines pretendidos (87). El tribunal condena por estafa, argumentando que si bien el precio fijado se correspondía con la enciclopedia enviada, la valoración del daño debe tomar en cuenta la utilidad posible del objeto, lo que en el caso enjuiciado se niega por el insuficiente grado cultural de los adquirentes como para disfrutar del uso normal de la enciclopedia. Criterio subjetivo delimitado por lo que «puede exigirse como uso normal» de la contraprestación recibida, aunque no sea la contraprestación pactada. Si la formación cultural de las familias en cuestión hubiera permitido el uso de la enciclopedia, el tribunal habría negado el daño (88).

sintéticamente recoge ya la propia contención de la perspectiva subjetiva: «objetiva» utilidad para las necesidades individuales; MEZGER/BLEI, *Strafrecht, BT*, 9. Auf. München/Berlin 1966, 196, acogiendo textualmente la fórmula de GRÜNHUT; GUTMANN, «Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neuere höchstrichterlichen Rechtsprechung» *MDR* 1963, 82; KOHLRAUSH/LANGE, *StGB*, § 263, Anm. V, 2.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit. 374 s. En la actualidad la asunción de la perspectiva individual es mayoritaria. Cfr. CRAMER, SCH/SCH *StGB*, § 263, Rn. 122-123; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 156-163.

(85) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 156 y 160, pone de relieve las contradicciones conceptuales que implica la asunción de la perspectiva individual del daño, pero reconoce que tal perspectiva es irrenunciable en determinados ámbitos concretos relativos al consumo y a la satisfacción de necesidades en la esfera privada del individuo.

(86) OLG KÖLN, 27-1-1976, (reproducida en la *NJW* 1976, 1222), comentada por JAKOBS, «Die objektive-individuelle Schadensermittlung beim Betrug», *NJW*, 1977, 228 ss.

(87) La problemática del caso es más compleja, dado que el precio inicialmente señalado para los materiales de trabajo se modifica por una cuantía mayor, que será el correspondiente al valor de la enciclopedia que efectivamente reciben; por otro lado puesto que se trataba de pagos en plazos, realmente se trataría de una frustración.

(88) Críticamente JAKOBS, «Die objektive-individuelle...», cit. 229 ss.

La sumisión de todo supuesto de transacción patrimonial a una norma inflexible en función de lo que es prevalente en el tráfico económico supondría ignorar la diversidad real de las utilidades que pueden darse al patrimonio, y sobre todo reducir la titularidad patrimonial a una caricatura, si se niega la presencia del daño en base a que la contraprestación «vale» objetivamente lo mismo que el servicio u objeto que el disponente pretendía obtener, por distinto que sea, o por inútil que resulte para el adquirente engañado sobre la verosimilitud de una contraprestación de las características solicitadas. Es evidente que el «valor económico» se conforma por la utilidad del bien, utilidad derivada de sus propias características, que se actualiza en el momento en que alguien esté interesado precisamente en tales propiedades. Para quien no tiene interés alguno por tales utilidades, o simplemente no quiera o no pueda adquirir el bien en cuestión, porque en sus concretas circunstancias económicas o por otras razones opta preferentemente por otras aplicaciones de su patrimonio, el «precio» de venta al público que expresa el valor económico objetivo, no le «compensa» (89). De acuerdo con sus propios intereses o circunstancias, no se daría «paridad económica», entre la hipotética utilidad de ese bien y la utilidad que le reporta el importe dinerario que tendría que detraer de su patrimonio para adquirirlo, o la utilidad que le reporta otro bien del mismo «precio». Las diferencias de sustancia del objeto patrimonial obtenido conducen a una disminución del potencial global para su titular, ya que cada objeto económico que pertenece al patrimonio de una persona desempeña, como expresa Lackner, una función concreta en el conjunto de bienes de que ella dispone (90).

Puesto que la «utilidad» (rendimiento económico, consumo, valor decorativo...) es determinante del valor de mercado de un bien, la degradación de esa utilidad —superación tecnológica, caducidad de fecha de consumo, desfase de «modas»—, repercutirá en su precio, disminuyendo su «valor de cambio». En definitiva la disminución de demandantes de ese bien, constituye un factor que influye en su valor económico. Desde la perspectiva de quien no demanda ese bien, no es

(89) En relación no ya a la utilidad en sí sino a las características de la contraprestación, de calidad distinta aunque de igual valor económico, aparece frecuentemente citado en manuales y comentarios alemanes el caso de la compra de ropa de lana, concretamente unos pantalones, que el vendedor asegura ser de tal material cuando en realidad se trata de un tejido sintético, ajustándose el precio pagado al valor real de la prenda, supuesto que la doctrina considera caso claro de daño subjetivo encuadrable en la estafa, criticando por ello la resolución que denegó tal calificación (Sentencia del *BGH*, 16, 220, comentada por *JAKOBS*, «Die objektiv-individuelle...» cit. 229).

(90) *LACKNER, LK*, § 263, Rn 156. Obsérvese que este tipo de manifestaciones coinciden con las premisas del concepto personal de patrimonio, lo que no pasa inadvertido para los representantes de esta orientación. cfr. *OTTO, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970, 81.

de recibo que la equivalencia económica entre el dinero entregado y el bien cuyas propiedades no le interesan, se realice en función de lo que es útil para otras personas. El hecho de que dos objetos —bienes patrimoniales— incorporen un mismo valor de mercado no significa automáticamente que sean económicamente intercambiables, salvo para quien comercia con ellos, en cuyo caso la utilidad que representan es efectivamente su valor como producto en venta, sea un ordenador o una fotocopidora. En cambio, si al adquirente se le entrega un potente ordenador del mismo precio que la fotocopidora encargada, ordenador cuya utilidad no requería, se le ha defraudado (supuesto el engaño previo) en la utilidad; el acto de disposición patrimonial de pago del precio, en principio puede decirse que no queda compensado por la recepción de otro objeto que no le ofrece las prestaciones deseadas.

Afirmar el daño patrimonial cuando se entrega algo de nula o escasa utilidad para el sujeto, es una conclusión tan obligada como cuando se afirma la estafa por defraudación de la calidad del objeto recibido, como señala González Rus al abogar por la necesidad de atender a esta perspectiva individual (91).

La cuestión de fondo que gravita sobre estos problemas se debate en el entendimiento del patrimonio como mero conjunto económico objetivo que corresponde a una persona, o como conjunto económico que sirve a su titular para la satisfacción de sus necesidades o intereses (92). En realidad no se trata de proposiciones incompatibles, sino de dos aspectos de una misma realidad, que puede contemplarse formalmente de manera estática, o desde una perspectiva funcional acudiendo al sentido sustancial que fundamenta la protección jurídica del patrimonio. Lo que resulta absurdo es tratar de prescindir de este segundo aspecto cuando la valoración estrictamente objetiva del daño conduce a resultados incongruentes con el propio fundamento de la protección. Imponer al titular del patrimonio valoraciones externas no coincidentes con sus propias necesidades, utilidades o intereses, supone una instrumentalización del titular y de sus bienes en favor de los intereses del mercado, o como dice Eser, dejar desprotegido al consumidor frente a la astucia de vendedores sin escrúpulos (93). Las vías jurídicas de reclamación civil de perjuicios

(91) GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores...* cit. 301.

(92) KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch...», cit. 409, destaca lo decisivo de esta opción: si se parte de que la protección del patrimonio como bien jurídico presupone que el patrimonio sirve al libre desarrollo de su titular, ¿cómo puede protegerse tal libertad de desarrollo cuando las posibilidades de desarrollo del usuario se imponen en base a la racionalidad del mercado y a la voluntad colectiva? Debe tenerse en cuenta que KINDHÄUSER concibe la estafa como un «delito contra libertad que daña al patrimonio» (398 ss.), concepción con la que pretende superar las dificultades de diferenciación entre engaños relevantes y no relevantes, y otros problemas específicos de la estafa, que se acerca a la orientación personal, pero con singularidades.

(93) TESER, «Die Beeinträchtigung...» cit. 294.

evidentemente siempre quedan disponibles. Pero aquí se trata de determinar si los supuestos citados pueden considerarse valorativamente distintos a los de defraudación sobre el valor económico objetivo de la contraprestación. Desde la perspectiva del afectado difícilmente podrá afirmarse la diferencia.

Desde la perspectiva económica que asuma el valor de uso como elemento de valoración económica, se puede llegar a la misma conclusión (94), si bien con ciertos matices. El daño no puede quedar cifrado en la frustración de la pretensión subjetiva de una utilidad concreta, porque sería volver a lo que propugnaba la concepción jurídica. Lo que se protege no puede ser la obtención de la utilidad específica que el titular pretende, sino el mantenimiento de su potencial económico. Por ello será necesario conjugar el aspecto de la utilidad individual con el criterio económico del saldo global. La teoría objetivo-individual del daño patrimonial intentará combinar ambos aspectos delimitando el alcance del «valor de utilidad» con baremos normativos que hacen referencia a otras utilidades posibles. Delimitación que presupone la existencia real de una contraprestación, esto es una transacción donde se han acordado prestaciones recíprocas, que efectivamente se han producido, pero insatisfactoriamente para la parte que fue víctima del engaño de la otra en cuanto a las características de utilidad.

En las prestaciones gratuitas, la conjugación de ambos aspectos no será posible.

a. *Prestaciones bilaterales. La teoría «objetivo-individual» en la evaluación del daño*

Según la teoría objetivo-individual, para determinar la concurrencia del daño patrimonial es necesario tomar en cuenta dos niveles de valoración. En primer lugar el equilibrio económico objetivo de las prestaciones, ya que la ausencia de paridad permite ya afirmar el daño. En segundo lugar, la valoración se realiza atendiendo a las características de la prestación obtenida en cuanto a su valor de utilidad, comparando la utilidad pretendida por el disponente de acuerdo con las características de la transacción, y la utilidad real que ofrece el objeto o bien incorporado como contraprestación: caso de escasa o nula utilidad individual, podrá afirmarse el daño patrimonial pese a la equivalencia económica objetiva (95).

(94) SCHMOLLER, «Ermittlung des Betrugsschadens...» *cit.* 109 ss., insiste extensamente en esta compatibilidad, en la línea de argumentación expuesta.

(95) CRAMER, *Vermögensschaden*, *cit.* 181 ss.; GUTMANN, «Der Vermögensschaden...» *cit.*, 93; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 156; LENCKNER, «Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers», *MDR* 1961, 653; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, *cit.* 436; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 14.

La sencillez del cálculo de los dos niveles es sólo aparente, ya que requiere una previa clarificación de qué se entiende por valor de utilidad, y con qué parámetros se establece la ausencia o escasez de utilidad. El reconocimiento de que el daño patrimonial no puede fijarse ignorando la utilidad de la prestación para el afectado (96), no implica dar a éste la última palabra para determinar la presencia del daño típico. El carácter patrimonial de la estafa impide acoger los ataques a la libertad de disposición que no vayan acompañados de una real disminución económica, por ello se insiste en que no es suficiente la idoneidad del engaño para motivar el acto de disposición, que en sí mismo no sobrepasa todavía el estadio del menoscabo de la libertad de contratación. La constatación de que el afectado no hubiera dispuesto de esa forma de conocer la realidad, no dice nada sobre el daño patrimonial (97); la percepción subjetiva es irrelevante si no puede reconducirse a parámetros objetivos, por lo que no es suficiente que el afectado «se sienta» perjudicado (98). La propia jurisprudencia alemana construirá una serie de criterios de normativización en el intento de circunscribir el daño individual a parámetros objetivables. Por de pronto se excluyen del elenco de intereses o utilidades atendibles los intereses de afección decepcionados ante la divergencia de características de la contraprestación respecto a lo esperado, que no merman la utilidad objetiva, u otros aspectos de cariz inmaterial o afectivo que hubieran motivado el acto de disposición (99).

El daño individual debe provenir de las características de la contraprestación que la conviertan en desventajosa «patrimonialmente» para la víctima, pero según el juicio de un tercero imparcial. La reconducción objetiva de las utilidades individuales se realiza mediante una serie de criterios normativos que, fundamentalmente la jurisprudencia alemana, —aun cuando no puede hablarse de una línea uniforme— ha venido elaborando a través de la casuística de los problemas que se les presentaban. Básicamente se trata de tres criterios complementarios, que fijan la valoración del daño en base a: a) la utilidad contractual-

(96) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT cit.*, 436: «Derpersönliche Einschlag darf nicht ausser Betracht gelassen werden; was ein Vermögensschaden ist, lässt sich nicht immer ohne Berücksichtigung der individuelle Verhältnisse des Geschädigten feststellen»: la proyección individual no puede dejar de tomarse en cuenta; para precisar qué es un daño patrimonial no siempre puede prescindirse de la consideración de las circunstancias individuales del perjudicado.

(97) Afirmación compartida igualmente desde las posturas partidarias de máxima individualización, como MAIWALD, «Belohnung für eine vorgetäuschte pflichtwidrige Diensthandlung», *NJW* 1981, 2780.

(98) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT cit.*, 436.

(99) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 162, salvo que se trate de valores artísticos o susceptibles de valoración económica en cuanto pertenencia a una colección, o similar.

mente prevista expresamente, o implícita en la transacción correspondiente (100); b) la merma o carencia de valor de uso de la contraprestación, estimada de acuerdo con lo que puede considerarse útil para una persona económicamente razonable situada en el lugar del afectado (101); c) la imposibilidad de otro uso razonablemente exigible para el afectado (*nicht in anderer zumutbarer Weise zu verwenden*) (102).

El recurso a estas correcciones normativas rebaja considerablemente el nivel de individualización en la contemplación del daño patrimonial, en beneficio de una mayor seguridad jurídica. Aunque tales criterios no resultan satisfactorios en todo caso, desde las premisas económicas, como señala Lackner, hay que resignarse a estas limitaciones, a fin de evitar el riesgo de sustituir el sólido firme de la valoración objetiva por la arbitrariedad de la voluntad del afectado (103). Lo que importa, dirá Welzel, no es que el sujeto «quiera» utilizar la contraprestación, sino que «pueda» utilizarla (104). Las críticas de la doctrina reprochan particularmente la inadecuación de esa reconducción al «tercero imparcial» para el ámbito de las operaciones regidas por las preferencias individuales en el consumo privado (105). La referencia al patrón de la utilidad para una tercera persona en el mismo contexto, o la exigibilidad de otro uso posible desembocan en una imposición valorativa sobre cómo puede disfrutarse del propio patrimonio. Aquí vuelve a proyectarse la contradicción entre los parámetros objetivos y el momento subjetivo del daño. Si, en el ejemplo antes citado, el ordenador entregado en lugar de la fotocopidora encargada puede ser de utilidad para el comerciante, se entenderá que no hay daño patrimonial, pese a que éste se vea obligado a detraer nuevas partidas de sus bienes para obtener por fin el objeto pretendido.

No obstante la delimitación normativa en base al criterio de «exigibilidad de otra posible utilización», cobra especial significación si se entiende que incluye la posibilidad objetiva de transformación o reventa del bien recibido recuperando el valor patrimonial correspondiente, y por tanto la capacidad económica anterior al acto de disposición (106). De tal manera, como propugna Schmöller, se posibilita sustituir la imposición del «valor de uso» según pautas de un tercero, aun contra la voluntad del afectado, por el valor real monetario que ese bien todavía puede ofrecer al sujeto (107). Sin embargo para negar el daño sería ne-

(100) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 157.

(101) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT cit.*, 437.

(102) Con referencias jurisprudenciales, LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 157 y 200.

(103) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 159.

(104) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, cit.*, 375.

(105) Cfr. por todos JAKOBS, «Die objektive-individuelle...» *cit.*, 230 s.

(106) Incluye las posibilidades de reventa o sustitución dentro de este criterio, LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 157.

(107) SCHÖLLER, «Ermittlung des Betrugsschadens...» *cit.*, 107 s., 110, n.º 68.

cesario que la contraprestación en cuestión fuera susceptible de reventa o transformación en dinero o en otro bien del mismo valor económico que la prestación inicial realizada por la víctima del engaño (108).

Si la contraprestación recibida, de valor objetivo equivalente a lo pagado, no puede realizarse económicamente, por no ser posible su reventa o transformación, es decir es totalmente inservible para la víctima, el daño aparece en la propia dimensión del valor objetivo que representa. Conclusión que se reconoce desde posiciones que rechazan la teoría objetiva-individual del daño, si bien limitada a los casos extremos de imposibilidad de cualquier utilidad, como ejemplifica en nuestra doctrina Valle, aludiendo al caso del esquimal que recibe un frigorífico que no tiene aplicabilidad ninguna ni posibilidad de recolocación, en su contexto social y geográfico (109).

En los casos en que el objeto recibido —distinto al pretendido— admite una realización económica, pero ésta implique una pérdida de valor respecto a lo pagado en la primera transacción, el daño patrimonial queda cuantificado en esa diferencia entre el valor de adquisición —en la transacción engañosa— y el precio obtenido en la reventa. Según da cuenta Schmöller, la jurisprudencia austríaca acude desde hace décadas a este criterio para determinar la cuantía del daño en casos de divergencia de las cualidades de uso de la contraprestación (110). La jurisprudencia alemana en cambio acude preferentemente al baremo de

(108) La posibilidad de esa transformación debe ser valorada objetivamente «ex ante» de acuerdo con las características del bien y de las circunstancias del mercado, a efectos de la valoración de la equivalencia de las prestaciones. El dolo del autor deberá abarcar el conocimiento del déficit de equivalencia económica, que implica la conciencia de la falta de utilidad de transformación del bien, o de la imposibilidad de una transformación en dinero u otro objeto de valor monetario equivalente a lo entregado por el disponente afectado por el engaño.

(109) VALLE, *El delito de estafa*, cit. 250, sitúa este ejemplo como exponente de casos excepcionales en los que la paridad económica objetiva es solo «aparente», por esa total carencia de posibilidades de realización económica, por lo que a su juicio constituye un supuesto de falta de equivalencia objetiva entre las contraprestaciones. La pregunta que surge de inmediato es ¿qué ocurriría si el frigorífico puede revenderse pero a menor precio? En la argumentación de VALLE la pérdida correspondiente constituye un perjuicio indemnizable en vía civil, pero no lesión patrimonial típica de la estafa.

(110) Cfr. SCHMOLLER, «Ermittlung des Betrugsschadens...» cit. 105 ss., con referencias a resoluciones que parten de finales de los años 50, en alguna de las cuales textualmente se manifiesta que «la cuestión del daño patrimonial debe enjuiciarse... no objetivamente, ... sino subjetivamente según los intereses del engañado, lo cual significa que lo decisivo es si el gasto realizado por el engañado ha resultado, subjetivamente para él, provechoso o inútil». La doctrina austríaca asume también mayoritariamente la perspectiva subjetiva en la valoración del daño, considerándola compatible con el concepto jurídico económico de patrimonio (Cfr. *Ibidem*, 107, las referencias bibliográficas de la doctrina de aquel país).

«cualquier otra utilidad exigible», por diferente que sea del fin primario pretendido por el afectado (111).

La utilización de los criterios anteriores por la jurisprudencia no es homogénea en los contenidos, ni constante en su aplicación. En ocasiones la atención a los intereses individuales ha llegado bastante más lejos, tomando en cuenta la carga económica derivada de una transacción cuya utilidad y justiprecio no se objeta, pero que conduce al disponente a una presión financiera intensa o a condiciones de precariedad para poder satisfacer sus necesidades básicas (112). Criticada por la doctrina, no solo por tratarse de un perjuicio mediato, es decir no derivado de las características de la contraprestación recibida, sino porque no podía afirmarse en tal caso que el afectado desconociera o hubiera sido engañado sobre los efectos colaterales de su decisión (113). En este tipo de resoluciones, de hecho se toma en cuenta no ya el valor de uso de la contraprestación, sino el menoscabo de la libertad de actuación económica, derivado de una transacción lastrada de cargas financieras.

El criterio de «valor de uso» tampoco es utilizable en supuestos en los que se contrata para obtener una determinada prestación, como por ejemplo el pago de un rescate para salvar a una persona secuestrada, la recompensa por una acción salvadora (114), la devolución de un objeto, el pago de un dinero para obtener la distribución de droga, u otros supuestos de prestaciones prohibidas (115). Aquí habrá que atender al

(111) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit. 151.

(112) La atención a los efectos financieros de la prestación como criterio para medir la «equivalencia» arranca de antiguas sentencias del Reichsgericht, criterio que en la resolución del famoso caso de las máquinas ordeñadoras (*Melkmaschine Fälle* BGH 16, 321, sentencia de 16-8-1961) comienza a delimitarse con pautas normativas. Cfr. SCHROEDER, «Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug» *NJW* 1962, 721 s.; ESER «Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugschaden» *GA* 1962, 291 ss.; MORHBOTTER, «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug» *GA* 1975; El supuesto trata de 4 casos de venta de máquinas ordeñadoras, en tres de los cuales los adquirentes decidieron la compra animados por la manifestación de que se trataba de un precio especialmente ventajoso, cuya oportunidad no volvería a repetirse, lo que les llevó a embarcarse en dificultades financieras. En el cuarto caso la máquina no era utilizable de lleno para el fin previsto, ya que no era adaptable para ordeñar al mismo tiempo el número de vacas sobre el que se había hecho el cálculo en la compra, por lo que se admite el daño en base al déficit del valor de uso.

(113) MORHBOTTER, «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug» *GA* 1975, 43 s.; ESER, «Die Beeinträchtigung...» cit. 90 s.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn 160; SCHROEDER, «Grenzen...» cit. 721 s.; 43 ss.; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit. 151; JAKOBS «Die objektive-individuell...» cit. 230.

(114) Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 174.

(115) Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 174 y Rn. 242, sobre las particularidades de posibilidad de aceptación de estos supuestos dentro de la estafa. Mayoritariamente se admite cuando se entrega un bien patrimonial, dinero, a cambio de una prestación ilícita que supuestamente el aceptante está dispuesto a realizar; la pérdida de esa cantidad puede asimilarse a una donación, puesto que la contrapartida no admite valoración econó-

«fin» pretendido, que «cuesta» ese precio. Una vez admitida la dimensión individual del daño, la valoración no puede detenerse en el mero valor de utilización, sino que atendiendo a las características de cada transacción en que se dispongan de bienes patrimoniales, habrá que adaptar el criterio individualizador de acuerdo con el significado material de la contraprestación (116). Significado que no se agota en el valor monetario sino que trasciende al interés o fin que el disponente pretende satisfacer.

La emergencia del expediente objetivo-individual dentro de la propia concepción económica del patrimonio, descubre la imposibilidad de constreñir lo económico en los límites de parámetros estrictamente objetivos. La admisión de la proyección individual del daño conecta con la fundamental función del patrimonio de la que se deriva su carácter de bien jurídico: su función como instrumento de actuación del titular que le posibilita el ejercicio de opciones individuales en la satisfacción de necesidades o consecución de objetivos de acuerdo con sus intereses. La contemplación del patrimonio como suma de valor económico, acoge únicamente la dimensión estática de los bienes, perspectiva insuficiente para expresar las posibles divergencias de valor de cada bien singular para los distintos sujetos económicos.

b. *Prestaciones unilaterales. El criterio de la frustración del fin*

La estimación objetivo-individual del daño tiene su campo de aplicación en las prestaciones bilaterales económicamente equivalentes, como correctivo excepcional del cómputo monetario abstracto, que atiende al valor de uso o aprovechamiento de la contraprestación. Cuando el objetivo pretendido con la adquisición o transacción no consiste en la obtención de una utilidad para el disponente (para la persona física, o para la persona jurídica en su caso), sino la obtención de un fin económico o social para terceras personas, los criterios anteriores son insuficientes.

Concretamente en los supuestos de **prestaciones unilaterales**, caracterizadas por la gratuidad, se requieren ulteriores matizaciones para la determinación del daño. El desprendimiento gratuito de un bien patri-

mica de acuerdo con los parámetros jurídicos, ni puede jurídicamente exigirse. Estaríamos en un ámbito similar al de las prestaciones unilaterales, y la determinación del daño descansaría en la frustración del fin pretendido (independientemente de la conformidad de ese fin con el ordenamiento jurídico).

(116) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, 438, (en palabras de MAIWALD, actualizador de la 7.^a edición) la teoría de la frustración del fin no es sino un desarrollo consecuente de la corriente de individualización del daño.

monial objetivamente constituye un empobrecimiento económico, por lo que de concurrir los demás elementos típicos de la estafa, a primera vista podría afirmarse también el resultado perjudicial. Pero como viene repitiéndose a lo largo de este trabajo, la cuestión reside en determinar si el sentido de protección de la estafa se extiende también a las disposiciones voluntarias donde el engaño no recae sobre la consiguiente merma económica, sino sobre los motivos de la disposición o sobre las finalidades pretendidas con la misma. Desde una perspectiva inspirada en la racionalidad del «homo oeconomicus», como lo es la concepción económica (y la jurídico-económica), las prestaciones gratuitas no responden al presupuesto fáctico sobre el que se construye dogmáticamente la estafa, relación sinalagmática con expectativa de reciprocidad económica, frustrada para una de las partes por el engaño previo de quien oculta su intención de incumplimiento. El daño, por definición —definición de lo que es regla general en la estafa— nunca es querido por el disponente víctima de engaño. Quien voluntariamente se desprende de parte de sus bienes no requeriría protección jurídica que le defiende frente a tal merma voluntaria (117).

Sin embargo, la cuestión no es tan clara. La interpretación del sentido político-criminal de la estafa no es unívoca en cuanto que sólo acoga las relaciones de pretensión sinalagmática. Una amplia protección del patrimonio implicaría atender a todo empobrecimiento generado mediante conducta engañosa de quien pretende enriquecerse a costa de otro. La jurisprudencia alemana así lo entendió tempranamente (118).

(117) Como abogaba FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit. VI. 1^a., apelando a que el donante es consciente de su pérdida patrimonial, lo cual sabe bien el hipotético mendigo. En la actualidad, ELLSCHEID, «Das Problem der bewussten Selbstschädigung...» cit. 166, vuelve a cuestionar la necesidad político-criminal de incluir estos supuestos en la estafa, dada la menor peligrosidad para el patrimonio del disponente que no es engañado sobre la pérdida económica, sino que consiente en ella; nadie entrega por liberalidad medios necesarios para su subsistencia, lo que implica menor necesidad de protección. No obstante, reconoce que la cuestión queda abierta, y que tanto la solución de impunidad como la de inclusión bajo el tipo de la estafa serían político-criminalmente correctas.

Desde la perspectiva de las posibilidades de autoprotección de la víctima, cuestiona la «necesidad de protección penal» en caso de conciencia del autoperjuicio, con diversos matices, HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtrumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1981, 141.

(118) Claramente en relación a la simulación de condiciones para la obtención de créditos subvencionados y ayudas públicas en general: Cfr. GERHOLD, *Zweckverfehlung... cit.* 15 s.; No obstante pronto se evidenciaron los problemas del tipo de la estafa común para atender a las singularidades de la estafa de subvenciones, en particular por las dificultades de prueba sobre el dolo de los solicitantes de las ayudas. Cfr. al respecto, sobre los programas de subvenciones económicas en la postguerra TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, 47 ss.

En la actualidad la doctrina de aquel país se pronuncia mayoritariamente (119) en el mismo sentido, asumiendo progresivamente, con mayor o menor convencimiento (120), la teoría de la frustración del fin (121) como expediente para dar solución a estos casos.

No obstante, la inclusión de las prestaciones gratuitas en el ámbito de la estafa, se enfrenta a dificultades cuya superación pasa por ciertas concesiones a criterios externos a la lógica económica estricta, y que en definitiva desembocan en la contemplación de las finalidades del disponente. Tales dificultades se proyectan de distinta forma según la posición que se mantenga sobre el requisito del desconocimiento del autoperjuicio derivado del acto de disposición, que la mayoría de la doctrina reclama como exigencia implícita del tipo de la estafa. La relevancia de este requisito en el ámbito de las prestaciones gratuitas y en relación a la teoría de la frustración del fin, obligan a un análisis específico de la citada exigencia.

a'. La disminución patrimonial consentida. Problemática en relación al requisito de «desconocimiento del autoperjuicio»

La relación funcional entre los elementos típicos que configuran el delito de estafa, superado un entendimiento basado en la suficiencia de la concatenación causal, conduce a delimitar el engaño relevante desde su idoneidad para ocultar al disponente el perjuicio patrimonial. La exigencia de imputación objetiva del resultado a la conducta del autor, requiere la idoneidad del engaño para generar el peligro de la lesión patrimonial, y que efectivamente el resultado acontecido constituya una materialización de ese peligro, y no consecuencia de otra causa distinta como la propia voluntad de autoperjuicio. La dogmática alemana, mayoritariamente (122), expresa esta necesaria relación a través del requi-

(119) En contra únicamente ARTZ, *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 3, Vermögensdelikte*, Bielefeld 1978, 165, considera que no puede apreciarse engaño relevante allí donde el disponente es consciente de la merma patrimonial.

(120) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 156-163, tras afirmar que la actual construcción dogmática del daño patrimonial es insatisfactoria, pone de relieve las contradicciones de la admisión de una perspectiva individual, y más aún de la teoría de la frustración del fin, en el marco del concepto jurídico económico de patrimonio; sin embargo acaba admitiendo la teoría de la frustración del fin restringida a las prestaciones económicamente no equivalentes, siempre que se combine con la exigencia del unbewusste Selbstschädigung (Rn. 163).

(121) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 166-167.

(122) Sobre la exigencia del requisito unbewusste Selbstschädigung, como expresión de la «relación funcional» entre los elementos típicos desde el sentido de protección de la estafa, GALLAS, «Der Betrug...» *cit.*, 435; CRAMER, *Vermögensbegriff... cit.*, 202 ss.; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.* 55 ss.; HERZBERG, «Bewus-

sito del «autodaño no consciente», como exigencia del tipo de interpretación, restricción teleológica que dota de sentido la relevancia del engaño en la dinámica típica. No es la mentira lo que se castiga, sino la mentira dotada de capacidad para ocultar el perjuicio consiguiente al acto de disposición del engañado.

Con la caracterización de la estafa como delito de autodaño inconsciente, se pone de manifiesto uno de los rasgos que necesariamente concurren en toda estafa que verse sobre una relación con pretensiones de reciprocidad económica. Por ello, en la mayoría de los supuestos no presenta problemas su constatación, porque se deriva de la propia dinámica de la conducta engañosa. En las prestaciones unilaterales, el carácter consciente de la disminución económica, deberá conducir a negar la tipicidad de la estafa, salvo que se matice que el daño patrimonial es algo más o algo distinto de la merma económica.

El sector doctrinal que rechaza tal exigencia de «desconocimiento del autoperjuicio» (123), no debiera encontrar en principio dificultades para afirmar el daño patrimonial en la entrega gratuita motivada por la falsa representación inducida por el hipotético beneficiario. Si se considera suficiente la conexión entre el engaño, el acto de disposición y el consiguiente empobrecimiento de la víctima, sin más restricciones, es evidente que tales elementos concurren.

Pero en tal caso, la punición por estafa puede alcanzar a cualquier conducta engañosa que de algún modo, por extravagante que sea, afecte la libertad de disposición de quien efectúa una entrega gratuita. Ilustrativa al respecto es la conocida sentencia dictada en el año 1952 por el Tribunal Superior de Baviera condenando a un recaudador de donativos para la Cruz Roja que obtuvo una «generosa» aportación económica de

ste Selbstschädigung beim Betrug», *MDR* 1972, 95 ss., fundamentándolo en el criterio de la «adecuación social»; LACKNER, *LK*, § 263, Rn 172-173, restringiéndolo a prestaciones unilaterales; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT. cit.* 407; MOHR-BOTTER, «Der Bettel, Spenden und Subventionserschleichungsbetrug. Ein Beitrag zum modernen Vermögensbegriff», *GA* 1969, 225; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 158 y 163; RUDOLPHI, «Das Problem der sozialen Zweckverfehlung beim Betrug», *Festschrift für U. Klug, Köln*, 1983, 315; SCHRÖDER, «Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug» *NJW* 1962, 721; WEIDEMANN, «Die funktionale Beziehung zwischen Irrtum und Schaden», *GA* 1967, 238 ss.

BINDING, *Lehrbuch*, cit. 352, destacaba ya que el error debía dirigirse a ocultar el daño patrimonial, aludiendo a la relación causal entre ambos elementos. Si bien debe recordarse que dado su concepto de daño como lesión jurídica y no económica, el desconocimiento aludido se proyecta sobre la irrealidad de la contraprestación —material o inmaterial— pretendida por el disponente.

(123) Así, BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil -1, Vermögensdelikte*, 2. Auf. München, 1982, 71 s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2. Auf, Tübingen, 1983, 118; WESSELS, *Strafrecht, Besonderer Teil -2*, 127. ELLSCHEID, «Das Problem der bewussten Selbstschädigung...» cit. 164 s.

quien luego le denunció, haciéndole creer que su vecino había contribuido previamente con una importante cantidad. Pese a tratarse de una cuestión real para la citada institución a la que se entregó lo recaudado, el Tribunal consideró relevante aquel engaño para condenar por estafa, dado que se trataba de entregas de dinero que suponían disminución patrimonial para los donantes y, por lo tanto, perjuicio patrimonial (124). El hecho de que el engañado conociera claramente que se trataba de una donación y, por tanto, que se desprendía de una cuantía dineraria sin pretensión de contraprestación económica, fue estimado indiferente para la afirmación del perjuicio (125).

Con razón esta sentencia fue objeto de numerosas críticas (126), pasando a convertirse en el clásico ejemplo de referencia en el tratamiento de la problemática de las prestaciones unilaterales. La relevancia otorgada a los meros «intereses de afección», el interés de emular al vecino, es consecuencia del entendimiento de la estafa como un agregado de elementos típicos cuya concatenación causal es suficiente para dar vida al delito. La acogida en el marco de la estafa de engaños que se proyectan sobre aspectos «emocionales» aboca a la punición de cualquier mentira sobre extremos ajenos a lo que pueda considerarse perjuicio patrimonial. Para evitar tales indeseables consecuencias, la doctrina acudirá a la diferenciación entre motivos relevantes y no relevantes, en función de la finalidad social objetivamente reconocible en el carácter de la disposición patrimonial (127). En definitiva se acude al criterio de la «frustración del fin» para resolver la tipicidad de las defraudaciones de prestaciones unilaterales.

Desde las posiciones que consideran la estafa como un delito de «autodaño no consciente» el caso aludido de las donaciones a la Cruz Roja se hubiera resuelto satisfactoriamente, excluyendo la tipicidad por tratarse de un perjuicio «consciente». Pero también tendrían que negar la estafa cuando el engaño recayera sobre el destino de esa supuesta donación. De ser falso el motivo de la colecta, y, por lo tanto, un puro mon-

(124) BAYOG 1952, *NJW* 1952, 798.

(125) La jurisprudencia alemana tradicionalmente ha prescindido de la exigencia del «desconocimiento del autoperjuicio», con alguna excepción del Reichsgericht, respecto a los supuestos de contratación de prestaciones prohibidas, argumentando en tales casos que quien realiza una entrega sabiendo que es imposible exigir la contraprestación se autodaña conscientemente, por lo que el error sobre la realización de lo acordado no puede considerarse verdadera causa del daño. Cfr. sobre la evolución jurisprudencial ELLScheid, «Das Problem der bewussten Selbstschädigung...» *cit.*, 161 s.

(126) CRAMER, SCHÖNKE-SCHÖDER, *StGB Kommentar*, § 263, Rdn. 102; GERHOLD, *Zweckverfehlung*, 54; HACK, *Subventionsbetrug*, 49; LACKNER, *StGB*, § 263, Rdn. VII, 2.^a; MOHRBOTTER, *Bettel-Spenden*, 226 y 229; OTTO, *Vermögensbegriff*, 59; RUDOLPHI, *Spendenbetrug*, 320 s.; SAMSON, *SK*, § 263, Rdn. 157; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, *cit.* 375; WESSELS, *BT*, 133.

(127) WESSELS, *Strafrecht*, *BT*, *cit.*, 127.

taje para beneficio del timador, el carácter consciente del perjuicio no variaría, puesto que la víctima había consentido de antemano en esa disminución patrimonial. Solución que tampoco satisface y que los propios defensores de la exigencia de «daño inconsciente» rechazan, manteniendo que el sentido de la protección que brinda el precepto abarca estos supuestos (128). La apelación a razones de justicia material para incluir en la estafa las prestaciones unilaterales, evitando lagunas de punición en supuestos considerados materialmente idénticos a la estafa común, conducirá a situar el daño en otro lugar, concretamente en la frustración del fin social o económico pretendido por el donante, fin objetivamente diferenciable de los meros intereses de afección. El desconocimiento de la frustración del fin pretendido permite así afirmar el carácter inconsciente del perjuicio, y la concurrencia de los demás elementos de la estafa.

El recurso al expediente del «fin social» pretendido, no deja de ser problemático y metodológicamente incongruente dentro de la concepción económica del daño patrimonial. La premisa de que la estafa no protege los ataques a la mera libertad de disposición queda en entredicho (129). Si el daño patrimonial reside en el detrimento económico, en las prestaciones gratuitas el resultado típico de la estafa se convierte en superfluo (130). La conducta típica se reduce al despliegue del engaño, aunque éste se delimite en atención a los fines perseguidos por el disponente que se consideren socialmente relevantes. La prohibición que vehicula la estafa no puede residir en que las donaciones no produzcan una merma económica objetiva en el patrimonio de la víctima, sino en algo distinto. Desde un entendimiento de lo económico en parámetros exclusivamente monetarios de saldo contable negativo, no puede obtenerse una solución satisfactoria.

b'. La frustración del fin social

Independientemente del reconocimiento de la exigencia de «auto-daño inconsciente» como requisito de la estafa, como se ha visto, existe acuerdo en considerar improcedente la solución de impunidad para la obtención engañosa de prestaciones gratuitas (131). Gallas, y detrás de él la mayoría de la doctrina, cifran en la frustración del fin social preten-

(128) GALLAS, *Betrug*, cit., 435 s.

(129) Críticamente, ELSSCHEID, «Das Problem der bewussten ... », cit., 167: con esta teoría de la frustración del fin, se recupera con una mano lo que con la otra se rechaza, resucitando la relevancia del error en los motivos, pese a su teórico rechazo.

(130) TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, cit., 309.

(131) En la actualidad únicamente ARTZ, *Strafrecht, BT*, cit., 165 mantiene la solución de impunidad.

dido por el disponente el carácter dañoso de la disposición (132). Una vez admitido el correctivo individualizador del valor de utilidad en las prestaciones de paridad económica, lógicamente la perspectiva individualizadora en la evaluación del daño será igualmente relevante allí donde por definición concurre un empobrecimiento económico. En las prestaciones gratuitas la satisfacción u obtención del fin social pretendido impide considerar que el donante haya sufrido un «perjuicio» pese a la merma dineraria. Y *sensu contrario*, la frustración del interés o fin social pretendido permitiría afirmar el resultado perjudicial, obteniendo así una solución conforme a los dictados de la justicia material (133). No obstante, en ambos casos, si nos atenemos al principio del daño patrimonial como saldo económico negativo, objetivamente existe daño. La contemplación de este resultado desde la óptica económica revela su insuficiencia para captar el significado valioso o desventajoso de una disposición de bienes, cuando el interés que anima la decisión individual no coincide con la lógica común del tráfico económico. El sentido o finalidad que la persona concreta proyecta sobre su acto de disposición, revela la ineludible dimensión subjetiva en la valoración del perjuicio.

A través de la teoría objetivo-individual la dimensión subjetiva penetra como excepción en el cálculo del daño en las prestaciones bilaterales, en combinación con criterios objetivos (valoración del mantenimiento o disminución del potencial económico en caso de posible reventa o transformación de utilidad). En las prestaciones unilaterales, la disminución económica viene dada como presupuesto de la gratuidad, por lo que no sirve para delimitar la relevancia del componente subjetivo.

De forma paralela a la valoración de la teoría objetivo-individual, la doctrina intenta incluir el valor de utilidad como elemento del daño patrimonial. La prestación gratuita no se dirige a obtener una contraprestación de «utilidad» personal, pero sí otra «utilidad» que se dirige de hecho a otro lugar (134), o hacia otro destinatario, sea una persona económicamente necesitada, un club de fútbol, una institución cultural, un partido político, una empresa en crisis. Esa utilidad para terceros es lo que constituye el «fin social o político» que anima la decisión del disponente. Cuando la prestación gratuita se obtiene simulando aquel supuesto destino de la misma, con el ánimo de enriquecerse, queda frustrado el sentido de utilidad prevista según los fines pretendidos, y entonces el empobrecimiento cobra su significado de merma económica

(132) Cfr. GALLAS, «Der Betrug...» *cit.*, 435; CRAMER, *Vermögensbegriff*, *cit.*, 211 ss.; KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetze*, 43. Auf. Berlin, 1961, Vol. II, § 263; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, *cit.* 376; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, *cit.* 376.

(133) GALLAS, «Der Betrug...» *cit.* 435 s.

(134) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170.

perjudicial. En tales casos, se alega, puede afirmarse que el donante «ha tirado el dinero por la ventana» (135), sin ningún sentido económicamente razonable (136). Los criterios para delimitar qué finalidades o utilidades pretendidas por el sujeto son relevantes en el marco de la estafa, tienen que operar en el propio nivel del componente individual del daño, porque, como se ha apuntado, el dato objetivo no sirve como restricción dado que siempre concurre. Por ello la «teoría de la frustración del fin», que expondremos con más detalle posteriormente (*infra* III), tiene que dar respuesta tanto a la justificación de la relevancia de los fines, como a la demarcación de sus límites de aplicación.

Desde las posiciones que cifran el daño patrimonial en la frustración del fin, puede confirmarse la relación funcional entre el engaño y el perjuicio. Concurrirá «autodaño inconsciente» cuando el disponente no pudo conocer que el fin o destino pretendido con la entrega patrimonial quedaría frustrado (137).

Desde las posiciones que consideran suficiente que el engaño motive o desencadene la disposición —y rechazan que además deba necesariamente ocultar el efecto dañoso— no es necesario acudir a la frustración del fin para afirmar el daño patrimonial. El daño concurre por el empobrecimiento derivado de la disposición gratuita obtenida engañosamente. Pero, como se expuso anteriormente, recurren a la teoría de la frustración del fin para discriminar los engaños relevantes de los engaños sobre motivaciones colaterales —motivos fútiles intrascendentes, pretensión de ostentación, como en el caso de la donación a la Cruz Roja antes aludido— que no inciden en la obtención del fin social objetivable que se reconoce en la prestación (138). La teoría de la frustración del fin aparece desde esta perspectiva como un criterio de restricción de los engaños relevantes (139). Únicamente la simulación sobre la verosimilitud de la obtención del fin social pretendido constituye engaño idóneo para afirmar la tipicidad de la estafa (140).

Como puede comprobarse, la asunción del criterio de la «frustración del fin» no excluye las divergencias sobre su significación dogmá-

(135) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, cit. 438.

(136) GALLAS, «Der Betrug...», cit., 435; KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB*, Vor. § 263, Anm. II; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 376.

(137) GALLAS, «Der Betrug...» cit. 435, n.º 86; CRAMER, *Vermögensbegriff.. cit.*, 296; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, 438; RUDOLPHI, «Das Problem der Zweckverfehlung...» cit., 315.

(138) Así, WESSELS, *Strafrecht, BT-2*, cit., 127 y 132.

(139) GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 21.

(140) La jurisprudencia alemana rechaza la exigencia del **unbewuste Selbstschädigung**, y por ello también la necesidad de acudir al criterio de la frustración del fin. Lo cual sin embargo no excluye que acuda a la teoría del fin social y de su frustración para diferenciar entre engaños relevantes y no relevantes, particularmente en materia de fraude de subvenciones; Cfr. GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 20 s.

tica (141). No obstante, y pese a las críticas que denuncian el deslizamiento hacia la protección de la libertad de disposición (142), su aceptación gana terreno (143), paralelamente a los esfuerzos por lograr una mayor claridad en la explicación de su justificación dogmática y en la fijación de los límites de su operatividad (144).

El criterio de la frustración del fin encuentra su campo de aplicación específico en las prestaciones unilaterales (145), y en las transacciones parcialmente onerosas, que acogen un componente de gratuidad (146), —compra a precio superior del real de objetos artesanos para apoyar a minusválidos..., subvenciones en los precios de terrenos para instalación de una determinada clase de explotación...etc— donde el **saldo negativo** o desequilibrio de contraprestaciones se compensa por el destino social o político-económico pretendido (147).

Respecto a las negociaciones económicamente equilibradas donde además confluye una determinada finalidad social o de política económica, la aplicabilidad de la teoría de la frustración del fin es objeto de mayor discusión, predominando el rechazo a su extensión más allá de las prestaciones gratuitas (148). En estos supuestos entrarían casos co-

(141) Véase *infra*, III, 1.

(142) ARTZ, *Strafrecht, BT*, LH 3, Vermögensdelikte (Kembererich) 2. Auf. Bielefeld 1986, 187; ELLSCHEID, «Das Problem der bewusste Selbstschädigung...» *cit.*, 168; MAURACH, «Die strafrechtliche Beurteilung des unberechtigten Erwerbs von Volkswagenaktien», *NJW*, 1961, 628 s.; y TIEDEMANN, «Der Subventionsbetrug», *ZStW* 1974, 908 s. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972, 375 n.º 113, manifiesta su recelo ante la extensión de la estafa mediante criterios imprecisos como el del «sentido de la contraprestación» según el fin pretendido, si bien renuncia a entrar en la discusión sobre su legitimidad.

(143) Debe hacerse notar la modificación que aparece en la séptima edición de la obra de MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, *cit.* 438, donde se avisa del cambio de postura —lógicamente debido a MAIWALD—, en cuanto a la aceptación de la teoría de la frustración del fin, rechazada en las ediciones anteriores.

(144) Las dos monografías relativamente recientes (ambas de 1988) sobre este tema, dan cuenta, y a la vez son exponente de tales esfuerzos: HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, *cit.*, optando por la concepción personal del patrimonio; GERHOLD, *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*, *cit.*, desde el concepto jurídico-económico de patrimonio, y rechazando la exigencia de desconocimiento del autodaño.

(145) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 154; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 177.

(146) Cfr. GERHOLD, *Zweckverfehlung*, *cit.*, 17; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 165.

(147) En caso de frustración del fin social, lógicamente la cuantía del daño quedaría cifrada en esa diferencia entre el valor real y el plus pagado en aras a aquellos objetivos que se quieren «subvencionar».

(148) Rechazan esta extensión, GERHOLD, *Zweckverfehlung... cit.*, 68 ss.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 177; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 162; WESSELS, *Strafrecht, BT*, *cit.*, 133. Por el contrario, en MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, 438, MAIWALD se pronuncia a favor de la ampliación de la frustración del fin en estos casos. Asimismo atienden a la frustración del fin para fundamentar el daño patrimonial en las transacciones de paridad econó-

mo el de compra de material de oficina por un determinado Ministerio, que condicionó la adquisición a que los materiales procedieran de empresas radicadas en determinada zona económicamente deprimida, obteniendo el contrato una empresa que falseó su procedencia (149); o los casos de suscripciones a revistas, al precio correcto de mercado, bajo la suposición inducida por el vendedor de que las ganancias se destinan a un determinado fin social (150).

En apoyo de la inaplicabilidad de la frustración del fin a las transacciones onerosas acude Samson a una interpretación sistemática de la estafa en relación con el fraude de subvenciones del § 264 del c.p. alemán. La mayoría de la doctrina considera que el § 264 implica un adelanto de la protección del patrimonio (público) al constituirse como tipo de peligro (151). Su ámbito de aplicación según el tenor de

mica: MORHBOTTER, «Der Bettel, Spenden...» *cit.*, 226 ss.; GALLAS, «Der Betrug...» *cit.*, 435 admite la frustración del fin social como daño en las prestaciones de paridad económica, únicamente para patrimonios vinculados o destinados específicamente a fines sociales, poniendo por ejemplo una fundación destinada a la promoción de jóvenes artistas en estrecheces económicas: la adquisición por la citada fundación, de una obra pintada por un artista bien situado, en la creencia de que su autor era un pintor novel, implica daño patrimonialmente aun cuando el valor del cuadro se correspondiera con el precio pagado. MEZGER, *DR* 1940, 287 (cita tomada de MORHBOTTER, *cit.* 230), restringe la relevancia del fin a las transacciones donde el fin social aparece como elemento sustancial o contenido contractual, conocido y asumido por las partes. Lógicamente el conocimiento del fin pretendido por el disponente debe ser conocido por el autor de la simulación, como requisito del dolo necesario para conformar el tipo subjetivo de la estafa.

(149) *RG*, 73, 284, citado reiteradamente en la literatura: el **Reichsgericht** rechazó la calificación de estafa, pese al incumplimiento de aquella condición y consecuentemente del fin político-económico pretendido de ayuda a zonas deprimidas. Otro supuesto famoso es el de la oferta de compra de acciones de la Volkswagen, oferta restringida a los empleados que acabó siendo utilizada a través de «hombres de paja» por numerosas personas que no tenían derecho a ello; aunque las numerosas resoluciones a que dio lugar, no siempre fueron coincidentes en la argumentación ni en el fallo, cuando condenan lo hacen en base al engaño sobre la pertenencia al círculo de autores legitimados para el acceso a la compra, prescindiendo de justificar el daño patrimonial; si bien algunas sentencias aluden a los «objetivos sociopolíticos» no se relaciona con la «disminución patrimonial»: Cfr. MÜLLER, «Der widerrechtliche Bezug von Volkswagen Aktien», *Deutsche Richterzeitung* 1963, 55 ss. Sobre estos supuestos y otros similares, Cfr. MORHBOTTER, «Der Bettel, Spenden...» *cit.*, 225 ss.

(150) Por ejemplo para ayuda a jóvenes drogadictos excarcelados, caso tratado en la sentencia OLG KÖLN 23-1-1979, absolviendo al acusado. Sentencia comentada por SONNEN, «Die Soziale Zweckverfhlung beim Betrug», *JA*, 1982, 593 s., manifestando su acuerdo con la resolución: en los negocios mixtos donde concurre un componente de finalidad social, el daño sólo puede afirmarse cuando no exista paridad económica entre las prestaciones.

(151) La mayoría de la doctrina considera que el § 264 constituye un adelanto de la protección que brinda la estafa genérica, (**Vorfeld des Betruges**), y por tanto un delito de peligro para el patrimonio (público): GERHOLD, *Zweckverfhlung*, *cit.*, 78 s.; HACK,

la ley (152) se restringe a las subvenciones económicas, definidas como aquellas prestaciones concedidas total o parcialmente sin exigencia de una contraprestación equivalente según valor del mercado. Si en este supuesto de peligro, construido sobre prestaciones dirigidas a finalidades político-económicas, se restringe la punición a tales casos de no equivalencia económica, parece lógico, alega Samson, deducir que en el tipo de lesión patrimonial como es la estafa, la frustración de los fines sociales o políticos sólo pueda tomarse en cuenta en supuestos de gratuidad total o parcial (153).

La restricción del criterio de la frustración del fin a los supuestos de prestaciones unilaterales presenta no obstante, como destaca el mismo Samson, una evidente contradicción: Quien dona un limosna engañado sobre el destino de la misma a una asociación de minusválidos, es considerado víctima de estafa, puesto que no sólo se le ha dañado en su libertad de disposición, sino también en su patrimonio. En cambio si se tratara de compra de postales supuestamente dibujadas por minusválidos o, con la intención de favorecer a aquéllos, pero al precio real de mercado, la frustración del fin social no sería suficiente para afirmar el daño patrimonial, lo cual significa que la frustración del mismo fin social en este caso se identifica con la mera lesión de la libertad de disposición (154).

Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug, § 264, unter der blickwinkel allgemeiner strafrechtliche Lehren, Berlin, 1982, 19 s.; LACKNER, *StGB mit Erläuterungen*, 18. neu bearb. Auf., München 1989, § 264, Rn. 1b); LENCKNER, SCH/SCH, *StGB*, § 264, Rdn. 1 y 4; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, cit., 456; RANFT, «Die Rechtsprechung zum sog. Subventionsbetrug, i. S. des § 264 I, Nr. 1 StGB», *JuS* 1986, 3163; SANNWALD, *Rechtsgut und Subventionsbegriff § 264 StGB*, Berlin, 1981, 63; SCHÜNEMANN, «Subventionsbetrug durch nachgeordneten Amtsträger», *NSiZ* 1985, 73; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, BT*, 2. Auf., Tübingen 1983, 144; VOLK, «Strafrecht und Wirtschaftskriminalität. Kriminalpolitische Probleme und dogmatische Schwierigkeiten», *JZ* 1982, 87.

Otro grupo importante de autores apela a la institución subvencional, a los fines de la subvención, o a la libertad de planificación estatal como objeto de protección del fraude de subvenciones. Algunos de ellos consideran sin embargo que juntamente a tales intereses también se protege el patrimonio público: Una exposición de las distintas posiciones puede verse en mi trabajo inédito, *La obtención y disfrute indebido de subvenciones*, cit. 125-249.

(152) § 264 (6): «A los efectos de este precepto se considera subvención toda prestación con cargo a fondos públicos dirigida a empresas o explotaciones, otorgada en virtud de una normativa jurídica federal, de los estados federados, o de la Comunidad económica europea, siempre que tal prestación, al menos en parte, 1. se otorge sin exigencia de una contraprestación equivalente a las que rigen las relaciones propias del mercado económico, y además, 2. se trate de subvenciones que deban aplicarse a objetivos de fomento económico. [...]».

(153) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 162.

(154) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 158; WESSELS, *Strafrecht, BT.*, 133: El hecho de que el comprador víctima del engaño no hubiera comprado las postales de haber

Se trata de una contradicción difícil de salvar desde la concepción económica o jurídico-económica del patrimonio que cifra del daño en el saldo negativo en clave dineraria. La teoría objetivo-individual choca aquí con la teoría de la frustración del fin. Si las postales adquiridas permiten la utilidad objetiva que le son propias (155), y se han pagado a precio de mercado, la afirmación de un daño patrimonial supondría admitir una excepción individualizadora —por la frustración del fin social— a la ya excepción individualizadora del «valor de uso». Estaríamos ante una excepción de la excepción.

Lo que en las posiciones que siguen una orientación económica del patrimonio aparece como excepción, correctivo, expediente inevitable pero contradictorio, encontrará mejor acomodo en las concepciones funcional o personal del patrimonio. La aceptación de los criterios individualizadores como único medio de evitar soluciones insatisfactorias desde la perspectiva de la justicia material, revela un esfuerzo digno de valorar, pero no puede encubrir la debilidad de su justificación en el marco conceptual de la orientación económica (156).

3. Concepto personal y funcional de patrimonio. El daño patrimonial como lesión del potencial económico para la satisfacción de fines individuales

Los inicios del denominado «concepto personal de patrimonio» se atribuyen en Alemania a Bockelmann, quien ya en 1944 reclama la primacía de la perspectiva subjetiva del titular patrimonial, definiendo el patrimonio como ámbito de desenvolvimiento de la propia persona y de sus intereses (157). Aunque minoritaria en Alemania, la concepción per-

sabido la falsedad sobre el destino de la ganancia, no puede variar la conclusión de que no existe estafa, pues ésta no protege ni la confianza, ni la buena fe en el tráfico, ni por supuesto la libertad de disposición como tal. En el mismo sentido LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 177, niega que exista contradicción en el diverso tratamiento de ambos casos, manteniendo que en negocios de paridad económica la atención a la frustración del fin para afirmar el daño implicaría una ampliación de la estafa a la protección de la libertad de disposición.

(155) Aunque como destaca LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 177 en estos casos lo más frecuente es que el objeto resulte perfectamente inútil para el adquirente, quien realiza el acto de disposición pretendiendo únicamente colaborar al fin social que se le presenta como real, por lo que la apariencia de paridad económica entre valor y precio solo concurre en términos abstractos de mercado, y no en relación al valor de aplicación o uso que ofrece para el adquirente.

(156) OTTO, *Die Struktur*, cit., 81 s.

(157) BOCKELMANN, «Der Unrechtgehalt des Betruges», *Festschrift für E. Kohlrausch*, Berlin, 1944, 226 ss., y «Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug», *JZ* 1952, 464.

sonal ha incrementado el número de sus partidarios en los últimos años (158), destacando como desarrollo más elaborado la monografía de Otto aparecida en 1970 (159), junto a otras aportaciones significativas (160).

Próxima a esta orientación tanto en sus premisas como en sus resultados se encuentra la llamada concepción funcional del patrimonio representada fundamentalmente por Weidemann (161) y Mohrbotter (162), quienes parten de la lesión a la libertad de disposición patrimonial como

(158) CRAMER, SCH/SCH, *StGB* § 263, Rn. 81, considera que se trata de una teoría que avanza en los últimos tiempos, porque ofrece una versión del daño patrimonial que trata de conciliar el criterio formal de evaluación del daño del concepto jurídico con el criterio objetivo del valor abstracto del concepto económico.

LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 124, manifiesta que «es posible que la teoría personal tenga futuro», pero a la vez muestra sus recelos por la inseguridad jurídica derivada de las formulaciones de daño personal, frente a la mayor precisión de los conceptos elaborados durante varias décadas por la tradición doctrinal y jurisprudencial. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, BT, 2. Auf. Tübingen, 1983, 112- llega a manifestar que la teoría personal constituye por el momento el punto final de una discusión mantenida durante varias décadas, apreciación que GERHOLD, *Zweckverfehlung... cit.* 27, n.º 59 considera, como mínimo, «prematura».

(159) OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970.

(160) Tempranamente se suma a la orientación personal HARDWIG, «Beiträge zur Lehre vom Betrug», *GA*, 1956, 6 ss. Posteriormente, HEINITZ, «Urteilsanmerkung zu BGHSt. 22, 88», *JR* 1968, 387 s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, BT, 2. Auf. Tübingen, 1983, 112; Más recientemente y con detenida argumentación, HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung... cit.*, 89 ss.

Coinciden con el concepto personal de daño patrimonial, aunque refiriéndose a ámbitos concretos de defraudación: SCHLÜCHTER, «Der Vermögensschaden im Sinne § 263 *StGB* aus wirtschaftlicher Sicht, dargestellt am Fall von Vertragsschlüssen, erschlichen durch Täuschung über die Bedeutung des Bestellscheins», *MDR* 1974, 617 ss.; FRANZHEIM/KRUG, «Betrug durch Erschleichen von Unterschriften» *GA*, 1975, 97 ss.; y JAKOBS, «Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug» *JuS* 1977, 228 ss. quien explícitamente (*Ibidem*, 231 n.º 27) reconoce la proximidad de sus planteamientos con la teoría personal, a la que no obstante critica por conceder aún demasiado peso a lo económico, al menos en las formulaciones teóricas al supeditar el carácter patrimonial a los «fines económicos» o al ámbito de los «resultados económicos».

(161) WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Bonn 1972, 199 ss.

(162) MOHRBOTTER, «Der Bettel –Spenden– und Subventionserschleichungsbetrag, ein Beitrag zur modernen Vermögensbegriff», *GA* 1969, 225 ss. y «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug», *GA* 1975, 41 ss. La formulación de MOHRBOTTER es calificada de «dualística-dialéctica» por OTTO, *Die Struktur... cit.* 27. OTTO rechaza que MOHRBOTTER avance significativamente sobre la concepción jurídico-económica, ya que parte de una concepción del patrimonio como «suma de elementos» en cuanto «unidad abstracta de valor», aunque por otro lado acuda a una perspectiva funcional, lo cual le obliga a manejar dos conceptos distintos de patrimonio, en detrimento de la congruencia conceptual (OTTO, *op. cit.* 83).

objeto de protección de la estafa, en cuanto tal facultad del titular es considerada inseparable de un entendimiento dinámico de patrimonio (163). La construcción de Eser, conocida como «concepción dinámica» de patrimonio (164), conduce a los mismos resultados que la concepción personal en la valoración del daño, si bien asume el concepto jurídico económico de patrimonio, intentando compatibilizar éste con la protección de la «libertad de actuación económica» (165).

En España la concepción personal de patrimonio ha tenido escaso eco en la literatura jurídica, si bien en los últimos años, en el marco de específicos trabajos monográficos, algunos autores se han pronunciado a su favor (166).

A. Presupuestos conceptuales

Presupuesto común a las distintas versiones de la orientación personal es el entendimiento de que la protección penal del patrimonio se dirige a garantizar a su titular las posibilidades de desarrollo personal que le brindan aquellos bienes económicos bajo su señorío, más allá del aseguramiento de una suma abstracta de valor económico según el patrón del «homo oeconomicus» (167). De acuerdo con la definición de Otto el

(163) KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW*, 1991, 398 ss. (408 y n.º 34) mantiene una posición singular, considerando la estafa como «delito contra la libertad que daña al patrimonio», y cifrando el resultado de la conducta en el «autodaño no libre» (unfreie Selbstschädigung), defiende sin complejos la libertad de disposición como verdadero objeto de protección de la estafa junto con el patrimonio; «Das Vermögen wird als Medium der Dispositionsfreiheit und nicht unabhängig von dieser geschützt».

(164) ESER, «Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugschaden», *GA* 1962, 289 ss.

(165) OTTO, *Die Struktur... cit.*, 84.

(166) Así, ROMERO, *Los elementos del tipo de la estafa*, cit. 245 ss.; ELGUERO y MERINO, *La estafa de seguro*, Madrid, 1988, 60, escuetamente y sin ulterior argumentación, manifiesta «adherirse» a la concepción personal de patrimonio mantenida por OTTO y por ROMERO; MARTOS, *El perjuicio patrimonial*, cit. 129 manifiesta que «la teoría personal del patrimonio debe admitirse en nuestro Ordenamiento» [sic], si bien la fundamentación resulta confusa. En relación al concepto jurídico-penal de propiedad, defiende una orientación dinámica-funcional, DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material en los delitos de hurto y apropiación indebida*, San Sebastián, 1992, (tesis doctoral inédita), 108 ss., manteniendo la necesidad de unidad conceptual en las definiciones de propiedad y de patrimonio.

En la jurisprudencia, debe destacarse la toma de postura a favor del concepto personal de patrimonio en la sentencia de 23 de abril de 1992 (caso de la intoxicación por aceite colza, ponente: BACIGALUPO), como se indicó más arriba (Supra, n.ºs 35 y 36).

(167) OTTO, *Die Struktur... cit.*, 41; MOHRBOTTER, «Der Bettel Spenden...» cit., 232; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, BT. cit.*, 112; WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem*, cit., 213.

patrimonio constituye una unidad «personalmente estructurada», conformada por las relaciones de señorío de una persona sobre elementos que socialmente se reconocen como objetos del tráfico económico (168). El ejercicio del dominio o señorío sobre los bienes patrimoniales bajo su titularidad implica la posibilidad de utilizarlos para satisfacer las propias necesidades, gestionarlos, intercambiarlos o disponer de ellos de acuerdo con sus planes. El patrimonio se concibe, ante todo, como una *relación* de un sujeto con un objeto, donde aquél domina el objeto configurando sus aplicaciones, en cuanto titular de ese potencial económico (169).

La orientación personal teóricamente constituye el contrapunto del concepto económico y jurídico-económico, si bien, dada la asunción dentro de estos últimos, de importantes correctivos individualizadores en la estimación del daño, el alegado antagonismo queda amortiguado. Desde la teoría jurídico-económica la fundamentación de la protección penal del patrimonio no es ajena al significado personal, ya que no se niega, sino que se reconoce explícitamente que el patrimonio constituye un instrumento que sirve para asegurar a su titular un ámbito de realización económica y una esfera de existencia (170). La diferencia radica en la proyección que se concede a tal afirmación en la definición del patrimonio como bien jurídico, y sobre todo en los criterios de determinación del daño patrimonial. No obstante la afirmación de que el concepto personal no es sino un «concepto personal del *daño*» (171), menosprecia la congruencia conceptual que ofrece la teoría personal, en la que los criterios para la estimación del daño resultan consecuencias lógicas de sus premisas, sin tener que acudir a expedientes correctivos que las excepcionen, proceder que no pueden evitar las concepciones económicas (versión estricta o versión mixta jurídico-económica).

Como reconoce el mismo Bockelmann, la formulación personal no se distancia de las demás teorías en cuanto a los presupuestos básicos económicos y jurídicos de los elementos patrimoniales, pero valora éstos no como simple conjunto de derechos patrimoniales o como suma global de bienes cifrados en cuantía monetaria, sino como objetos valiosos por el interés que adquieren para su titular como medio de satisfacción de necesidades (172). En la construcción más acabada de Otto se

(168) OTTO, *Die Struktur... cit.*, 64 s.

(169) BOCKELMANN, «Zur Begriff...» *cit.*, 464.; WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem, cit.*, 201 s.; MOHRBOTTER, «Das Bettel-Spenden...» *cit.*, 232.

(170) CRAMER, *Vermögensbegrif... cit.*, 103.

(171) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT., cit.*, 436; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 101 ss. y 121 ss. y «Grundprinzipien des strafrechtliche Vermögensbegriffes», *JA* 1989, 510 ss., parece asumir esta afirmación de hecho, pues trata la teoría personal únicamente al analizar los distintos conceptos de «daño patrimonial», eludiendo referencias a ella al examinar los conceptos de «patrimonio».

(172) BOCKELMANN, «Zur Begriff des Vermögensschadens beim Betrug», *JZ* 1952. 464.

expone detalladamente la coincidencia en el plano objetivo, de los criterios que permiten afirmar el carácter patrimonial de una determinada posición o relación fáctica de una cosa con un sujeto: valor económico, y ausencia de contrariedad con el ordenamiento jurídico (173). La particularidad la orientación personal descansa en la reivindicación del elemento subjetivo como elemento obligado de la relación patrimonial, que dota de sentido al significado valioso del patrimonio, y que se refleja en la fijación de lo que resulta económicamente dañoso. El «valor» económico de un patrimonio se singulariza por la organización funcional que el titular imprime a través de sus decisiones sobre los elementos patrimoniales según sus necesidades o preferencias, lo que difiere de un titular a otro, aunque el «valor objetivo» contable de dos patrimonios sea idéntico (174). Esta perspectiva cobra toda su relevancia a la hora de evaluar la lesión típica, momento en el que la dimensión funcional subjetiva opera como criterio determinante para afirmar o negar la paridad económica de las prestaciones en juego (175).

B. *Características del daño patrimonial. Frustración del fin pretendido, y disminución del potencial económico*

Por lesión patrimonial se entiende aquella merma de la capacidad económica, concebida como el poder o señorío sobre bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades —en sentido amplio— del titular. La equivalencia de la contraprestación obtenida debe realizarse en función de su idoneidad para satisfacer aquellos fines, y no simplemente en función del valor objetivo del mercado que se fija de manera abstracta y convencional (176). Lo que desde parámetros objetivos aparece como compensación equivalente, puede desvelarse como contraprestación desventajosa de acuerdo con los criterios de utilidad o rendimiento subjetivo. Bajo la premisa de que la protección del patrimonio significa protección del desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos económicos, no cabe hablar de un valor fijo igual para cualquier titular

(173) OTTO, *Die Struktur... cit.*, 43 ss. y 49 ss. La mera posesión de una cosa, incluso de origen ilícito, pertenece al patrimonio como objeto de protección, aun cuando la protección que dispensa el ordenamiento jurídico a esta posesión se fundamente simplemente en el interés de mantenimiento de la paz jurídica (p. 55).

Pese a la coincidencia básica con la concepción jurídico-económica, se destaca alguna diferencia de valoración, en relación a bienes de mero valor afectivo, que la concepción personal integra como elementos patrimoniales en tanto desplieguen una función de utilidad para su titular: Cfr. *Ibidem*, 66 s.

(174) OTTO, *Die Struktur... cit.* 63 ss.

(175) BOCKELMANN, «Der Unrechtsgehalt...» *cit.*, 248.

(176) BOCKELMANN, «Zum Begriff...» *cit.*, 464.

como si éstos fueran intercambiables (177); la dimensión individual impide considerar el patrimonio como un conjunto rígido, ajeno a la concreta organización funcional en la que el titular sitúa la utilidad de sus bienes (178). En el momento en que el titular adopta una decisión de aplicar un determinado bien, o de efectuar un gasto, como medio de obtener una determinada contraprestación, toma cuerpo el valor real que para el sujeto representa esa finalidad, que será para él de un valor equivalente a lo que entrega (179). La «imposición» de una contraprestación distinta a la pretendida, que aunque objetivamente sea económicamente equivalente, no satisface el sentido de utilidad o la finalidad expresada, distorsiona el significado económico subjetivo, al quedar incorporado a su patrimonio un objeto disfuncional a la organización y distribución personal de los bienes.

La frustración del fin pretendido con la aplicación patrimonial, o su reverso, la obtención del fin, pasa a ocupar el lugar central en la determinación de la lesión patrimonial, tanto en la concepción personal como en las versiones funcionales de Weidemann (180), o Mohrbotter (181). La finalidad de la prestación consistirá en la mera obtención de una suma económica, o en la utilidad que ofrece el objeto de la adquisición, o en la satisfacción de una necesidad de consumo o en el disfrute de un espectáculo artístico o de una estancia vacacional. Su valor económico queda determinado por la confluencia de intereses entre las partes que intercambian, adquieren y reciben el pago, o en definitiva acuerdan las contraprestaciones en base a la satisfacción de los fines respectivos: el valor económico de un bien, en su realización práctica queda configurado intersubjetivamente (182). El valor objetivo de mercado será una referencia sobre la que coincidirán las partes si ambas consideran provechoso el intercambio (183). La valoración estática de un bien según va-

(177) KINDHÄUSER, «Täuschung und...» *cit.*, 408 s.: si se parte de que la protección del patrimonio como bien jurídico se basa en que el patrimonio sirve al libre desarrollo de su titular, ¿cómo puede protegerse tal libertad de desarrollo cuando las pautas las marca la racionalidad del mercado o la voluntad colectiva?

(178) OTTO, *Die Struktur*, *cit.*, 56: la valoración no puede responder a una configuración de patrimonio como una especie de «peculio muerto» («toten Rathaus»), pues evidentemente por ejemplo a objetos idénticos se les valora económicamente de forma distinta según se trate de un contexto de venta al por mayor, o por el contrario al detalle para el consumidor.

(179) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.*, 95.

(180) WEIDEMANN, «Zur Frage...» *cit.*, 992, y *Kompensationsproblem*, *cit.*, 281.

(181) MOHRBOTTER, «Der Bettel-Spenden...» *cit.*, 231, insistiendo en que debe tratarse del fin acordado entre las partes.

(182) OTTO, *Die Struktur*, *cit.*, 56; KINDHÄUSER, «Täuschung...» *cit.*, 408.

(183) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung... cit.*, 89, con referencias a los criterios de la ciencia económica, que destaca la importancia de esta confluencia y por consiguiente la necesidad de atender a los intereses que permiten la realización del intercambio de bienes.

lor de venta al público, o valor equivalente en el sector de tráfico que se trate, es indicativa de lo que la media de los consumidores, adquirentes o usuarios está dispuesto a pagar. En la mayoría de los casos el automatismo del valor convenido coincide con los intereses del adquirente, pero ello no significa que por el hecho de que dos bienes tengan igual valor de mercado sean intercambiables en relación a cualquier patrimonio. Únicamente si ambos reportan la misma utilidad para satisfacer los intereses económicos del titular podrá afirmarse que su potencial patrimonial permanece inalterado. Por el contrario, si una parte no tiene interés por la utilidad que se le ofrece, o aun interesado en dicha utilidad estima sin embargo que no le «compensa» pagar tal precio en su concreta circunstancia, de acuerdo con la estructuración personal de sus recursos patrimoniales, no cerrará el trato, porque preferirá mantener su concreto valor de cambio, o acudir a otras alternativas que le ofrezca el mercado (184).

Hartmann propone una diferenciación entre el valor estático-objetivo del patrimonio, o más concretamente de cada elemento integrante del mismo, y el valor dinámico-subjetivo, en función de la situación del bien en relación a las decisiones del titular. Mientras los bienes patrimoniales permanecen «en reposo», formando el acervo patrimonial, constituyen una «reserva» económica que el titular puede activar en cualquier momento (185). El valor de esa «reserva activable» (*aktivierbares Reservoir*) se computa según parámetros monetarios de valor de mercado, y, como tal, de acuerdo con un valor abstracto objetivo, cuantificable en dinero. Ahora bien, en el momento en que el titular decide una determinada aplicación de sus bienes, actualiza su valor de acuerdo con lo que para él vale la concreta contraprestación que pretende, y no otra: en lugar del valor objetivo incorporado a ese bien pasa a primer plano el valor subjetivo (186). Este sería el valor subjetivo, desde la perspectiva dinámica de la operación de intercambio, adquisición o entrega gratuita que al titular le interesa. La primera valoración estática sería aplicable básicamente para los delitos consistentes en una apropiación patrimonial. La valoración dinámica es de aplicación en el ámbito de la estafa, donde por definición concurre un acto de disposición patrimonial del titular (o del facultado por éste en caso de estafa triangular, se sobrentiende), llevado a cabo en el marco de una relación comunicacional donde autor y víctima acuerdan el sentido de la transacción. La determinación del daño requiere la comparación de dos prestaciones, una real —la del disponente— y otra fallida o defectuosa. La concurrencia del daño depende por lo tanto de las características de la prestación fallida o incompleta, que de haberse producido según lo acordado hubiera compensado

(184) OTTO, *Die Struktur*, cit. 283; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...*, cit., 89.

(185) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...* cit., 95, 97.

(186) *Ibidem*, 95.

económicamente la disposición de la víctima. La valoración adecuada de esa equivalencia no puede realizarse ya con parámetros objetivos de mercado, sino en función de las utilidades o propiedades acordadas que debiera ofrecer, que son las que ha tenido en cuenta ambas partes para llegar a la conformidad sobre la equivalencia económica.

De atender únicamente al valor objetivo en el ámbito de la estafa, quedaría fuera de la previsión penal la picaresca de quien para «colocar» o «asegurar» la venta de existencias de difícil salida, aseguran los consiguientes ingresos a costa de la defraudación de la utilidad o necesidad cuya satisfacción pretendía el adquirente, desconocedor de la simulación desplegada (187).

La mayor labilidad de los intereses individuales y el peligro de deslizamiento hacia la protección de la libertad de disposición bajo el manto de la estafa, no deja de ser reconocido por los representantes de la orientación personal (188), si bien manifiestan que tal peligro se conjura con mejor fortuna desde sus postulados, que desde las contradicciones de la teoría objetiva-individual de las concepciones económicas (189). Otto establece la delimitación de los intereses atendibles, acudiendo a la diferenciación entre el resultado «económico» pretendido, y los aspectos no esenciales sobre la forma o particularidades de ese resultado, aunque difieran de lo que el sujeto hubiera deseado. Conforme a esta pauta, no podrá afirmarse el daño, por ejemplo, si las prestaciones que ofrece una póliza de seguros de la Compañía X es igual a la de la Compañía Y con la que quería contratar; o tampoco concurre daño si se recibe mantequilla extranjera de la misma calidad que la alemana solicitada, salvo que la finalidad fuera la comercialización del producto y conste la existencia de dificultades por razón del origen del producto; en definitiva el criterio de demarcación atiende a lo expresado como objetivo de utilidad al efectuar el correspondiente desembolso, dejando fuera preferencias incidentales que no afectan al fin pretendido (190). O como propugna Schmöller, la afirmación del daño requiere la frustración del

(187) ESER, «Die Beeinträchtigung...», *cit.*, 294: no resulta político-criminalmente satisfactorio que el consumidor quede desprotegido frente a la astucia de los vendedores, cuando por su parte vendedores y empresas reciben protección frente a prácticas atentatorias de la libertad de competencia. OTTO, *Die Strafrechtliche Belämplung unseriöses Geschäftstätigkeit*, Lübeck, 1990, 80 s.

(188) OTTO, *Die Struktur*, *cit.*, 74: Es fundamental establecer la frontera entre la disminución de una posición patrimonial y la protección de la mera libertad de disposición. El concepto personal de patrimonio no debe confundirse con un concepto meramente subjetivo de patrimonio.

(189) BOCKELMANN, «Zur Begriff...», *cit.*, 465; OTTO, *Grundkurs, Die einzelene Delikte*, *cit.*, 209.

(190) Cfr. OTTO, *Die Struktur...*, *cit.*, 74 ss., con abundantes ejemplos; BOCKELMANN, «Das Unrechtsgehalt...» *cit.* 248; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...*, *cit.*, 124.

fin o de la utilidad dominante, quedando fuera de consideración la frustración de otras representaciones mentales que hubieran incidido en la motivación pero que son separables del uso o fin principal (191). Weidemann acude a la diferenciación entre fines y motivos (192); Hartmann insiste en que debe tratarse de finalidades económicas, entendiendo por tales aquellas cuya satisfacción requiere una aplicación económica, es decir cuestan dinero (193).

La valoración de lo que constituye interés o fin relevante resulta más problemática en el campo de la conformación de la vida privada. La corrección normativa que proponen algunos autores, de referencia a lo que constituye aplicación *económica*, y obtención del fin expresado según la posición de un tercero imparcial (194), resulta en principio irrenunciable, pero particularmente vidriosa en este ámbito. Jakobs reclama la máxima individualización allí donde los gustos y las preferencias individuales no pueden en absoluto ser sustituidas normativamente por la utilidad o gusto del «tercero imparcial» o la «utilidad exigible» en función de lo que es útil para otra persona en su situación (195). La premisa general de que la estafa protege únicamente el patrimonio y no la libertad de disposición patrimonial según gustos o preferencias en el tratamiento de los bienes, es razonable en el campo de las actuaciones económicas ordinarias, regidas por el interés de resultados económicos de mantenimiento o acumulación de capital. En la esfera privada por el contrario, la facultad de decidir según el propio gusto o capricho, es inherente a la conformación de aquellos aspectos de la vida particular de cada individuo; la aplicación de los baremos generales conduciría a dejar desprotegido el patrimonio en las actuaciones propias de esta esfera individual (196). En el campo de uso del patrimonio para fines privados la consideración del daño debe por lo tanto valorarse, a su juicio, con criterios similares a los admitidos para las prestaciones unilaterales de donaciones o subvenciones, y no con los criterios del «homo oeconomicus», indiferente a intereses de «conformación vital» (197). En la misma

(191) SCHMÖLLER, «Ermittlung des Betrugsschadens...», *cit.*, 119 ss.

(192) WEIDEMANN, *Kompensationsprobleme...* *cit.*, 216 ss.

(193) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...* *cit.*, 124 s.

(194) WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem*, *cit.*, 217 ss., 282; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.*, 132.

(195) JAKOBS, «Die objektive-individuelle...», *cit.*, 229 s. Acude a los ejemplos de quien quiere comprarse un pantalón de lana y no de rayón o fibra sintética aunque sean del mismo precio, o el que está interesado en las obras de Marx y recibe las obras de Hegel, etc.

(196) *Ibidem*, 230.

(197) *Ibidem*, 230: desde la perspectiva del «homo economicus» las vacaciones serían un medio de recuperar su fuerza de trabajo y según esto sería indiferente que le envié a Noruega o a Roma, si en ambos casos puede obtener la misma utilidad de relaxo y distracción. Sin embargo para la persona real el interés concreto de visitar Roma no es intercambiable con el viaje a Noruega.

línea Kindhäuser insiste en la necesidad de proteger la libertad de disposición en el ámbito de la vida privada, una vez de que se admite como punto de partida que el patrimonio sirve para el libre desarrollo de su titular. Imponer la racionalidad del mercado o los baremos de la voluntad colectiva —del tercero imparcial— supondría negar aquella premisa (198).

La exigencia de una máxima individualización conduce por lo tanto al rechazo de las correcciones normativas utilizadas por la jurisprudencia en el contexto de la teoría objetivo-individual del daño. Se requerirán ulteriores pautas de delimitación que sitúen la frontera entre las finalidades relevantes y los intereses no atendibles aun desde la perspectiva funcional-personal. En el apartado siguiente se tratará con más detalle el desarrollo doctrinal de estos criterios, como problema básico de la teoría de la frustración del fin, por lo que me remito a lo que allí se expone (199).

En la fijación del daño, las premisas funcionales del patrimonio conducen a destacar la necesidad de conjunción de otro criterio adicional al de la frustración del fin. Rechazado el saldo contable como baremo del daño, se recurre no obstante a la valoración global de la situación económica del titular después de la transacción fallida en su objetivo de utilidad. Caso de que la contraprestación obtenida —inadecuada para el fin previsto— implicara la incorporación patrimonial de un bien monetariamente evaluable, deberá atenderse a su idoneidad para ser intercambiado o convertido para servir de forma mediata a la satisfacción de los fines pretendidos (200). Criterio que sólo parcialmente puede coincidir con el de «otra utilidad exigible» de la jurisprudencia alemana (201).

La concreta estimación del daño, bajo las premisas de la lesión —empobrecimiento— del potencial patrimonial para la obtención de los fines del titular, requiere alguna matización, según las características de la transacción.

(198) KINDHÄUSER «Täuschung und Wahrheitsanspruch...», *cit.*, 409. En n.º 34 matiza que la concepción personal del patrimonio debe tomar en cuenta el contexto social de cada ámbito de vida: el ámbito puramente económico se rige por la figura del «homo oeconomicus», los contextos relacionados con un determinado rol, se rigen conforme a los criterios de la esfera de tráfico particular de que se trate, la esfera de la vida privada se ordena en cambio por criterios de la individualidad personal.

(199) *Vid. infra*. III.

(200) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.* 150; WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, *cit.* 235, 240 s.; FRANZHEIM/KRUG, «Betrug durch Erschleichen...», *cit.*, 102; JAKOBS, «Die objektive-individuelle...», *cit.*, 230 alude incidentalmente a este cómputo cuando manifiesta que la disminución patrimonial concurre al menos por el importe diferencial entre el precio pagado y el precio de la reventa de lo recibido en contraprestación.

(201) Como ya vimos, algunos autores incluyen bajo este criterio la posibilidad de reventa del bien recibido; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 157.

a. Prestaciones bilaterales

Siguiendo la diferenciación que ofrece Hartmann, reordenando y recogiendo básicamente los criterios de la orientación personal, dentro de las relaciones con pretensión de paridad económica debe aun distinguirse entre contraprestaciones económicamente insuficientes por no alcanzar siquiera la paridad monetaria objetiva, y aquellas otras donde la insuficiencia reside en el valor funcional de utilidad.

a') TRANSACCIONES CONFORMADAS SOBRE PRESTACIONES DE HIPO-
TÉTICA EQUIVALENCIA ECONÓMICA, CON OCULTACIÓN DEL ME-
NOR VALOR OBJETIVO —DE MERCADO— DE LA
CONTRAPRESTACIÓN.

En estos casos la constatación del déficit objetivo hace innecesarias ulteriores indagaciones para afirmar ya la lesión patrimonial. La consideración del patrimonio como *unidad*, permite la determinación del daño atendiendo al saldo global, como punto de partida en el cómputo del valor del patrimonio que disfruta una persona (202). El engañado ha pagado más de lo que realmente cuesta la prestación que quiere obtener, con la consiguiente merma de su potencial individual, en el valor de la diferencia entre lo entregado y lo recibido, aquí según valor objetivo de mercado. La reducción de las posibilidades de dedicar esa diferencia indebida a la satisfacción de otras necesidades (203) permite afirmar el resultado típico de acuerdo con las premisas funcionales del patrimonio. La consecución de la finalidad proyectada, —que en el contexto concreto en que se produce la transacción «costaba» menos que lo detraído por el disponente— no sirve para «compensar» esa pérdida de valor objetivo (204). La «obtención material del fin» no juega ya ningún papel en la determinación del daño, pues de otra forma quedarían sin protección penal esa lesión patrimonial generada a través del engaño desplegado por quien se enriquece en la misma medida del empobrecimiento objetivo de la víctima (205).

(202) *Ibidem*, 95 s. La consideración del patrimonio como «unidad» constituye doctrina dominante en Alemania: Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 143.

(203) HARTMANN, *Das problem der Zweckverfehlung...*, *cit.*, 97.

(204) Conclusión distinta a la que llega WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, *cit.*, 213 s., desde su concepto funcional, según el cual la obtención del fin descarta el daño patrimonial. Asimismo LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 190, manifiesta que la venta de un producto como si perteneciera a una determinada marca más famosa, consiguiendo un precio más elevado, no debe considerarse perjuicio patrimonial si el comprador está interesado únicamente en su calidad, y no en su procedencia, en cuyo caso el componente individual de medición del valor excluye el daño.

(205) HARTMANN, *Ibidem*, 171.

- b. Transacciones con prestaciones objetivamente equivalentes con frustración del fin pretendido por el engañado (ocultación de la ausencia de utilidad o de la imposibilidad de obtención del fin)

En estos supuestos, la valoración del daño se realiza a un doble nivel. En primer lugar el relativo a la frustración del fin que se expresa al destinar un valor patrimonial para su consecución. La coincidencia del valor objetivo de mercado con el valor económico individual, supone que el bien o prestación que se recibe sea idóneo para la satisfacción del fin pretendido con la disposición patrimonial. Su inidoneidad a tales efectos, significa que el objeto recibido no compensa el desembolso realizado, y por lo tanto se trata de una operación económicamente fallida desde la perspectiva de la satisfacción de necesidades o de organización de los propios bienes (206). Pero la frustración del fin no permite todavía afirmar que la víctima se haya empobrecido, esto es, que su *potencial* de dominio económico haya disminuido; será necesaria una segunda operación dirigida a examinar las posibilidades que ofrece la contraprestación a través de su sustitución, intercambio o transformación, para la obtención de forma mediata, de la finalidad inicial perseguida (207). La posibilidad efectiva de reventa o intercambio por otro bien que satisfaga el interés del afectado, en paridad de valor objetivo, o por dinero en identidad cuantitativa al valor del desembolso, excluirá el daño típico, ya que el sujeto mantiene su capacidad económica para obtener el fin previsto, sin tener que detraer nuevos bienes de su patrimonio, o en todo caso se sitúa en una posición económicamente igual a la que gozaba con anterioridad a la transacción (208).

La frustración del fin por sí misma, no constituye por lo tanto el criterio definitivo en la estimación del daño patrimonial (209). En las relaciones de intercambio con prestaciones equivalentes objetivamente, la frustración del fin constituye una condición necesaria, pero no suficiente de la lesión patrimonial. Lo que implica que sólo en casos excepcionales concurrirá este resultado típico (210). Si no cabe sustitución o transformación, o éstas implican la entrada de un bien de menor valor; o si en el caso de devolución de precio se trataba de devolución parcial, o si la transformación o reventa no puede ser inmediata o requiere un es-

(206) *Ibidem*, 99.

(207) *Ibidem*, 101, 147 s. En el mismo sentido WEIDEMAN, *Kompensationsproblem*, cit., 281.

(208) HARTMANN, *Ibidem*, 148.

(209) *Ibidem*, 101.

(210) *Ibidem*, 147, 171.

fuerzo considerable de la víctima, en todos estos casos podrá afirmarse la efectiva lesión patrimonial (211).

El procedimiento señalado presenta cierta similitud con los dos estadios de la teoría objetivo-individual, que ahora se invierten de forma simétrica: primero atención a los fines, y en segundo lugar al valor objetivo de cambio. Similitud parcial porque, primero, aquí no se trata de un «correctivo» del valor objetivo, sino de la aplicación de la premisa básica de que la merma patrimonial es merma del potencial económico individual; en segundo lugar, porque en la consideración del potencial de la prestación en cuanto a su sustituibilidad, se atiende no ya el valor abstracto del «precio» en el momento de la transacción, sino su valor de cambio una vez en manos del engañado, en su caso el valor de «reventa». No es lo mismo el valor objetivo que incorpora un bien, según mercado, que el valor concreto que representa dentro de un patrimonio. Como tampoco es igual, en muchos casos, el valor objetivo de ese bien cuando se adquiere, que cuando se acude al mercado de segunda mano.

La corrección normativa de la «posibilidad de otro uso exigible», en la teoría objetivo-individual, conduce a imponer una utilidad que *no se quiere* (212), si bien también admite una interpretación que cifre la utilidad en la posibilidad de reventa o sustitución (213), pero en una y otra versión la frustración del fin previsto por el adquirente deja de tener significación, pues basta que se pueda obtener un fin secundario. En la versión de Hartmann, la obtención de este fin secundario no excluirá el daño si a la vez se produce una disminución del potencial económico individual para poder alcanzar aquel fin principal (214). No obstante, como ya se ha indicado, en la realidad se llega prácticamente a los mismos resultados con una u otra teoría (215).

Mediante este doble baremo, se supera el peligro de incluir en la estafa los meros ataques a la libertad de disposición, ya que no es suficiente el engaño sobre la utilidad de lo adquirido (216), si no va acompañada de la merma de potencial individual patrimonial. En coincidencia con la

(211) *Ibidem*, 101 s. y 149.; en el mismo sentido WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem*, cit., 240 s.; y MOHRBOTTER, «Der Bettel-Spenden...», cit., 233: el engañado no sólo queda afectado en su libertad de disposición, como libertad de conformación unilateral, sino que además pierde la «posibilidad de realizar sus planes económicos», pues o renuncia al fin pretendido o tendrá que obtenerlo de otra manera, en detrimento en definitiva de otras posibilidades económicas, que antes de la transacción engañosa existían.

(212) WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, 375: lo decisivo no es que el sujeto *quiera* utilizar la contraprestación, sino que *pueda* hacerlo, según las posibilidades que ésta ofrece.

(213) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 15.

(214) HARTMANN, *Ibidem*, 151.

(215) *Ibidem*, 151.

(216) El engaño sobre la utilidad, es decir, sobre la obtención del fin, será, como ya se ha indicado, condición necesaria para poder afirmar el daño en transacciones de paridad económica, donde por definición se descarta el engaño sobre el valor objetivo. Además habrá que comprobar la disminución del potencial patrimonial individual.

concepción económica y jurídico-económica, se considera insuficiente el hecho de que «de no haber mediado engaño, el afectado no hubiera realizado la disposición patrimonial», pues con ello sólo se constata el efecto del engaño en la autonomía decisional. El carácter patrimonial de la estafa requiere la conjunción de engaño y merma patrimonial. Merma patrimonial que desde el prisma de la concepción personal descansa en el recorte objetivo del potencial de satisfacción de necesidades (217).

b) *Prestaciones unilaterales o económicamente desiguales*

Dentro del concepto personal de patrimonio la problemática de las prestaciones gratuitas no obliga a acudir a criterios distintos de los utilizados para las prestaciones equivalentes (218). Establecido que el valor patrimonial individual de un bien descansa en su idoneidad para obtener la satisfacción —de necesidades, intereses o fines— pretendida con su aplicación, la obtención de tal fin excluye el perjuicio; por el carácter gratuito de la disposición, la merma económica objetiva no implica daño patrimonial en ningún sentido (219). El desprendimiento de un bien patrimonial como medio de obtener un fin cuya obtención interesa al titular constituye un ejercicio consecuente del señorío sobre sus bienes, por lo que queda desterrada toda idea de perjuicio en cuanto perturbación de la organización funcional del patrimonio. El hecho de que la aplicación económica se dirija a satisfacer necesidades de otro o a incrementar un patrimonio ajeno, sin reversión económica en el disponente, no modifica el significado del componente individual en la valoración de la ausencia (o presencia) del perjuicio.

Consecuentemente la frustración del fin excluye el sentido económico positivo de la disposición patrimonial porque desvía el sentido de la prestación hacia intereses ajenos al disponente. La merma económica objetiva que se ha revelado inadecuada para la satisfacción de la necesidad (en sentido amplio, puede ser necesidad de otro, que el titular quería

(217) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...*, cit., 101, 104.

(218) *Ibidem*, 152: tanto en las prestaciones bilaterales como en las unilaterales, la aparición del daño patrimonial no se explica en base a la disminución económica objetiva, sino en la disminución de la capacidad patrimonial individual de organizar y destinar los propios bienes de la satisfacción de necesidades.

(219) Desde las concepciones económicas la disminución consentida no deja de ser objetivamente un daño patrimonial. Por ello, cuando se inserta dolosamente un engaño en la motivación del disponente, o bien afirman la concurrencia del desvalor penal de resultado, pero tienen que acudir a diferenciar entre engaños relevantes y no relevantes convirtiéndose este elemento en determinante para la tipificación —posturas que no exigen «unbewusste selbstschädigung»—, o bien encuentran dificultades en explicar la concurrencia del requisito «autodaño inconsciente» dado que se trata de merma económica consentida. Cfr. *supra*, II.2.C.

satisfacer) o interés pretendido, significa ahora efectiva disminución del potencial patrimonial del sujeto, que se verá obligado a recurrir a otra parte de sus bienes para obtener el fin fallido. Puesto que en las prestaciones unilaterales no existe contraprestación material a su favor, que pudiera revertirse en otro valor útil, no es necesario acudir a ese segundo baremo valorativo utilizado en las prestaciones de paridad económica objetiva. Con la frustración del fin automáticamente se produce la lesión patrimonial (220).

El expediente de la frustración del fin encaja con naturalidad en las premisas conceptuales del concepto personal (221). La obtención de un fin social que beneficie a terceros constituye una de las aplicaciones posibles del patrimonio de una persona o ente en el ejercicio del señorío sobre sus bienes, si tal beneficio externo entra dentro de sus intereses. Sin embargo también desde esta perspectiva debe responderse a la cuestión de si el derecho penal debe proteger la frustración de cualquier tipo de interés que motive una disposición patrimonial. Entre la posición extrema de la sentencia del Tribunal de Baviera, sobre la cuestión a favor de la Cruz Roja, que condenó en definitiva por un engaño que frustraba el interés de ostentación (222), y la posición de Tiedemann, que rechaza la consideración del fin de la disposición salvo que se trate de patrimonio público (223), caben soluciones razonables en base a criterios dogmáticamente congruentes con el carácter patrimonial de la estafa y con la significación de sus elementos típicos. Congruencia que a mi juicio, se logra únicamente desde el marco conceptual de la concepción personal. La colocación del aspecto funcional del patrimonio en el centro de la definición de esa relación bienes económicos-persona titular, conduce a una equilibrada conjunción de criterios objetivos e individualizadores.

La escasa divergencia, en la resolución de los casos particulares, respecto a las concepciones económicas, es explicable por la confluencia de criterios en la determinación del daño, una vez admitida por aque-

(220) *Ibidem*, 147, 152.

(221) OTTO, *Die Struktur...* 58.

(222) BAYOG 1952, *NJW* 1952, 798. En realidad la sentencia no pretende establecer un criterio sobre la relevancia de cualquier interés, sino que se limita a constatar la existencia de un engaño —simulación de una donación previa del vecino— y de una merma patrimonial. La resolución es paradigmática de las consecuencias a que conduce un entendimiento meramente causal de la concatenación de los elementos típicos. La restricción teleológica defendida mayoritariamente en la literatura alemana, materializada en la exigencia del «unbewusste Selbstschädigung», permite una reconducción material de la interpretación en la delimitación de los engaños relevantes. Desde la concepción personal la exigencia de «desconocimiento del autoperjuicio» se resuelve satisfactoriamente, puesto que al insertar la frustración del fin como componente del valor —desvalor— patrimonial, permite afirmar que el perjuicio ha sido ocultado. En las concepciones económicas, la construcción resulta más atormentada.

(223) TIEDEMANN, «Der Subventionsbetrug», *ZStW* 1974, 911.

llas la perspectiva subjetiva como criterio corrector de una valoración excesivamente abstracta. La discusión sobre los contornos y modo de operar de los criterios individualizadores, fundamentalmente en el ámbito de las prestaciones unilaterales, se plasma en las diversas propuestas que conducen a la construcción, todavía no acabada, de lo que hoy se reconoce como teoría de la «frustración del fin». Como señala Hartmann, el criterio de la «frustración del fin» no solo sirve para la integración de los aspectos subjetivos del daño, sino también para la fijación de sus límites (224). La exposición de los rasgos fundamentales de esta construcción ocupará el siguiente apartado (III), recogiendo conjuntamente este esfuerzo de delimitación llevado a cabo desde premisas patrimoniales conceptualmente divergentes.

4. Recapitulación

Dejando de lado la concepción jurídica de patrimonio, superada por las construcciones económicas, y atendiendo a la concepción jurídico-económica de aceptación mayoritaria tanto en España como en Alemania, resulta altamente significativo la consolidación en Alemania de la «teoría objetivo-individual», y su variante de la «frustración del fin», en el cálculo del daño patrimonial. Esta progresiva aceptación de perspectivas individualizadoras se acompaña simultáneamente por un desarrollo de criterios normativos destinados a contener el impulso potencialmente expansivo*de la subjetivización. La tensión dialéctica entre las exigencias de seguridad jurídica y los componentes económicos objetivos del patrimonio por un lado, y la necesidad de atender a la singularidad de los intereses económicos de cada titular, recorre tanto las propuestas de matriz económica como las propugnadas por la concepción personal. La práctica coincidencia, repetidamente apuntada, de ambas concepciones en la resolución de supuestos problemáticos, revela el acuerdo sobre el punto de equilibrio en el que se resuelven los antagonismos teóricos. Detrás de esta coincidencia se encuentra la casi unanimidad de criterio sobre lo que se consideran soluciones político-criminalmente adecuadas dentro del sentido de protección de la estafa.

La adecuación político-criminal de las soluciones propuestas, no puede sin embargo suplantar las exigencias de coherencia dogmática en la interpretación de un tipo penal, comenzando por la especificación del bien jurídico objeto de protección. El carácter normativo de los elementos que configuran el tipo penal de la estafa, permite una gran dosis de flexibilidad al margen de la interpretación, donde se de-

(224) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 27.

sarrolla el debate entre las distintas construcciones doctrinales y jurisprudenciales. La posibilidad de convergencia entre el concepto del bien jurídico patrimonio —punto nuclear en la dogmática de la estafa— y las exigencias de justicia material sin tener que recurrir a excepciones contradictorias basadas en aspiraciones de política criminal, no resulta una tarea imposible. La asunción de un concepto dinámico de bien jurídico, que en relación al patrimonio significa la contemplación de su vertiente funcional-personal, permite resolver de forma más satisfactoria los problemas concretos que presentan ciertas constelaciones de supuestos como los aquí tratados, sin tener que acudir a correcciones de los criterios generales (225).

El entendimiento del instituto del bien jurídico desde una perspectiva dinámica y funcional, que atiende a la relación objeto-sujeto de acuerdo con la significación de esta relación para la persona individual, debe proyectarse consecuentemente en la formulación de los bienes jurídicos particulares de cada figura delictiva (226). La con-

(225) ESER, «Die Beeinträchtigung...», *cit.*, 290: un concepto dinámico que tome en cuenta la libertad económica como factor constituyente del patrimonio, puede aportar una clarificación que permita la inclusión de nuevas situaciones materialmente injustas como merecedoras de pena. Acogiendo la argumentación de BOCKELMAN, «Der Unrechtsgehalt des Betruges», *cit.*, 226, que expresamente califica de «convincente», manifiesta la posibilidad de acoger dentro de un precepto legal una modificación de su significado sin necesidad de alterar su concreta configuración típica.

(226) OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 3. Auf. Berlin/New York, 1988, 8: el bien jurídico descrito en cada tipo delictivo particular alude a la relación real de la persona respecto a valores reconocidos por la comunidad jurídica —unidades funcionales sociales (*sozialen Funktionseinheiten*)— en la cual el sujeto jurídico se desenvuelve personalmente en conformidad con el ordenamiento jurídico; RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico»; *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, 343 ss., 344: «el bien jurídico es precisamente la función social misma y no solo aquello cuya existencia en la realidad consiste en un ser-en función»; por ello, añade, el substrato real del bien jurídico «propiedad», «no es un estado determinado sino la función de la cosa en su correspondencia jurídica con el propietario que le abre a éste la posibilidad de un determinado dominio y a la vez un desarrollo de la personalidad mediante el aprovechamiento de estas posibilidades». Asimismo TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, 115 ss. insiste en que el significado dogmático del bien jurídico se basa en un concepto relacional (**Beziehungsbegriff**): «no es un estado ni (únicamente) un juicio de valor objetivo, sino la relación (valiosa) entre personas e intereses es lo que constituye el substrato que fundamenta el concepto del bien jurídico». Sin embargo en el ámbito de la estafa rechaza la perspectiva individual de la teoría de la frustración del fin social en las disposiciones patrimoniales de los particulares, como un entendimiento falsamente antropológico que conduce a desvirtuar la lesión patrimonial diluyéndola en la lesión de la libertad de disposición («Der Subventionsbetrug», *ZStW*, 1974, 910 ss.).

cepción personal de patrimonio acoge esta perspectiva, posibilitando que el concepto de bien jurídico patrimonio en su concreta formulación, resulte operativo para poder determinar cuándo concurre una lesión patrimonial, sin tener que recurrir a criterios externos al contenido establecido en su definición.

Los conceptos económicos de patrimonio —versión estricta o versión mixta jurídico-económica— por el contrario, presentan importantes fisuras entre su definición de patrimonio y el concepto de daño patrimonial, que acaban conformando con entrada de excepciones contradictorias. Otro proceder posible, respetuoso con los principios de congruencia, es el de rechazo categórico de cualquier criterio de perfil subjetivo en la evaluación del daño, como es proceder mayoritario teóricamente en la doctrina española. La cuestión que entonces permanece sin resolver es la de la inadecuación político-criminal de la construcción dogmática. Inadecuación que podría mantenerse en aras a la seguridad jurídica, siempre que no fuera posible otro entendimiento dentro del mismo contexto típico de la figura delictiva, porque en tal caso únicamente cabrían propuestas de modificación de *lege ferenda*. Vista la situación de la doctrina y jurisprudencia alemana, cuya influencia en nuestro país es notable en tantos campos incluida la propia formulación típica actual de la estafa, no parece que sea necesaria una modificación

En nuestro país, por ejemplo BUSTOS, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, 191, rechaza un concepto formal del bien jurídico definiéndolo como una «síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica» que ha de implicar la participación de los sujetos en el proceso social. Si bien en otro lugar (*Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá 1982, 72) alertaba la necesaria diferenciación entre el bien jurídico y sus presupuestos, que son las relaciones sociales, las posiciones que en ellas ocupan los individuos, su intermediación e interacción, que es lo que explica la significación y legitimidad de la protección penal, pero que no es lo mismo que el bien jurídico, fórmula sintética de lo que se protege realmente. Tal vez por ello al definir el bien jurídico patrimonio en su *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, asume la concepción jurídico económica sin mayores matizaciones. La diferencia entre la justificación del carácter valioso de una situación o relación, que constituye el motivo del legislador al optar para su protección, y lo que constituye estrictamente el objeto de protección, se encuentra en la base de las distintas concepciones del patrimonio como bien jurídico-penal. La cuestión reside en determinar hasta qué punto ese substrato legitimador debe aflorar en la estimación material o sustancial del bien jurídico de cara a apreciar la lesión del mismo.

No es posible aquí examinar las distintas concepciones sobre el bien jurídico y sus consecuencias en la determinación del alcance de cada bien jurídico particular protegido en los tipos penales, pues ello requeriría una investigación independiente y de gran envergadura. Unicamente interesa poner de relieve la necesidad de revisar la congruencia entre las elaboraciones teóricas generales y la proyección de las mismas en el análisis del injusto de los tipos penales.

del tipo penal en cuestión (227), sino un mayor desarrollo de la reflexión sobre el patrimonio como bien jurídico y sobre los criterios del daño patrimonial en la estafa.

III. LA TEORIA DE LA FRUSTRACION DEL FIN

La denominada teoría de la frustración del fin se construye, como ha quedado expuesto, a partir del reconocimiento por la doctrina y jurisprudencia alemanas de la necesidad de atender a la dimensión individual del patrimonio, expresada en los objetivos o utilidades que pretende el titular al realizar una disposición patrimonial (228). En el ámbito de las prestaciones gratuitas, que constituye el campo específico de operatividad del criterio de la frustración del fin, el disponente pretende directamente el enriquecimiento unilateral del destinatario de su entrega económica, enriquecimiento ajeno correlativo al empobrecimiento propio, que sin embargo «satisface» el interés del disponente. Esta «satisfacción» solo puede entenderse contemplando los motivos o fines pretendidos con tal empobrecimiento, ya que, por definición, no puede hablarse de equivalencia de contraprestaciones, o de afluencia de otro valor económico equivalente al patrimonio del donante.

La estructura lógico objetiva de una prestación unilateral, no responde al paradigma de la reciprocidad económica que anima las transacciones patrimoniales onerosas. En éstas, la decepción de aquel presupuesto de reciprocidad da lugar al empobrecimiento que constituye el desvalor de resultado que la conducta engañosa desencadena motivando el acto de disposición de la víctima. En las prestaciones gratuitas la relación autor-víctima responde a otra lógica distinta, porque el disponente conoce de antemano la merma patrimonial. Ciertamente en las operaciones de contratación de servicios tampoco fluye al patri-

(227) Me refiero a la idoneidad del tipo común de la estafa para la acogida de la casuística general del fraude generado mediante engaño en el contexto comunicacional autor-víctima. Problema distinto es la necesidad de tipos complementarios para acoger modalidades defraudatorias a través de aparatos mecánicos o instrumentos informáticos, que hacen necesaria una tipificación especial ajustada a sus particularidades (el Proyecto de código penal 1992, art. 252,2, recoge junto a la estafa, la manipulación informática con resultado de perjuicio). Igualmente cuestión distinta es la conveniencia político-criminal de tipificación específica de fraudes o abusos en relación a subvenciones públicas, —materializada en el art. 350 del c.p.— supuestos en el que la dimensión pública de los recursos en cuanto a su vinculación funcional a fines de interés general en la actividad de fomento, hace que la perspectiva patrimonial resulte insuficiente para captar el interés necesitado de protección: la obtención de los fines específicos de la subvención en conformidad con el programa que instituye la ayuda pública. Aparte de las insuficiencias reales —en este caso sí— del tipo de estafa para acoger gran parte de las modalidades de fraude de subvenciones.

(228) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit. 77.

monio del titular un valor equivalente, y el disponente se «empobrece» objetivamente con la satisfacción de una necesidad o interés por el que paga un dinero. No obstante, la prestación médica, jurídica, cultural o de recreo, revierte en el bienestar, disfrute o utilidad inmediata del disponente. En las prestaciones gratuitas ese disfrute o beneficio se dirige a un tercero, por deseo del disponente, lo cual objetivamente supone una situación materialmente equiparable a la anterior desde la perspectiva de aplicación de los propios bienes a la obtención de los fines proyectados.

Actuaciones patrimoniales altruistas, que implican desembolso económico dirigido a ayudar a persona o colectivos económicamente necesitados, ó a subvenir la realización de un proyecto cultural o social, gratificar al descubridor de un tesoro arqueológico, premiar una acción de salvamento, etc. (229), pertenecen a la esfera del ejercicio razonable del propio señorío patrimonial, y la percepción común reconoce en ellas un carácter socialmente positivo. Por ello, la defraudación de los objetivos a los que se orienta la prestación, por concurrir engaño sobre la necesidad ajena, la verosimilitud de un proyecto, la identidad del descubridor o salvador, o la realidad objetiva de las conductas que motivan la gratificación, es considerada socialmente un timo inaceptable, de la misma entidad que otras modalidades de estafa (230). La traslación de esta percepción social a criterios jurídicos en la dogmática de la estafa, obliga ineludiblemente a renunciar a una interpretación económica estricta del daño patrimonial; el sentido dañoso tendrá que apoyarse en la frustración de los fines, cuya obtención hubiera satisfecho la congruencia lógica del desprendimiento económico.

El peligro de una excesiva subjetivización, y consiguiente inseguridad jurídica, al colocar en la voluntad o deseos del disponente el criterio de la relevancia penal de la conducta engañosa, obliga a establecer una serie de matizaciones que permitan la reconducción de la voluntad del sujeto a parámetros objetivables. En cuanto delito patrimonial, la estafa no puede acoger conductas que implican únicamente una lesión de la libertad de disposición, esto es la mera frustración de los motivos o expectativas que sobrepasan lo que objetivamente constituye el sentido

(229) Otros casos citados por la doctrina, en general refiriéndose a sentencias de los tribunales: regalos a un supuesto amigo que transmite saludos del pariente que está en el frente de guerra; la novia que entrega una cantidad a cuenta al novio que promete matrimonio; el taxista que no cobra el viaje porque se le hace creer que se trata de una acción de socorro; además de los variados supuestos de obtención fraudulenta de ayudas estatales. Cfr. CRAMER, *Vermögensbegriff*, cit., 214; MAIWALD, «Belohnung...», cit., 2780; WESSELS, *Strafrecht*, BT., cit., 132; LACKNER, LK, § 263, Rn. 164.

(230) En el contexto de este trabajo los ejemplos se limitan a supuestos de engaño previo, en la discusión sobre la aplicabilidad del tipo de estafa. En caso de ausencia de engaño inicial, asumiendo el receptor la misión de trasladar lo recibido a la institución o personas destinatarias de la ayuda, estaríamos en el ámbito de la apropiación indebida si el receptor (recolector de la donación, distribuidor de las ayudas...) incumple la obligación de entrega a sus legítimos destinatarios.

reconocible de la aplicación patrimonial. La «teoría de la frustración del fin» trata de establecer las pautas que permitan excluir la relevancia de ciertos fines o motivos personales cuando el engaño sobre los mismos no altera el sentido sustancial de la prestación patrimonial (231). En tal sentido coinciden tanto los autores que asumen una orientación económica como aquellos defensores de un concepto personal de patrimonio.

Me referiré en primer lugar a los intentos de fundamentación dogmática, particularmente en el seno de las concepciones económicas de patrimonio, que es donde se revelan las dificultades de encuadrar la perspectiva subjetiva, y posteriormente analizaré los criterios que se proponen para determinar qué fines deben estimarse irrelevantes.

1. Fundamentación dogmática

De acuerdo con las premisas de la concepción personal o funcional del patrimonio, el daño típico queda cifrado en la disminución del potencial económico del titular para la satisfacción de sus necesidades en sentido amplio. La consecución de la finalidad pretendida con la prestación gratuita, supone una aplicación congruente que satisface la propia función del patrimonio, por lo que queda descartado el daño patrimonial. Por el contrario, la frustración del fin implica la lesión de aquel potencial, y por consiguiente el daño típico. La «frustración del fin» pertenece al propio concepto de daño patrimonial, como merma de la capacidad funcional de los bienes. En las concepciones económicas de patrimonio, la perspectiva subjetiva, como se ha visto, se ubica también dentro del daño patrimonial, como criterio corrector del valor económico de la contraprestación, a fin de establecer la «equivalencia» de prestaciones. Pero cuando se trata de disposiciones gratuitas no cabe corrección alguna, porque no se pretende ninguna contraprestación (232), razón por la que la «finalidad» pasa a ser elemento constitutivo de la «compensación», o en su caso del daño patrimonial. O bien, si se mantiene que el daño patrimonial reside en la mera disminución económica, el fin pretendido con la disposición adquiere su protagonismo como objeto del engaño desplegado por el autor.

A. La obtención del fin como equivalente a la contraprestación

En la concepción jurídica de patrimonio, el fin pretendido en las donaciones se configura como el equivalente a la contraprestación en las

(231) Explícitamente apela a esta función de la teoría de la frustración del fin LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 171 y 173.

(232) Sobre estas insuficiencias, HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 87 s.

relaciones bilaterales (233), sin forzar la construcción formal del daño patrimonial propia de esta orientación. La acentuación de las pretensiones subjetivas del disponente como criterio decisivo para valorar el daño, conduce a tomar en cuenta tanto las pretensiones materiales como las finalidades inmateriales, como factor decisivo para estimar la existencia o ausencia de compensación patrimonial (234). Realmente no necesitan acudir a una teoría de la «frustración del fin», ya que tales criterios pertenecen a las premisas de su entendimiento del daño patrimonial. La clase de fines atendibles dependerá en principio de su idoneidad para ser considerados como pretensiones jurídicamente reconocibles.

El rechazo general de la concepción jurídica ya desde principios de este siglo, relegó su protagonismo a un momento histórico concreto, ajeno al desarrollo actual de la teoría de la frustración del fin. Paradójicamente, con la admisión de esta teoría, los representantes de la concepción económica o jurídica económica, se acercan, aunque sea en el ámbito reducido de las prestaciones gratuitas, a las explicaciones que ofrecía aquella concepción. Ilustrativa a este respecto es la construcción de Cramer, quien empeñado en mantener el esquema de la contraprestación compensatoria, propugna la equiparación de las obligaciones morales, o deberes convencionales según costumbre social, a las obligaciones jurídico económicas. La obtención del fin altruista, moral o social, constituirá la contraprestación de la entrega realizada, en tanto que se trata de satisfacer o dar cumplimiento a obligaciones morales o a deberes convencionalmente reconocidos («*Sitten und Anstandspflichten*»). La asunción de una obligación de tipo moral por parte del disponente constituiría una carga patrimonial similar a las obligaciones derivadas de una deuda (235). La simulación por parte del beneficiado, de la existencia de una situación material que genera en el disponente la decisión benefactora, en la creencia de que cumple un deber moral o social, convierte el desprendimiento patrimonial en autolesión patrimonial típica, ya que no se produce liberación de obligación alguna, al igual que ocurre cuando el estafador simula un crédito inexistente consiguiendo del hipotético deudor el pago correspondiente en la creencia de que con ello salda la obligación que gravaba su patrimonio (236).

(233) BINDING, *Lehrbuch, BT, I, cit.*, 354; MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen, II, cit.*, 212 ss.

(234) BINDING, *Lehrbuch, BT, I, cit.*, 357.

(235) CRAMER, *Vermögensbegriff, cit.*, 211 ss.

(236) CRAMER, *Vermögensbegriff, cit.*, 212, acude a la regulación del código civil sobre la validez jurídica de las disposiciones patrimoniales gratuitas (§ 534 y 814 BGB), para fundamentar la equiparación aludida. De hecho, según cita OTTO, *Die Struktur, cit.*, 59, n.º 118, en alguna ocasión el Reichstgericht (*RG HHR 1937, Nr. 535*) acogió el argumento de la «liberación de la obligación de ayuda» para la determinación del daño patrimonial, junto con consideraciones sobre la frustración del fin social.

Las críticas a la propuesta interpretativa de Cramer denuncian, con razón, su voluntarismo en el empeño por equiparar realidades distintas (237), y la insuficiencia de su construcción por cuanto dejaría fuera aquellas prestaciones gratuitas que no responden a un «deber moral», o a las convenciones sociales (238). Además de que lógicamente, como el mismo Cramer reconoce, aquellos deberes sólo pueden considerarse tales respecto a las personas que voluntariamente estén dispuestos a asumirlos (239), por lo que difícilmente pueden equipararse a las obligaciones jurídicas. Weidemann destaca que, por congruencia con las premisas económicas que Cramer asume, la estimación del daño o de la compensación patrimonial en base a valores «ideales» supone la ruptura de la unidad de criterio de valoración, que súbitamente equipara lo económico a lo moral (240). La liberación de una obligación moral o el cumplimiento de deberes convencionales sólo podrían considerarse de carácter patrimonial si se tratara de una obligación computable en el «Pasivo» del titular, lo que evidentemente no es posible (241).

La construcción de Cramer pretende contener la subjetividad implícita en el criterio de la frustración del fin, sometiendo el «fin» pretendido por el sujeto al esquema contraprestacional de cumplimiento de una obligación. La liberación de la carga «moral» o «social» aparecería como el efecto que revierte en beneficio del disponente, por lo que puede prescindirse de la concreta mención al «fin» pretendido (242). Para estimar el daño patrimonial lo decisivo sería —al igual que en las prestaciones unilaterales fundadas en una obligación jurídica real (243)— la simulación de las circunstancias que conducen a ese «deber moral» cuyo cumplimiento vendría a compensar la obligación. La imprecisión de lo que constituya la «obligación moral», su falta de relevancia jurídica, y la insuficiencia de tal criterio para abarcar la variedad de prestaciones gratuitas, impiden aceptar la propuesta de Cramer.

(237) GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 30; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 85.

(238) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 97; GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 30; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 85.

(239) CRAMER, *Vermögensbegriff*, cit., 214 ss.

(240) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 212.

(241) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 208; en sentido similar, HERZBERG, «Bewusste Selbstschädigung...» cit., 93 s.

(242) Y por lo tanto se deja de lado realmente la necesidad de acudir a la teoría de la frustración del fin, como señala HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 84.

(243) Por ejemplo la obligación jurídica de alimentos familiares, o la obligación jurídicamente establecida a cargo del Estado, de entrega de determinadas prestaciones sociales regladas, que generan el correspondiente derecho a la prestación en las personas que ostentan la condición de beneficiario.

El expediente del «equivalente ideal» de la contraprestación constituye sin embargo la explicación más frecuente en la doctrina alemana para fundamentar la frustración del fin como criterio decisivo para afirmar la relevancia penal de la disminución patrimonial (244). No se trata de equiparar obligaciones jurídicas a deberes morales, sino de tomar en consideración lo que el sentido común parece avalar: si la obtención del fin social impide afirmar la presencia de perjuicio alguno, *sensu contrario*, su frustración transmuta la pretendida donación en disposición perjudicial típicamente relevante.

En el intento de mantener la congruencia de las premisas económicas, otros autores tratan de justificar la relevancia económica de los fines sociales pretendidos por el titular, y a la vez excluir la relevancia de aquellos que no tengan tal carácter. Lackner parte del principio de que toda pretensión o deseo cuya realización requiera la inversión de medios económicos tienen relevancia económica (245). El «homo oeconomicus» no solo persigue la satisfacción de intereses que reviertan económicamente sobre sí mismo, sino que también participa en la promoción de condiciones que mejoren la situación de sus semejantes o de la comunidad en la que vive, y por ello se reconoce socialmente la utilidad de las donaciones destinadas a fines sociales, cuya trascendencia económica es innegable. La frustración de tales fines sociales constituye por tanto una frustración económica, un daño patrimonial (246).

Para justificar que la «obtención del fin» constituye la contraprestación patrimonial adecuada a la entrega del disponente, Hack trata de responder a la cuestión de si no solo bienes materiales, sino también aquellos de orden inmaterial, pueden incorporar un valor económico (247). Acude Hack a numerosos ejemplos donde el disponente no pretende mantener el valor económico de su patrimonio, sino obtener una determinada satisfacción para lo cual debe pagar un dinero. El hecho de que exista una persona dispuesta a pagar por algo que en principio no tiene valor de mercado, dota a ese «algo» de una significación económica, porque para su consecución debe aplicarse un valor patrimonial: se trata normalmente de prestaciones personales, que en principio no tienen valor de mercado, pero que en determinado contexto resultan objeto de intercambio económico. Así por ejemplo la lectura de un texto de 10 líneas en privado, no tiene ningún valor patrimonial, pero en cambio

(244) Desde SCHROEDER, «Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug», *NJW*, 1962, 722, la doctrina mayoritariamente asume esta equiparación: Cfr. RUDOLPHI, «Das Problem der sozialen...», *cit.*, 319, 321 incluyendo a la jurisprudencia en esta perspectiva; GALLAS, «Der Betrug...», *cit.*, 435; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, *cit.*, 438.

(245) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 172.

(246) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170 y 174.

(247) HACK, *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug*, § 263 *StGB*, Berlin, 1982. 51.

cuando se contrata al lector para que lo haga en la radio, o más aún si se trata de una lectura en el marco de la publicidad de un producto, deberá pagarse una suma importante por esa misma prestación (248). Aun cuando se trate de un mero capricho, por oír cantar a alguien no famoso o por ver a un gimnasta hacer una pirueta, si se le pide que pague por ello, estamos ante contraprestaciones económicas; lo que significa que aunque se trate de fines que no tienen *a priori* un valor económicamente objetivable y que no implican por lo tanto ingreso patrimonial, su obtención constituye la contraprestación del dinero o valor patrimonial aplicado a tal fin, al igual que la frustración de éste da lugar a ausencia de compensación y por tanto a la aparición del daño típico (249).

La argumentación de Hack descansa en el principio de comercialización: todo objeto, prestación o situación cuya obtención requiere un desembolso económico, ostenta un valor patrimonial, aún cuando no sea trasladable al patrimonio del disponente, en tanto exista acuerdo entre las partes. En el amplio ámbito del consumo de bienes culturales, desarrollo de actividades de ocio, u otras en la que se involucran prestaciones personales de servicios, es patente que se paga por disfrutar de algo que revierte en mejora o descanso personal, y no en el propio patrimonio (250). El pensamiento del equilibrio o saldo compensatorio entre las prestaciones no puede valorarse en base al «mantenimiento» del valor económico de la masa patrimonial. El «saldo» compensatorio no viene dado por la entrada de valores económicos en el patrimonio del titular, en igual medida de lo que sale de su peculio, sino en definitiva en función de que se trate de acceder a objetos o situaciones que «cuestan» económicamente, independientemente de que puedan calificarse de patrimoniales o no. Aspectos «inmateriales» del bienestar personal cuestan dinero. En qué casos o en qué circunstancias, tales objetivos inmateriales compensan un desembolso, es algo que sólo puede contestarse teniendo en cuenta las decisiones personales de cada individuo. Como señala Weidemann, cuando se excluye el daño patrimonial porque se obtiene el fin social, pese al empobrecimiento económico, se está reconociendo que en definitiva lo que cuenta es la «libertad» personal; la concreta decisión del sujeto de aplicación de un objeto a un fin (251). La decisión libre de emplear su patrimonio a un objetivo de ocio, o para gratificar a una persona, o para ayudar a una asociación altruista, es lo que impide afirmar el daño patrimonial. Lo que es lo mismo que reconocer que la protección del patrimonio es protección de la autonomía del individuo para actuar con sus bienes de la forma que considere más conveniente para sus fines o utilidades particulares: únicamente desde

(248) HACK, *Probleme des Tatbestands*, cit., 52.

(249) *Ibidem*, 52 s.

(250) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 181; CRAMER, *SCH/SCH StGB* § 263, Rn. 139.

(251) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 214.

esta perspectiva funcional se integra con sentido y congruencia la atención a los fines del titular del patrimonio (252).

Gerhold avanza en el desarrollo del principio de comercialización como criterio para considerar el «fin» pretendido como contraprestación «económica». Para ello diferencia aquellos fines cuya frustración da lugar a un derecho a la devolución, resarcimiento o indemnización, de acuerdo con las previsiones del resto del ordenamiento jurídico (derecho privado, o derecho administrativo) y aquellos que no generan derecho a indemnización (253). Pretensiones o fines que no generan un reconocimiento jurídico de daño resarcible, o no dan lugar a la devolución de lo entregado, pertenecerían al grupo de los fines irrelevantes para el derecho penal, que de tal manera mantendría su coordinación con el resto del ordenamiento, sin sobrepasar su carácter de *última ratio* (254). La obtención del fin acordado entre las partes, en cuanto constituya el fundamento de la transacción patrimonial, se configura como la contraprestación adecuada que excluye el daño típico, y por ello su ubicación sistemática se encuentra en el plano de la evaluación de la lesión patrimonial (255). Pero la remisión a lo que pueda ser resarcible o recuperable según las previsiones de otros sectores del ordenamiento jurídico no resulta convincente para fundamentar el carácter «económico» del fin de la disposición. Por un lado, porque el hecho de que en el ámbito civil sean resarcibles los perjuicios morales no permite concluir que se trata de un perjuicio patrimonial (256); y por otro lado, porque en caso de fines ilícitos habría que negar el daño patrimonial, dejando al disponente desprotegido frente a quien engañosamente promete realizar una actividad ilícita para enriquecerse a su costa (257).

B. *La frustración del fin como teoría para delimitar los engaños relevantes*

El sector doctrinal que rechaza la exigencia de relación funcional entre el error y el perjuicio, (y por tanto el «desconocimiento del auto-perjuicio» como requisito típico implícito de la estafa) (258), tiene que recurrir a la teoría de la frustración del fin para restringir la amplitud del

(252) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 214 s.

(253) Cfr. GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 37 ss., 43.

(254) *Ibidem*, 44.

(255) *Ibidem*, 53 s.

(256) Cfr. la crítica recensión de GRAUL a la monografía de GERHOLD, descalificando el pensamiento de la «comercialización» como panacea de lo que pueda considerarse «económico», GRAUL, *GA*, 1991, 285 ss.

(257) Respecto a la estafa sobre negocios ilícitos, *infra*, 2.D.

(258) *Supra*, II.2. c.b.a.

tipo penal así concebido. Efectivamente, en las entregas gratuitas, cualquier captación viciosa del consentimiento para la disposición patrimonial, permitiría afirmar la estafa, ya que el requisito de la merma económica viene dado por la naturaleza de la prestación unilateral. La sentencia del tribunal de Baviera sobre la donación a la Cruz Roja, aludida repetidamente, es una muestra de esta consecuencia. La teoría de la frustración del fin se reconoce como expediente útil en su función de acoger sólo los intereses económicamente relevantes y de excluir del ámbito de la estafa los engaños que recaigan sobre motivaciones colaterales o intereses de afección, como lo es la pretensión de ostentación o de mejora de imagen social (259). La frustración del fin no sería sino la constatación del engaño relevante, es decir constatación de la manipulación de la voluntad de la víctima, quien de haber conocido la realidad no hubiera llevado a cabo la disposición patrimonial.

Entendido de esta manera el significado de la frustración del fin, el desvalor de la conducta del autor parece proyectarse únicamente sobre la libertad del disponente, independientemente de la idoneidad de la maniobra para determinar la disminución económica y por tanto para afectar al patrimonio concebido en su dimensión de valor dinerario. La persona que quiere donar a una entidad benéfica, o quien establece una gratificación o premio por determinada conducta, o la institución pública o privada que instaura un programa subvencional, ha decidido ya la entrega gratuita. El engaño sobre las condiciones requeridas para ser el destinatario de la entrega, no genera error sobre el daño patrimonial, que en todo caso iba a producirse. Las críticas a la teoría de la frustración del fin que denuncian la volatilización del carácter patrimonial de la estafa (260), no pueden eludirse si se parte de que efectivamente el daño queda constituido por la simple merma patrimonial. Desde una perspectiva económica, o jurídico-económica, que no admita la individualización del daño en función de los fines del disponente, ciertamente queda sin aclarar dónde queda el desvalor de resultado, que en estos casos, como indica Mohrbotter, no pasaría de ser una mera condición objetiva de punibilidad (261). Pero incluso el propio desvalor de acción, en cuanto conducta objetivamente peligrosa *ex ante* para el bien jurídico protegido, quedaría desnaturalizado por cuanto no crea ni incrementa el peligro de lesión patrimonial (en sentido de saldo negativo). El engaño sobre la consecución del fin pretendido afectaría únicamente a la libertad de disposición, aspecto insuficiente para incluir la conducta dentro de la estafa. Únicamente concurriría el desvalor propio de la conducta incriminada en la estafa, si la víctima no hubiera decidido previamente el desprendimiento

(259) Así, LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 171.

(260) TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, cit., 309 ss.; GRASSMÜCK, *Die Subventionserschleichung*, Frankfurt a. M., 1988, 6.

(261) MOHRBOTTER, «Der Bettel-Spenden...», cit., 229.

patrimonial, es decir si el disponente accede a la entrega gratuita en base a las manifestaciones de necesidad de ayuda simuladas por quien pretende enriquecerse. Tal sería el caso del empleado que apelando a la supuesta muerte de un familiar en el extranjero logra que la empresa, o los compañeros de trabajo, le entreguen una cantidad a fondo perdido para los gastos de viaje y funeral (262).

Aún cuando a través de la exclusión de los fines meramente afectivos o colaterales se puedan excluir de la estafa los casos más flagrantes de irrelevancia del engaño, dogmáticamente no sirve para explicar, en la mayoría de los casos de prestaciones gratuitas, dónde reside la potencialidad lesiva para el patrimonio que debe contener la conducta engañosa tipificable como estafa. Explicación que por el contrario se facilita cuando se parte de que el daño patrimonial queda cifrado en la pérdida de la funcionalidad de la aplicación patrimonial (263).

De hecho, algunos autores que en principio consideran la frustración del fin como criterio que sirve para discriminar los engaños relevantes, acaban incluyendo la obtención o frustración del fin como elemento de la valoración del daño patrimonial en las prestaciones gratuitas (264). De forma ilustrativa Lackner concluye afirmando que desde una orientación económica del concepto de patrimonio, se asegura la unidad de criterio en la valoración del daño atendiendo a los intereses económicos del titular, corrigiendo hacia arriba o hacia abajo la valoración económica estricta. En las prestaciones recíprocas, la teoría objetivo-individual del daño patrimonial toma en cuenta los intereses económicos individuales de la víctima para afirmar el daño pese a la paridad económica de las prestaciones; en las prestaciones gratuitas, donde por definición concurre ya una pérdida de valor económico, es necesario deslindar los intereses de la víctima que sean económicamente irrelevantes, de manera que aunque se frustren éstos, la mera disminución patrimonial no sea suficiente para afirmar el daño típico (265). La teoría de la frustración del fin, no sería sino una manifestación de la perspectiva individual del daño, que corrige la evaluación estrictamente económica de la lesión patrimonial.

(262) Ejemplo similar al citado por WESSELS, *Strafrecht, BT, cit.*, 132.

(263) El propio TIEDEMANN, «Subventionsbetrug...», *cit.*, 910, reconoce que las críticas de incongruencia no son extensibles a la teoría personal del patrimonio, en cuanto que una vez concebido el daño de forma dinámica atendiendo a la función del patrimonio, la frustración del fin se incluye sin esfuerzo en el concepto de daño patrimonial. No obstante TIEDEMANN rechaza la concepción personal o funcional para definir el bien jurídico patrimonio cuando se trata de patrimonio privado.

(264) Así WESSELS, *Strafrecht, BT, cit.*, 127 y 132; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 171 ss.

(265) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 172.

2. Delimitación de los fines relevantes

A. *El fin acordado entre las partes, o el fin objetivable que dota de sentido a la prestación unilateral*

Se tome la obtención del fin pretendido por el disponente como contraprestación equivalente, o como factor que motiva la disposición y en cuanto tal, objeto del engaño, unánimemente se destaca la exigencia de que se trate del fin que dota de sentido a la prestación gratuita, haya sido explícitamente acordado o se derive del contexto en que se produce la disposición. La relación comunicacional entre víctima (o quien dispone en su nombre) y autor, situación fáctica específica de la estafa (266), sitúa precisamente el desvalor de la conducta en la falsa representación de la realidad objetiva o de las intenciones del autor. La dinámica típica arranca en ese momento, en el que a partir del engaño la víctima decide su acto de disposición. El dolo del autor requiere conocimiento del perjuicio derivado de la disposición del engañado, lo que significa que debe conocer la imposibilidad de realización del fin social previsto, —si se residencia en la frustración de éste la calificación de perjuicio típico—, además de la disminución objetiva del patrimonio de la víctima. La afirmación de la consumación o no del delito, en función de la realización del fin, requiere la clarificación del objetivo pretendido, esto es que sea percibido como tal por ambas partes de la relación.

Por ello, el primer y fundamental criterio de delimitación de los fines relevantes queda cifrado en el acuerdo explícito sobre los fines que el disponente pretende obtener (267), o en el sentido objetivo que comporta la prestación en cuanto fin inmanente, implícito pero claramente objetivable según «el sector de tráfico» o ámbito social en el que tiene lugar la prestación (268).

(266) Cfr. TURNER/GALLANDI, «Die Leistungsfähigkeit des Betrugs-tatbestandes order: Bedarf es immer spezialisierte Vorschriften im Wirtschaftsstrafrecht?», *JuS* 1988, 258 ss., destacando la importancia de atender a los distintos niveles de la información que se comunica, y los motivos de las representaciones incorrectas, particularmente en supuestos económicos complejos.

(267) MEZGER, «Anmerkungen zu einer Entscheidung des RG», *Deutsches Recht* 1940, 287; GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 40; HACK, *Probleme des Tatbestands*, cit. 53, 55; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 37; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, BT, cit., 123.; WESSELS, *Strafrecht*, BT, cit., 132.

(268) BOCKELMANN, «Zum Begriff...» cit., 464 ss.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170: según el caso se tratará de la ayuda a personas necesitadas, o el desarrollo de una determinada actividad económica en un caso de subvención... etc. El fin objetivable será aquel que dota de «sentido» a la entrega: MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht*, BT, cit., 439; MOHRBOTTER, «Bettel-Spenden...», cit., 231: el fin social pretendido por las partes, no las motivaciones que hayan podido expresarse, u otras intenciones, sino el fin objetivo según el concreto ámbito social; WESSELS, *Strafrecht*, BT, cit. 132.

Excluida la relevancia de los fines que no pertenezcan al sentido objetivo (objetivable) de la prestación, o que no hayan sido acordados por las partes, debe aún establecerse qué fines son atendibles en el ámbito de la estafa, y qué criterios pueden utilizarse para la delimitación.

B. *Fines «económicamente razonables». Discusión sobre su significado*

Mediante el criterio del fin explícito acordado o del fin inmanente principal, realmente se acota la relevancia de los fines, excluyendo aquellos que confluyen en la motivación del disponente pero que sobrepasan lo que razonablemente constituye el sentido de la prestación.

No obstante, partiendo de los supuestos clásicos de donaciones destinadas a un fin social, y de subvenciones públicas, algunos autores cifran la relevancia de los fines a en su «razonabilidad económica» (269), lo que supondría excluir la aplicabilidad de la estafa a los supuestos de frustración de fines «no económicos». La primera cuestión a aclarar es el significado de «lo económico» en estos casos, pues obviamente tiene que tratarse de algo distinto a lo que se pretende en las transacciones de reciprocidad (270). Lackner defiende que desde parámetros económicos son relevantes las metas cuya realización requiere el traslado de recursos económicos allí donde sean necesarios para la mejora de condiciones de vida de otras personas o para fomentar las circunstancias económicas de la colectividad; la racionalidad del «homo oeconomicus» acogería no sólo las operaciones que revierten en su propio beneficio, sino también aquellas que redundan en beneficio del mundo en el que se desenvuelve (271). No hay duda de que se trata de una aplicación «racional» de las posibilidades que ofrecen los bienes económicos, y tampoco puede negarse que se produce un efecto económico en el destinatario, por el propio hecho de recibir recursos de esta clase, pero no se obtiene un resultado «económico» para el disponente. Salvo por ejemplo, cuando se trate de prestaciones del tipo de patrocinio cultural o deportivo, o en proyectos sociales, motivadas por la pretensión de favorecer la imagen pública de la empresa patrocinadora, que en última instancia pueden repercutir en ulteriores beneficios económicos (272).

(269) CRAMER, SCH/SCH *StGB*, § 263, Rn. 81; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170; MAIWALD, «Belohnung...», *cit.*, 2781.

(270) SAMSON *SK*, § 263, Rn. 157, denuncia la ambigüedad conceptual a que conduce un entendimiento que considere «económico» lo que en sí mismo es antieconómico para el disponente; equiparar fines sociales o beneficios de tercero a utilidades económicas resulta contradictorio.

(271) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170.

(272) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.*, 130.

Ahora bien, el fin inmanente a la prestación es la ayuda económica en la sufragación de los gastos de las actividades culturales que patrocinan.

Puesto que se trata de aplicación de recursos monetariamente evaluables, siempre concurre objetivamente mejora económica de otro como finalidad inmediata, aunque la motivación resida en otra pretensión. Como señala Hartmann, son aplicaciones económicas todas aquellas que se dirigen a obtener una mejora de las condiciones de vida, materialmente evaluables, se trate de condiciones del disponente o de un tercero. La mejora de condiciones pueden proyectarse sobre verdaderas necesidades, o simplemente sobre mejoras en el bienestar, facilitadas por la afluencia de valores patrimoniales (273). Lo que resulta difícil es imaginar una entrega unilateral que no tenga efecto económico como objetivo inmediato reconocible, incluso cuando la finalidad principal sea de carácter inmaterial. Supongamos un caso de donación a una organización o grupo religioso, con la finalidad de alcanzar méritos espirituales de acuerdo con el credo que profesa el disponente; junto a la finalidad inmaterial que motiva el desprendimiento, el sentido reconocible objetivo de la donación reside en la aportación a la entidad destinataria de un ingreso dinerario para su propio funcionamiento. Si el donativo se entregara con la finalidad explicitada de que se celebren funerales, misas o rezos, se estaría pactando una determinada prestación, que en ese círculo de actuaciones «cuesta» un dinero. Al igual que si el benefactor decide pagar a un músico para que ofrezca un concierto a los residentes de un asilo. El engaño sobre el destino del dinero o bien entregado, o sobre la actividad pactada, llevaría a la frustración de la finalidad pretendida, asumida por las partes.

No podría reconocerse carácter económico a la destrucción de valores patrimoniales por razones sentimentales, religiosas o por creencias ocultas. Por ejemplo la entrega de dinero como ofrenda para su incineración junto a otros objetos, o en la pira funeraria, que para el titular tienen un significado de purificación espiritual. Aun en estos casos, la captación engañosa de aquella entrega supuestamente para tales fines, cuando en realidad van a parar al bolsillo del simulador, no habría por qué excluir la protección penal a aquellas disposiciones patrimoniales, presupuesto el engaño suficiente (274).

(273) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 125 ss., 130 ss.

(274) Si entramos en el campo de las «creencias» se llega a un terreno resbaladizo sobre lo que pueda considerarse engaño objetivamente idóneo para generar error, lo que requeriría un análisis de las posibilidades de autoprotección de la víctima, según contexto cultural. Aparte de la problemática particular de los miembros de sectas o grupos similares, donde la subordinación psicológica y manipulación de la personalidad se gesta a lo largo de un tiempo, llegando a anular la autonomía de criterio personal, que nos acercan a la esfera de la autoría mediata de delitos de apropiación.

Por otro lado, el baremo de lo «razonable» tampoco resulta adecuado en la esfera de las prestaciones unilaterales. El criterio de lo que sea razonable para un tercero, según los usos sociales o el reconocimiento general del interés de la prestación (275), implicaría negar la autonomía individual en la selección de los fines de su conveniencia (276), dejando fuera de la protección penal la captación engañosa de fondos para fines no coincidentes con la lógica de lo que la mayoría de las personas pudiera considerar útil o con sentido. Particularmente en la esfera de la liberalidad, que puede proyectarse sobre objetivos realmente arbitrarios, caprichosos o extemporáneos, no cabe un patrón lógico, sino el reconocimiento de la diversidad de racionalidades. Tengamos en cuenta que no se trata de valorar la lógica o el absurdo de las intenciones del disponente, sino de determinar si la norma de prohibición que vehicula el tipo de la estafa alcanza a las conductas de enriquecimiento a costa del patrimonio ajeno, engañando al titular sobre la posibilidad de obtener los fines aparentemente acordados. Lo decisivo será el carácter objetivable del fin inmediato, externamente reconocible, que la disposición patrimonial permite realizar.

El baremo de la «racionalidad» en cuanto a racional «para quién», debe decidirse desde la perspectiva del sujeto disponente. Pero una vez admitido como referente el fin pretendido por el sujeto, cabe, y debe, establecerse la racionalidad objetiva de ese fin en función de la idoneidad de la aplicación económica para alcanzarlo. Admitida cualquier racionalidad subjetiva, cabe exigir racionalidad objetiva en cuanto adecuación del medio —entrega económica— para el fin o aplicación inmediata pretendida.

Gerhold rechaza el criterio de la «razonabilidad económica» por su imprecisión (277), pero su propuesta de atender al principio de «comercialización» tampoco resulta convincente. Serían relevantes todas aquellas pretensiones cuya frustración diera lugar a un derecho a indemnización o a devolución de lo recibido, según las previsiones contenidas en otras ramas del ordenamiento jurídico (278). Criterio rechazable porque llevaría a considerar estafa la frustración de cualquier pretensión ligada a alguna condición que en el ámbito civil genera un derecho a indemnización (279), o que en el ámbito administrativo obliga a la devolución de

(275) Así MAIWALD, «Belohnung...», *cit.*, 2781.

(276) En contra del criterio de la «razonabilidad» según pautas externas, HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.*, 121 s.; WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, *cit.*, 247.

(277) GERHOLD, *Zweckverfehlung*, *cit.*, 31.

(278) *Ibidem*, 37 ss.

(279) *Ibidem*, 39 s.: alude al caso de un viaje de vacaciones, frustrado en su finalidad de disfrute y relajación por la pérdida de las maletas, que civilmente genera derecho a indemnización también por el perjuicio moral; en base a este ejemplo pretende fundamentar la relevancia de los fines inmateriales en el campo de la estafa.

la subvención, aun cuando se obtuviera el fin que fundamenta el sentido de la donación o de la ayuda pública (280). Tal construcción conduciría a que el engaño sobre aspectos no sustanciales de la finalidad de la subvención desembocara en la afirmación del perjuicio patrimonial, confundiendo los ámbitos de ilicitud de los distintos sectores del ordenamiento jurídico.

Resulta imposible la diferenciación de fines relevantes en base al carácter «económico» del fin. Todo aquello que puede obtenerse, para sí o para otros, mediante la aplicación de bienes patrimoniales dota de sentido a la disposición económica, desde la perspectiva del titular, que es quien ostenta la decisión sobre los usos de su patrimonio. En las prestaciones unilaterales el detrimento patrimonial concurrirá cuando el destino o la efectiva aplicación de los recursos económicos entregados no se corresponda con el fin convenido por el titular. El criterio decisivo para delimitar los fines relevantes acordados, o implícitos en el contexto de la entrega, no puede ser otro que el de la idoneidad objetiva de la aplicación para la obtención directa de la finalidad pretendida (281).

C. Exclusión de los «intereses de afeción»

Existe acuerdo en principio en el rechazo de los «intereses de afeción» como relevantes, incluyéndose en este grupo los intereses «inmateriales», sentimentales, de mero capricho momentáneo, o que no se fundan en una base personal seria (282).

La trascendencia de la diferenciación de los fines en la prestación unilateral en realidad se limita a los casos de concurrencia de varios objetivos por parte del disponente. El rechazo de la relevancia de tales intereses se debe a que la entrega de un valor patrimonial se produce en un contexto en el que concurren otros fines objetivables que socialmente son lo que dotan de sentido inmediato a la prestación, mientras que los fines inmateriales no pueden aprehenderse o conseguirse sino a través de la realización de aquéllos. La frustración del interés de afeción no

(280) Por ejemplo, el engaño sobre el hecho de estar al corriente de las obligaciones tributarias, requisito que normalmente se exige para acceder a una subvención, no afectaría al fin primario del programa subvencional, aunque puede considerarse como fin colateral la delimitación de los destinatarios a quienes no tienen deudas con Hacienda. El problema sería distinto en el marco del delito específico de fraude de subvenciones.

(281) Si el fin pretendido es la mejora de la imagen pública, es evidente que su logro no puede ser inmediato, y que objetivamente lo que puede pretenderse es la creación de las condiciones que favorezcan tal efecto: este sería el fin concreto sobre el que puede pactarse un acuerdo. La frustración del fin residiría en el engaño sobre la creación de las condiciones que favorezcan el fin último pretendido.

(282) GALLAS, «Der Betrug...», *cit.*, 429.

desvirtúa el sentido de la entrega, si se ha obtenido el fin principal, externamente reconocible como fundamento de la prestación. Por ejemplo el caso del donativo a la Cruz Roja por motivos de ostentación, o la donación a un necesitado en la creencia de que es un músico venido a menos, o que comparte sus mismas simpatías políticas, o la decepción de la pretensión de obtener un título honorífico, o la presidencia de un club cultural, por la donación de una escultura al municipio, o por haber regalado entradas a un espectáculo a fin de inclinar las simpatías en una votación.

En la delimitación de las pretensiones relevantes, debe diferenciarse, como propone Weidemann entre fines y motivos de la entrega patrimonial. Serán «fines relevantes» aquellos que se obtienen directamente con la recepción por el destinatario, o como efecto inmediato de la conducta que debe desplegar éste. Mientras que no pasarían de ser «motivos» irrelevantes aquellos otros fines cuya consecución requiere «algo más», un efecto ulterior o una actividad distinta a la conducta asumida por el beneficiario (283). El receptor sólo puede comprometerse a lo que puede depender de su conducta, la entrega del dinero a la Cruz Roja, la realización de los estudios objeto de la beca correspondiente, la adquisición de vivienda habitual si se trata de una ayuda para tal fin. En las prestaciones de efecto inmediato, —donación a damnificados por una inundación— basta con que realmente se trate de un necesitado.

En la estructuración personal de los elementos que conforman un patrimonio, la posibilidad de obtención de los fines concretos que el titular pretenda, depende del rendimiento que le permiten esos bienes directamente. Los fines inmateriales que en definitiva se refieren a satisfacciones personales de orden interno no son objetivables, no pueden ser materia de acuerdo en una transacción patrimonial. La finalidad de descanso o disfrute de unas vacaciones no puede contratarse como tal, sino las características de un determinado lugar de descanso, o el tipo de música que se quiere adquirir. Igualmente en las prestaciones gratuitas la satisfacción moral o sentimental no puede tomarse como fin relevante de la entrega, sino el destino concreto acordado o implícito en el contexto real.

Como destaca Hartmann, motivos que en principio son de rango «no económico», pueden tener clara relevancia económica según contexto y sector de actividad que se trate: claramente los objetivos de propaganda y mejora de imagen en el ámbito comercial o empresarial se anudan a utilidades económicas de futuro (284). La atención al contexto particular es decisivo para la interpretación de la relevancia de los fines. Pero aquel objetivo de propaganda a través de la donación al equipo de fútbol local es el motivo y no la finalidad inmediata sobre la que pueda

(283) WEIDEMANN, *Kompensations problem*, 224 ss.

(284) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 130.

o no engañarse o cuya frustración puede conducir al daño patrimonial. La congruencia final del desembolso ha de referirse al destino concreto de esa entrega.

D. *Los fines ilícitos*

Es clásica la discusión sobre la posibilidad de enmarcar en la estafa el incumplimiento de negocios prestaciones ilícitas o morales previa aceptación de reenumeración simulando la voluntad de llevarlas a cabo. Desde la concepción jurídico-económica se acepta en general la relevancia penal de tales conductas engañosas cuando la víctima se desprende de un valor patrimonial (pago previo por comercio sexual que no se lleva a cabo, pago de droga que el receptor del precio no posee o no piensa entregar, simulación de llevar a cabo una acción delictiva cobrando por anticipado...). En cambio se rechaza la estafa cuando la víctima del engaño lleva a cabo la actuación ilícita acordada con la expectativa, ilusoria, de cobrar según lo prometido, porque en este caso el reconocimiento del valor económico de la disposición viene vedado por su contrariedad manifiesta con el ordenamiento jurídico (285). Se trata de supuestos de prestaciones bilaterales, aunque una de ellas no obtenga reconocimiento jurídico a efectos patrimoniales. No obstante algún autor, como Maiwald considera que por la ilicitud del fin pretendido, estaríamos ante disposiciones unilaterales, «sin finalidad» jurídicamente reconocible, y por ello encuadrables en el esquema de la estafa de donaciones (286), y dentro de éstas, por tratarse de fin ilícito, habría que negar su relevancia a efectos de afirmar el daño patrimonial (287).

Tiene razón Lackner al negar la procedencia de la equiparación de entregas para fines ilícitos a las entregas donde el disponente es consciente del detrimento patrimonial. El hecho de que la finalidad sea ilícita no convierte automáticamente el acto de disposición en un desembolso sin sentido o fin alguno (*Zweckfrei*), y el daño económico se produce de

(285) Conclusiones generalmente aceptadas en la doctrina y jurisprudencia españolas: por todos, BAJO, «El delito de estafa», *cit.*, 1190 ss.; VALLE, *El delito de estafa*, *cit.*, 253. En Alemania las opiniones doctrinales divergen al respecto: una referencia a las distintas posiciones, en LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 242.

(286) MAIWALD, «Belohnung...», *cit.*, 2781.

(287) MAIWALD, «Belohnung...», *cit.*, 2781, niega el reconocimiento del «sentido» razonable de la prestación, por su contrariedad al ordenamiento jurídico, criterio normativo que corrige la perspectiva individual de lo que fácticamente puede aparecer como pleno de sentido (*sinnvoll*) para el sujeto. CRAMER, *Vermögensbegriff*, *cit.*, 214, desde su construcción de las prestaciones unilaterales como «obligaciones morales», considera que el pago previo para la comisión de un delito, o negocio ilícito, no puede considerarse daño patrimonial porque el engañado es consciente de que su entrega no se fundamenta en ningún deber moral o social.

hecho cuando el fin ilícito no se obtiene (288). En los supuestos de mercado negro, contratación de una actuación delictiva...etc. La prestación pactada revierte en interés del disponente, según el esquema de reciprocidad. Prestaciones genuinamente gratuitas dirigidas a la obtención de fines ilícitos que no revierten directamente en beneficio del disponente no son impensables, aunque sean menos frecuentes. Por ejemplo, donaciones a asociaciones prohibidas, colaboración en campañas de propaganda xenófoba o racista... El esquema argumental anterior es igualmente trasladable a estos casos. La captación, mediante *engaño*, de una donación apelando a su hipotético destino para la compra de explosivos, acciones de sabotaje, o actividades terroristas, —excluidos los supuestos de extorsión o amenazas— constituiría delito de estafa. En el supuesto de que la donación se destinara efectivamente al fin pretendido, el donante incurriría en responsabilidad penal como partícipe de otro delito o como colaborador de grupos armados, pero ello no puede invalidar las anteriores consideraciones. Cuando el fin de la «donación» no se obtiene, por tratarse de una maniobra engañosa para enriquecerse a costa del «donante», debe afirmarse el daño patrimonial por la frustración del fin pretendido. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima. La prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría que reconducir —si fuera posible— la conducta dirigida a una finalidad delictiva (289). La motivación ilícita no desvirtúa la protección penal que contiene el tipo de estafa respecto a la integridad patrimonial de la víctima de engaños urdidos aprovechando los intereses reprobables que ésta pudiera albergar (290).

La atención a los fines del disponente desde la consideración funcional del patrimonio para la persona, no significa que a través de la estafa se proteja la libertad del disponente para obtener los fines que considere convenientes, sino su capacidad patrimonial para aplicar sus

(288) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 243.; En el mismo sentido, WESSELS, *Strafrecht, BT.*, cit., 134.

(289) En caso de frustración del fin ilícito, cuando el autor del engaño en absoluto calculaba dirigir lo recaudado a tal destino, estaríamos normalmente ante una tentativa totalmente inidónea respecto al delito de colaboración con grupo armado, o en su caso, ante participación imposible, y por lo tanto ante la impunidad. Salvo que según las circunstancias del caos pudieran concurrir actos preparatorios punibles.

(290) OTTO, *Die Struktur*, cit., 295: la protección penal del patrimonio no es el marco para una valoración moral de la conducta de la víctima, o de su conformidad con el ordenamiento jurídico; BOCKELMANN, «Zum Begriff...», cit., 464: subraya que aunque efectivamente las conductas ilícitas o inmorales quedan fuera de los aspectos de la vida del individuo que pueden recibir protección jurídica, este principio rige tanto para el estafado como para el estafador, cuya conducta no puede dejar de considerarse penalmente ilícita.

bienes a la obtención de cualquiera de las múltiples utilidades que ofrece el valor de cambio económico que aquellos contienen. Entre estas posibilidades se encuentran también los fines ilícitos. La prohibición de lesionar otros intereses penalmente protegidos corresponde a otros preceptos penales, que entrarán en juego si así procede. De otra manera se estaría negando la protección penal del patrimonio que despliega el precepto de la estafa, en base a las inclinaciones ilícitas del titular, con la consecuencia de premiar al engañador astuto que aprovecharía su impunidad para enriquecerse a costa ajena (291).

No obstante la frustración de fines «ilícitos» en las prestaciones unilaterales podrán considerarse irrelevantes cuando concurra con otro fin principal cuya realización satisface el sentido fundamental de la prestación. Estaríamos de nuevo en la esfera de los denominados intereses de afección, preferencias o gustos del disponente, que sean o no lícitos, no constituyen el fin inmanente de la prestación. Por ejemplo, el constructor que realiza un importante donativo a una Fundación de ayuda a exdrogadictos, con la finalidad de obtener los favores del funcionario, miembro activo de aquella Fundación, que tendría que denegarle un permiso de obras pendiente de resolución.

E. *Restricción de la relevancia de los fines al ámbito del patrimonio público: La posición de Tiedemann*

Con anterioridad a la promulgación en Alemania de la Primera Ley contra la criminalidad económica, Tiedemann se manifestó contrario al criterio de la frustración del fin en el ámbito de la estafa, salvo que se tratara de prestaciones con fondos del patrimonio público, y en tanto no se diera una solución de *lege ferenda* más apropiada para los fraudes de subvenciones (292). Desde las premisas económicas del concepto de patrimonio, considera que la atención a las pretensiones subjetivas del disponente transmuta la estafa en un delito contra la libertad de disposición. Aunque admite que desde las orientaciones funcionales del patrimonio es congruente entender el daño desde la perspectiva de la frustración del fin social, rechaza la procedencia de tal concepción en la esfera de las actuaciones patrimoniales de los particulares por estimar que ello implica la introducción de grandes dosis de inseguridad jurídica y la volatilización del carácter patrimonial de la estafa (293). En cuanto que el particular no está obligado a la persecución de fines determinados, sus

(291) WESSELS, *Strafrecht, BT, cit.*, 134: negar la protección penal por la finalidad ilícita que mueve al disponente, sería conceder una patente de corso para el autor del engaño.

(292) TIEDEMANN, «Subventionsbetrug», *cit.*, 910 ss.

(293) *Ibidem*, 911.

pretensiones pueden ser racionales o irracionales, los fines personales son variables y pueden acumularse o retirarse a voluntad, lo cual conduce tanto a dificultades en la determinación del daño, como a dificultades para la evaluación del dolo del autor o para afirmar la concurrencia del ánimo de enriquecimiento ilícito (294).

Por el contrario, el patrimonio público se caracteriza por su vinculación a fines que afectan al bien de la generalidad, fines que son fijados normativamente, ajustados a prescripciones presupuestarias según los planes de la Administración. Los recursos económicos públicos no pueden concebirse estáticamente como un conjunto cuyo mantenimiento deba protegerse, sino que están abocados al gasto y distribución en un flujo circulatorio constante, que no pretende la obtención de ganancias económicas sino la satisfacción de los cometidos propios de la Administración, de acuerdo con los fines legalmente establecidos. El conjunto patrimonial en cuanto recursos circulantes se renueva mediante los ingresos que afloran básicamente a través de los tributos, cuya legitimación proviene de esas funciones que debe desempeñar la Administración en la promoción de objetivos de interés general (295). Por ello, concluye Tiedemann, el concepto de patrimonio no puede ser el mismo cuando se refiere a la economía pública que cuando se trata de la economía privada, puesto que ambas se inspiran en lógicas diferentes. En el ámbito penal estas diferencias permiten mantener que únicamente respecto a los recursos públicos pueden considerarse relevantes la «libertad de disposición» y los «fines de la prestación» en cuanto objeto digno de protección. En consecuencia, considera inevitable la adopción de un doble concepto de patrimonio en el marco de la estafa, dinámico y funcional cuando se trata del patrimonio público, y estático económico cuando se trata del patrimonio público (296). A su juicio, esta inevitable escisión del concepto de patrimonio y de daño patrimonial solo podría evitarse con el desplazamiento de la estafa de subvenciones a un precepto específico, lo que efectivamente tiene lugar en 1975 con la introducción en el código penal alemán del § 264, «*Subventionsbetrug*», a continuación de la estafa común (297).

La restricción del § 264 del código penal alemán a las subvenciones públicas dirigidas al fomento de la economía, no eliminó, sin embargo, la aplicabilidad del tipo común de la estafa del § 263 a otras subvenciones públicas (sociales y culturales), por lo que la necesidad de mantener un doble concepto de patrimonio en el marco de la estafa, a juicio de

(294) *Ibidem*.

(295) *Ibidem*, 911 s.

(296) *Ibidem*, 912.

(297) Es patente la influencia de TIEDEMANN en la redacción del actual § 264, a través de su participación como miembro de la Comisión de Expertos para la lucha contra la criminalidad económica (1973). Cfr. Las Recomendaciones de dicha Comisión, recogidas como apéndice en TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, cit., 370 ss.

Tiedemann, seguiría teniendo fundamento (298). El daño patrimonial en las subvenciones públicas incluibles en el § 263 quedaría constituido por la frustración del fin propio del programa subvencional. En relación a las prestaciones privadas, en tanto no se trate de patrimonios jurídicamente vinculados a fines, la apreciación de la estafa sería dogmáticamente improcedente en la mayoría de los casos, según la interpretación de Tiedemann.

Su reluctancia a admitir una concepción funcional para el patrimonio de titularidad privada, se basa en la supuesta dificultad de precisión de los fines individuales, y en la irrelevancia jurídica de los deseos particulares en el marco de la estafa. Ciertamente en contraste con las finalidades establecidas normativamente en el sector público, es evidente que existe una diferencia: el interés general en la obtención de los fines específicos a que se destinan los recursos públicos, y en que éstos se apliquen conforme a legalidad (299). El patrimonio público es efectivamente patrimonio vinculado a fines que se fijan (o deben fijarse) taxativamente en el programa subvencional que se hace público, previa asignación presupuestaria; la concesión de las ayudas requiere un determinado procedimiento administrativo, legalmente determinado; tanto la instauración de los programas subvencionales como la concesión concreta quedan abiertas a posibilidad de recursos jurídicos administrativos y jurisdiccionales. El hecho de que se trate de recursos públicos, destinados a la consecución de objetivos de política económica, social o cultural, respaldados constitucionalmente, dota a las ayudas públicas de una dimensión supraindividual que justifica una protección penal dirigida expresamente a asegurar el cumplimiento de los fines legalmente fijados. La previsión específica de la incriminación de la obtención o disfrute ilícitos de subvenciones públicas (300), adquiere su legitimación político-criminal en las consideraciones aducidas, constituyéndose como objeto de protección específica la congruencia final de

(298) TIEDEMANN, *LK*, § 264, Rn. 9.

(299) AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, *cit.*, 376 s. destaca la dimensión política de la protección de la correcta aplicación de los recursos públicos, proponiendo que las conductas que afecten este interés se ubiquen dentro del grupo de delitos que afectan a las funciones del Estado en su vertiente constitucional de «Estado social».

(300) Así en el art. 350 del c.p., y en el § 264 del c.p. alemán. Las particularidades de las subvenciones justifican que estos tipos se presenten aligerados de aquellos requisitos clásicos de la estafa, cuya prueba se muestra difícil en la práctica. La especificidad de las ayudas públicas justifica la ampliación del campo de protección respecto a la estafa común, prescindiendo de la exigencia de engaño-error, así como del elemento subjetivo «ánimo de lucro» o «ánimo de enriquecerse». La decisión de penar la imprudencia en este campo, como ocurre en Alemania y en Portugal, algo impensable en la estafa clásica, sólo puede justificarse —aún cuando político-criminalmente sea discutible— por la especificidad de la función de los recursos públicos.

las subvenciones que se otorgan: la obtención de los fines específicos del programa subvencional.

Del reconocimiento de la especial dimensión de los fines públicos, no se deriva sin embargo la consecuencia de que el patrimonio privado deba concebirse estáticamente. Como Hack se encarga de destacar, los patrimonios privados también son circulantes, también existe una planificación y organización racional de recursos y de fines, —máxime en sociedades y empresas—, aunque no exista un control de legalidad o control político de las actuaciones patrimoniales (301). El hecho de que los fines fijados para los recursos públicos reciban una consideración especial, no invalida la realidad de que la significación del patrimonio para cualquier titular reside en la funcionalidad de los bienes para la satisfacción de los fines o intereses particulares. Lo que sí debe destacarse, y éste es el punto donde resulta ilustrativa la construcción de Tiedemann, es que la protección penal no tiene por qué dirigirse a asegurar la obtención de los fines concretos que el particular decide, mientras que el patrimonio público si merece esa protección en el ámbito de las subvenciones. Lo cual es perfectamente compatible. Pero cuando desde la perspectiva funcional se toman en cuenta los fines pretendidos por el titular, no es porque se quiera dotar de protección a la efectiva realización de aquellos fines, sino porque se le garantiza la indemnidad del potencial funcional de su patrimonio frente a injerencias engañosas que mermen su capacidad para la obtención de cualquiera de los diversos fines que pueda pretender el titular dentro de sus posibilidades de elección (a salvo de las matizaciones sobre los fines patrimonialmente irrelevantes). Lo que se protege es la potencialidad del patrimonio para servir a los fines que establezca su titular, aunque para el ordenamiento jurídico sea indiferente el fin específico que pretende en cada momento el disponente. Por eso el daño patrimonial surge cuando el detrimento económico supone reducción de posibilidades de alcanzar fines diversos. En cambio, cuando se trata de medidas públicas de fomento, que instauran un programa de subvenciones, el fin que se pretende obtener se constituye en objetivo socialmente valioso, que sobrepasa la mera consideración patrimonial de mantenimiento de la funcionalidad del patrimonio público. Se trata de programas de política económica, social o cultural, cuyo desarrollo y efectiva realización alcanzan una trascendencia de orden distinto a los objetivos que un particular puede pretender con las aplicaciones de su patrimonio. En este sentido puede entenderse la afirmación de Tiedemann de que únicamente en el ámbito público puede defenderse la conveniencia de proteger «la libertad de disposición», en cuanto que se protege la realización de los fines decididos por la Administración titular de los fondos asignados. La frustración del fin subvencional no sería un simple criterio de evaluación del daño patrimonial, en cuanto detrimento del potencial funcional del patrimonio, sino el resultado lesi-

(301) HACK, *Subventionsbetrug*, cit., 29 s.

vo del interés cifrado en la correcta ejecución de los planes subvencionales de la Administración (302). La consecución del fin político-económico que anima la subvención constituye el interés digno de protección específico en el fraude de subvenciones. Ahora bien, en el marco de la *estafa*, es decir, cuando la conducta enjuiciada no pueda integrarse en el tipo del fraude de subvenciones, las consideraciones anteriores quedarán enmarcadas dentro de la evaluación del daño patrimonial.

3. Conclusiones. Referencia a la problemática de las subvenciones

Las captaciones de prestaciones *unilaterales* podrán tipificarse como estafa cuando el engaño desplegado por el autor oculte al disponente la decepción del fin acordado, o implícito según contexto, que el disponente persigue obtener con el desprendimiento gratuito. Al igual que en las transacciones bilaterales, no es suficiente la captación viciosa del consentimiento de la víctima del engaño, sino que se requiere la confirmación del detrimento patrimonial. En este punto la frustración del fin que dota de sentido a la prestación, constituye el criterio decisivo para afirmar la pérdida relevante del potencial económico de la víctima, cifrada, no en la mera disminución objetiva del valor patrimonial, sino en la pérdida de sentido de la aplicación patrimonial. La decepción del fin, constituye el componente subjetivo de la pérdida patrimonial, puesto que el valor del bien dispuesto descansaba, para el titular patrimonial, en su idoneidad objetiva para lograr, en aquel momento, aquella utilidad. El engaño sobre aspectos distintos al fin acordado, que no conducen a la frustración de éste, son irrelevantes. En estos casos no se produce lesión patrimonial, pese al empobrecimiento económico. Porque el elemento patrimonial del que se ha desprendido el disponente ha cumplido la función prevista por éste, y por lo tanto no se le ha perjudicado en el potencial funcional de su patrimonio.

Concebido el patrimonio como el potencial de valores económicos que disfruta una persona, sin oposición del ordenamiento jurídico, que le garantiza su desarrollo personal de acuerdo con la estructuración de objetivos y fines que el titular establece, la dimensión subjetiva de utilidad individual constituye elemento imprescindible en la valoración del daño patrimonial. La lesión patrimonial concurre cuando se merma aquel potencial económico para la obtención de los fines pretendidos. Por ello, en las prestaciones bilaterales no es suficiente la frustración del fin o utilidad pretendida para afirmar el daño, sino que además es necesario que se afirme el detrimento del potencial económico para alcanzar

(302) TIEDEMANN, *LK*, § 264, Rn. 8, admite que la «libertad de disposición» como tal no es el objeto de protección, ya que en todo caso esa «libertad» se encuentra determinada normativamente, y no se protege en sí misma.

aquellos fines, lo que ocurrirá únicamente, o bien cuando no existe contraprestación alguna, o bien cuando la contraprestación recibida no sea susceptible de ser aplicada de nuevo —mediante su transformación, sustitución o reventa— para la obtención del fin inicialmente frustrado.

La concreción del fin perseguido resulta necesaria para evaluar la obtención o en su caso la frustración de la utilidad perseguida. Ello no significa que la protección penal del patrimonio se dirija a garantizar o proteger la realización de los fines concretos que fija el titular. Lo que se protege es el mantenimiento del potencial económico funcional para la persona, que disminuye cuando tras la disposición se produce un «saldo negativo» respecto a los fines que antes de la entrega el titular estaba en condiciones de obtener. Por ello, incluso la defraudación de fines ilícitos constituye daño patrimonial si comporta aquella merma del potencial funcional.

En relación a las subvenciones públicas, la captación engañosa constituirá delito de estafa cuando se dirija a la frustración del fin subvencional. No obstante la fenomenología de las subvenciones con frecuencia presenta una complejidad que impide tal tipificación. Por un lado, debido a dificultades prácticas de determinación del fin específico de la subvención, cuando se pretenden varias clases de fines, o cuando cabe interpretaciones ambiguas; en ocasiones la precisión prolija de requisitos y condiciones favorece la confusión y la apelación al error que, vencible o invencible, excluiría el dolo, o en su caso el ánimo de lucro. Por otro lado no puede apreciarse la relación funcional entre engaño, acto de disposición y perjuicio cuando la obtención ilícita de una ayuda ha sido facilitada por la complacencia o connivencia del funcionario encargado de la concesión (303). Que estas dificultades prácticas impidan la tipificación como estafa de conductas irregulares en la captación de subvenciones no es necesariamente insatisfactoria. El control que despliegan las sanciones administrativas puede ser suficiente, y preferible desde el principio de mínima intervención del derecho penal, al menos respecto a multitud de subvenciones culturales o sociales. La estafa sería aplicable a los supuestos más flagrantes. Ahora bien respecto a las subvenciones de mayor entidad, las dificultades señaladas son precisamente las que han motivado la creación de los preceptos específicos de fraude de subvenciones, que limitan su campo de aplicación a los supuestos

(303) Sobre la variedad de modalidades de captación ilícita de subvenciones y los problemas de su encuadramiento en la estafa. Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, BT, Reinberck bei Hamburg, 1976, 78 ss. En nuestro país estas insuficiencias fueron destacadas ya por MARTÍNEZ PÉREZ, «Acercas de la conveniencia», *cit.*, 445 ss. y por ARROYO, *Delitos contra la Hacienda Pública*, *cit.*, 31 s.

considerados más graves, prescindiendo en su configuración típica de la exigencia de engaño al disponente (304).

Las dificultades prácticas apuntadas constituyen la causa de la introducción del delito específico de fraude de subvenciones en Alemania, y posteriormente en otros países, como el nuestro. Pero al argumento pragmático se añaden otras consideraciones político criminales que, en el plano valorativo del interés mercedor de protección, se basan en la necesidad de garantizar el normal desarrollo de los planes públicos de fomento, incriminando la adulteración de los fines subvencionales por quien accede a los recursos públicos sin reunir las condiciones establecidas (305). El objeto de protección supera la dimensión patrimonial, incluso aunque se conciba el patrimonio en su dimensión funcional. Se trata de proteger la efectiva obtención de fines concretos, fijados por el organismo otorgante, y de acuerdo con las características del plan subvencional que instaura las ayudas. La lesividad de la conducta supera el nivel de perjuicio de la funcionalidad de los recursos públicos, aunque evidentemente concurre también esta lesión. Nos encontramos en el plano de intereses supraindividuales, institucionales, relativos a funciones determinadas de la Administración en materia de distribución y ejecución de recursos patrimoniales de acuerdo con la planificación de medidas de fomento (306).

El precepto que regula el fraude de subvenciones configura un delito sui generis, que pertenece a la esfera de los delitos económicos en

(304) El legislador español optó por un criterio cuantitativo: subvenciones superiores a 2,5 millones de pesetas (art. 350). El criterio seguido por el legislador alemán en la creación del § 264 —fraude de subvenciones— atiende al carácter económico de la subvención, limitándose a las ayudas a empresas o sociedades de intervención económica. El § 264 alemán contempla la conducta de simple actividad, falsedad u ocultamiento de requisitos esenciales, acogiendo incluso la responsabilidad por imprudencia. En Portugal, la incriminación del fraude de subsidios o subvenciones, recogido en ley penal especial, no establece limitación alguna ni por clase de subvención ni por cuantía, e incrimina también la modalidad culposa, (art. 36 del Decreto-ley n.º 28/84 de 20 de enero, que modifica la legislación en materia de infracciones económicas y contra la salud pública).

(305) Además de la incriminación de la llamada «malversación de subvenciones» (art. 350, 2, c.p.), incluida también en el § 264 del código penal alemán a través de la definición de las «condiciones sustanciales» (§ 264, (7). 2), que incluyen aquellas que puedan motivar la prolongación o la renovación de la ayuda.

(306) Como señala PEDRAZZI, «Problemi di tecnica legislativa», en PEDRAZZI: *et aliter, Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, 33, la nocividad de las conductas que buscan enriquecimiento a costa de las finanzas públicas no puede medirse en términos de daño patrimonial inflingido al ente otorgante de la subvención, sino en términos político-económicos de desviación de recursos, de impedimento de la consecución de objetivos programáticos.

sentido estricto (307), y en realidad también al campo de los delitos contra la Administración en la gestión de recursos económicos (308). Respecto a la estafa, puede afirmarse su parentesco, desde una concepción funcional de patrimonio, porque también se produce aquella merma del potencial económico derivada de la frustración de los fines. Al igual que en otros delitos económicos, permanece un cierto componente patrimonial, aunque éste sea insuficiente para comprender la peculiaridad de la nueva figura (309). El precepto de la estafa se sitúa en una relación de subsidiariedad respecto al precepto que regula el fraude de subvenciones. En la práctica, la captación fraudulenta de subvenciones superiores a la cuantía fijada en el art. 350, únicamente podrá tipificarse bajo esta norma, cuyos requisitos típicos son menores que los de la estafa. Cuando la cuantía de la ayuda pública sea inferior, entrará en juego el tipo de la estafa caso de que concurran los requisitos del art. 528. En otro caso, la conducta ilícita permanecerá en el campo de las infracciones administrativas (*).

(307) No es el momento de entrar en mayores matizaciones sobre la naturaleza de este delito; no obstante a mi juicio, puesto que el art. 350 no excluye las subvenciones culturales o sociales superiores a 2,5 millones de ptas. la calificación como delito económico estricto —aquel que protege el intervencionismo estatal en la economía— no es del todo correcta.

(308) Como propone AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 380.

(309) BAUMANN, «Strafrecht und Wirtschaftskriminalität», *JZ* 1983, 937.

(*) La realización del presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación sobre «Incrimación penal en materia de gasto público, la problemática de las subvenciones», financiado por la Universidad del País Vasco, 1991.