

Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Derecho Penal III – Parte Especial  
Prof. Javier Arévalo Cunich

**SEMINARIO N° 2**  
**DELITOS PATRIMONIALES:**  
**ESTAFA**

**Material de lectura obligatoria**

- (a) Antón Oneca, J. (1958). Estafa.** En C.-E. Mascareñas (Ed.), *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Vol. IX, págs. 56-90). Barcelona: Francisco Seix, S.A.
- (b) Romero, G. N. (1985). El engaño.** En G. N. Romero, *Delito de estafa* (2ª ed., págs. 23-184). Buenos Aires: Hammurabi.
- (c) Pastor, N. (2003). Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa.** En U. E. Colombia (Ed.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (Vol. II, págs. 453-480). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

# NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA

R340.03  
N964 ne  
1950-  
U.9  
C.1

PUBLICADA BAJO LA DIRECCIÓN DE

CARLOS-E. MASCAREÑAS

*Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona, Miembro del Instituto Jurídico Internacional  
de La Haya, de la Sociedad de Legislación Comparada de París  
y del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona*

CON LA COLABORACIÓN DE

BUENAVENTURA PELLISÉ PRATS

*Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona*

Y DE

EMINENTES PROFESORES Y JURISTAS

TOMO IX

PREPARADO POR

BUENAVENTURA PELLISÉ PRATS

017381

BARCELONA  
EDITORIAL FRANCISCO SEIX, S. A.  
1958



pers, 1905; LE FUR, L., *État fédéral et confédération d'États*, París, Marchal et Billard, 1896; LE FUR, L., y POSENER, P., *Bundesstaat und Staatenbund in ihre Geschichtlicher Entwicklung*, Breslau, 1902; VON LEX, Hans Ritter, *Die Grundlagen unserer föderalistischen Staatsordnung*, en "Wom Bonner Grundgesetz"..., cit., págs. 237 y ss.; LIEBE, Georg, *Sind die zu einem Bundesstaate vereinigten Staaten souverän?*, Leipzig, 1880; LUCATELLO, Guido, *Lo Stato federale*, Padua, Cedam, 1939; MADAY, Andreas von, *Versuch einer neuen Theorie von den Staatenverbindungen*, Berna, 1912; MARTIENZO, José Nicolás, *El gobierno representativo federal en la República Argentina*, Editorial América, s. a.; MARRIOT, J. A. R., *Federalism and the problem of the small State*, Londres, Georg Allen & Unwin, Ltd., 1943; MAXWELL, James A., *The fiscal impact of federalism in the United States*, Harvard University Press, 1946; MAYER, *Republikanischer und monarchischer Bundesstaat*, en "Archiv für öffentliches Recht", Band 18, 1903; MOGI, Sobei, *The problem of federalism*, Londres, G. Allen, 1931, 2 vols.; MOLL, Ernst, *Der Bundesstaatsbegriff in der Vereinigten Staaten von Amerika von ihrer Unabhängigkeit zum Kompromiss von 1850*, Zürich, Schulthess, 1905; MOUSKELLY, M., *La théorie juridique de l'État fédéral*, París, 1931 (hay traducción española de A. Lázaro y Ríos: *Teoría jurídica del Estado federal*, Madrid, Aguilar, 1931); Íd., *Le mandat des représentants à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe*, en "Revue du Droit public et de la Science politique", vol. 68, 1952, págs. 662 y ss.; Íd., *L'Europe face au fédéralisme*, Estrasburgo, Le Roux, 1949; NAEF, W., *Die europäische Staatengemeinschaft in der neueren Geschichte*, Zürich y Leipzig, 1943; NAWIASKY, H., *Staatenbund und Bundesstaat*, en "Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie", II, Berlin y Leipzig, 1925, páginas 574 y ss.; Íd., *Die Hauptfragen der politischen Organisation der Europa-Gemeinschaft*, en "Frankfurter Hefte", diciembre 1952 (Sonderdruck); NEWTON, Arthur Percival, *Federal and unified constitutions*, Nueva York, Longmans, Green and Co., 1923; PERELS, K., *Streitigkeiten, deutscher Bundesstaaten*, Berlín, 1900; POLEY, Arthur P., *The federal systems of the United States and the British Empire. Their origin, nature, and development*, Boston, Little, Brown and Co., 1913; POLIERS y MARANS, R. de, *Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État*, Toulouse, E. Privat, 1902; PROUDHON, Pierre Joseph, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, París, E. Dentu, 1863 (hay trad. española de E. PI y MARGALL: *El principio federativo*, Madrid, Lib. Alfonso Durán, 1868); POUND, Roscoe, y otros, *Federalism as a democratic process*, New Brunswick N. J., Rutgers University Press, 1942; POWELL, Alden L., *National taxation of State instrumentalities*, Urbana, University of Illinois Press, 1936; RAGGI, Luigi, *Alcune osservazioni sulla distinzione delle forme di Stato*, en "Studi in onore di Federico Cammeo", vol. II, Padua, 1953, págs. 313-318; REUTER, P., *Le Droit de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier* en "Journal du Droit international", Band 80, 1953, págs. 4 y ss.; Íd., *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, París, 1951; SCHAFFER, Hans, *Die auswärtigen Hoheitsrechte der deutschen Einzelstaaten*, Berna, Leipzig, 1908; SAHM, U., *Die Ver-*

*fassung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, en "Europa Archiv", 1951, págs. 3977 y ss.; SCHILLING, K., *Der Europäische Wirtschaftsrat (OECE) und das Abkommen über die Europäische Zahlungsunion (EZU)*, en "Europa Archiv", 1952, págs. 4873 y ss.; Íd., *Der Europäische Wirtschaftsrat (OECE) und die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, en "Europa Archiv", 1953, págs. 5413 y ss.; SCHUMAN, Frederick L., *The Council of Europe*, en "American Political Science Review", vol. 45, septiembre 1951, págs. 724 y ss.; STEINDORFF, E., *Schuman-Plan und europäischer Bundesstaat*, en "Europa Archiv", 1951, págs. 3955 y ss.; STIKKER, D., *The functional approach to European Integration*, en "Foreign Affairs", Band 29, 1950/51, págs. 436 y ss.; STUDENSKI, Paul, y MORT, R., *Centralized and decentralized government in relation to democracy*, Nueva York, Teachers College, Columbia University, 1941; TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America*, Nueva York, Knopf, 2 vols., 1945; THOMPSON, Walter, *Federal Centralization*, Nueva York, Harcourt, Brace, 1923; ULE, C., *Der Gerichtshof der Montan-Gemeinschaft als europäisches Verwaltungsgericht*, *Deutsches Verwaltungsstaats*, 1952, págs. 65 y ss.; VAN DOREN, Charles, *Constitution des États-Unis*, París, Correa, 1956; WHEARE, Kennet C., *Federal government*, Nueva York-Oxford, 1947; WENDELL, Mitchell, *Relations between the federal and State Courts*, Columbia University Press, 1949; WESTERKAMP, J. B., *Staatenbund und Bundesstaat*, Leipzig, 1892; ZORRAQUÍN BECU, R., *El federalismo argentino*, Buenos Aires, Bernabé y Cía., 1939.

## ESTADO PASIONAL

V. "ARREBATO U OBCECACIÓN", "CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES", "ENAJENACIÓN MENTAL", etc.

## ESTADO PELIGROSO

V. "PELIGROSIDAD".

## ESTADO RELIGIOSO

V. "ESTADO CLERICAL Y RELIGIOSO".

## ESTADOS FEDERADOS

V. "CONFEDERACIÓN", "ESTADO FEDERAL".

## ESTAFA (\*)

I. CONCEPTO. — II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. A) Derecho romano. B) Las Partidas. C) Otras legislaciones. D) Las modernas codificaciones españolas. — III. ELEMENTOS GENERALES. A) Con-

(\*) De D José Antón Oneca.

ducta engañosa. B) Error. C) Acto de disposición. D) Perjuicio. E) Elementos subjetivos. —

IV. ESPECIES DE ESTAFAS Y OTROS ENGAÑOS.

A) Estafas propias. 1) Ficciones y apariencias.

a) Ficción de nombre, poder, influencia o cualidades. b) Apariencia de bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias. c) Engaño semejante. d) Ficciones especiales. 2) Entrega defectuosa de cosas. 3) Documento suscrito con engaño. 4) Trampas en el juego. B) Otros engaños.

1) Falsedades defraudatorias. 2) Sustracción de cosa propia. 3) Defraudaciones de la propiedad intelectual o industrial. C) Estafas propias u otros engaños. — V. EXIMENTES Y CIRCUNSTANCIAS. — VI. TENTATIVA. — VII. CONCURSO. — VIII. PENALIDAD. — IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. Concepto. — Advertía HEGLER que un estudio de la estafa no limitado a una legislación determinada había de luchar con grandes dificultades, pues el nombre designa en las varias legislaciones una o más figuras de distinto contenido; y algunas, renunciando a la fijación de un concepto firme, lo tratan como un delito más o menos vago (1).

Sin embargo, ya en el Código francés de 1810 se dió un concepto, modelo para muchas legislaciones del siglo XIX, que ha sido básico de la doctrina moderna. Y los Códigos alemán de 1871 y el italiano de 1889, abandonando el método limitativo francés, dan conceptos sintéticos inspirados de Códigos recientes (2). Hoy podemos reconocer opiniones bastante uniformes sobre cuáles son los elementos esenciales de este delito. Sin perjuicio de que en la doctrina haya discrepancias sobre su contenido, y de que en los Códigos penales encontremos diversidad de tipos complementarios creados con la finalidad de atenuar o agravar las penas correspondientes al tipo fundamental, o de extender la represión a hechos más o menos semejantes cuya inclusión en la definición general es por lo menos discutible.

El Código español sigue la vía antigua, o sea, el método ejemplificador, con multitud de figuras incompletas y algunas fórmulas vagas complementarias; simples bocetos y no definiciones precisas como las ordinariamente usadas por la técnica penal. Todas ellas se agrupan bajo el epígrafe "De las estafas y otros engaños" (Sección segunda del capítulo cuarto del título XIII del libro segundo), sin declarar dónde está la línea divisoria entre las primeras y los segundos. La esencia de un verdadero concepto general y la falta de determinación completa en los particulares, donde sólo se expresan algunos elementos, dejando los demás supuestos o confundidos en el verbo defraudar, permiten y aun obligan a una interpretación un tanto libre. Pero los límites necesariamente impuestos por el Derecho positivo son suficientes para oponer serios obstáculos a la labor de escla-

recimiento y sistematización, forzándonos a dejar las soluciones de varios problemas como dudosas y controvertibles.

Comenzaremos por estudiar el concepto y elementos generales de la estafa según la opinión dominante, y después nos ocuparemos de las singulares figuras desarrolladas por nuestro Código, viendo cuáles son adaptables a aquella doctrina común, cuáles la exceden o se extienden por un terreno colindante al de la estafa genuina y propia.

Estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero. La comparación con algunos delitos próximos aclarará la definición expuesta.

En la estafa el engañado dispone de las cosas muebles o inmuebles (así en nuestra legislación, a diferencia de otras en que sólo puede tener por objeto las muebles) por su voluntad, siquiera se encuentre el consentimiento viciado por el error; mientras en el hurto el delincuente toma las cosas muebles sin la voluntad de su dueño. La conducta engañosa del delincuente, no para recibir las cosas de mano ajena, sino para determinar la situación en que él pueda cogerlas (por ej., introduciéndose en el lugar donde se encuentran), podrá agravar el hurto con la astucia, pero no desnaturaliza el título del delito cambiándolo por el de estafa (3). En la apropiación indebida las cosas muebles están por título legítimo en poder del sujeto activo, que se las apropia teniendo obligación de entregarlas o devolverlas. En ella y en la estafa hay abuso de confianza; la diferencia está en que la confianza existía de antemano en la apropiación indebida, mientras en la estafa se crea mediante engaño con el fin de explotarla (4). En el robo, la extorsión (que en nuestro Código tiene estrecha representación en el artículo 503) y en el chantaje (comprendido en el núm. 1 del artículo 493) se obtiene por fuerza o intimidación lo que en la estafa se consigue astutamente mediante simulación o disimulación (5). Con las falsedades tiene el elemento común de la *immutatio veritatis*, que en éstas se ordena a la producción de medios de prueba falaces con fines de varia índole, y en la estafa se ordena al objeto concreto de engañar a una o varias personas para obtener un enriquecimiento ilícito (véase IV, B).

Los bienes jurídicos atacados por la estafa son el patrimonio y la buena fe en el tráfico jurídico.

(3) Véase sent. de 31 mayo 1913.

(4) En la estafa la intención criminal es anterior a contemporánea a la recepción de las cosas, mientras en la apropiación indebida es posterior a ella. Véase sentencia de 8 noviembre 1952. Sin embargo, no se debe hablar, como hace este fallo, de dolo subsiguiente, lo cual podría dar lugar al equivoco de que el dolo es posterior a la acción. Lo que ocurre es que ésta, consistente en disponer de las cosas como propias, es posterior a la recepción de las cosas. Véase sobre la relación entre una y otra infracción, considerando en la estafa también un abuso de confianza, KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 39 y 40 ed., parágr. 263, I.

(5) FRANK (*Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, ed. 18, § 263, I) destaca las analogías con la extorsión: la estafa es también delito contra la libertad, en cuanto el engañado no obra conforme a su verdadera voluntad.

(1) HEGLER, *Betrug*, en "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil", vol. VII, pág. 406.

(2) Conceptos generales se ofrecen en los Códigos alemán, sueco, noruego, italiano, griego, checoslovaco, yugoslavo, suizo. Véase una exposición comparada de Derecho moderno en KOHLMANN, *Die strafrechtliche Behandlung des Betruges*, en "Materialien zur Strafrechtsreform", vol. II; "Rechtsvergleichende Arbeiten", II, Besonderer Teil, págs. 349 y ss.



co (6). Que la estafa sea delito contra el patrimonio es generalmente reconocido. Que se proteja también la verdad y la buena fe, ha sido discutido por BINDING (7), quien negaba la existencia de un derecho a la verdad y veía en la tesis afirmativa un residuo de las épocas en que la estafa permaneció confundida con las falsedades. Por el contrario, HAFTER (8) considera objeto de protección primario la lealtad y buena fe, y sólo secundario el patrimonio. MANZINI (9) cree que con la incriminación de la estafa la ley tutela no tanto el interés de la mutua confianza en las relaciones patrimoniales individuales — pues es posible también la estafa en las relaciones ilícitas — cuanto el interés público en impedir el uso del engaño para inducir a quien sea a prestaciones útiles no debidas. En conformidad con el fin de la represión penal, el legislador considera el hecho más desde el punto de vista de la criminalidad manifestada por el reo que desde la injusticia del daño producido al sujeto pasivo, el cual puede ser, y lo es no raramente, de la misma calaña que el sujeto activo (10).

A nuestro modo de ver, en este debate hay mucho de bizantino. El ataque del estafador al patrimonio, bien jurídico protegido aquí como en los demás preceptos sobre infracciones patrimoniales, es evidente, y si algunos escritores no lo mencionan, señalando solamente la defensa de la buena fe, es porque dan a aquél por supuesto, omitiendo lo genérico para subrayar lo específico. Del otro lado, quienes concretan el bien jurídico en el patrimonio no pueden menos de reconocer que, entre el conjunto de especies delictivas contra el mismo, hay una o algunas, caracterizadas por los medios engañosos, que reciben el nombre de estafas. Ahora bien, la naturaleza de tales medios no sería motivo suficiente para una represión especial si en su empleo no existiera un daño o peligro para un interés social de importancia: la confianza y seguridad en las relaciones jurídicas patrimoniales. Como dice MANZINI, un *minimum* de sinceridad en las relaciones patrimoniales debe ser impuesto coactivamente en un Estado bien ordenado, porque dicho elemento representa uno de los más vitales intereses en el normal desenvolvimiento de los negocios privados y en la civil convivencia.

La doctrina alemana distingue, dentro de los delitos contra el patrimonio, dos grupos: uno formado por los dirigidos contra cosas y derechos determinados (hurto, robo, usurpación, daños) y otro constituido por los que atacan al patrimonio

en su conjunto (en la estafa, alzamiento, quiebra y concurso, extorsión, usura, lo decisivo es el perjuicio concebido como disminución del patrimonio total de la víctima) (11).

Advierte MEZGER (12) contra el equívoco que puede derivar de este contraste, pues también la estafa en los casos concretos se dirige regularmente contra derechos particulares; pero éstos — dice — no están mencionados en la definición legal. En nuestro Código hay figuras en que el fraude se refiere a cosas o derechos determinados (artículos 528, 531, núm. 1 del 532). Pero en otros conceptos mucho más generales lo decisivo es la disminución del patrimonio considerado en su totalidad.

II. Antecedentes históricos. — A) DERECHO ROMANO. — Se acostumbra a citar como precedente romano de la moderna estafa el *crimen stellionatus*, nombre derivado — según CARRARA — de *stellio*, *onis* con que se designaba el estelión o salamanquesa. Teniendo este animal colores indefinibles por su variabilidad a los rayos del sol, se aludía así a multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad que fluctúan entre la falsedad y el hurto, participando de las condiciones de la una y del otro, sin ser propiamente ni lo uno ni lo otro; quizá también creyendo en una particular astucia del animal (13). La aparición del estelionato fué tardía, datando probablemente de la época de Antonino Pío (14). Apareció como crimen extraordinario para reprimir casos de fraude que no caían dentro del hurto ni de las falsedades. La *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, dada en tiempos de Sila, castigaba las falsedades en los testamentos y en la moneda. Este título de *falsum* fué ampliado sucesivamente por la doctrina jurídica a varios hechos fraudulentos contra el patrimonio; si bien, siendo el *crimen falsi* un delito público, solamente podían comprenderse los fraudes lesionadores inmediatamente de intereses de esta naturaleza. Por otra parte, el Derecho privado romano admitía la acción de dolo para cualquier hecho que, a juicio del magistrado, exigiera la represión punitiva cuando ésta no se realizaba por otro título; el de dolo, pues, tenía carácter genérico y no estaban determinados los hechos en él comprendidos. Más tarde, por la tendencia del Derecho romano imperial a hacer pública la acción en todo caso, surgió el *crimen stellionatus*, reprimido *extra ordinem*. Fué, por tanto, una acción auxiliar y subsidiaria en el procedimiento acusatorio como la acción privada de dolo lo fué en el procedimiento civil (15). De todo lo cual deduce MANZINI (16) que los antece-

(6) El patrimonio y el mantenimiento de la verdad y de la lealtad y buena fe en el tráfico, dice MEZGER (*Strafrecht, Besonderer Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., Munich-Berlin, 1954, pág. 163).

(7) BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, I, Leipzig, 1902, pág. 339. Que el bien jurídico protegido es sólo el patrimonio, encontramos también en BOCKELMANN (*Der Unrechtsgehalt des Betruges*, en "Probleme der Strafrechtserneuerung", Berlin, 1944, pág. 240).

(8) HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Besonderer Teil*, 1.<sup>a</sup> parte, Berlin, 1937, pág. 258.

(9) MANZINI, *Trattato di Diritto penale*, Turin, 1952, t. IX, pág. 584.

(10) Que la incriminación de la estafa no es sólo para la protección del patrimonio, sino que también tutela la libertad del consentimiento en los negocios patrimoniales, proclama ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, parte especial, I, Milán, 1954, pág. 245.

(11) ANTOLISEI (*I reati contro il patrimonio*, en "Rivista italiana di Diritto penale", 1952, septiembre-octubre) opina que esta diferencia no debe ser olvidada, si bien niega la importancia que le atribuye la doctrina germánica.

(12) MEZGER, ob. cit., pág. 112. Análogamente ANTOLISEI, *Manuale*, pág. 183.

(13) CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale*, parte especial, parágr. 2336.

(14) FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, en "Enciclopedia del Diritto penale" de Pessina, vol. I, pág. 404.

(15) MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, trad. esp., II, pág. 152.

(16) MANZINI, ob. y vol. cit., pág. 521.

dentes de la estafa han de reconocerse más bien en esta *actio doli* del Derecho privado romano que en el crimen público de falsedad. Más bien debemos mencionar las dos líneas precursoras, sin oscurecer el parentesco de origen con las falsedades, que todavía pesa sobre la estafa, como hemos de ver (17).

El concepto del delito de estelionato no estuvo precisado. ULPiano decía: *nec est opus species enumerare*. Sería mejor, añade FERRINI, decir que no es fácil agotar la enumeración de los casos particulares. En los más graves de fraude en que no era aplicable otro título de delito, quedaba al arbitrio del pretor definir si había o no materia suficiente para proceder criminalmente. En las fuentes se encuentran, entre otros, los siguientes ejemplos, que todavía tienen reflejo en nuestro Derecho vigente: empeñar, vender, permutar o dar *in solutum* una cosa ya obligada, haciéndola creer libre al acreedor, comprador o permutante, exponiéndole a la persecución del primer acreedor pignoraticio; sustituir las mercancías después de haberlas vendido o hacerlas desaparecer antes de la tradición, lucrándose indebidamente con el precio; dar en prenda cosas no propias. Las penas del *stellionatus* no estaban determinadas legalmente, sino que las establecía el juez según su arbitrio en cada proceso, llegando para los *honestiores* a la *remotio ad ordinem* o a la relegación temporal; para los *humiliores* hasta la condena *ad opus metalli*.

B) LAS PARTIDAS. — En el título XVI de la Partida VII se da a este delito el nombre de engaños. Los engaños se hacen de muchas maneras, pero las principales son dos: la primera es cuando se hacen por palabras mentirosas o arteras; la segunda es cuando preguntan a algún hombre sobre alguna cosa y él callase engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas. Se admite, pues, el engaño por omisión, hoy tan discutido, y en la acción se separa la simulación de la disimulación, como en algunos conceptos modernos de la estafa. Conforme al Derecho romano que distinguía el dolo malo del bueno, también Las Partidas nos hablan de engaños buenos y malos. Los primeros se hacen de buena fe y con buena intención, como para prender a los ladrones o para engañar a los que quieren engañar. También son buenos los que se hacen contra enemigos conocidos (o sea contra aquellos de quienes, declarada la enemistad, era lícito tomar venganza). Son malos los contrarios a éstos. Los engaños malos daban lugar a "enmienda", o sea a indemnización. Pero no se podía exigir ésta a los padres, abuelos o al señor y en general a los mayores, porque lo impedía la reverencia y honra que "a los que tienen grand lugar" deben "los otros que son de menor guisa".

No dan Las Partidas definición general del engaño, sino que, al modo del Derecho romano, se dedican varias leyes (VII a XI) a exponer concretas especies para que los hombres puedan tomar aperebimiento para guardarse y los juzgadores puedan conocerlos y escarmentarlos. Pero sin que la relación tenga pretensiones de completa, pues, "por exemplo non podría ome contar en

quantas maneras fazen los omes engaños los unos a los otros" (Ley VII). Queda, pues, al arbitrio judicial su determinación; y lo mismo ocurre con la pena "de escarmiento o de pecho para la Cámara del Rey, que el juzgador entendiere merecida, porque no siendo iguales los engaños ni los hombres que los hacen, no se puede poner pena cierta". Este sistema ha sido alabado por CARRARA, aludiendo a la sabiduría del legislador que se dio cuenta de la imposibilidad de una enumeración taxativa (18). Sin embargo, en los tiempos de CARRARA ya andaban las legislaciones tanteando con más o menos fortuna la elaboración de un concepto general y no deja de ser extraño que el clásico CARRARA exponga sus entusiasmos por un sistema reñido con el principio de estricta legalidad.

C) OTRAS LEGISLACIONES. — No tuvo mejor suerte la regulación del delito en otras tierras. En el Derecho alemán de la Edad Media se encuentran sólo algunos casos desperdigados y La Carolina lo desconoce (19). Ya hemos dicho que en el Derecho romano no hubo clara distinción entre la estafa y las falsedades. Los prácticos se esforzaron por reducir el casuismo romano llegando a un concepto general del *falsum*, y lo dieron en tal forma que abarcaba también las estafas (*veritatis inmutatio in praejudicium alterius*, según CARPZOVIO).

En tal confusión se estuvo hasta los tiempos contemporáneos, en cuyos comienzos se consiguió la separación de la estafa como delito contra el patrimonio, de las falsedades en que el bien jurídico es la fe pública. Por ello se ha podido decir que el delito de estafa es un hijo del siglo XIX (20). Su origen moderno se explicaría por exigir una cierta expansión del tráfico mercantil y una espiritualización del método propio del Derecho penal (21). Sólo, en efecto, cuando se ha conseguido construir la dogmática jurídica a base de conceptos abstractos, ha sido posible elevarse por encima de los casos particulares y concebir su concepto con independencia de otros en que también se da el engaño. Si bien no se ha conseguido lograr tan definitiva pureza que no aparezcan a veces adherencias rememorantes de los tiempos en que estuvo unida a las falsedades, tanto en alguna legislación, al modo de la nuestra (véase IV, B), como en la doctrina (22).

En esta creación de un dominio propio para la estafa abrió marcha la Ley francesa de julio de 1791, que inspiró el artículo 405 del Código penal francés. Aquí se da ya un concepto general. Ciertamente se hace una relación de los engaños (uso de falso nombre o de falsas cualidades, o empleo de maniobras fraudulentas, etc.) que ha permitido agrupar esta definición entre las limitativas,

(18) CARRARA, *Programma*, parágr. 2340.

(19) BINDING, ob. y vol. cit., pág. 338.

(20) MEZGER, ob. cit., pág. 162.

(21) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 3.ª ed., Berlin, 1954, pág. 264.

(22) Todavía MEZGER admite, junto al concepto restringido, otro amplio de falsedad, dentro del cual comprende, entre varias infracciones, la estafa. MALINVERNI (*Sulla teoria del falso documentale*, Milán, 1955, página 176) considera esta posición "última nostalgia doctrinal de tiempos pasados".

(17) Comparados los elementos del *falsum* y los del *stellionatus*, en vano se buscan caracteres diferenciales, según MIRTO, y cuando se oponen uno y otro es mirando a algunas hipótesis concretas. MIRTO, *La falsità in atti*, 3.ª ed., Milán, 1955, pág. 15.

pero habiendo dominado en la interpretación como denominador común las maniobras fraudulentas, y expresándose el acto de disposición que consiste en hacerse "remitir o entregar" fondos, muebles u obligaciones, etc., así como el perjuicio causado en la totalidad o parte de la fortuna de otro. El artículo 405 del Código francés proporcionó el concepto general que ha servido de base a las legislaciones del siglo XIX. Aunque la insuficiencia de los medios engañosos enumerados ha sido un defecto determinante de la necesidad de figuras complementarias.

D) LAS MODERNAS CODIFICACIONES ESPAÑOLAS. — El Código francés estuvo presente en la elaboración del español de 1822. Éste tradujo la *escroquerie* por estafa (23), pero completó la rúbrica del capítulo V del título III de la parte segunda con los "engaños", quedando la denominación "De las estafas y engaños", que ha persistido en los Códigos posteriores con poca modificación. No es difícil averiguar el origen de la dualidad de términos, si se tiene en cuenta la constante oscilación entre el Derecho tradicional y la influencia francesa característica de este Código. Conforme al modelo galo se inicia la definición del artículo 766 así: "Cualquiera que con algún artificio, engaño o superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiere sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras..." En la exposición de los medios engañosos se aleja del Código francés más que el actual número 1.º del artículo 529, pero luego, con los términos "sonsacar" dinero, etc., traduce libremente el *se faire remettre ou délivrer*, o sea consigna el acto de disposición que la doctrina moderna da como distintivo de la estafa a diferencia del hurto, donde el culpable toma por sí mismo las cosas; nota ésta luego desaparecida en nuestros Códigos penales. Pero tal concepto que, sin ser traducción servil del francés, está inspirado en el de la *escroquerie*, no satisfizo al legislador, y, rindiendo tributo a la tradición romana y a Las Partidas, que consideraba en el *stellionatus* o "engaños" una figura supletoria de otras infracciones, completó la definición del artículo 766 con estas palabras: "o le hubiera perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial". A continuación se añadían cinco figuras (arts. 767 a 771) cuya razón de ser está en su naturaleza de tipos atenuados con relación al general; salvo la agravante de habitualidad del artículo 768.

El Código de 1848 significó un notable retroceso: al instituir el sistema exageradamente casuístico que todavía rige en el actual; alterar el concepto

general privándole además de su más lógica situación al comienzo de la serie; mecanizar la penalidad proporcionándola a la cuantía de la defraudación, y colocar en este lugar la apropiación indebida y el abuso de firma en blanco, que en el Código de 1822 estaban ordenados entre los abusos de confianza. La rúbrica de la sección pasó a ser "De las estafas y otros engaños" para significar que también las primeras llevaban el común denominador engañoso, pero olvidando que algunos de los nuevos conceptos incluidos escapaban necesariamente a tal designación. Fue novedad también introducir una falta de estafa o engaño cuando la defraudación no excediera de cinco duros. Escasas fueron las modificaciones operadas en la reforma de 1870, que reunió en los números del artículo 529 lo que en los anteriores eran materia de varios artículos y suprimió la falta, absorbiéndola en el delito.

El de 1928 amplió el nombre de la sección que rezó así: "Delitos de estafa, chantaje y otros engaños", aumentando nuevas figuras, a la par que algunas viejas se hacían más circunstanciadas mediante la adición de frases explicativas procedentes de la jurisprudencia, y volvió a crear la falta, desaparecida en la reforma de 1870, aunque con distinta cuantía. La reforma de 1932 mantuvo los preceptos del Código de 1870, sin más modificaciones que las referentes a las cuantías determinantes de la penalidad, añadiendo una categoría para las superiores a 25.000 pesetas con elevación de la pena hasta el máximo del presidio menor; volvió a insertar la falta en paralelismo con el hurto, y excluyó de los delitos de estafa y otros engaños, para colocarla en la usura, el abuso de la impericia o pasiones de un menor.

El Código de 1944 ha agravado la pena correspondiente a la cuantía superior, ha admitido la conversión de la falta en delito por reincidencia — como ya antes ocurría en el hurto —, ha formado sección aparte con la apropiación indebida, antes incluida entre las estafas, y otra además para las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.

No obstante las indiscutibles mejoras representadas por la exclusión de algunos de los tipos delictivos, los artículos 528 a 534 del Código son una de las porciones más defectuosas de este cuerpo legal. Desde 1848 se mantiene un sistema de casuismo exagerado, sin que las figuras concretas se encuentren debidamente determinadas, y con fórmulas complementarias de extraordinaria vaguedad. La insuficiencia es constantemente demostrada por la práctica, y es lástima que el carácter parcial de las reformas realizadas en el Código haya impedido la más radical demanda por los progresos de la dogmática y las necesidades de la vida.

(23) La voz *staffa*, de procedencia longobarda, significa en italiano estribo. *Staffare* es salir el pie del estribo o quedar con el pie en el estribo al caer. Fue adoptada en España en el habla de germanía, porque al estafador se le deja económicamente en falso como al jinete que queda en esta posición. Se encuentra ya en el *Vocabulario de germanía* de Hidalgo (1609) y la emplea Quevedo en *El Buscón* en sentido semejante al actual, así como estafones por estafadores. Véase: Corominas, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, vol. VI, pág. 411. Pero no se incorporó al lenguaje jurídico hasta mucho más tarde. Los prácticos de fines del XVIII y principios del XX siguieron llamando a este delito "dolo, engaño, estelionato" (Vizcaino, *Práctica criminal*, I, 1797). Incluso después de la corta vigencia del Código de 1822, seguía MARCOS GUTIÉRREZ (*Práctica criminal*, III, 5.ª ed., 1828, pág. 254) diciendo engaños, como en Las Partidas, cuya vigencia persistía.

III. Elementos generales. — Como ya hemos dicho, no fija nuestro Código los elementos de la estafa, salvo el engaño, aludido en las figuras más generales (núm. 1 del 529 y 534), además del título de la sección, y el perjuicio (en los arts. 531, 532 y 534). Los demás han de considerarse comprendidos en el verbo defraudar, empleado varias veces en los tipos concretos de delito. Aunque el Tribunal Supremo se ha limitado en múltiples declaraciones a mencionar engaño y perjuicio, también con cierta frecuencia ha insistido en la relación de causalidad entre uno y otro, añadiendo algunas veces el ánimo de lucro. Pero engaño significa en castellano tanto la conducta determinante a

error como este mismo; por lo que el engaño aludido por el Código y la jurisprudencia ha de desdoblarse en dos: acción engañosa y error causado por la misma. En algunas legislaciones se hace constar un acto de disposición causado por el error y causante del perjuicio. Donde no se menciona, los tratadistas lo requieren como carácter no escrito, pero necesario para distinguir la estafa del hurto y la apropiación indebida (24), así como para mantener el lazo causal entre el error y el perjuicio (25). Tampoco lo expresan los Códigos españoles desde el de 1848, pero aquí, como en otras legislaciones, debe darse por supuesto en los tipos que podemos llamar de estafa propia o genuina. Dichos elementos — conducta engañosa, error, acto de disposición, perjuicio — han de estar unidos entre sí por enlaces de causalidad: la conducta engañosa con el error, éste con el acto de disposición, y el acto de disposición con el perjuicio. Finalmente, como elementos subjetivos, además del dolo necesario a esta figura, ha de añadirse el ánimo de enriquecimiento injusto, no expresado tampoco por el Código, pero esencial a éste como a otros delitos contra la propiedad donde se menciona (26).

A) CONDUCTA ENGAÑOSA. — Elemento específico de la estafa es la conducta engañosa, consistente en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas.

Ahora bien; ¿basta cualquier acción u omisión engañosa o hace falta un engaño especial? "Es usanza — escribe CARRARA (27) —, si no honesta, al menos tolerada en el humano consorcio, que los contratantes recíprocamente se engañen. Todos los que piden dinero a préstamo cuentan cien historias de sus infortunios y exageran los medios que tendrán para restituir el dinero... Todos aquellos que venden un objeto elevan al cielo sus virtudes y ocultan sus vicios; o si se trata de un fundo, exageran sus frutos, callan sus inconvenientes..." En la vida cotidiana observamos, en efecto, constantes ponderaciones incursas en falsedad con fines comerciales, servidas por gigantesco aparato publicitario y autorizadas por los usos y costumbres mercantiles (28).

El Código francés, en su artículo 405, limita el delito de estafa al empleo de determinados medios engañosos: el uso de falsos nombres o de falsas cualidades, o el empleo de *maniobras fraudulentas* (para persuadir de la existencia de falsas empresas o de un crédito imaginario, o para hacer nacer la esperanza o el temor de un resultado, de un accidente o de cualquier otro acontecimiento quimérico). La casación y los comentaristas franceses deducen que la ley no ha querido prevenir todos los fraudes por medio de los cuales se sorprende la buena fe de otro; no protege por medio de la sanción penal a aquellos que podían y debían protegerse ellos mismos contra la astucia ajena; sólo constituyen delito esas astucias y fraudes si están

confirmados por actos exteriores (29). La mentira no es, pues, un delito, porque no se debe creer fácilmente en la palabra de otro; lo que la ley proscribía es una maquinación, esto es, la combinación de hechos, el arreglo de estratagemas, la organización de ardides, en una palabra, una *mise en scène* que tiene por fin dar crédito a la mentira y está destinada a engañar a terceros. El término "maniobras", empleado por la ley, significa obra de las manos y, aun entendido en sentido figurado, impone un aspecto positivo; no podrán estar constituidas por simples disimulaciones o reticencias; la estafa — dice GARRAUD (30) — es un delito constructivo. Consecuencia de estas restricciones ha sido la insuficiencia del concepto trazado por el artículo 405 y la necesidad de otras figuras que, como ya hemos dicho, han sido introducidas por leyes posteriores, ya añadidas al Código, ya con vida independiente, para satisfacer las necesidades que se iban demostrando por la práctica: estafa de alimentos (*filouterie d'aliments*) o de transportes (*filouterie de transports*), defraudaciones de sociedades, defraudaciones por medio de cheques sin provisión de fondos. Y es que, como dice GARRAUD, añorando las fórmulas más generales de otras legislaciones, definir los fraudes punibles por la naturaleza de los medios empleados para producirlos, es un error de la misma naturaleza que lo sería el de definir las lesiones por la naturaleza del arma utilizada por el agente (31).

CARRARA aprobó el criterio francés de la *mise en scène*; pero la opinión dominante en Italia en el pasado siglo, con raíces en el Derecho romano, defendida por CARMIGNANI y el propio CARRARA, hacía consistir el fraude penal, a diferencia del fraude civil, en una grande y evidente impostura (*magna et evidens calliditas* de ULPIANO) apta para eludir la perspicacia de las personas más avisadas.

La fórmula fué ensanchándose a través del debate científico y de los trabajos preparatorios para los nuevos Códigos. En lugar de la perspicacia de las personas más avisadas, con la común diligencia (*avvedutezza*) se contentaba LUCCHINI (32) en la comisión senatorial dictaminadora sobre el Proyecto del que fué Código de 1889. Observó IMPALLOMENI que esta teoría contradecía los principios generales del Derecho, pues, cuando menor es la defensa individual tanto más enérgica debe ser la protección penal (33). Para evitar la objeción hizo PESSINA una adecuación de la doctrina a las condiciones del sujeto pasivo, de modo que habría fraude punible cuando el engañado estuviera, por naturaleza y cultura, en tal condición intelectual que, aun adoptando la ordinaria prudencia posible a su estado intelectual, le habría sido difícil evitar el ser víctima de un engaño o de una

(24) ANTOLISEI, ob. cit., pág. 249.

(25) MEZGER, ob. cit., pág. 169.

(26) Sobre elementos generales de la estafa véanse, entre otras sentencias del Tribunal Supremo, las de 26 enero 1935, 16 octubre 1942, 7 mayo 1945, 3 julio 1947 y 1 diciembre 1950.

(27) CARRARA, ob. cit., parágr. 2342.

(28) SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal*, 4.ª ed., Madrid, 1945, pág. 378.

(29) GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, 1901-6, t. I, págs. 1287-8.

(30) GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, Paris, 1925, vol. VI, págs. 335-6. Que la mentira no es un delito y la estafa requiere una mentira calificada, sostiene GRAVEN (*L'Escroquerie en Droit pénal suisse*, Basilea, 1947, pág. 13) con relación al Código penal suizo.

(31) GARRAUD, ob. y vol. cit., pág. 307.

(32) PUGLIA, *Delitti contro la proprietà*, en "Completo trattato teorico e pratico de diritto penale", de COGLIOLO, Milán, 1890, vol. II, parte 2.ª, pág. 399.

(33) IMPALLOMENI, *Codice penale italiano illustrato*, vol. III, págs. 279 y ss.

sorpresas (34). Este criterio parece reflejarse en el Código de 1889 que condiciona los artificios (*artifici*) y los embustes (*raggiri*) por su cualidad de "aptos para sorprender la buena fe de otro", pues este otro a quien se refiere la aptitud parece no ser ya la persona más avisada, ni la de diligencia media, sino aquella concreta que se apres- ta a engañar el sujeto activo.

El desenvolvimiento de la teoría general del delito con el análisis cada día más profundo de sus elementos, ha llevado a los penalistas italianos a la conclusión de no ser precisa limitación expresa a las conductas engañosas, pues la contención necesaria queda implícita en el requisito general de la causalidad. El Código italiano de 1930, siguiendo el parecer más generalizado entre los críticos del anterior, ha suprimido la frase "aptos para sorprender la buena fe de otros", y es reo de estafa (*truffa*) el que con artificios o embustes, induciendo a alguno a error, procura para sí o para otro un provecho injusto con daño de otro (artículo 640). La Exposición de motivos del ministro sobre el Proyecto explicó la supresión de aquella frase por innecesaria, una vez que en el libro primero del mismo se hacía previsión de la causalidad y de la tentativa: en la estafa consumada el problema es causal, a apreciar por el magistrado; en la intentada será preciso atender a la idoneidad (35). Y para MANZINI, de acuerdo con la jurisprudencia de su país, del hecho que un determinado artificio haya conseguido engañar a alguno, no puede deducirse simplemente sin más su idoneidad para inducir a error. Esta aptitud debe obtenerse de una normalidad siquiera sea relativa y no puede fundarse sobre la sola consideración individual (36). Como se ve, pues, por el camino de la causalidad se viene a llegar al mismo punto que con la frase del Código de 1889, suprimida en el de 1930.

Por otra parte, en las palabras *artifici e raggiri*, encuentran los intérpretes una limitación impuesta a los engaños, en cuanto indican un cierto aparato material la primera y psicológico la segunda; o sea, una determinada actividad constructiva, con hechos o con palabras; aunque la restricción es probablemente menor que la de las "maniobras fraudulentas" del Código francés (37).

El mantenimiento de esta calificación de los engaños es compatible con el descrédito sufrido por la vieja distinción entre el fraude penal y el civil, antes fundada precisamente en la calidad de los engaños. Hablar de fraude civil le parece a DE MARSICO una *contradictio in adiecto* (38), y a MAN-

ZINI, un error extraño y enorme, porque induce a creer que, no obstante el concurso en un hecho determinado de todos los requisitos esenciales al delito de estafa, el hecho puede considerarse, por obra de una de las teorías inventadas al efecto, mero fraude civil (39). La objeción está formulada, como se ve, más bien contra la inexactitud de emplear en lo civil el término fraude, más propio del penal, que contra el problema de la distinción entre la estafa y lo ilícito civil; tema éste que surge constantemente en la tarea del práctico. Según nuestra opinión, el mayor defecto de las viejas teorías era fijar la mirada solamente en la clase de los engaños, cuando en el estudio de los elementos de la estafa son varios los costados por donde llegamos a la frontera con la ilicitud civil (40).

Más amplia es la definición del Código alemán, que expresa el engaño como simulación de hechos falsos o deformación u ocultación de hechos verdaderos. Por hechos se entiende, según los comentaristas, procesos y estados del mundo exterior (físico) o interior (psíquico) de concreta determinación en el tiempo y el espacio. Esto es, acontecimientos del presente o del pasado, pero no del futuro, pues el hecho supone una realidad efectiva y lo futuro es incierto. De modo que la insolvencia, aunque sea voluntaria, no constituye delito más que si en el momento de contraer el compromiso de pago se pensaba no pagar, porque entonces hay un hecho psíquico anterior a la causa del error (41). A las manifestaciones de hechos se oponen los juicios de valor; por ejemplo, que un cuadro sea hermoso; con lo cual quedan excluidas las ponderaciones habituales en el comercio (42). En los trabajos preparatorios para un nuevo Código de 1935 se suprimió la limitación del engaño a los hechos, por estimar que en ocasiones los juicios de valor son más eficaces que aquéllos; pero se buscó otro criterio discriminante de tendencia moral en el adjetivo astutos (*arglistige*) con que se calificaba a los engaños (43). El Código suizo, que intentó conseguir un punto de equilibrio entre la tendencia restrictiva francesa y la más extensa alemana, impone también la condición de la astucia para limitar el engaño (44).

Estos apuntes de legislación extranjera nos muestran un consentimiento bastante general en distinguir unas conductas engañosas delictivas y otras que determinarán ilicitud civil únicamente o no darán lugar a infracción de ninguna clase. ¿Puede hacerse esta separación en la legislación española? A falta de una definición general en nuestro Código, hemos de examinar la serie de tipos delictivos expuestos en los artículos 528 a 534; examen que haremos después (véase IV). Pero adelantaremos

(34) Apoya esta opinión PUGLIA en ob. cit., pág. 404.

(35) *Relazione Guardasigilli*, parte segunda, pág. 459.

(36) MANZINI, ob. y vol. cit., págs. 614-15.

(37) Según ANTOLISEI, el artificio opera sobre la realidad externa, creando una falsa apariencia material, mientras el *raggiro* obra directamente sobre la psique del engañado, consintiendo en un enredo ingenioso de palabras destinadas a convencer; pero sea de esto lo que fuere — añade —, lo cierto es que la expresión del Código reclama por sí la idea de una cierta astucia o de sutil sagacidad al poner en obra el engaño (ob. y vol. cit., pág. 247). Para MAGGIORE (*Diritto penale*, 3.ª ed., Bologna, 1948, vol. II, t. 2, pág. 997) el *raggiro* (sinónimo de intriga, rodeo de palabras, insidia, engatusamiento) es un artificio acompañado de subrepticia maquinación. Nosotros traducimos la palabra italiana *raggiro* por el castellano embuste, ya que, a tenor del Diccionario de la Academia, embuste significa "mentira disfrazada con artificio".

(38) DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Nápoles, 1951, pág. 134.

(39) MANZINI, ob. y vol. cit., pág. 586.

(40) Sobre estafa y fraude civil, véanse, entre otras más antiguas, las sentencias del Tribunal Supremo español de 13 febrero 1917, 28 mayo 1947, 7 mayo 1948, 3 julio 1951 y 21 octubre 1954.

(41) BINDING, ob. y vol. cit., pág. 346.

(42) MEZGER, ob. cit., pág. 165; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 ed. Véase amplia relación de jurisprudencia alemana a este respecto en *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, 1951, vol. II, págs. 428 y ss.

(43) DAHM, *Betrug*, en "Das kommende deutsche Strafrecht, Besunderer Teil", Berlin, 1935, pág. 357.

(44) GRAVEN, *L'escroquerie en Droit pénal suisse*, Basilea, 1947, págs. 7 y ss.

que si algunos de aquéllos permiten acentuada restricción, en otros no ocurre así, por ser fórmulas complementarias donde se alude a cualquier otro engaño, o por referirse a hechos cuya especial previsión en un tipo aparte no se justifica sino por una concepción más amplia del engaño, pues, de no admitir esta excepción, bastaría con las otras figuras. Pero en todas ellas ha de exigirse lo que es un elemento general del delito: el lazo causal entre la conducta engañosa y el error. Sobre esta base se podrán obtener ciertas restricciones, sobre todo si se acepta, como es hoy la opinión dominante, la doctrina de la causalidad adecuada (45) o alguna otra de las teorías que, abandonando el principio de la equivalencia de condiciones, diferencian, dentro de éstas, unas con fuerza causal y otras que no la poseen.

Tal parece ser la posición — aunque con algunas oscilaciones — del Tribunal Supremo español, que constantemente ha requerido la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio (sentencias de 29 octubre 1886, 26 febrero 1910, 17 noviembre 1926, 1 diciembre 1933, 31 octubre 1934, etcétera). “Si el artificio o maquinación engañosa no es la causa determinante del perjuicio irrogado, que se produce por una relación contractual creada..., por motivos surgidos después..., el asunto queda desplazado de la esfera penal y es la jurisdicción civil la llamada a conocer del incumplimiento de las obligaciones pactadas” (sent. de 15 octubre 1945). Algunas veces ha proclamado, como nota característica de la estafa, las “maquinaciones engañosas” (sents. de 25 octubre 1943 y 15 octubre 1945), que parece traducción de las maniobras fraudulentas del Código francés, o ha hablado de maquinaciones fraudulentas (11 octubre 1935) o de maquinaciones engañosas y artificio (15 octubre 1945), o de artificios (17 marzo 1932); afirmaciones éstas que marchan por la vía restrictiva. También ha dicho que “el engaño o manejo fraudulento, nervio del delito de estafa, si bien ha de ser bastante para mover la voluntad y de índole susceptible para producir error, no es necesario que consista en hechos materiales o en fingidas escenas que corroboren las aseveraciones del delincuente, sino que basta se produzca con palabras engañosas, racionalmente susceptibles de producir ilusión en el ánimo de la víctima y de inclinar su voluntad a desprenderse de una parte de su patrimonio” (sent. de 8 julio 1933). Lo cual no significa que valga todo engaño, sino que, por el contrario, queda firmemente sentada la exigencia de un lazo causal, limitándose el fallo citado a advertir que la conducta engañosa puede consistir también en palabras embusteras con la fuerza persuasiva suficiente.

No parece que el Tribunal de casación español, al exigir el elemento causalidad, haya tenido de ésta el concepto amplio — el de la equivalencia de condiciones — tantas veces repetido sobre el homicidio y las lesiones. Por el contrario, nuestra jurisprudencia ha seguido frecuentemente la opinión de GROIZARD, influido por penalistas franceses e italianos del pasado siglo, que ha dejado escrito: “Siendo el engaño elemento esencial, claro es que hay que suponer para admitir su eficacia, determinadas condiciones de defensa para no dejarse

engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia” (46). De acuerdo con esto, “no todo engaño — dice la sentencia de 23 de enero de 1935 — puede ser generador del delito de estafa, sino que es necesario que existan hechos bien definidos y señalados, realizados por el culpable y suficientes para influir por modo decisivo en el ofendido”, exigiendo también “que el supuesto engañado no haya tenido ocasión ni momento para comprobar la certeza de lo que falsamente se presentó a su consideración para obtener el lucro indebidamente apetecido”. Podríamos concluir que el Tribunal Supremo adopta en esta infracción la teoría de la causalidad suficiente, o sea aquella que reconoce solamente categoría causal a las condiciones cuantitativamente dominantes. En esta dirección marchan la sentencia de 3 de julio de 1947, que nos habla de engaño racionalmente bastante para ejercer influencia en el sujeto pasivo, y la de 23 de septiembre de 1887, al requerir que las empresas o negociaciones supuestas sean la causa principal, cuando menos, de la entrega de cantidades. O también la de la causalidad adecuada, “pues el engaño ha de ser bastante para mover la voluntad normal de un hombre” (sents. de 29 octubre 1886, 14 mayo 1894, 25 junio 1894 y 18 noviembre 1905). En sentido contrario, se ha dicho que “no obsta a su enjuiciamiento (como estafa) la credulidad acaso excesiva de la víctima” (sent. de 15 febrero 1950), ni que el fraude ideado sea burdo e irrealizable (sent. 27 octubre 1916), ni lo deleznable del subterfugio empleado (sent. 4 marzo 1955).

Si de las declaraciones de carácter general pasamos a los casos concretos, veremos que no constituye estafa: vender vino adulterado habiendo mediado muestra que contenía igual sustancia artificial (sents. de 24 octubre 1892, 29 mayo 1893 y 16 junio 1887), negar el procesado la firma puesta al pie de un documento privado en el que resultaba deudor y la negativa de la deuda (sent. de 24 noviembre 1903), hipotecar en garantía de préstamo una finca de su propiedad con linderos determinados, aunque de cabida menor de la que se expresaba en el contrato, estando en el arbitrio del acreedor cerciorarse de la calidad y cabida de la finca antes de aceptar la garantía (sent. de 27 marzo 1874), meras promesas de pago sin darles otra forma que la palabra (sent. de 18 noviembre 1905), solicitar un préstamo bajo la simple afirmación de ser propietario de bienes inmuebles (sent. de 25 junio 1892), obtener dinero a cambio de la promesa de suministrar riquezas por medios sobrenaturales (sent. de 11 mayo 1892), contratar una obra de carpintería, recibir un anticipo que no se devuelve y no ejecutar la obra (sent. de 11 octubre 1955), adquirir madera sin hacer efectivo el precio, ausentándose después (sents. de 28 enero 1954 y 14 octubre 1955). Finalmente, para la distinción entre estafa y mera ilicitud civil, con negación de la primera y afirmación de la segunda, son fundamentales las sentencias de 26 de enero de 1935 (defraudación de alimentos en un

(45) Véase aplicación de la teoría de la causalidad adecuada a la solución del problema en PEDRAZZI, *Ingianno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán, 1955, págs. 235 y ss.

(46) GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Salamanca, 1897, t. VII, pág. 128.

restaurante; véase después en este mismo apartado) y la de 21 de octubre de 1954, en la cual se niegan la falsedad y la estafa en el hecho de haber suscrito un cuaderno de partición falso con ocultación de bienes, en perjuicio de otros herederos, "porque no crea situación jurídica o influyente en el tráfico jurídico, pues el eliminar a determinada rama de la herencia tiene el remedio normal de la reclamación de la cuota hereditaria... pero no el ejercicio de una acción criminal...".

No creemos que nuestro Derecho dé pretexto para excluir en absoluto los juicios de valor. La sutileza con que ha sido preciso distinguir las afirmaciones de hecho y las de valor, conspiran ciertamente contra la distinción (47), nacida en torno al párrafo 263 del Código alemán, que concreta la figura a la simulación, desfiguración u ocultación de hechos; pero no imponible en otras legislaciones donde en las definiciones de estafa no se hace aquella referencia. Un juicio falso de valor puede tener en ocasiones tanta eficacia como una afirmación de hechos falsos. Por ejemplo, el del reputado experto que declara falsamente el mérito de una obra de arte para que el marchante la venda a precio notoriamente exagerado. Sin embargo, de ordinario el juicio de valor es tomado como opinión personal que puede influir sobre la ajena, pero sin fuerza decisoria, ya que en la experiencia de la vida el hombre aprende a guiarse por los pareceres propios, reduciendo los extraños al papel de informaciones o consejos sujetos a revisión (48).

La exclusión de los acontecimientos futuros es acertada, mas no por la razón, antes citada, de que el suceso futuro es incierto siempre y, por consiguiente, no es hecho propiamente; hay acontecimientos futuros obedientes a leyes naturales cuya certeza puede conocerse y ser objeto de falsas afirmaciones (49). Mas el error del que realiza el acto de disposición no se produce a causa del hecho futuro pronosticado, sino en virtud de la convicción de existir una correspondencia entre lo que dice y lo que piensa el engañador cuando se refiere al hecho futuro, y el engaño proviene de un hecho psicológico como es el pensamiento y voluntad del embaucador en el momento presente. El engaño no se ha producido por el incumplimiento de la obligación, sino por la simulación del propósito de pagar y la ficción de condiciones de solvencia (todo lo cual pertenece al pasado y al presente), sin las cuales no se habría aceptado el contrato. Si, por el contrario, la voluntad de no pagar o la insolvencia han surgido posteriormente, entonces no hay estafa.

El problema de si es posible la estafa por omisión ha sido debatido. Para la estafa — dice MANZINI —, cuando no se simula, se debe disimular aquello que se ha hecho o se está haciendo, no aquello que se ha omitido de hacer, ya que en este úl-

timo caso falta manifiestamente todo artificio y tanto más todo embuste (50). Pero ¿será aplicable el argumento a legislación en que el engaño no se limite a *artifici* o *raggiri*? Penalistas alemanes afirman que la estafa puede realizarse por omisión siempre que el sujeto tenga el deber de obrar. SCHÖNKE (51) lo funda en la lealtad obligada cuando hay determinadas relaciones de confianza entre el sujeto activo y el pasivo. No existe, según SCHÖNKE, en todo contratante el deber de declarar las circunstancias que le condujeron al contrato (pues si se admitiera, se haría imposible la especulación tolerada en el mundo de los negocios), pero sí en determinadas relaciones de confianza, como las derivadas de una sociedad o de una antigua relación de negocios. Así, el Tribunal Supremo alemán ha visto violado el deber de declararse cuando, habiendo tomado dos personas un crédito de un Banco para una empresa común, una de ellas ocultó su intención de dedicar parte a fines personales. Entendemos que, en efecto, es de aplicar aquí la doctrina general sobre las conductas omisivas (52) y, conforme a nuestro criterio general en este tema, si bien no todos los casos en que hubiera obligación de obrar (53) puede el silencio ser considerado causa de la defraudación, hay ocasiones en que acción y omisión son equivalentes en la valoración social de la conducta. Ejemplo: el cajero que, ante la confusión del parroquiano, recibe un precio mayor del debido.

Pero muchos de los casos citados como de estafa por omisión no son tales, sino que en ellos hay una acción anterior determinante del error, la que los alemanes llaman acción "concluyente"; entendiendo por tal la que, de un modo expreso, pero sí implícito, lleva consigo la afirmación falsa de un hecho (54). Ejemplo: el que en un restaurante come y no paga, engaña, no por haber callado su falta de dinero, sino porque la acción de entrar en el establecimiento y pedir un cubierto daba a enten-

(50) MANZINI, ob. y vol. cit., pág. 604; MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano*, Turin, 1930, págs. 109 y ss. A favor de incluir en los "artificios" el silencio, cuando no sólo por la ley sino por la costumbre y según la normalidad de las relaciones sociales, se tenía la obligación de hablar, véase MAGGIORE, ob. y vol. cit., pág. 996.

(51) SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 7.ª ed., pág. 758; MEZGER, ob. cit., págs. 166-7. En contra BINDING (ob. y vol. cit., pág. 345) exige una conducta activa.

(52) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, parte general, Madrid, 1949, pág. 173.

(53) Véase la amplitud con que concibe MAURACH (ob. cit., pág. 241) el deber jurídico de manifestarse. Por causa de la ley, existe (refiriéndose, claro está, a la legislación de su país) en el asegurado, en las partes y testigos del proceso, en los obligados a rendir cuentas, en quienes reciben subsidios de beneficencia u otros medios de subsistencia. En cambio, cree que dicho deber de manifestarse se presenta sólo por excepción en la conclusión de los contratos; pero un contrato existente, en cuanto es fundamento para crear relaciones de confianza, puede fundar aquel deber, se declare o no en el mismo. Esas relaciones de confianza que se crean entre los participantes en un negocio durable representan la esfera principal en que puede darse la estafa por omisión.

(54) FRANK (ob. cit., pág. 587) llamó a estas omisiones callar calificado; pero en realidad lo que importa no es el silencio, sino la acción anterior. Que la acción concluyente y la infracción del deber jurídico de declararse, tomando a éste de criterio subsidiario, son dos formas de un mismo fenómeno jurídico y forman parte de un comportamiento unitario del sujeto, sostiene PERAZZINI en ob. cit., págs. 196 y ss.

(47) MEZGER distingue entre juicios sobre hechos y juicios de valor. La distinción ha de hacerse en un sentido objetivo, siendo para esto decisivo la concepción del tráfico. La vestidura del lenguaje no sería incondicionalmente decisiva. Ponderaciones consentidas en el tráfico jurídico, a pesar de su forma de afirmación de hechos, no son tales por regla general (ob. cit., pág. 165).

(48) Sobre el carácter personal de los juicios de valor, véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1953, pág. 238.

(49) Hechos futuros ciertos son: la hora de salida del sol, los eclipses, las estaciones, que el embarazo normal no dura más de 11 meses. BINDING, ob. y vol. cit., pág. 346; WELZEL, ob. cit., pág. 265.



der su capacidad y disposición al pago; quien, sin la debida autorización, presenta la cartilla de ahorros ajena, estafa, no por callar la sustitución, sino porque hace suponer al empleado que es al titular a quien paga; si, para acreditar solvencia, se induce a error mediante un balance, no es por la omisión de deudas, sino porque, al consignar sólo los créditos, se dió una idea falsa de la situación económica; quien paga mediante cheque da a entender la provisión de fondos en su cuenta corriente, etc.

De lo dicho resulta que no constituirá siempre acción concluyente encargar una mercancía, sino en los casos en que se simule el propósito de pagar. Los tribunales suelen considerar estafa cuando la situación económica del sujeto hace inverosímil tal intención. Nosotros añadiríamos que no es bastante la mala situación presente, sino que habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de mejora antes del tiempo de cumplir la obligación, sobre la cual se funden esperanzas (55).

B) ERROR. — Consiste en una representación mental que no responde a la realidad: "es una desviación de la verdad, un juicio falso, el supuesto falaz de una volición, el motivo viciado de una manifestación activa de voluntad" (56). La representación parcial de la realidad, pero con importantes lagunas, de modo que la idea formada de la totalidad resulte equivocada, es también un caso de error. Pero la ignorancia, esto es, la falta de representación de los hechos, no es el error causado por la conducta engañosa del agente, único que puede dar lugar a la estafa.

El Código alemán equipara la producción del error y el sostenimiento del error por el sujeto, entendiéndose por sostenimiento de un error que el ya existente sea fortificado o se impida su cese (57). En cambio, la simple utilización del error existente con anterioridad, no es suficiente para determinar la estafa, según la opinión dominante (58). Por consiguiente, no serán estafadores el curandero o adivino que se lucra a causa de la superstición del cliente que antes de acudir a la consulta creía ya en sus mágicos poderes. Sin embargo, es frecuente que estos embaucadores rodeen sus curas y adivinanzas de una presentación suficiente para fortificar el error del cliente e incluso disipar sus dudas. Algunos Códigos incluyen expresamente en la estafa la explotación astuta del error en que se encontraba una persona, como el suizo (artículo 148) y el checoslovaco (art. 249). Por el contrario, el italiano, al expresar solamente la inducción al error, parece excluir la utilización del preexistente (59).

Se ha debatido la posibilidad del error y, por consiguiente, de la estafa, cuando el sujeto pasivo del engaño es un incapaz. El que no es capaz de conocer — se ha dicho — tampoco lo es de errar; por tanto, quien mediante maniobras astutas se hace entregar alguna cosa por el menor o el loco, no será reo de estafa, sino de hurto (60). El principio es admisible, pero ya no lo es el empeño de trasplantar al campo del Derecho penal la capacidad del Derecho civil. El requisito de la capacidad deberá determinarse en vista de las exigencias de esta figura de delito y, conforme a ellas, lo decisivo será si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto el grado de madurez y sanidad mental necesarios para conocer de los hechos brindados a su conocimiento, y tomar resoluciones de acuerdo con ese conocimiento. Y el menor de 21 años, e incluso en ocasiones múltiples el enfermo mental, son susceptibles de ser engañados (61).

El error ha de determinar el acto de disposición causante del perjuicio, de donde se deduce la precedencia necesaria de aquél. Si el disponente hizo su prestación con libre voluntad, no viciada por el error, y la conducta engañosa del agente es posterior, encaminada a apropiarse la cosa o a ocultar su apropiación, no habrá estafa, sino apropiación indebida (62).

La averiguación de si la conducta del agente ha sido o no causante de error, o, lo que es lo mismo, si es realmente engañosa, servirá para resolver varios problemas muy debatidos en la doctrina: el del pasajero sin billete; la utilización de aparatos automáticos; el acceso sin entrada a espectáculos o a determinados establecimientos que la requieran, y el fraude del mendigo.

En el caso del pasajero sin billete (*blinder passagier* de los alemanes; polizón es el término usual en la navegación marítima y aérea), habrá estafa cuando el sujeto haga creer al empleado que está provisto del billete oportuno, mediante la exhibición de uno no válido o afirmando que ya le ha sido revisado, o, mostrando un pase, se hace pasar por titular sin serlo realmente. Fuera de éstos y análogos casos no debe calificarse la estafa porque la conducta del pasajero clandestino no ha causado error a ninguna persona (63). Frente a esta opinión se ha sostenido el error del cobrador o revisor porque éste tendría la idea de que "todo iba en orden", de que todos los pasajeros irían provistos de billete, idea equivocada a cuyo mantenimiento habría dado lugar el polizón. También esta opinión ha tenido adherentes, y es, como veremos (IV, A, 1), la dominante en nuestra jurisprudencia (64). Pero el revisor no piensa que todo va en

(55) El Tribunal Supremo español, que, por lo general, ha considerado estafa comer en un restaurante sin pagar, en sentencia de 26 enero 1935 se decidió por la deuda meramente civil tratándose de conducta continua por persona de la que podía esperarse mejora de situación. Respecto al encargo de mercancías, negó la estafa en un pedido de repostería recibido y no pagado, declarando también el carácter civil del incumplimiento (sent. de 28 marzo 1932).

(56) MANZINI, ob. cit., pág. 628.

(57) SCHÖNKE, ob. cit., pág. 761; MEZGER, ob. cit., pág. 153.

(58) SCHÖNKE, ob. y lugar cit.; FRANK, pág. 586.

(59) Sin embargo, hay división de opiniones; contra la estafa en este caso se pronuncia MANZINI, ob. y vol.

cits., pág. 621. A favor: ANGELOTTI, *Delitti contro il patrimonio*, Milán, 1936, págs. 409-10; TOLOMEI, *Della truffa e di altri frodi*, Roma, 1915, pág. 265.

(60) ANGELOTTI, ob. cit., pág. 399; MANZINI, ob. cit., pág. 622.

(61) KOHLRAUSCH, ob. cit., pág. 365; PEDRAZZI, ob. cit., págs. 110 y ss.

(62) MANZINI, ob. y vol. cit., pág. 630.

(63) BINDING, ob. y vol. cit., pág. 329; TOLOMEI, ob. cit., pág. 79; ANGELOTTI, ob. cit., pág. 420; MANZINI, ob. y vol. cit., pág. 601; MAURACH, ob. cit., pág. 242; PEDRAZZI, ob. cit., págs. 113 y ss.

(64) A favor de una interpretación extensiva del error, véanse: *Leipziger Kommentar*, II, pág. 438; NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teil des Strafrechts*, 1950, pág. 266; MEZGER, ob. cit., pág. 168.



orden; sino que, por el contrario, ejercita una función basada en la desconfianza, que sería absolutamente innecesaria si todo fuera en orden. Mas admitiendo, en último caso, que la representación del revisor fuera equivocada, lo evidente es que la conducta del polizón será objeto de la ignorancia del empleado, pero no su causa (65).

La misma solución será aplicable a la entrada sin billete a espectáculos o establecimientos en que sea necesario el pago de la entrada: cometerá estafa quien diga falsamente que lleva entrada, que la ha exhibido ya o, con un cierto número de billetes, pretenda hacer entrar a mayor número de personas; pero no los que escalando muros o introduciéndose por las ventanas asistan gratis al fútbol o a los toros.

La utilización, echando una ficha falsa, de un teléfono u otro aparato del que se obtenga por este procedimiento alguna cosa o servicio, será también incompatible con la estafa, porque el aparato no puede ser engañado. Cuando lo que se obtenga es una cosa, se habrá cometido un hurto. Ésta fué la solución dada por la jurisprudencia alemana, y como la impunidad no podía satisfacer a nadie se intercaló en el Código un nuevo delito (párrafo 265, a) por Ley de 28 de junio de 1935 para castigar al que se procura, con intención de no pagar, la prestación de un autómata, el transporte por un medio de esta naturaleza o la entrada en un establecimiento.

Más adelante nos referiremos a estos problemas en el Derecho español al comentar los preceptos donde podrían estar comprendidos: el número 1 del artículo 529 (IV, A, 1) y el artículo 534 (IV, C).

Muy discutida ha sido la llamada "estafa del mendigo"; o sea, la del que pide limosna fingiendo enfermedades, o mutilaciones, o contando desgracias imaginadas. Frente a la opinión radicalmente negativa de la estafa (66) y la favorable sin más (67) se impone también aquí una discriminación de casos (68). En la mayor parte de ellos la limosna se concede no por las simulaciones del indigente o sablista, sino por ejercer la caridad — según el dicho "haz bien y no mires a quién" — o para librarse del importuno, o por si acaso es cierta la calamidad narrada, aunque se abriguen serias dudas sobre su veracidad. Mas si realmente la manifestación falsa determinó el acto de desprendimiento, como suele ocurrir en la ficción de mutilaciones o ataques, o mediante relatos particularmente conmovedores, es evidente que el acto de disposición fué engendrado por el error. No versa éste sobre el perjuicio, corriente en otras estafas en que el sujeto pasivo hace el acto dispositivo con la esperanza puesta en la contraprestación prometida, mientras que aquí conoce perfectamente la gratuidad de su acción y la disminución patrimonial sufrida, pero hay error en la motivación. La solu-

ción jurídica del problema recibe, además, el apoyo de consideraciones de interés social y de orden ético, por el obstáculo que al ejercicio abundante y eficaz de la beneficencia supone la competencia de la mendicidad fraudulenta.

C) ACTO DE DISPOSICIÓN. — El engañado ha de realizar, a consecuencia de su error, una acción u omisión que cause la disminución del propio patrimonio o del de un tercero. Cuando se habla de acto de disposición a propósito de este delito, es preciso concederle el amplio concepto diseñado en las líneas anteriores: no se emplea la expresión en equivalencia a negocio jurídico o declaración de voluntad en sentido del Derecho civil. Por consiguiente, no hace falta que el disponente tenga facultad jurídica para disponer de las cosas; como no la tiene, por ejemplo, el sirviente que entrega al estafador, enviado fingido de su amo, un objeto que en su nombre le es pedido.

En el Código francés se encuentra expresado por las palabras "entregar o remitir"; evidentemente demasiado estrechas, pues la disminución patrimonial puede resultar de otros actos que no constituyen remisión o entrega: la inclusión de una partida falsa en un libro de comercio o la destrucción de un documento, por ejemplo. "Actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero", dice el Código suizo, englobando este requisito con el perjuicio. En diversas formas lo consignaron los Códigos belga, holandés, noruego, sueco, danés y yugoslavo. No lo expresan el alemán ni el italiano; pero en estos países la doctrina y la jurisprudencia lo exigen como "requisito no escrito de la estafa". De otro modo se convierte esta infracción en un concepto vago, indiferenciado, presto a confusiones con la apropiación indebida, las falsedades y otros fraudes. El acto de disposición es el lazo causal necesario entre el error y el perjuicio.

Tampoco expresa el requisito el Código español y, si bien en la variedad de figuras reseñadas, algunas son compatibles con su exigencia, en otras evidentemente están comprendidos hechos en que puede no darse, e incluso hay tipos que parecen haber prescindido completamente de él. Para los delitos que lo suponen reservamos el nombre de estafas propias (IV).

El acto de disposición es por lo regular consistente; si bien suele no serlo la disminución patrimonial por aquél determinada. Pero la regla general tiene excepciones: si se hace suscribir con engaño un documento, el engañado no sospecha que el contenido de lo que firma es un recibo en vez de la carta sin trascendencia económica que creía firmar.

El engañado y el disponente han de ser precisamente la misma persona, sin lo cual faltaría el lazo de causalidad entre el error y el acto dispositivo. Pero pueden ser personas distintas el que dispone y el perjudicado (69). Si esto es así, ¿cabrá admitir la llamada estafa o fraude procesal en que, siendo el juez engañado, produce con su equivocada resolución un perjuicio patrimonial a una de las partes y el injusto enriquecimiento de la otra? La cuestión ha sido muy debatida.

En contra se niega aptitud a una figura delictiva protectora del patrimonio de los particulares para extenderse a un abuso de las instituciones jurisdic-

(65) FRANK (ob. cit., pág. 585) admite el error; pero niega que haya sido causado por la conducta del agente.

(66) FRANK funda la negativa en que no es el engañado, sino el engañador, quien causa conscientemente su perjuicio. Por darse en el Código italiano una falta de mendicidad agravada "por la simulación de deformidad o enfermedades, o adoptando otros medios fraudulentos para despertar la piedad de los otros", deduce MANZINI (ob. cit., pág. 641) que fuera de estos casos queda impune.

(67) GRAVEN, ob. cit., pág. 46.

(68) SCHÖNKE, ob. cit., pág. 763.

(69) En este sentido las sentencias de 30 noviembre 1891, 11 marzo 1887 y 3 julio 1947. En contra se había pronunciado la de 12 abril 1927.

cionales del Estado. Para estos casos ya existen en las leyes las falsedades documentales y el delito de falso testimonio; y pueden introducirse otras figuras entre los delitos contra la administración de justicia, pero siempre sobre la base de ser la fe pública o la administración de justicia los bienes jurídicos atacados (70). Se alega también que la sentencia no es un acto de disposición patrimonial. Éste se dará si acaso en la ejecución de la misma, cuando el perjudicado está obligado a dar o hacer o sufrir; pero sin que se haya producido tal conducta por obra del error ni se dé la voluntad engañada característica de la estafa; aquí lo que la víctima da, hace o tolera es contra su voluntad, mediante coacción (71). Finalmente se considera que en el proceso civil son lícitas las pretensiones aventuradas, limitándose la ley a sancionar con las costas la temeridad de los litigantes; que este proceso se rige por el principio de la controversia entre partes, quienes aducen sus alegaciones y pruebas contradictorias, por lo que si el juez yerra, más será por incumplimiento de su deber o por negligencia del vencido que por la astuta conducta de un embaucador (72).

El Código italiano, al prever, entre los delitos contra la administración de justicia, una figura de fraude procesal, pero muy limitada, ha dado lugar a opiniones encontradas sobre si ese delito tendría o no carácter excluyente de los demás fraudes procesales posibles (73). En Alemania la modificación de la Ley procesal civil en el sentido de declarar el deber de las partes de decir la verdad ha aumentado las opiniones favorables. Pero acostumbra los comentaristas a distinguir varios casos. Parece indiscutible la afirmativa cuando el juez ha sido determinado a error por las pruebas falsas e injustas alegaciones de una parte, y dudoso por lo menos el caso en que el juez ha podido tener en cuenta otras pruebas, porque entonces la causa del perjuicio es el haber obrado el juez contra su deber. En el de proceso en rebeldía, y en el de confesión de parte, el tribunal no se forma ninguna idea sobre la verdad de lo propuesto y no puede, pues, errar sobre los hechos (74).

(70) GRÜNHUT (*Der strafrechtliche Schutz loyaler Prozessführung*, en "Revue pénale suisse", vol. LI, pág. 72) se manifiesta contrario a incluir el fraude procesal en la estafa y propone una nueva figura entre los delitos contra la administración de justicia.

(71) PEDRAZZI, ob. cit., págs. 104 y ss.

(72) Una sentencia del Tribunal de Casación italiano dice así: "La figura del juez como sujeto pasivo de los artificios o embustes, que dan vida al delito de estafa, sería la negación del juez" (2 abril 1940); DE MARSICO glosa la sentencia con estas palabras: "La figura del juez personifica el ordenamiento jurídico, en el complejo de las leyes y de las instituciones de que consta, y que son precisamente diques y armas contra el engaño, unas veces de eficacia preventiva, otras de eficacia represiva y reparatoria. Puede concebirse y es sin duda capaz de engaños por efecto de artificios y embustes el privado, pero la defensa del privado está precisamente en el juez, que debe considerarse no susceptible de aquél." *Sull'idoneità dell'immutazione nella frode processuale*, en "Scritti giuridici in onore di V. Manzini", 1954, pág. 159.

(73) En contra de la estafa procesal: MANZINI, ob. y vol. cit., pág. 627; MANCI, ob. cit., págs. 94 y ss.; ESCOBEDO, *Truffa processuale*, en "Giustizia penale", 1928; MIRTO, ob. cit., págs. 54 y ss. A favor: ANTOLISEI, ob. y vol. cit., págs. 250-51.

(74) KOHLRAUSH, ob. cit., pág. 367; MAURACH, ob. cit., pág. 246; SCHÖNKE, ob. cit., págs. 763 a 765; *Leipziger Kommentar*, vol. cit., págs. 452 y ss.

Pocos son los casos en que el Tribunal Supremo español ha reconocido la estafa procesal. "De un modo general el hecho de acudir a un tribunal civil con pretensiones temerarias no lleva aparejada responsabilidad criminal" (sent. 30 junio 1906), pero la aprecian por vía excepcional esta misma y la de 9 de marzo de 1936. Estafa procesal en grado de frustración reconoce la de 9 de julio de 1951 (véanse además las de 26 junio 1952 y 6 mayo 1953).

D) PERJUICIO. — Elemento esencial de la estafa es el perjuicio logrado o intentado (sent. 8 julio 1933). Engaño sin perjuicio no es estafa (sents. 3 febrero 1879, 17 noviembre 1880 y 7 noviembre 1946). El engaño, reprochable siempre dentro del orden ético, carece de sustancia delictiva si no hay perjuicio (sent. 28 octubre 1947).

El perjuicio ha de ser valorable económicamente. "Al venir regulada la medida de la pena por la cuantía del perjuicio, la imposibilidad de valoración significa la carencia de un elemento esencial para la fijación de la pena (sents. 29 septiembre 1932, 23 diciembre 1932, 27 mayo 1943, 18 octubre 1949 y 1 marzo 1956). Por regla general se ha estimado que la imprecisión de la cuantía implicaba la absolución, sin duda por quedar abierta la sospecha de inexistencia de un perjuicio económico (75). Alguna vez, sin embargo, se ha declarado que, desconocida la entidad del fraude, se procede acertadamente estimando la cuantía mínima a los efectos de la pena (sent. 29 abril 1891). Cuantía mínima que en un tiempo entra siempre dentro del delito y actualmente dará lugar a la calificación de una falta.

El perjuicio, como es lógico, ha de referirse al tiempo de la comisión del delito y no puede desnaturalizarse el reintegro parcial o total que posteriormente se efectúa (sents. 18 junio 1917, 2 febrero 1923, 10 abril 1928, 31 octubre 1928, 24 febrero 1931, 8 marzo 1945, etc.).

El perjuicio consiste en una disminución del patrimonio, ya del propio engañado que realiza el acto de disposición, ya de sujeto distinto. ¿Qué se entiende por patrimonio? Según la opinión dominante, está constituido por el conjunto de valores económicos pertenecientes a una persona. Significa el perjuicio un empeoramiento, valorable en dinero, de la situación patrimonial en su conjunto. Frente a este concepto económico hoy dominante, han sostenido el concepto jurídico: BINDING (76), la jurisprudencia alemana hasta 1910, ANGELOTTI (77), VANNINI (78) y ANTOLISEI (79). Según BINDING, para los criminalistas el patrimonio es un sujeto jurídico formado por la suma de todos los derechos y deberes patrimoniales. "Donde no hay ningún derecho no hay ninguna estafa." Si partimos del concepto económico, la estafa es un delito contra el patrimonio en general; lo importante es si esa totalidad ha sufrido mengua a consecuencia del acto de disposición. Basados en

(75) Desconocida la cuantía del perjuicio se deduce la imposibilidad legal de penar los hechos como estafa (sent. 27 febrero 1929).

(76) BINDING, ob. y vol. cit., págs. 355 y ss.

(77) ANGELOTTI, ob. cit., págs. 48 y ss.

(78) VANNINI, *Manuale di Diritto penale*, parte especial, Milán, 1951, pág. 361.

(79) ANTOLISEI, ob. y vol. cit., págs. 180 y ss.

el concepto jurídico, el bien protegido no es la totalidad, sino una parte concreta del patrimonio, una cosa mueble o inmueble, un derecho personal o real. Superpuestos ambos conceptos, vemos que no coinciden: conforme al primero, el delito se extiende por un lado; conforme al segundo, se extiende por el otro. Si aceptamos el económico, habrá estafa siempre que disminuyan los valores económicos de esta naturaleza, ya sean efectivos, ya en perspectiva, aunque no gocen de reconocimiento por parte del Derecho; así habrá defraudación cuando no se pague al estraperlista el precio abusivo prometido, sino el reglamentario; y cuando el ladrón sea burlado en el reparto del botín que tenía en su poder; porque en ambos casos hay disminución de la situación económica del perjudicado. Si aceptamos el concepto jurídico, en los supuestos anteriores no hay estafa; pero en cambio se dará ésta aunque el sujeto pasivo reciba una contraprestación equivalente a la entregada, con tal que aquélla no sea la que se había pactado. En el muy citado ejemplo de quien adquiere un cuadro por su valor real en el mercado, pero engañado respecto a su verdadero autor, error sin el cual no habría cerrado el trato, queda jurídicamente perjudicado; igualmente el Tribunal del Reich apreció estafa en la adquisición por su precio de un violín moderno en la creencia de que era antiguo. En resumen: las dos teorías en pugna conducen a resultados diferentes, pero sólo parcialmente. Por ello MAURACH ha podido decir — sin total razón, a nuestro juicio — que esta lucha de doctrinas sirve más para explicar la posición de salida que para la defensa de resultados opuestos (80).

En rigor, se advierten bastantes coincidencias al examinar los supuestos concretos; lo cual es debido a que los autores no adoptan posiciones puras, sino que se avienen a razonables soluciones mixtas. Domina hoy, como hemos dicho, el concepto económico, pero con consideraciones jurídicas. Sin perjuicio económico no debe apreciarse ninguna estafa, mas sólo deben merecer protección penal los valores económicos jurídicamente reconocidos. Esto se verá más claro por medio de ejemplos cuando tratemos de la estafa en negocios ilícitos. Posición intermedia es la de NAGLER, quien habla de un concepto patrimonial económicojurídico. También MEZGER, si adopta como punto de partida el económico, no desconoce la gran significación que deben tener las consideraciones jurídicas (81). MAURACH toma como fundamento la teoría del patrimonio económico, pero reclama el complemento de la jurídica, aunque no para limitar la primera, sino para extender la protección penal (82). BOCKELMANN, siguiendo el camino de la conciliación económicojurídica, llega a un concepto personal del patrimonio en que se tienen en cuenta las particularidades del caso individual (83). Pero en esta toma en cuenta de las particularidades del caso concreto encuentra HEINITZ un contraste con

la certeza del derecho (84) que debe aconsejar moderación en el uso de este criterio subsidiario. También, desde otro campo, se viene a sostener una doctrina mixta por RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVESA al decidirse por el concepto jurídico, pero siempre que sea económicamente valorable (85).

El Código español al determinar la pena por la cuantía en pesetas de la defraudación (artículo 528) o por el importe del perjuicio (artículos 531 al 534) parece decidirse por el concepto económico y en este sentido se ha manifestado la jurisprudencia (véanse las sentencias citadas al comienzo de este apartado) (86).

La teoría jurídica es sostenida por quienes, viendo en el Derecho penal una naturaleza secundaria y meramente sancionatoria, se creen obligados a explicar los términos usados a la vez por el Derecho penal y el civil con absoluta subordinación por parte del primero a las acepciones del segundo. Pero el Derecho penal tiene en este punto cierta autonomía y, por exigencias de los fines por él servidos, se ve forzado a modificar los contornos de las instituciones privatistas penalmente protegidas. La mera lesión de un derecho cuando no hay perjuicio económico, debe ser cuestión exclusivamente civil. Maneja el Derecho penal con preferencia conceptos populares y tiene sentido vulgar la concepción económica del patrimonio. Mas esto no significa que merezcan protección penal toda clase de intereses económicos con existencia *de facto*, incluso las pretensiones y perspectivas ilícitas. El patrimonio lesionado por la estafa es un conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos. Es un concepto económico, si bien referido al orden jurídico (87).

Comprende todos los elementos materiales, valorables en dinero, del perjudicado con tal que tengan reconocimiento por parte del Derecho, tanto los existentes *de facto* como los que forman expectativas para el porvenir; o sea lo que vulgarmente se llama la fortuna de una persona, constituida por cosas muebles o inmuebles, derechos reales y personales.

Entre los elementos integrantes del patrimonio figura sin duda la posesión. ¿Debe entenderse comprendida la mera tenencia, incluso la de las cosas robadas o defraudadas? En contra se han manifestado BINDING (88), FRANK (89) y HIRSCHBERG (90). A favor está la opinión dominante. Se alegan razones de tipo subjetivo: ¿por qué conceder la impunidad al engañador cuando se han realizado todos los elementos de la estafa, especialmente desde el punto de vista subjetivo, por el solo motivo de que la víctima sea deshonesto? Esta razón no es suficiente para excluir la antijuricidad de la conducta. En este aspecto es notorio que el poder fáctico sobre las cosas tiene siempre una

(84) HEINITZ, art. cit., pág. 364.

(85) RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, parte especial, Madrid, 1949, pág. 411.

(86) Es también la opinión de CUELLO, *Derecho penal*, parte especial, 9.ª ed., pág. 871.

(87) WEIZEL, ob. cit., pág. 267.

(88) BINDING, ob. y vol. cit., pág. 343.

(89) FRANK, ob. cit., 263, V, 3, c.

(90) HIRSCHBERG, *Der Vermögensbegriff im Strafrecht*, 1934, págs. 327 y ss.

(80) MAURACH, ob. cit., pág. 247.

(81) MEZGER, ob. cit., pág. 174.

(82) MAURACH, ob. cit., pág. 249. Análogamente HEINITZ, *Il danno patrimoniale nella truffa*, en "Archivio penale", 1953, fascículos IX y X.

(83) BOCKELMANN, *Der Unrechtsgehalt des Betruges*, en "Probleme der Strafrechts Erneuerung", Berlin, 1944, págs. 239 y ss.; id., *Zum Begriff der Vermögensschaden beim Betrug*, en "Juristenzeitung", 1952, págs. 461 y ss.

cierta protección del Derecho, no pudiendo ser privado de él el detentador sino por vías lícitas. WELZEL quiere establecer una excepción respecto al propietario (91). Pero la conducta del robado o estafado que recupera mediante engaños lo que le ha sido arrebatado, queda siempre fuera de la estafa por la ausencia de propósito de enriquecimiento ilícito, como veremos al tratar de los elementos subjetivos. Y hacer responsable por recepción al extraño que estafa la cosa hurtada o defraudada (FRANK) implica un artificio jurídico adoptado con desdén hacia la naturaleza íntima del hecho y las notas esenciales de las dos figuras delictivas estafa y recepción.

También pertenecen al patrimonio las expectativas. No las inciertas, como, por ejemplo, la posible herencia o el premio de la lotería. "Esperanzas y expectativas" — dice HIRSCHBERG — son posiciones económicas, en fundamento a las cuales pueden ser alcanzadas ganancias con una cierta medida de verosimilitud y de un modo admisible para el Derecho" (92). Mas por este camino podemos caer en terrenos de incertidumbre. No basta la verosimilitud; será preciso un fundamento jurídico. Con arreglo a ello, el debatido problema de la clientela sustraída con engaño debe resolverse admitiendo el perjuicio patrimonial únicamente cuando la pérdida sea de la clientela comprometida por un contrato (93).

La valoración de la disminución patrimonial ha de hacerse en primer término en un plano objetivo, estimando la cuantía según medidas generales (94), no según la opinión del sujeto pasivo. Sin embargo, esto no quiere decir que carezca de significación el momento subjetivo, cuya importancia ha sido sobrevalorada por BOCKELMANN. En un segundo término han de tenerse presentes, en efecto, las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engañado. Quien creyendo suscribirse a una revista de su especialidad, resulta, inducido a error por el agente, que ha pagado la suscripción de otra nada interesante para él; el labrador a quien el viajante ha vendido una máquina de igual valor, pero distinta de la que necesitaba; el que creyendo comprar una vaca de leche, recibe otra que sólo vale para carne y no es fácilmente vendible, etc.; todos éstos han quedado perjudicados, aunque las cosas obtenidas sean de igual valor que las contratadas.

Pero siempre se ha de tratar de un perjuicio de carácter material. Creemos, frente a ANTOLISEI (95), que el precio de afección, de importancia para la responsabilidad civil, es indiferente para la criminal. Esta queda fundada en el perjuicio económico, no moral; los valores de afección no entran en el patrimonio. Cosa distinta es que los daños morales sean compensables por vía de responsabilidad civil, en cuanto el sentimiento producido por aquéllos pueda ser aliviado por la satisfacción de la indemnización económica.

Muy debatido ha sido desde antiguo el problema de la estafa en los negocios ilícitos o inmo-

rales. Ante todo es preciso recordar, para medir el alcance del tema, que en un gran número de casos si el estafado es mayor en simplicidad al embaucador, no lo es en moralidad. El estafador profesional, mediante asociación con otro que hace el papel de incauto o sin ella, propone a la víctima un negocio ilícito. De este modo se excita su avaricia, se justifica la clandestinidad e incluso en la mayor parte de los casos es garantía de impunidad la conducta sospechosa de la víctima, temerosa de ser castigada por sus fines ilícitos. CARRARA negó la estafa en los siguientes ejemplos: Una mujer da dinero a una hechicera a cambio de lo que cree un filtro para envenenar a su marido, siendo en realidad una bebida inocua. Un individuo recurre al mago para que con sus encantamientos le ayude a robar el tesoro escondido en el predio de otro; el mago hace sus ceremonias, recibe el dinero, pero el engañado no encuentra nada. Un rico promete 100 escudos al que mate a su enemigo y encuentra un desesperado truhán que toma el dinero y le da a entender que ya lo ha matado. Castigar en estos casos, dice CARRARA, sería prostituir la sanción penal (96). Análogamente opinan ESCOBEDO (97), MAGGIORE (98), MANCI (99) y ANGELOTTI (100).

La opinión contraria es hoy la dominante (101) en la doctrina y en la jurisprudencia. La alemana ha considerado estafa en el desigual reparto del botín entre ladrones y en el pago de mercancías intervenidas a precio inferior al que había sido pactado en el mercado negro. Lo cual es, a nuestro modo de ver, ir demasiado lejos, pues las pretensiones ilícitas no pueden ser consideradas parte del patrimonio.

El concepto antes expuesto del patrimonio como conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos nos dará la solución del problema. Siempre que mediante el engaño se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral. La conducta realizada con móviles de esta naturaleza podrá determinar el castigo del engañado por tentativa imposible, pero no es suficiente para justificar al defraudador efectivo. Por consiguiente, hay estafa en todos los casos señalados por CARRARA; así como en el vendedor de sustancias inocuas en lugar de las abortivas, estimado por la jurisprudencia alemana. A SCHLOSKEY le parece inadecuado castigar por es-

(96) CARRARA, ob. cit., parágr. 2346.

(97) ESCOBEDO, *Sulla frode negli atti illeciti secondo la più recente dottrina germanica e il diritto nazionale*, en "Giustizia penale", 1913; id., *Nuovo aspetto della questione sulla configurabilità della truffa in atti illeciti anche in rapporto al nuovo codice penale*, en "Giustizia penale", 1928.

(98) MAGGIORE, *Diritto penale*, 3.ª ed., Bologna, 1948, vol. II, t. 2, pág. 1001.

(99) MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano*, Torino, 1930, págs. 116 y ss.

(100) ANGELOTTI, ob. cit., pág. 436.

(101) IMPALLOMENI, ob. y vol. cit., pág. 296; SABATINI, *Nuove ricerche sulla criminalità della frode nel negozio illecito*, en "Rivista penale", 1916; id., *Ancora sulla truffa in negozi illeciti*, en "Rivista di Diritto e procedura penale", 1922; MANZINI, ob. y vol. cit., páginas 644 y ss.

(91) WELZEL, ob. cit., pág. 268.

(92) HIRSCHBERG, ob. cit., pág. 326.

(93) LOGOZ, ob. cit., pág. 768.

(94) SCHÖNKE, ob. cit., pág. 768.

(95) ANTOLISEI, ob. y vol. cit., pág. 251.

tafa en este caso (102), así como en el de la metretiz que rehusa el comercio sexual al cliente que le ha pagado, mientras quedaría libre de pena si hubiera cumplido su innioral compromiso. Pero la estafa existirá si se hizo ya la promesa con el propósito de no cumplir, o sea con engaño, causa de una indiscutible disminución patrimonial; no si posteriormente al trato surgió la voluntad de no entregarse, pues este compromiso no era por su naturaleza de los que constituyen obligación jurídica. Como tampoco habrá estafa en quien omite la merced ofrecida, ni si al estraperlista se le paga el precio autorizado en vez del excesivo pactado, pues las expectativas ilícitas no forman parte del patrimonio jurídicamente reconocido.

Pocas declaraciones en este sentido ofrece nuestra jurisprudencia; pero no han surgido dudas para castigar la multitud de casos en que el timado se proponía negocios torpes. Explicitamente la sentencia de 12 de febrero de 1944 condena "aunque los negocios en que el culpable simulaba interesar a su víctima fueran ilícitos o inmorales". Ciertamente la de 17 de junio de 1948 ha negado la responsabilidad de la mujer que obtuvo 27000 pesetas prometiendo en falso favores amorosos, mas, fundada, entre otras razones, en la falta de precisión de los hechos, más bien elude que resuelve el problema.

E) ELEMENTOS SUBJETIVOS. — El dolo en la estafa consiste en la conciencia y voluntad de engañar a alguien, causando un perjuicio patrimonial al engañado o a otra persona. Quedará excluido el dolo si el sujeto cree verdaderas sus manifestaciones (103) o, considerándolas engañosas, espera no sean creídas o resulten ineficaces. El error sobre la persona engañada o perjudicada es irrelevante. Quien, estimando falsear los hechos, los manifieste por equivocación tal como son, incurrirá en tentativa imposible. Según la opinión más corriente, el dolo puede ser directo o eventual; se dará éste, por ejemplo, cuando el autor admita que los hechos afirmados son posiblemente contrarios a la verdad (104).

Pero, además del dolo general, es necesaria en la estafa el ánimo de lucro injusto para el mismo engañador o para otra persona (105). Este requisito no está explícito en el Código español, debiendo ser supuesta su inclusión en el verbo defraudar empleado en estas figuras de delito. A causa de tal elemento específico, la estafa no se puede dar por imprudencia. Ciertamente que el artículo 565 de nuestro Código tiene una gran amplitud en su referencia a la sustitución de la malicia por la imprudencia; pero, por consentimiento común, los delitos contra la propiedad en los que ha de darse el móvil de lucro quedan exceptuados de la doctrina general. El fundamento

está en que la malicia de que habla el artículo 565 como sustituible por la imprudencia o negligencia, es el dolo general, pero no comprende los elementos subjetivos especiales que, explícitos o implícitos, se consideran incluidos en ciertos tipos de delito (106).

Lucro existe cuando hay cualquier mejora de carácter patrimonial. El patrimonio puede resultar acrecido en cosas muebles o inmuebles, ya pasen de uno a otro patrimonio de un modo estable o sólo temporalmente (sobre la estafa de uso no existen las dudas que acerca del hurto de uso) en derechos, liberación de obligaciones o demora en su cumplimiento, prestación de servicios. La jurisprudencia alemana ha estimado el enriquecimiento en la simple mejora de la situación procesal y en el matrimonio ventajoso económicamente. Del fraude procesal ya hemos hablado al tratar del acto de disposición. En el casamiento engañoso — recuérdese la novela ejemplar de Cervantes con este título —, en que uno o los dos contrayentes fingen cualidades o bienes para mejorar de situación económica con la boda de conveniencia, se alza como objeción fundamental para apreciar la estafa que, ante los fines esenciales del matrimonio, las consecuencias económicas son indirectas y secundarias (107). Esto sin perjuicio de que la promesa de matrimonio pueda ser el engaño para obtener prestaciones económicas, como ha ocurrido en multitud de casos cuya calificación defraudatoria no ha sido discutida (véase IV, A, 1).

El enriquecimiento perseguido por el sujeto ha de ser injusto. Se ha discutido con abundancia de distinguos y sutileza si la ilegitimidad del enriquecimiento está condicionada por la ausencia de un medio jurídico para obtenerlo (108) o hasta con la desaprobación del Derecho objetivo (109). Dado el carácter subjetivo de este elemento, radicado en la intención del agente, ha prevalecido la idea de la decisión caso por caso (110), incluso con apelación a la moral (111) o a la concepción jurídica popular (112).

A nuestro modo de ver, no hay estafa cuando se recupera mediante engaños lo hurtado, robado, estafado o indebidamente apropiado. Es más, del escaso desarrollo dado por el Código al delito de ejercicio arbitrario de los propios derechos, castigando con pena pecuniaria el apoderarse de las cosas pertenecientes al deudor para hacerse pago con ellas sólo cuando media violencia o intimidación en las personas (art. 337) se deduce no ser estafa obtener mediante engaño la satisfacción de

(106) ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, Madrid, 1949, pág. 224.

(107) Opinión rotundamente afirmativa es la de BERNAQUI (*El delito de estafa y sus principios doctrinarios*, Buenos Aires, págs. 458 y ss.). Mas al calificar el matrimonio por conveniencia como estafa económica y sexual, queda patente hasta qué punto el hecho excede la esfera patrimonial. Y la estafa es un delito patrimonial.

(108) MAURACH, ob. cit., pág. 773; SCHWARZ, ob. cit., pág. 561.

(109) BINDING, ob. y vol. cit., pág. 363.

(110) SCHÖNKE, ob. cit., pág. 773.

(111) MEZGER, ob. cit., pág. 181.

(112) DAHM, *Betrug*, en *Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil*, Berlín, 1935, pág. 350.

(102) SCHLOSKE, *Ist die Lieferung unwirksamer Abtreibungsmittel Betrug?*, en "Deutsches Strafrecht", 1947.

(103) Cuando el autor vende bienes inmuebles estimándose propietario de la finca, no hay la estafa del art. 531, dice la sentencia de 26 marzo 1951.

(104) SCHWARZ, *Strafgesetzbuch*, 17.ª ed., Berlín, 1954, pág. 561. El Código griego, en esto excepcional, parece excluir el dolo eventual, al requerir que el culpable proceda "a sabiendas".

(105) Se da el delito del núm. 8 del artículo 529 si el procesado sustrajo documentos con el fin de librar a otros vecinos del pago de un censo.

la deuda vencida o la entrega de la cosa que el vendedor se obstina en no entregar después de recibir el precio; pues de otro modo la violencia o intimidación actuarían como circunstancias atenuante (113).

**IV. Especies de estafas y otros engaños.**— Ya aludimos al excesivo casuismo del Código en sus artículos 528 al 534, más las dos faltas de los números 3 y 4 del 587. También expusimos la indeterminación de los conceptos, obstáculo para una clasificación lógica.

Si nos atenemos a la penalidad, podemos distinguir tres grupos:

1.º Los tipos sancionados con penas privativas de libertad, graduadas por la cuantía de la defraudación (arts. 528 y 529) que, salvo en el peldaño inferior de la escala, son superiores a las correspondientes a las otras figuras. Los podríamos denominar estafas graves.

2.º Los castigados con arresto mayor y multa (arts. 531 al 533) o sólo con multa, salvo el caso de reincidencia (art. 534). Las denominaremos estafas menos graves.

3.º Las faltas de los números 3 y 4 del artículo 587; o sea, las estafas leves.

Ciertamente, será preferible un criterio más fundamental que, emparentando las especies más análogas y destacando sus límites y conexiones, dé a cada una un contenido propio y aclare su naturaleza y alcance.

Nos proporciona base el epígrafe de la sección "Estafas y otros engaños", al que preferiríamos el adoptado por varios Códigos hispanoamericanos, inspirados en esta materia por el español: "Estafas y otros fraudes". Llamaremos estafas a las figuras en que es posible reconocer los elementos generales antes expuestos y correspondientes a lo que podemos llamar concepto universal de este delito. El segundo grupo estará integrado por los otros engaños o fraudes, en los cuales faltan o pueden faltar algunos de esos elementos. Y el tercero y último estará constituido por los tipos complementarios del primero y segundo grupo.

Ciertamente que por la jurisprudencia, y aun en el lenguaje vulgar, se suele adoptar el término estafa en sentido amplísimo que abarca toda o casi toda la sección. Mas la impropiedad es manifiesta, no sólo desde el punto de vista doctrinal, sino también desde el dogmático, como lo demuestra la alternativa del epígrafe; testimonio de la conciencia que tuvo el legislador de haber excedido los límites de la estafa, aunque probablemente no la tuvo del lugar donde se encontraban. Sin embargo, como concesión al uso vulgar y jurisprudencial, podría designarse el primer grupo "Estafas propias" y el segundo "Estafas impropias". Así lo hacen RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVESA (114), si bien el contenido y el criterio fundamentador no es precisamente el mismo que el aquí adoptado.

He aquí, para la mejor comprensión, un cuadro de la clasificación adoptada:

|                                      |   |                                                                              |   |                           |
|--------------------------------------|---|------------------------------------------------------------------------------|---|---------------------------|
| A) Estafas propias                   | { | 1) Ficciones y apariencias                                                   | { | número 1 del artículo 529 |
|                                      |   |                                                                              | { | número 4 del artículo 529 |
|                                      | { | 2) Entrega defectuosa de cosas                                               | { | artículo 528              |
|                                      |   |                                                                              | { | número 2 del artículo 529 |
|                                      |   |                                                                              |   | número 3 del artículo 529 |
|                                      |   | 3) Documento suscrito con engaño —                                           |   | número 6 del artículo 529 |
|                                      |   | 4) Trampas en el juego —                                                     |   | número 7 del artículo 529 |
| B) Otros engaños (estafas impropias) | { | 1) Falsedades defraudatorias                                                 | { | número 5 del artículo 529 |
|                                      |   |                                                                              | { | número 8 del artículo 529 |
|                                      |   |                                                                              | { | número 2 del artículo 532 |
|                                      |   | 2) Sustracción de cosa propia —                                              |   | número 1 del artículo 532 |
|                                      |   | 3) Defraudaciones de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial — |   | art. 533                  |
| C) Estafas propias u otros engaños   | { |                                                                              |   | artículo 534              |
|                                      |   |                                                                              |   | número 3 del artículo 587 |

(113) Véase en el sentido del texto: PESSINA, *Elementi di Diritto penale*, vol. II, pág. 242; ROS PALLARÉS, *El delito de estafa y el de apropiación indebida*, Valencia, 1933, pág. 24. La sentencia de 25 marzo 1935 estimó que hacer un pedido para resarcirse de la cantidad debida por un comerciante, a nombre de otra persona, y apoderarse de él al llegar el dependiente con el encargo, no es estafa, sino coacción. Pero esta solución no parece lógica, pues el art. 337 castiga con pena pecuniaria el hecho cuando hay violencia o intimidación y

el 496 con pena privativa de libertad y pecuniaria la coacción; de donde el engaño sería más grave que la violencia.

(114) RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVESA, *De derecho penal*, parte especial, Madrid, 1949, págs. 415 y ss. Otra clasificación adopta PUIG (*Derecho penal*, t. IV, págs. 244 y ss.). Pero la generalidad de los autores patrios tratan de la estafa y otros engaños en el mismo orden seguido por el Código.

A) ESTAFAS PROPIAS. — Comprendemos como tales aquellas figuras en que se dan íntegramente los elementos generales de la estafa que hemos estudiado en el apartado anterior, a saber: conducta engañosa, causante de error, el cual es causa a su vez de un acto de disposición, que determina un perjuicio en la víctima y el lucro ilícito en el agente u otra persona.

1) *Ficciones y apariencias.* — Castiga el número 1 del artículo 529 al: "... que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparejando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes" (115).

Esta norma procede del artículo 405 del Código penal francés, el cual se refiere al uso de "falso nombre o de falsas cualidades o empleo de maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o crédito imaginario..." Tales conductas han de estar ordenadas, según el precepto citado del Código francés, a "hacerse remitir o entregar fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos..." Como se ve, los medios expresados en la *escroquerie* del Código francés y los del número 1 del artículo 529 del español son análogos. Los penalistas del país vecino acostumbran a sintetizarlos en la frase "maniobras fraudulentas", en cuanto sirve para expresar aquella *mise en scène* (116) o aparato exterior (117) que CARRARA, elogiando la doctrina francesa, creía necesaria como nota cualificativa del engaño, sin la cual no habría estafa, sino fraude civil (véase III, A). El legislador español, que ha tomado del francés el falso nombre y cualidades, poder, crédito y empresa, ha prescindido de las "maniobras fraudulentas" y ha añadido, en cambio, los engaños semejantes (118). En proposición tan amplia podía haberse totalizado el concepto de la estafa con singular extensión; pero la existencia de otras figuras colaterales, inútiles si se lleva muy lejos la semejanza, aconsejan limitarla. La jurisprudencia ha recomendado, en efecto, el uso moderado de la analogía en la estimación del engaño semejante (119). Quizá es demasiada limitación imponer al número 1 del artículo 529 el común denominador de los engaños que la doctrina francesa contempla en las "maniobras fraudulentas", pero a lo más, y por las consideraciones hechas, que obligan a pensar en engaños hasta cierto punto calificados, las ficciones y apariencias de nuestro precepto legal podrían interpretarse como los artificios y embustes (*artifici e raggiri*) del Código italiano, fórmula que, como hemos dicho, también implica una cierta limita-

ción, aunque no tan pronunciada como la del Código francés.

Los medios engañosos previstos en el número 1 del artículo 529 pueden dividirse en tres miembros: el primero (ficción de nombre, poder, influencia o cualidades) alude a condiciones personales y de relación; el segundo (apariencia de bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias) se refiere al estado económico; la tercera parte está constituida por la fórmula complementaria del engaño por analogía. Habiéndose hecho ya el estudio general de los elementos de la estafa, nos reduciremos a analizar aquí brevemente los términos de esta figura de nuestro Código, que es, con mucha diferencia con las demás, la más aplicada y la más general, ya que la otra fórmula del 534, no obstante su vaguedad, tiene concretado el modesto papel de delito subsidiario.

a) *Ficción de nombre, poder, influencia o cualidades.* — 1.º *Nombre fingido.* — Éste ha de determinar en el engaño la prestación perjudicial. Ordinariamente tal ocurre cuando el autor adopta el nombre de persona existente o aparece como mandatario de otra con la cual está obligado el engañado. El nombre imaginario puede dar lugar a esta especie de estafa cuando por su parecido con alguno real produzca confusión, o acaso si se utiliza para ocultar el propio, suficiente, por los antecedentes evocados, para impedir la buscada prestación. Ejemplo: si sirve para cobrar el trigo cuyo importe había sido embargado (sent. 16 marzo 1944).

El uso de nombre fingido como medio para la estafa no necesita hacerse públicamente, como prescribe el artículo 322 en la figura de nombre supuesto. Que cuando se dé éste no puede considerarse delito independiente, quedando absorbido en la estafa dijo la sentencia de 9 de octubre de 1953 y la de 23 de febrero de 1955; que son delitos compatibles opina la de 27 de enero de 1956. Un criterio discriminatorio sentó la de 20 de junio de 1923: el uso público de nombre supuesto queda absorbido o no en la estafa según sea o no medio necesario para realizarla. La publicidad con que ha de usarse el nombre supuesto según el artículo 322, unida por la jurisprudencia a la continuidad o reiteración, ha permitido a GROIZARD opinar que el uso público del nombre supuesto daría lugar al delito de falsedad, y el uso no público que tenga por objeto sólo defraudar a una persona determinada constituirá únicamente un delito de estafa (120). Nosotros entendemos, por el contrario, que, al comprender expresamente la definición del número 1 del artículo 529 el uso de nombre supuesto sin distinción, abarca por igual el uso privado y el público.

2.º *Poder.* — Se emplea la palabra en el sentido amplio de facultad para hacer algo ofrecido como contraprestación a la prestación obtenida del engañado. Aquí entran quienes, fingiéndose agentes de la autoridad — policías, agentes de tasas, inspectores de Hacienda, etc. — consiguen cobrar un precio por omitir las denuncias con que amenazan, imponen multas o se incautan de géneros, aprovechándose del producto de esas exacciones. Tales conductas constituyen a la vez la usur-

(115) Esta definición, según QUINTANO (*Comentarios al Código penal*, Madrid, 1946, vol. II, pág. 448), pretende ser la de la estafa tipo.

(116) CARRARA, ob. cit., párr. 2344.

(117) CARRARA, ob. cit., párr. 2354.

(118) La necesidad de completar la relación limitativa del Código francés con un complemento de carácter general, llevó al Código belga, también inspirado en el art. 405 de aquél, a añadir: "para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad".

(119) Sentencia de 10 octubre 1949.

(120) GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Salamanca, 1897, t. VII, pág. 124.

pación de funciones del artículo 320. Sin embargo, aquí, como en el nombre fingido, la estafa absorbe la usurpación, a no ser que el reo se valiera de aquel alarde innecesariamente para su fin defraudatorio (sent. 20 junio 1923).

También se calificarán conforme a este concepto los hechos si es empleado público el sujeto y lo ofrecido implique supuesta intervención en funciones de esta naturaleza, pero esté fuera de la esfera de competencia propia del funcionario. Por lo que se dará estafa y no cohecho (sent. 18 febrero 1954) en el secretario judicial que recibe dádiva "para que no sucediera nada en el sumario", ya que no estaba de su mano el conseguir tal cosa.

Cuando el funcionario tenga realmente poder para cumplir su oferta, hecha para recibir el precio y con propósito de no cumplirla, también hay estafa; mas no por atribución de poderes inexistentes, sino por engaño semejante.

Están comprendidas en este número del artículo 529 las atribuciones de facultades mágicas con fines de adivinación, cura, comunicación con espíritus, fortuna o desgracia mediante hechizos y otras supercherías? Esto es atribución de poderes supuestos y tiene los elementos de la estafa, siempre que el embaucador sea escéptico sobre la eficacia de sus actividades y contribuya conscientemente a producir error en los embaucados. Si la superstición estaba ya arraigada firmemente en ellos y el mago, hechicero o curandero se ha limitado a explotar el error antecedente a su intervención, es opinión bastante general negar este delito por faltar la contribución causal del agente a la creación del error (véase III, B). Sin embargo, como ya hemos indicado, frecuentemente habrá en el cliente alguna duda que el embaucador procura disipar con su presentación y ritos.

La jurisprudencia española ha aplicado el precepto que comentamos a quienes han obtenido cantidades para evitar el cumplimiento de un pronóstico de muerte (sent. 12 diciembre 1893), alhajas, ropas, cantidades, suponiendo la procesada ser adivinadora (sent. 2 marzo 1895), sonámbula y maestra en el arte de echar las cartas (sent. 18 junio 1901), capaz de curar a una niña muda (sent. 30 enero 1924). Sin embargo, el número 4 del artículo 587 castiga como falta "a los que por interés o lucro interpretaren sueños, hicieren pronósticos o adivinaciones o abusaren de la credulidad pública de otra manera semejante". Si recordamos la primera y más universalmente reconocida de las reglas sobre concurso de disposiciones penales (la derogación para el caso concreto del precepto general por el especial), esta norma, por ser más especial, será la aplicable y no el número 1 del artículo 529. El Tribunal Supremo ha intentado diferenciar ambas normas diciendo que la última resulta integrada por una defraudación originada en el engaño, mientras la falta del 587 consiste en el abuso de la credulidad sin defraudación (sent. 30 enero 1924). A lo que es oponible que en el último precepto es preciso "el interés o lucro" y se produce un perjuicio patrimonial al pagar inútilmente a la adivinadora o curandero, o sea, se da también la defraudación. Comparando otras sentencias del Tribunal Supremo que reconocen la falta (sents. 18 marzo 1885, 14 mayo 1886, 11 mayo 1892, 9 noviembre 1899 y 1 abril 1896) con las anteriores declarativas de delito de estafa, se ve que principalmente se ha tenido en cuenta la gravedad de los hechos según circunstancias del caso individual. Las sentencias

de 11 de abril de 1892, 9 de noviembre de 1899 y 1 de enero de 1896 niegan el delito de estafa porque el engañador prometía cosas que no eran reales y posibles; con lo cual nuestro más alto tribunal venía a insistir en la vieja teoría del engaño calificado al que debe sucumbir la persona de diligencia media. Más razonable aparece la de 18 de junio de 1901 al negar la falta porque las alhajas y efectos obtenidos no eran una remuneración por el servicio, sino una apropiación llevada a cabo sustituyendo por falsas las alhajas legítimas y apoderándose de dinero. Mas en este caso la sustitución de alhajas es otra simulación distinta, para la cual el oficio de adivinadora era mero pretexto. De todos modos la sentencia proporciona un criterio, pues parece ver en el número 4 del artículo 587 una infracción habitual, constituida por el ejercicio de profesión ilícita (la sent. de 18 marzo 1885 habla del ejercicio de la industria de curandero) con una remuneración proporcionada. El número 1 del artículo 529 calificaría únicamente las expoliaciones por medio de otras maquinaciones fraudulentas interpoladas en el ejercicio de la profesión ilícita o realizadas por quienes no se dediquen habitualmente a estas actividades, como en la sustitución de alhajas de la sentencia de 18 de junio de 1901, o en la sustitución de billetes por recortes de periódicos durante la práctica mágica en que aquéllos debían ser guardados en un pañuelo para recuperar el amor de un hombre (sent. 31 marzo 1933).

3.º *Influencia.* — La creencia popular en la eficacia ilimitada de las recomendaciones alcanza extremos de superstición, la cual se presta a ser explotada. No se trata aquí del fraude moral que muchas veces se comete por los que alardean de valiosas relaciones, sino del económico. En el número 1 del artículo 529 entran sólo quienes reciben una retribución para ellos o dicen repartirla con personas privadas, pues si pretextaran supuestas remuneraciones a empleados públicos se aplicará el número 4 del mismo artículo con la pena agravada.

4.º *Cualidades.* — Término muy amplio aplicable a diversas condiciones, ya privadas, ya públicas, fingidas por el sujeto. Entre ellas figuran los alardes de profesión para obtener encargos que no se ejecutan, después de cobrarlos por anticipado o fingiendo su cumplimiento (sents. 14 febrero 1930, 1 octubre 1930 y 26 junio 1952); carácter de socio (27 octubre 1904); de gerente de una sociedad (12 febrero 1885); actuar en nombre de una casa determinada (sent. 3 julio 1952); destinatario de la mercancía (29 mayo 1885, 22 noviembre 1892 y 23 mayo 1956); continuador de un negocio (sentencias 21 diciembre 1896 y 22 junio 1901); administrador de un periódico (sent. 30 marzo 1909); dama de un ropero (sent. 22 junio 1918); representante de un empleado para que le dieran una máquina (sent. 13 julio 1952).

Algunas de estas ficciones están castigadas por el Código en el título de las falsedades: usurpación de título profesional, del artículo 321; uso de uniforme o traje de cargo que no ejerciera, del artículo 324. Se ha declarado el concurso con el uso público e indebido del uniforme militar, pues la falsa garantía de solvencia económica pudo haber hallado análoga eficacia con otros subterfugios (sent. 3 octubre 1951).

b) *Apariencia de bienes, crédito, comisión, em-*



*presa o negociaciones imaginarias.* — La segunda parte de las tres en que hemos dividido el número 1 del artículo 529 sanciona al que defraudare "aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias". Aparentar bienes, crédito, comisión, equivale a fingir solvencia económica. La dificultad está en que no existe en rigor una obligación jurídica de declarar el hecho de la insolvencia, salvo en ciertas ocasiones excepcionales (véase lo expuesto sobre la omisión en III, A), y son toleradas en el mundo financiero ciertas medidas encaminadas a disimular que los negocios no van bien o ponderaciones destinadas a la atracción de capitales. En algunas legislaciones se han introducido figuras especialmente dedicadas a castigar la insolvencia fraudulenta, no confiando en que pudieran darse por comprendidas en la estafa. En el Código italiano existe este delito de insolvencia fraudulenta, castigado con pena inferior a la correspondiente a la estafa, subordinada su persecución a la querrela de la persona ofendida y con posibilidad de extinguir el delito mediante el cumplimiento de la obligación antes de la condena (121). Y en otras legislaciones hay tipos concretados a particulares situaciones de insolvencia fraudulenta (121 bis). La omisión de estas figuras en nuestro Derecho significa su impunidad o han de tenerse por incluidas en el número 1 del artículo 529?

"Las palabras usadas ahora por el Código — decía GROIZARD (122) — indican que ha querido preverse aquí todo género de maquinaciones fraudulentas, de ingeniosas inventivas, de artificios complicados, que los estafadores de cierto rango usan frecuentemente para lucrarse en perjuicio de las personas cuya confianza obtienen o de cuya credulidad abusan." Habla después GROIZARD de "grandes enredos y accidentadas farsas". El Tribunal Supremo se ha movido siempre entre dos tendencias. Si por un lado ha negado varias veces el carácter punible de la mera insolvencia (véase III, A), e incluso — acertadamente por supuesto — el de los medios engañosos para eludir el pago de la deuda anteriormente contraída sin engaño (sents. 9 junio 1891 y 18 diciembre 1889), otras veces, en cambio, ha confirmado la condena cuando en los hechos probados no se había hecho constar el propósito de no pagar al contraer la obligación o en que las disimulaciones han comenzado después del contrato para ocultar la insolvencia posteriormente surgida.

En el número 1 del artículo 529 se han comprendido las simulaciones de comisión (sent. de 5 enero 1952); hacer creer que tenía el procesado medios económicos y buenos negocios (sent. de 30 junio 1952); afectar bienes al cumplimiento de obligaciones y enajenarlos, constituyéndose en insolvencia (sent. de 26 enero 1953); aparentar crédito suficiente para encargar la reparación de un camión atribuyéndose la cualidad de propietario (sent. de 7 febrero 1953); ofrecer tejidos de que no disponía y cobrar el precio (sent. de 11 mayo 1956); fingirse dueño de unos muebles de la per-

tenencia de su madre y venderlos a persona que por tal razón no ha podido hacerse cargo de los mismos (sent. de 10 enero 1951); simular que un décimo de la lotería tuvo premio (sent. de 17 febrero 1953); entregar el reo en pago dos billetes retirados por disposición legal de la circulación fiduciaria (sent. de 9 junio 1953); ser director de una empresa bancaria y, conocedor a fondo de la deplorable situación financiera, hacer una campaña de exageración de medios y beneficios, figurando en circulares y escritos un capital muy superior al en realidad suscrito (sent. de 12 mayo 1955), etc.

La entrega en pago de cheques sin provisión de fondos implica también aparentar solvencia y ha sido castigada conforme a este precepto (sentencias de 26 octubre 1946, 28 noviembre 1947, 7 octubre 1948, 9 diciembre 1950, 31 octubre 1952, 3 marzo 1953, 12 marzo 1953 y 7 enero 1954). Por esa tendencia que hemos visto en la doctrina a no considerar comprendida la simple insolvencia en la estafa y por el peligro que para el tráfico mercantil implica el uso de cheques falsos, han sido varios los países donde se han dado leyes especiales castigando estos hechos como infracción independiente (Francia, Bélgica, Portugal) y otros que la han incluido en sus Códigos penales modernos (Méjico, Cuba, Uruguay). También el Código español de 1928 incluyó la oportuna figura, caracterizada por el elemento subjetivo del ánimo de defraudar y constituida la acción por la expedición de "un cheque o letra de cambio sin provisión de fondos o después de que la provisión hubiera sido retirada o retirándolos antes de que el cheque o letra puedan ser presentados al cobro" (núm. 21 del 725) (123). El hecho está, desde luego, incluido en la apariencia de bienes de que nos habla el artículo 529 en su número 1, y la previsión de la figura especial, al modo del Código del 28, no tendría otra trascendencia que absorber la falsedad en la estafa, en vez de determinar el concurso de delitos de estafa y falsedad en documento mercantil, como hoy es estimado por la jurisprudencia. El problema que vemos planteado en otros países sobre si la provisión parcial de fondos es suficiente para determinar la infracción, no ofrece dificultad en el nuestro, desde el momento en que, graduada la pena por la cuantía del perjuicio, la provisión parcial, al limitar el daño, influirá en la gravedad del delito.

Una previsión especial del pago con cheques sin provisión existe en España por la Ley de 16 de marzo de 1939, pero no porque el hecho dejara de estar castigado en los preceptos sobre estafa del Código, sino para proteger el interés del Estado, agravando la responsabilidad del agente cuando aquél fuera el perjudicado. Dicha Ley, que autoriza al ministro de Hacienda para regular la admisión del cheque en los pagos realizados en las cajas públicas, dispone en su artículo 2 que "el pago mediante entrega de cheque o talón de cuenta corriente cuando no hubiere en poder del librado posesión bastante de fondos se considerará comprendido en el número 1 del artículo 523" se refiere al precepto del Código de 1932 equivalente al actual número 1 del 528. Como veremos, este número del artículo 528 contiene la penalidad más grave, proporcionada a la mayor cuantía de

(121) ANGELONI, *Il delitto di insolvenza fraudolenta*, Milán, 1954.

(121 bis) Esos tipos se refieren a la simulación de solvencia para obtener una prestación. En sentido distinto habla de insolvencia fraudulenta nuestro Código penal en la quiebra (arts. 520, 522) y el concurso (525).

(122) GROIZARD, ob. y vol. cit., pág. 129.

(123) CUELLO CALÓN, *La protección penal del cheque*, Barcelona, 1944, págs. 85-6.

la defraudación. La especialidad establecida por la nueva norma consistía, pues, en aplicar la pena más grave a la infracción contra las cajas del Estado cualquiera que fuera la cuantía del perjuicio. El Código de 1944 ha elevado la penalidad más grave de las previstas en el artículo 528, sustituyendo el presidio menor por el presidio mayor, y la alteración de la norma referida plantea el problema de su actual vigencia; pues si voluntad de la Ley de 1939 fué aplicar la pena más grave de las correspondientes a las estafas, sin tener en cuenta la cuantía, es evidente también que para tomar tal medida estuvo presente la pena de presidio menor y no la de presidio mayor, y, por consiguiente, fué voluntad de la Ley aplicar la primera, pero no la segunda. QUINTANO se basa en el ánimo del legislador para corregir la concordancia, de modo que se aplicaría el número 2 del artículo 528, que es el que actualmente impone la pena de presidio menor, cuando el fraude no exceda de 25000 pesetas (actualmente, después de la Ley de 30 marzo 1954, 50000) (124). La solución resulta artificiosa y no coincidente con la voluntad legislativa. El problema, a nuestro modo de ver, es si la norma excepcional de 1939 puede mantenerse después de la nueva regulación dada por el Código de 1944 a la penalidad correspondiente a la estafa. CUELLO CALÓN (125) cree que, derogado el Código de 1932 y no concordante la penalidad establecida con la más grave señalada en el hoy vigente, la solución será aplicar la escala de penas del artículo 528 según la cuantía de la defraudación. Esto equivale a considerar derogada la disposición especial dictada en 1939. Lo cual se justifica en cuanto "contradice o se opone a lo establecido en el Código de 1944" (art. 604), ya que su subsistencia obligaría a sostener una penalidad del Código derogado que no es la del Código actual.

También está comprendida en el número 1 del artículo 529, según la opinión más corriente del Tribunal Supremo, la estafa de alimentos, o sea la consumición de víveres en un establecimiento sin pagar, y la de hospedaje (sent. de 21 junio 1952), siempre que se aparente solvencia (sent. de 16 marzo 1954). Hay estafa en quien se va sin pagar de un hotel habiéndose ingresado mediante ocultación de su situación económica por haber ostentado su cargo de empleado de un banco cuando por diversas deudas su sueldo estaba sujeto a retención (sent. de 24 septiembre 1947) y en los que se valieron de medios engañosos adecuados como aparentar solvencia y ausentarse furtivamente (sent. de 19 noviembre 1951). Pero basta con aparentar posición económica desahogada, hospedarse en un hotel e irse sin pagar (sent. de 15 enero 1953). Aunque en rigor esta simulación consiste en aparentar bienes y crédito, la sentencia de 25 de febrero de 1948 la incluye entre los engaños semejantes del último miembro de la frase. Igual a la estafa de alimentos o de hospedaje es la de alquilar un auto sin contar con el dinero necesario (sent. de 17 noviembre 1954).

En el número 1 del artículo 529 está comprendida también, según el Tribunal Supremo, la conducta del que viaja sin billete, porque el hecho

de viajar significaría aparentar medios para ello. Pero esto no será siempre así; sobre todo en quienes viajan en sitios no destinados a viajeros, como techos, topes, vagones de mercancías, cabinas de equipajes, etc. Que el Reglamento de ferrocarriles sancione el viajar sin billete con otro tanto de su valor y no se acostumbre a proceder por estafa más que si el viajero subrepticio no puede pagar el doble, indica claramente que lo castigado en este caso es la insolvencia (126). Para estimar la estafa en este caso surgen serias dudas, como ya hemos dicho al tratar de los elementos generales (III, B), por faltar el error de persona determinada. Habrá de distinguirse dos hipótesis distintas: cuando medie exhibición de billete falso, caducado, pase de otra persona, afirmación mendaz de tener pase de libre circulación, declaración de haber perdido el billete o de haberlo presentado ya, habrá estafa intentada o consumada, pues evidentemente se habrá procurado engañar al revisor; pero quien nada hace para ocultarse, esperando de la buena suerte llegar al destino antes de que pase el revisor, o va en lugar no destinado a pasajeros y, por consiguiente, sería difícil determinar el perjuicio (como ocurre en barcos y aviones donde suelen ir los polizones con incomodidad notoria y aun riesgo de sus vidas), no llena los requisitos de la estafa. Por entenderlos así, varias legislaciones castigan especialmente el polizonaje: en la francesa existe la *filouterie de transports*; en el Código suizo está comprendido el caso en la "obtención fraudulenta de una prestación", junto al acceso a una representación, exposición o empresa análoga, o el funcionamiento de un aparato automático (art. 151), y una figura análoga introdujo en el Código alemán la Ley de 28 de junio de 1935 (actualmente el art. 265, a). En la Ley española de la marina mercante de 25 de diciembre de 1955 se ha instituido una figura aparte para el polizonaje, extrayéndolo de la estafa. El preámbulo de la Ley justifica la separación, "atendiendo que el engaño característico de la estafa se da en muy pequeña parte, y, en cambio, destaca como nota acusada la del embarque clandestino, corrigiéndose en consecuencia sin tener en cuenta el perjuicio causado y el gasto producido, cuya reparación pertenece al orden de las responsabilidades civiles" (véanse los arts. 70 a 72 de la nueva Ley) (127).

Más adelante (IV, C) veremos cómo la doctrina del Tribunal Supremo no ha sido constante y ha aplicado el artículo 534, en vez del 529, en algunos casos de insolvencia fraudulenta.

Si bien la palabra crédito ha sido utilizada, al interpretar este número 1 del artículo 529, en sentido de solvencia, otras veces fué empleada en su acepción de derecho a recibir alguna cosa, y no sólo cuando se ha fingido para obtener esta cosa o servicio, sino también cuando se ha simulado el crédito a favor de un procesado contra el otro con objeto de promover procedimiento judicial y sustraer los bienes del segundo a las responsabilidades a que estaban afectos (sent. 6 mayo 1953).

(126) "Que el pago posterior duplicado o centuplicado no debiera tener influencia alguna en una correcta calificación jurídica, ni desvirtúa la naturaleza del hecho", dice acertadamente QUINTANO en ob. y vol. cit., pág. 450.

(127) La anterior (21 junio 1923) aplicaba al polizonaje las penas establecidas por el Código penal común para la estafa (art. 61).

(124) QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1946, vol. II, pág. 447.

(125) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, parte especial, 2.ª ed., Barcelona, 1955, pág. 881.

Las empresas o negociaciones imaginarias pueden entenderse en dos sentidos. El primero es el de atribuciones que se hace el estafador para simular crédito, obteniendo anticipos por sus prometidos envíos de géneros, materiales, fianzas de los empleados contratados, etc.; pero entonces se trata de apariencias de bienes, crédito o comisión que entran en los conceptos anteriores.

Las empresas o negociaciones imaginarias tienen su esfera propia en las fingidas para interesar en ellas al engañado, apropiándose el estafador de las aportaciones de aquél al negocio fingido. Aquí figuran las viejas historias del hallazgo de la piedra filosofal, revivida en el siglo XIX por un supuesto fabricante que llegó a engañar al emperador Francisco José, y otras más nuevas de secretos procedimientos para obtener gasolina sintética o energía atómica. Junto a estos casos aristocráticos, citaremos los más populares del hampa; como la del entierro, de antigüedad reconocida (128), forma de criminalidad española con víctimas frecuentemente extranjeras (129); el de los perdigones, así llamado por el contenido de los cartuchos entregados como si fueran dinero de oro o plata; el que se llama fuera de España estafa "a la americana" y en España de las misas, por la modalidad corriente en estas latitudes; el del billete de la lotería que se finge premiado; el de la estampita (nombre dado a un billete de banco por el que afecta simplicidad), etc. Y como prueba de que los problemas económicos modernos traen consigo, como actividad parásita, nuevas empresas ilícitas, tenemos las defraudaciones cometidas con motivo de los traspasos de piso: unas veces al exigir el dueño una prima para poner el piso a nombre del inquilino que lo disfrutaba con derecho (sent. de 3 julio 1952); otras por los inquilinos que, sabedores de no poder disponer del cuarto correspondiente por estar desahuciados, conciertan el traspaso mediante cantidad con persona ignorante de la situación (sent. de 16 junio 1954), o que, recibiendo dinero del propietario para desalojar el piso, conciertan con otra persona la entrega de las llaves con perjuicio de aquél (sent. de 5 junio 1954). Y finalmente, deben figurar en este lugar quienes obtienen de los particulares aportaciones de capital, préstamos o imposiciones con la promesa de fuertes beneficios o elevados réditos, pagados a los primeros acreedores, para terminar con el alzamiento, el concurso o la quiebra, pero no sin que los directores del negocio hayan obtenido provechos considerables y las víctimas tengan que lamentar los perjuicios que les ocasionó, junto a su candidez, la codicia. También se podría hablar de otras especulaciones en altas esferas financieras, sustraídas a toda represión penal por insuficiencia de las leyes (130), si no nos lo ve-

dara el propósito de mantener este estudio dentro de la dogmática.

c) *Engaño semejante*. — Expresión demasiado elástica, pero que, como ya hemos dicho, debe interpretarse con restricción porque de lo contrario perderían su razón de ser otras figuras de estafa y muy especialmente la complementaria del artículo 534. Esos engaños semejantes han de constituir, como los anteriores, ficciones o apariencias con fuerza suficiente para inducir a error.

De la jurisprudencia no recibimos mucha claridad, siendo algunas de sus invocaciones a los engaños semejantes innecesarios, por estar comprendidos los hechos en los expresados de modo terminante en las anteriores frases del número 1 del artículo 52. Y tampoco se ha llegado a una neta separación entre los engaños semejantes de este precepto y los del artículo 534, como veremos después.

Ya vimos cómo la simulación de ejercer funciones públicas o la de, ejerciéndolas, alardear de influencias fuera de la esfera de la propia competencia, está comprendida en las ficciones especificadas del párrafo estudiado. Engaño semejante será el del funcionario que recibe dádiva a cambio de algún acto relativo al ejercicio de su cargo que no realiza a pesar de estar en su poder hacerlo.

La defraudación de quien prometiendo el matrimonio logra sacar dinero de una dama propicia al mismo y entrada en años (sent. de 7 diciembre 1934) es semejante por lo menos a la ficción de cualidad.

En cambio, el chantaje que alguna vez se consideró estafa por ser falsos los hechos que se amenazaba divulgar (sents. de 29 abril 1878, 24 abril 1885, 30 enero 1905, 30 octubre 1926, 5 abril 1949 y 16 mayo 1955) no debe estimarse como tal (131). Ataque contra la libertad y el patrimonio a la vez, está comprendido — mientras no se haga una figura especial — dentro de la amenaza exigiendo cantidad (núm. 1 del art. 193) sin que sea impedimento la ficción del mal, pues siendo el bien jurídico lesionado por medio de la amenaza la seguridad, concebida ésta no como peligro real, sino como opinión del sujeto pasivo, se dan todos los elementos de aquella norma cuando se perturba la tranquilidad de la víctima mediante una conminación aunque sea imaginaria.

Como engaños semejantes a la apariencia de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación figuran bastantes casos en la doctrina del Tribunal Supremo: exigir cantidad por diligencias y trabajos que no se realizaron (sent. de 22 marzo 1886); presentar al cobro, cupones ya pagados (sent. de 12 abril 1883); alegar la efectucción del

(128) Según CLERIC, *Betrug verüht durch spanische Briefe*, en "Revue pénale suisse", vol. XLIV, pág. 70, ya durante la guerra de Treinta años se recibían en el extranjero cartas españolas proponiendo el negocio conocido con el nombre del timo del entierro.

(129) REISS, *Étude sur l'escroquerie au trésor*, en "Archives d'Anthropologie criminale", vol. XXII, 1907; CALDALO, *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*, Madrid, 1900, t. II, pág. 311.

(130) MANNHEIM, *Criminal Justice and social reconstruction*, Londres, págs. 119 y ss.; ANGELONI, ob. cit., pág. 14. Que en los delitos patrimoniales no ha caminado la ley al mismo paso que la economía, sostiene ANTOLISEI en ob. y vol. cit., pág. 203.

(131) La jurisprudencia española siguió en esto a la francesa que, después de algunas vacilaciones, consideró *escroquerie* el chantaje hasta que la Ley de 13 mayo 1863 introdujo el concepto específico de este delito. Véase sobre la ley francesa y sus antecedentes: MELIOR, Alec, *Le chantage dans les mœurs modernes et devant la loi*, París, 1937, págs. 165 y ss. Véase también información general en el artículo de CUELLO CALÓN, *Sobre el delito de chantaje. Necesidad de su regulación específica en la legislación penal española*, en "Anuario de Derecho penal y ciencias penales", 1952. Consúltase también el artículo "CHANTAJE" de esta ENCICLOPEDIA redactado por RODRÍGUEZ DE VESA. El Código español de 1928 incluyó el chantaje como delito autónomo en la misma sección que trataba de la "estafa y otros engaños" (art. 727).

pago mediante presentación de recibos o letras obtenidos con la simple promesa de pagar (sent. de 26 mayo 1893), hacer figurar en las listas de operarios jornales supuestos (sent. de 22 octubre 1898), omisión de partidas en los libros, alteración de recibos, etc. En el engaño semejante a la atribución de cualidades supuestas entra la estafa del mendigo (véase III, B), la apropiación de donativos solicitados con fines benéficos (sents. de 21 febrero 1884, 15 noviembre 1900 y 15 marzo 1911); la facturación de verduras a sabiendas de que habían de llegar podridas a su destino con el propósito preconcebido de reclamar a la compañía ferroviaria el importe (sent. de 25 octubre 1932).

Varios países conocen la llamada estafa de seguros como figura especial (Holanda, Suecia, Noruega, Grecia, Italia). En nuestro Código penal tenemos entre los incendios un precepto — el artículo 556 — que castiga el incendio de cosas pertenecientes exclusivamente al incendiario, si el incendio hubiere sido producido con propósito de defraudar los derechos de tercero o si, aun sin este propósito se le hubiere realmente ocasionado. La figura tiene por un lado mayor amplitud que la estafa de seguros (cabe incendiar la casa del propietario para perjudicar al arrendatario) y tampoco comprende todas las defraudaciones que puede realizar el beneficiario como, por ejemplo, en caso de incendio fortuito, haciendo declaraciones falsas sobre las cosas preexistentes y su valor. En tales supuestos, así como en todos los demás fraudes que se pueden realizar con motivo de los diversos contratos de seguros, creando ficciones y apariencias de siniestros y daños, será de aplicar el artículo 529, en su número 1.

Finalmente debemos mencionar en este lugar el artículo 6 de la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922. Esta Ley somete la actividad del suspenso a la intervención judicial, conminando con la responsabilidad definida en el artículo 548 (actualmente 529 del Código penal), la práctica de cualquiera de las operaciones indicadas en aquel precepto sin el concurso de los interventores, o cualquier pago sin la autorización expresa del juez antes de que los interventores tomen posesión del cargo. A nuestro modo de ver, no se trata aquí, como pudiera parecer a primera vista, de una figura autónoma, que habría de caracterizarse por la desobediencia a la autoridad judicial y el peligro de que los acreedores resultaren perjudicados, siendo la referencia al artículo 529 del Código penal para los efectos de la pena a imponer exclusivamente. El citado artículo 6 de la Ley de suspensión de pagos habla de las responsabilidades definidas en el artículo del Código, y es lógico exigir los elementos de uno de sus conceptos, con el perjuicio y ánimo de lucro implicadas en la acción de defraudar, y un engaño, como es el de actuar como si su actividad de comerciante no estuviera intervenida, que podemos calificar de semejante a los expresados en el número 1 del artículo 529.

d) *Ficciones especiales.* — Accesorios del tipo principal contenido en este precepto son el número 4 del mismo artículo y el artículo 531.

Número 4 del artículo 529: "*Los que defraudaren con el pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponde.*"

Es tipo especial con relación al que queda estudiado; en éste se sanciona la defraudación, "atribuyéndose poder o influencia"; en aquél se aña-

de a la suposición de influencia que la mediación se hace remunerando a un empleado público. Y el interés público lesionado con el descrédito de la Administración funciona como agravante, determinando el grado máximo de la pena.

La consideración del interés público en un primer plano hubiera atraído la figura a otro lugar del Código; como en el italiano, donde el alarde de influencia — *millantato credito* — se incluye entre los delitos contra la administración de justicia (art. 346). El concepto es allí más extenso, comprendiendo, en uno de sus tipos, la simple obtención del precio por la mediación; en el agravado se añade el pretexto de tener que comprar el favor del funcionario o empleado. En el Código español el crédito de la Administración juega un papel secundario con respecto al privado, a juzgar por la limitación del concepto y por su situación entre los delitos contra la propiedad.

La remuneración, aunque sea vocablo de significado más amplio, como premio o galardón, ha sido utilizada aquí en la acepción más restringida de precio, ya sea en dinero, ya en otra prestación de valor económico. Las remuneraciones han de ser supuestas; si fueran efectivas, tendríamos el cohecho; y, aunque el funcionario no hubiera aceptado la propuesta de soborno, con que el delincuente lo hubiera intentado bastaría para aplicar el artículo 391 que equipara la tentativa y la consumación (132).

Para la integración del delito no es necesario que los empleados sean citados por sus nombres propios o conocidos (sent. de 9 octubre 1946), pues lo protegido con la agravante es la función pública, difamada con la versión de la venalidad de los empleados, cualesquiera que éstos sean.

La salvedad "sin perjuicio de la acción de calumnia" que a los empleados corresponde era innecesaria, pues el delito consiste en la defraudación del engañado con una circunstancia especial de agravación en interés de la Administración, pero el honor personal del funcionario tiene un valor independiente. Ahora bien; como, según el artículo 467, las ofensas contra la autoridad pública no requieren la querrela de la parte ofendida, la limitación de la reserva en el número 4 del artículo 529 a los empleados parece indicar que sólo mediante el ejercicio de la acción privada puede castigarse la calumnia además de la estafa.

Artículo 531: "*El que fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, arrendare o gravare.*"

La conducta descrita implica ficciones que, determinando el error del adquirente, producen un perjuicio al mismo o a la persona con derechos sobre las cosas (133). Cuando el adquirente proceda en connivencia con el disponente en perjuicio de un primer comprador, no se da esta figura de delito, aunque se puedan dar las de falsedad documental o contrato simulado. En contra de esta opinión se ha manifestado el Tribunal Supremo (134).

(132) QUINTANO, ob. y vol. cit., págs. 452-3.

(133) Sentencia de 24 junio 1891. Que no sean distintas las personas del adquirente y el perjudicado, requiere — equivocadamente a nuestro juicio — la sentencia de 12 abril 1927. En contra de ésta la de 21 junio 1954.

(134) Sentencias de 5 noviembre 1934, 28 mayo 1947 y 21 junio 1952.

Los delitos castigados en el artículo 531 están también comprendidos en el número 1 del 529. Aquél es, pues, un tipo especial con relación al último. Las penas de éste, determinadas en el 528, son siempre de privación de libertad que van desde el presidio mayor hasta el arresto mayor. El delito del 531 estaba castigado en el Código de 1848 con pena de multa exclusivamente, y, por consiguiente, contenía una figura en todo caso privilegiada. A partir de la reforma de 1870, se impone al delito que comentamos, junto a la multa, el arresto mayor. Con lo cual el tipo será unas veces atenuado y otras agravado; lo primero cuando la defraudación sea por valor de más de 10000 pesetas, lo segundo cuando sea menor. Pero la diferencia puede ser mucho mayor en la atenuación que en la agravación.

Para GROIZARD sería un error no señalar pena menor al que vende un inmueble fingiendo ser dueño que a quien enajenare una cosa mueble sirviéndose del mismo engaño, fundándose en que ningún diligente padre de familia adquiere un inmueble sin examinar los títulos del poseedor, y en la existencia de registros de la propiedad que facilitan medios sencillos y seguros para no ser víctimas de engaños (135). Contra la atenuación, que había sido suprimida en el Código del 28, y tiene escasas concordancias en la legislación extranjera, escribe QUINTANO, proponiendo desaparezca en un nuevo Código donde se articule con claridad un concepto general de la estafa (136). El Código de 1848, en el precepto correspondiente al actual párrafo primero del artículo 531, hablaba de cosas sin distinguir su naturaleza, dando lugar a una disputa entre los comentaristas (137), que zanjó la reforma de 1870. La desigualdad de tratamiento, según que las cosas sean inmuebles o muebles, se ha justificado también porque el enajenador de las segundas sólo las tendrá en su poder a consecuencia de un delito contra la propiedad, quedando los actos de aprovechamiento embebidos en él o constituyendo el de receptación. El argumento no es convincente, pues la ficción puede llegar hasta el punto de vender — recibiendo el precio — cosas muebles ajenas que no hayan salido de poder del propietario y de las cuales no se hace tradición.

El párrafo segundo del artículo 531 castiga "al que dispusiera de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada". GROIZARD lo pretendía también limitar a las cosas inmuebles, lo cual constituye sin duda una interpretación correctiva, pero para la cual hay apoyo, como es el paralelismo entre los dos párrafos y el que, discutible o no, la única base para el tratamiento generalmente privilegiado — que es el argumento antes transcrito de GROIZARD — sólo alcanza a los inmuebles. Pero

no ha sido ésta la opinión de la jurisprudencia. Ya la sentencia de 2 de diciembre de 1891 aplicaba el precepto a las cosas muebles. Posteriormente se ha aplicado en multitud de fallos a la disposición de bienes embargados (sents. de 7 diciembre 1928, 7 enero 1921, etc.) y últimamente a la enajenación de prenda sin desplazamiento (sents. de 14 octubre 1955 y 15 marzo 1956).

2) *Entrega defectuosa de cosas.* — El artículo 528 castiga a: "*El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio.*"

Comparado este precepto con el del número 1 del artículo 529, parece a primera vista que el contenido del primero está comprendido en el segundo, mucho más amplio. Los tipos especiales suelen valer como excepciones puestas a la penalidad del tipo general, ya en sentido atenuante, ya en agravante. Pero no es éste el caso; la escala de penas desarrollada en el artículo 528 es aplicada a todos los números del 529. ¿Qué razón puede tener la especie que ahora comentamos?

Según ya dijimos, el número 1 del artículo 529, redactado sobre el modelo del Código penal francés, no comprende toda clase de engaños, sino los que hemos llamado ficciones y apariencias; lo cual supone una cierta calificación de los medios engañosos. De aquí la necesidad de algunas figuras para prevenir hechos más concretos, en la represión de los cuales fuera conveniente una mayor amplitud o restricción del engaño. El legislador de 1848 dió el primer lugar al incumplimiento de obligaciones cuando consiste en la entrega deficiente de cosas. Algunos comentaristas llegan a decir que no es preciso en el supuesto del artículo 528 engaño alguno (138). Nosotros somos de distinto parecer. Si el vendedor declara la sustitución de la cosa en sustancia, calidad o cantidad, y el comprador pasa por ello, evidentemente queda excluido el delito. Dada la rúbrica de la sección, el engaño debe requerirse. Los hechos previstos en el artículo 528 suponen el engaño, pero no son necesarias maquinaciones engañosas; basta con la simulación de dar lo malo por bueno, lo deficiente por completo. Maniobras materiales o embrollos persuasivos como serían: la exhibición de muestras no correspondientes al género entregado; la colocación en la superficie de los envases de sustancias de mejor calidad; el lastre de piedras o plomos en el fondo de los sacos que contienen las mercancías; la afirmación de ser géneros excelentes vendidos baratos por su procedencia de contrabando cuando son de pésima calidad y precio caro, etc.; tales hechos tendrían cabida en el concepto general del número 1 del artículo 529 y harían inútil el 528. Éste se conforma con una entrega deficitaria de cosas, abusando de la confianza que ordinariamente se pone en la honradez de los demás; suposición necesaria para la rapidez y seguridad del tráfico jurídico.

GROIZARD la calificó de figura de delito típicamente española (139) después de presentar sus an-

(135) GROIZARD, ob. y vol. cit., págs. 221-222; CARRERA (ob. cit., parágr. 2353) deseaba que estos hechos se castigaran mediante querrela de parte, y se funda también en la existencia del registro de la propiedad, donde la víctima ha podido informarse. La verdad es, sin embargo, que en los medios rurales se hacen muchas transmisiones por documento privado y que los registros pueden ser destruidos en guerras y revoluciones.

(136) QUINTANO, ob. y vol. cit., pág. 457.

(137) ALVAREZ y VIZMANOS (*Comentarios al Código penal*, t. II, pág. 498) eran partidarios de la limitación a los inmuebles; y PACHECO (*El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1849, t. III, pág. 370) se pronunciaba en contra.

(138) Para GROIZARD (ob. y vol. cit., pág. 105) el dolo que aquí se pena es, precisamente, el que mayor relación guarda con el dolo civil; y luego llama (pág. 121) a este delito "defraudación", y al del núm. 1 del artículo 529 "engaño". "Ni engaño siquiera se exige", opina QUINTANO (ob. y vol. cit., pág. 445) con referencia al 528.

(139) GROIZARD, ob. y vol. cit., pág. 104.

precedentes en nuestros antiguos cuerpos legales. El Código de 1822 daba un concepto más restringido que el actual ("vendiéndole, cambiándole o empeñándole una cosa por otra de diferente naturaleza") acompañando la definición de ejemplos tomados hasta de la gitanería ("que hubiera vendido un animal dándolo por sano, sabiendo que no lo está, u ocultando maliciosamente el defecto o resabio que tenga, siendo de aquellos que el vendedor está obligado a manifestar"), pero asignando al delito una penalidad muy atenuada (seis días a un mes de arresto y una multa de 10 hasta 100 duros). El legislador de 1848 amplió la definición al redactarla en la forma actual; colocó esta figura en el primer lugar entre las estafas, anteponiéndola al concepto general del número 1 del artículo 529, y estableció para ella la escala de penas que por referencia se aplican también a las especies del artículo 529. Quizás esta agravación y aquella preferencia absurda — pues era lógico comenzar por el tipo más general — fué inspirada en la frecuencia de los hechos, estimulada particularmente en épocas de crisis económica y afán especulativo, como lo fué sin duda el ambiente de la desamortización y la postguerra carlista en que se fraguó el proyecto de Código. Mas el celo del legislador resultó frustrado, porque si estos hechos son los más abundantes en el variado repertorio de las estafas, también son de los menos perseguidos, a lo que da lugar la escasa cuantía de la mayor parte de las defraudaciones de esta especie y una cierta tolerancia del ambiente social.

El título en virtud del cual deben entregarse las cosas ha de ser oneroso, pues si fuera lucrativo no se concebiría el perjuicio. Decía GROIZARD que el delito consistía en entregar, mientras las demás estafas consistían en recibir; mas ordinariamente los hechos comprendidos en el artículo 528 son parásitos de las compraventas, y el perjuicio del sujeto pasivo con el lucro correspondiente del activo se perfecciona al recibir el último el precio.

Finalmente, la diferencia del delito con la falta del número 4 del artículo 573 es clara. Ésta se concreta a sustancias alimenticias que no tengan el peso, medida o calidad que corresponda, mientras el artículo 528 alude a cosas en general (se ha aplicado hasta a la venta de inmuebles). La falta sólo puede ser cometida por traficantes o vendedores, y se consuma porque tales comerciantes tengan las aludidas sustancias dispuestas para la venta en condiciones deficientes: se trata de situaciones de peligro; de actos preparatorios con relación a la estafa del artículo 528.

Tipos agravados del anterior son: los números 2 y 3 del artículo 529.

Número 2 del artículo 529: "*Los plateros y joyeros que cometieren defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio.*"

La especialidad con relación al artículo 528 está en la condición del sujeto activo, que ha de ser platero o joyero. Por lo que ha de entenderse toda persona dedicada a la fabricación o comercio de joyas; no sólo, como pretendía GROIZARD, los que tengan tienda abierta, sino todos los profesionales de la elaboración o compraventa de joyas; o sea los orfebres y negociantes, pues la ley alude, claramente al arte y al comercio. Los objetos alterables en su calidad, ley o peso, son todos los fabricados con oro, plata, platino y piedras preciosas; no otros de bisutería o relojería que suelen venderse en las mismas tiendas que aquéllos.

La razón de agravar las penas, elevándolas al

grado máximo con relación al tipo general, puede estar en el alto valor que suelen tener las alhajas y en la dificultad de valorarlas para el profano. Pero no son ciertamente estas notas exclusivas de las joyas. En rigor se trata de una supervivencia histórica arrastrada de nuestra antigua legislación, correspondiente a épocas en que, menos abundante la moneda y siendo ésta también de metales preciosos, los objetos de esta naturaleza hacían frecuentemente su oficio.

Número 3 del artículo 529: "*Los traficantes que defraudaren usando de pesas o medidas falsas en el despacho de los objetos de su tráfico.*"

Aquí tenemos los elementos del artículo 528, más dos notas especiales: la condición de traficante en el sujeto, o sea de persona dedicada habitualmente al tráfico de comprar o vender, aunque del empleo que hace la ley penal de la voz traficante, en lugar de comerciante, parece deducirse no ser necesarias las condiciones de capacidad que al último exige el Código de comercio; y el uso de pesas o medidas falsas. O sea, mientras en el tipo general del artículo 528 basta con que la sustancia, cantidad o calidad de lo entregado sea distinta de lo pactado, fraude ciertamente combatible con la mediana diligencia del adquirente, en el número 3 del 529, el engaño se disimula por medio de las medidas o pesas falsificadas, haciendo así inútil la vigilancia del comprador y difícil la defensa contra el delito.

3) *Documento suscrito con engaño.* — Conforme al artículo 529 en su número 6.º, incurrir también en las penas del 528: "*los que defraudaren haciendo suscribir con engaño algún documento.*"

Dentro de una interpretación literal del precepto están aquí representadas dos clases de engaños: los influyentes en la motivación de un documento, que no se hubiera suscrito sin ellos, pero que no por eso deja de ser auténtico y veraz, en cuanto su contenido corresponde a la voluntad del sujeto, y los determinantes de que se suscriba un documento de contenido esencialmente distinto al que el firmante creía suscribir.

En el primer caso, los hechos mendaces constituyen las ficciones y apariencias que fueron necesarias para sugestionar al embaucado; o sea, estarán comprendidos en el número 1 del artículo 529, haciéndose innecesaria su inclusión en el que ahora comentamos. Sin embargo, varios fallos del Tribunal Supremo lo han aplicado a estos supuestos: el de 3 de diciembre de 1927, cuando el perjudicado autorizó la transferencia de efectos a una sociedad simulada por la confianza que le habían inspirado los procesados; el de 3 de octubre de 1952, al procesado que hizo creer obraba por cuenta del propietario colindante y que éste tenía derecho preferente de compra, en virtud de lo cual adquirió una casa por 5000 pesetas y la vendió por 11000 a otro comprador con el que se contaba de antemano. Pero también se ha aplicado el precepto a otros casos en que el documento tenía contenido distinto del que se creía firmar por el engañado: así una escritura de venta de todos los bienes suscrita en la idea de otorgar un poder amplísimo (sent. de 20 marzo 1908) y en otros de análoga sustitución (sents. de 25 octubre 1899, 31 julio 1939 y 24 abril 1942). En rigor ésta es la esfera propia de la norma y así parece dárlo a entender la sentencia de 24 de diciembre de 1891, por estimar preciso que "al estampar la víctima su firma en el documento, lo haga inducido por error respecto al sentido, concepto y trascendencia

del documento, determinante de la voluntad del otorgante a prestar su consentimiento".

En los primeros supuestos hay estafa propia y no hay falsedad documental. En los segundos hay también estafa propia, pues, como quedó ya explicado, el acto de disposición no ha de ser necesariamente consciente (III, C). Pero aquel documento cuyo contenido no responde a la voluntad del firmante es falso.

La trascendencia del precepto es, a nuestro modo de ver, doble. En primer término, el engaño tiene aquí la mayor amplitud, porque suscribir un documento por otro acusa siempre o casi siempre falta de atención o diligencia. La importancia de lanzarse un documento falso al tráfico jurídico explica esta mayor extensión. En segundo lugar, englobada la falsedad dentro de la figura de estafa, es sólo este delito el apreciable y no procede calificar concurso de las dos infracciones: contra la fe pública y el patrimonio.

4) *Trampas en el juego*. — El número 7 del artículo 529 sanciona a "los que en el juego se valieren de fraude para asegurar su suerte".

Está relacionado con el artículo 528 en cuanto también el contrato de juego produce obligaciones, si bien solamente cuando los juegos no están prohibidos, y aun entonces con la limitación establecida en el número 2 del artículo 1801 del Código civil.

Pero lo característico de esta figura es una modalidad del engaño que el Código llama fraude — impropriamente, porque la palabra suele designar juntamente la conducta astuta y su resultado — y el vulgo llama trampa. Es engaño semejante a los previstos en el número 1 del artículo 529, en cuanto las trampas están formadas por ficciones y apariencias. Pero aquí la restricción es mucho mayor; el engaño es muy calificado; consiste no solamente en algo añadido a la simple mentira, sino a las mismas ficciones y apariencias, pues éstas son normales y consentidas en el juego con tal que se observen las reglas del mismo. Precisamente en los juegos que no son de mera suerte triunfa el arte de disimular la propia situación y desorientar al adversario. Incluso ocultar la habilidad y práctica para que, contando con esta torpeza o ignorancia, el contrario acepte la invitación a jugar o aumente la apuesta, no debe ser considerado delictivo; si bien los pareceres sobre este último extremo no están acordes (140).

Se ha dicho que en la estafa de juego el engaño no está en la trampa, sino en la acción de ponerse a jugar con el propósito de hacer trampas, acción inductora de error, porque los demás jugadores se ponen a jugar con el compromiso implícito de todos a respetar las reglas del juego. Mas entonces quedarían impunes las trampas no premeditadas, improvisadas al llegar la partida a determinada situación o sorprender en la víctima su candidez o distracción. El error empezará muchas veces al sentarse a la mesa de juego, pero no siempre; en cambio, sin la trampa no se realizará el acto de disposición consistente en pagar lo indebidamente perdido, o tolerar la recogida y re-

parto de la puesta de modo distinto al que correspondería si se hubiera jugado limpio.

Quedan comprendidos cualquier clase de juego con pérdidas pecuniarias. No sólo los lícitos, sino también los ilícitos, como se deduce de lo dicho al tratar de la estafa en los negocios tórpes (véase III, D). ¿Y las apuestas y rifas? Unas y otras son parificables al juego en cuanto al fundamento y necesidad de la represión de los fraudes cometidos con ocasión de ellas. Sin embargo, el lenguaje vulgar distingue los tres conceptos: juego, apuestas, rifas, y el Código mismo, en sus ediciones anteriores, al hablar de los constitutivos de delito, distinguió el juego de la rifa. También el Código civil trata en un mismo capítulo (capítulo III, título XII, libro IV), del juego y de la apuesta como conceptos distintos, si bien con regulación idéntica. Mas, en todo caso las trampas cometidas en rifas y apuestas, ya que no en el número 7 del artículo 529, estarán comprendidas en el primero del mismo artículo.

Este número 7 del artículo 529 tiene una forma distinta de los demás, pues no ha expresado más que la finalidad y los medios, sin aludir al resultado. De aquí que se haya pretendido que para consumar la infracción bastaría con realizar el fraude para asegurar la suerte, sin necesidad de que se produjera el perjuicio (141). No lo creemos así. Quizás el legislador, pensando en los juegos ilícitos y participando de los prejuicios corrientes entre los penalistas del siglo pasado contra el *negotium turpe*, detuvo su pluma antes de escribir el sustantivo perjuicio o el verbo defraudar como en las otras figuras. Mas el número 7, como todos los demás de este artículo 529, son completados por la referencia al 528, y, determinada en éste la penalidad por la cuantía de la defraudación, es evidente la necesidad del perjuicio para que la infracción se tenga por consumada (142).

B) OTROS ENGAÑOS. — Hemos estudiado las estafas propias, o sea los engaños que determinan al engañado a disponer de lo suyo o de lo ajeno en beneficio del engañador o de un tercero. Bajo el nombre de otros engaños se comprenden ahora ciertas figuras atípicas en que no se da sino una parte de los elementos de la estafa, pero el legislador les encontró semejanza con ella. Se trata de supervivencias de una época en que este delito no estaba todavía suficientemente diferenciado de las falsedades y del hurto, desempeñando una función complementaria (143). En efecto, de los conceptos que vamos a exponer, los números 5 y 8 del artículo 529 pertenecen más propiamente a las falsedades; el número 1 del 532 estaría mejor junto al hurto, y las defraudaciones del 533 deberían pasar a las leyes especiales correspondientes.

Como ya quedó indicado, el nombre de engaños no es satisfactorio y preferiríamos el de frau-

(141) PUIG PEÑA, *Derecho penal*, t. IV, pág. 249.

(142) Acertadamente, en cuanto el art. 528 obliga a atender el efecto dañoso en el patrimonio, QUINTANO, en ob. y vol. cit., pág. 455.

(143) Este carácter supletorio está expresado en el art. 766 del Código de 1822: "O le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin ninguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial." Véase en los "Antecedentes históricos" (II) el origen de la dualidad de términos — estafas y engaños — en el Código de 1822.

(140) CARRARA tenía la opinión expuesta en el texto (ob. cit., parágr. 2362). Pero relata la adversa resolución del Tribunal ante el cual sostuvo la absolución; y posteriormente el Tribunal de Casación italiano ha confirmado esta doctrina.



de, ya que se ha hecho usual hablar de delincuencia fraudulenta en oposición a la violenta. El fraude significa, además del perjuicio y del lucro, los medios astutos para lograr el resultado, en los cuales podríamos distinguir, como grados: la clandestinidad, el abuso de confianza y el engaño en sentido estricto (144). Abuso de confianza es en realidad el de firma en blanco del número 5 del artículo 529, y clandestinidad la sustracción de cosa propia del 532.

1) *Falsedades defraudatorias*. — Número 5 del artículo 529: "Los que cometieren alguna defraudación abusando de firma de otro en blanco y extendiendo con ella algún documento con perjuicio del mismo o de un tercero." Se puede utilizar con fines defraudatorios la firma en blanco en tres situaciones distintas: primera, cuando la hoja o pliego en blanco ha sido confiada al agente para rellenarla; segunda, si la hoja ha sido puesta bajo la custodia del sujeto, pero sin encargarle la complete; tercera, cuando la hoja firmada en blanco ha sido sustraída o encontrada por el agente. La figura especial de que tratamos se limita a la primera hipótesis, única en que es correcto el empleo de la palabra abusar adoptada por la ley, pues el abuso presupone la facultad de usar (145). En la segunda y la tercera tendremos una falsedad documental.

Ciertamente la utilización de firma en blanco puede quedar integrada en una estafa propia cuando con propósito defraudatorio se estimulara la entrega de la hoja firmada; o si ésta sirviera para testimoniar representación o crédito que en tercera persona determinara una prestación (146). Mas estos supuestos cabrían holgadamente en el número 1 del artículo 529. El dominio especial del concepto comentado está constituido por los casos en que la firma en blanco ha sido entregada por su autor para que se redacte un documento sobre ella, y la persona en quien confiaba, abusando de esta confianza, decida, una vez el papel en su poder, utilizarlo en provecho propio y perjuicio ajeno.

Corrientemente se incluye en la infracción tanto la redacción íntegra del documento en la hoja que sólo tenía la firma, como el rellenar los espacios del documento incompleto (fecha, cantidad, etc.). El texto del precepto permite comprender tanto la redacción completa del documento como su integración parcial. En rigor siempre se trata de una integración parcial, pues un papel con firma no está enteramente en blanco. Por otra parte, si la palabra extender, que emplea la ley, significa en una de sus acepciones "poner por escrito un documento", a veces tiene el sentido de "ocupar más espacio"; de modo que el diccionario no veda la lógica interpretación.

Los hechos estarán comprendidos simultáneamente en este número 5 del artículo 528 y en las falsedades del 302; ya en la intercalación del número 6, ya en la simulación de documento del

número 9, introducido por la reforma del 44. El conflicto de disposiciones legales debe resolverse conforme al principio de la consunción, aplicando la norma del 529, que, al consignar expresamente la falsedad documental y la defraudación, absorbe, junto al ataque al patrimonio, la lesión en la fe pública.

La naturaleza del delito ha sido controvertida. El Código francés la consideró abuso de confianza (147) y lo mismo hizo sobre sus huellas el español de 1822. En el Código italiano de 1889 era apropiación indebida. El vigente lo ha pasado a las falsedades documentales. La innovación, en general aceptada, ha sido para CARNELUTTI (148) un retroceso científico; opinión ratificada por ANTOLISEI, quien afirma: "para ver en el abuso de firma en blanco una violación de la fe pública es necesario recurrir a una lente de aumento, porque en aquella conducta no hay falsedad material ni ideológica" (149). Doctrina aventurada, pues al no corresponder el contenido a lo que el firmante quería poner, es evidente la falsedad (150). El Código italiano da a entender que la falsedad es ideológica siempre que el pliego esté en posesión del sujeto por título que importe obligación o facultad de llenarlo (arts. 486, 7), desde el momento en que declara aplicables las disposiciones sobre falsedad material a otros casos de falsedad en pliegos con firma en blanco diversos de aquéllos (artículo 488) (151). Pero si el contenido del documento no procede del firmante, el quebrantamiento no es sólo de la verdad, sino de la autenticidad documental y, por consiguiente, tendremos una falsedad material (152).

Número 8 del artículo 529: "Los que cometieren defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro papel de cualquiera clase."

Se encuentran antecedentes de esta infracción en la *Lex Cornelia de falsis* con relación a los testamentos, y en nuestros cuerpos legales medievales. En los Códigos penales de 1848 y 1850 se prevenía entre las falsedades documentales la ocultación de un documento oficial en perjuicio del Estado o de un particular. La reforma de 1870 suprimió este precepto, quedando solamente previsto como estafa. Ciertamente que el documento sustraído puede ser usado para obligar a alguien a una prestación injusta, mediante ficción de bienes, créditos o cualidades, pero entonces el hecho tendría los caracteres del tantas veces citado tipo general de estafa del número 1 del artículo 529. También puede ser sustraído el documento por su valor venal (un autógrafo; un documento histórico), mas en tal caso el hecho realizado con mó-

(147) GARRAUD, ob. y vol. cit., pág. 479.

(148) CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padua, 1935, pág. 165.

(149) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, parte especial, Milán, 1954, II, pág. 507.

(150) A favor de la inclusión en las falsedades se pronunció ya IMPALLOMONTI, *Il Codice penale illustrato*, vol. III, párr. 749.

(151) MIRTO, ob. cit., pág. 311; Rocco, *Truffa, falso in cambiale e abuso di foglio in bianco*, en "Opere giuridiche", Roma, 1913 pág. 41.

(152) NAGLER, en *Leipziger Kommentar*, II, págs. 512 y ss.; MAURACH, ob. cit., pág. 377; MEZGER, ob. cit., pág. 211.

(144) Sobre el concepto de fraude y su oposición a la violencia con aplicación al Código italiano, consúltese PETROCELLI, *Violenza e frode*, en "Saggi di Diritto penale", Padua, 1952.

(145) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, t. III, pág. 545.

(146) Véase sobre los distintos casos y su calificación como estafa o falsedad, Rocco, *Truffa, falso in cambiale e abuso di foglio in bianco*, en "Opere giuridiche", 1933, III, págs. 33 y ss.



vil de lucro tendría los caracteres del hurto o de la apropiación indebida.

El contenido propio del número 8 del artículo 529 es la supresión de un documento ejecutada para defraudar. CARRARA la llamaba "falsedad por supresión", en cuanto la sustracción ha de tener por objeto la ocultación o inutilización del documento. Falsedad en sentido negativo, la denomina MIRTO (153). La inutilización puede ser parcial, mas para que la infracción alcance el grado de consumación, será preciso que pierda su fuerza probatoria, como, por ejemplo, si se borra o corta la fecha o firma. Por el contrario, hacer pedazos un papel reconstruible, no pasa del grado de frustración (sent. de 2 marzo 1923).

Objeto de la supresión ha de ser "algún proceso, expediente, documento u otro papel de cualquiera clase". Expresión excesiva, según GROIZARD, por la alusión al papel de cualquiera clase, pero que en rigor está ya limitada por el destino defraudatorio de la acción, cuyo sentido está precisamente en la eficacia jurídica que pueden tener dos papeles (154). Mas, por otra parte, el concepto de documento reducido en su materialidad al papel, está en contradicción con la mayor amplitud impuesta por la vida moderna (155). Rechazaba GROIZARD (156) la igual importancia dada a procesos, expedientes administrativos y documentos privados. La verdad es que si en este lugar no se ha dado preferencia a los públicos y oficiales, paralelamente a lo establecido en la mayor protección penal que tienen en las falsedades documentales, es porque en el título de delitos contra la propiedad el punto de vista fundamental ha sido la lesión del patrimonio, no la de la fe pública.

El Código de 1870, en un segundo párrafo de este número, prevenía la comisión del mismo delito "sin ánimo de defraudar", sancionándolo con una simple multa. Esta norma ha sido tachada de absurda por los comentaristas y la reforma de 1944 acertó al suprimirla. Pero era un síntoma de la verdadera naturaleza de la infracción, lesionadora en primer término de la fe pública, y remediaba, aunque fuera de sitio y con sanción insuficiente, lo que actualmente es una laguna del Código, ya que la falsedad de supresión no encaja en ninguno de los modos de falsedad documental del artículo 302 (157).

Si la entrega del documento se consiguiera me-

dante violencia o intimidación en las personas, se dará el delito de extorsión, castigado en el artículo 503, y no el de estafa impropia que comentamos. Aunque podrá ocurrir, cuando la de defraudación sea por más de 50.000 pesetas y la violencia solamente de las previstas en el número 5 del artículo 501, que resulte castigado con pena menos grave el empleo para un mismo fin de la violencia que la astucia.

De ser funcionario público quien sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles y éstos le estuvieren confiados por razón de su cargo, incurrirá en el delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 364); sin dar lugar al concurso con el fraude del número 8 del 529 por estar ya comprendidos los daños a tercero en las penas establecidas por los dos números de aquel precepto.

En íntimo parentesco con los dos delitos anteriormente estudiados, se encuentra el del número 2 del artículo 532: "*El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado*." Tienen de común la ficción de un acto jurídico. Ciertamente que aquéllos son de falsedad documental y en éste no se habla de documentos, sino de contrato, que puede ser verbal. Sin embargo, el vocablo "otorgar", que se acostumbra a aplicar a documentos escritos y más especialmente a los notariales, hace pensar no ser bastante la alegación falsa de un contrato verbal, sino que es necesaria la forma escrita. Como la finalidad defraudatoria se consigue mejor creando una prueba documental falsa, podemos decir que en el número 2 del artículo 532 hay, además del fraude, una falsedad en medios de prueba, que por lo corriente será documental. Que el delito castigado en el número 2 del artículo 532 participa de la naturaleza de la falsedad y de la estafa, ha dicho la sentencia de 12 de abril de 1950. La casuística jurisprudencial sobre este precepto alude a simulaciones de compras, ventas, préstamos, arrendamientos, para colocar a un deudor en situación de insolvencia o fundamentar una tercera en perjuicio de los verdaderos acreedores.

Castigado este delito con pena de arresto mayor y multa del tanto al triplo del perjuicio realizado, la última ha permitido al Tribunal Supremo requerir como indispensable la realidad expresamente señalada del perjuicio producido, sin la cual no cabría darse sino una acción civil (sent. de 16 junio 1952), "como que la sanción aplicable ha de regularse necesariamente por la cuantía del daño" (sent. de 31 diciembre 1918). En cambio, la de 30 de octubre de 1933 se contenta con que el perjuicio sea cierto y positivo aunque no se halle determinado de un modo cuantitativo.

Cuando el contrato simulado se haya hecho en forma escrita aparece un concurso de disposiciones penales. El Tribunal Supremo estimó en alguna ocasión falsedad documental y no estafa (sent. de 28 junio 1926), mas por lo general se decidió por el artículo 532, pues "de imponer a los culpables el castigo de las típicas falsedades carceraria de aplicación el número 2 del artículo 532" (sent. de 12 abril 1950).

Análogo conflicto puede darse con el alzamiento de bienes, cuyo contenido de ocultación puede realizarse, entre otros medios, por la simulación de contratos que dejen al deudor en insolvencia. Alguna vez se calificaron los dos delitos de alzamiento y simulación de contrato (sent. de 13 marzo 1882) o los de falsedad documental y alzamiento

(153) MIRTO, ob. cit., pág. 321.

(154) Será necesario que el documento tenga carácter civil de obligar, dice la sent. de 4 febrero 1874.

(155) MALINVERNI, *Sulla teoria del falso documentale*, págs. 57 y ss. El art. 484 del Proyecto italiano de Código penal de 1949 entiende por documento, "además del escrito, el figurativo, fotográfico, fonográfico y cinematográfico". QUINTANO, *La falsedad documental*, Madrid, 1952, págs. 8 y 9. En contra del concepto extensivo y exigiendo la forma escrita ANTOLISEI, ob. cit., vol. II, pág. 478.

(156) GROIZARD, ob. cit., pág. 208.

(157) Ciertamente que el art. 560 comprende el incendio o destrucción de papeles o documentos; pero se condiciona por ser estimable el valor de los mismos, y se omite la sustracción. Y la infidelidad en la custodia de documentos (art. 364) es delito de los funcionarios públicos, condicionado además por estar confiados los documentos a los mismos. Queda, pues, una notable laguna en nuestro Código: la supresión de documentos sin valor estimable y por persona que no sea funcionario público a quien estén confiados por razón de su cargo. Véase QUINTANO, *Las falsedades*, pág. 195.

to (sent. de 6 abril 1897), pero por lo corriente el carácter masivo del alzamiento ha permitido absorber la estafa.

2) *Sustracción de cosa propia.* — Artículo 532, número 1: "El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero."

El dueño de la cosa mueble que la sustrae estando en poder de otro no comete hurto. En la definición de éste entra la nota de ser ajenas las cosas tomadas. Si en torno a otras legislaciones se ha podido sostener el hurto de posesión por parte del propietario, afirmando paradójicamente que las cosas pueden ser a la vez propias y ajenas (158), el artículo 514 de nuestro Código penal veda terminantemente la extensión al recalcar que las cosas ajenas han de ser tomadas "sin la voluntad de su dueño" (159). La limitación dió ocasión a la figura de delito que acabamos de transcribir.

Supuesto de la acción es la posesión legítima de las cosas por persona distinta del dueño. Si estuvieran en poder ajeno ilegítimamente, la recuperación por parte del dueño despojado constituiría un ejercicio arbitrario de los derechos propios que, al no estar comprendido en la angosta definición del artículo 337, no permite más represión que la correspondiente a las vías de hecho, si son imputables como infracción contra la libertad o las personas.

En el número 1 del 532 la acción consiste en sustraer; término más amplio ciertamente de lo permitido en una sección donde el denominador común son los engaños. Por esto, y teniendo en cuenta que las rúbricas de las agrupaciones de artículos son elemento de interpretación sistemática, podría reducirse la figura al empleo de un engaño, siendo la sustracción supuesto, para exigir después al legítimo poseedor la restitución o indemnización. Pero a falta de otro concepto, dentro de nuestro Código, del *furtum possessionis*, se ha llevado el círculo de la infracción más allá de los engaños. Ciertamente el Tribunal Supremo la estimó aplicable a la procesada que obtuvo la prenda simulando la pérdida de la papeleta de empeño (sent. de 30 mayo 1871) y al que sustrajo una maleta de su propiedad del almacén de la compañía de ferrocarriles y después reclamó la indemnización correspondiente a su extravío (sent. de 15 marzo 1913). Son casos de engaño que caen dentro de la definición del delito examinado, pero podrían imputarse como estafa propia conforme al número 1 del 529 en cuanto se aparentaban créditos y realmente no hay razón ninguna para ser castigados con menor pena. Pero también se ha hecho aplicación del 532 a los propietarios que sustraen los bienes embargados o sus frutos (sentencias de 5 febrero 1878, 24 diciembre 1890, 27 diciembre 1893, 23 abril 1898, 17 julio 1908, 22 marzo 1929, etc.) (160).

Indispensable es un resultado de perjuicio económico determinado, ya que la pena se gradúa en parte por la cuantía (sent. de 6 noviembre 1883).

(158) MANZINI, ob. y vol. cit., págs. 36 y 37.

(159) RODRÍGUEZ DE VESA, *El hurto propio*, Madrid, 1946, págs. 133-5.

(160) Que en tales casos de embargo judicial no cabe estimar independientemente un delito de desobediencia grave, porque no puede existir el uno sin el otro delito, ha dicho la sent. de 27 diciembre 1893.

Que resulta de la naturaleza misma del apoderamiento de la cosa depositada en cuanto con esto se sustrae la garantía del depósito, así desvirtuada totalmente, ha consignado el Tribunal Supremo en 16 de enero de 1940. Por consiguiente, cuando no hay perjuicio económico, al cumplirse la obligación garantizada por la prenda o sustituirse ésta por otra de igual o mayor valor, falta un elemento esencial para la existencia de la infracción. Y también habrá necesidad del ánimo de lucro, equivocadamente negada en sentencia de 11 de noviembre de 1897.

Sujeto del delito ha de ser el dueño y no otra persona. Imperfección notable de la ley ha sido no prever, como hace el párrafo 289 del Código penal alemán, la disyuntiva de "el propietario o el que obre en su favor". Sólo con la doctrina subjetiva de la complicidad (es cómplice el que obre con dolo de tal o por cuenta de otro aunque realice actos ejecutivos) se podría salvar la laguna, ya que en los delitos propios, o sea en los que han de ser autores determinadas personas, cabe responsabilidad por participación sin ser de las personas a las que el tipo delictivo limita la acción. Pero reconozcamos que la doctrina es de difícil adaptación a nuestro Derecho, donde las especies de codelinuencia están separadas por notas objetivas.

3) *Defraudaciones de la propiedad intelectual o industrial.* — Véanse en el tomo VII de esta ENCICLOPEDIA los artículos: "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL", "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL".

C) ESTAFAS PROPIAS U OTROS ENGAÑOS. — Pueden tener uno u otro carácter el delito del artículo 534 y la falta del número 3 del artículo 587.

El método casuístico fracasa rotundamente en esta sección del Código, español. No han bastado las 14 o 15 figuras extendidas a lo largo de los artículos 528 al 533 y la analogía terminal del número 1 del 529; todavía ha sido preciso la vaga definición del 534: "El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos de esta sección."

El párrafo debe desmembrarse en dos proposiciones individualizadas por los verbos defraudar y perjudicar.

Defraudar consiste, según ya sabemos, en ocasionar un perjuicio con móvil de lucro y un procedimiento astuto, que en este caso es un engaño distinto a los expresados en los artículos anteriores. Su límite superior son, pues, los especificados en las otras figuras y muy especialmente los "engaños semejantes" del número 1 del artículo 529, de los cuales, como ya dijimos, se ha de hacer un uso moderado (sent. de 10 octubre 1949); pues, de lo contrario, el artículo 534 quedaría sin contenido.

No era fácil, después de la enumeración de los artículos anteriores, determinar los propios de esta fórmula subsidiaria, que ha venido a convertir el sistema limitativo en un sistema ejemplificador (161). En efecto, la jurisprudencia ha aplicado este precepto a hechos idénticos o equivalentes a los calificados conforme al número 1 del 529,

(161) GRAVEN (ob. cit., pág. 9) observa en algunos Códigos cantonales suizos, que al finalizar la enumeración limitativa con una fórmula de carácter general, se transformaba en ejemplificadora.

comó: apropiarse de cantidades recibidas para redención de quintos (sent. de 16 marzo 1899); percibir en provecho propio multas y otras exacciones por funcionarios (sents. de 16 junio 1886 y 24 abril 1880); recibir dinero para archivar o hacer desaparecer la causa instruida (sent. de 26 febrero 1886); alquilar un coche sin dinero para pagarlo (sent. de 6 marzo 1889); viajar sin billete (sents. de 22 diciembre 1897 y 17 junio 1915); traspasar un piso fingiendo autorización del propietario (sent. de 7 junio 1948); actos de curanderismo (sent. de 2 abril 1936) o adivinación (sentencia de 12 abril 1918); los de abogados que consiguen entrega de honorarios por fingidas actuaciones judiciales (sent. de 9 noviembre 1953) o por pagos judiciales inciertos (sent. de 4 abril 1956); entregar una moneda de cobre dorada por legítima de oro (sent. de 27 mayo 1895); pagar con papeles de anuncio imitando billetes de banco (sentencias de 5 abril 1895 y 12 julio 1900); dejar un administrador de pagar la contribución para quedarse con la finca al venderse en pública subasta (sent. de 7 mayo 1920). También aplicó el 534 a la simulación en documento privado de alguna deuda (sent. de 26 junio 1889) que podría haberse comprendido en el número 2 del 532. Podían haberse calificado conforme al 531: la venta de efectos embargados (sent. de 1 mayo 1900); la venta de cosecha cuya enajenación está concertada para solventar créditos pendientes (sent. de 22 enero 1895); fingirse dueño de la finca sin limitaciones para disponer de los árboles que el vendedor se había reservado (sent. de 3 octubre 1891). De todos estos fallos se deduce que la estafa indeterminada — como el Tribunal Supremo ha llamado a la del 534 — ha servido de instrumento para dulcificar la pena cuando en el caso individual se dieron circunstancias de menor gravedad no estimables de otro modo; y también se deduce que la indeterminación legal ha producido vacilación y contradicciones.

Si por el límite máximo hemos visto cómo la práctica ha invadido los confines de los engaños y estafas descritos en los artículos anteriores, por el límite mínimo de dicho artículo 534 — línea fronteriza con las ilicitudes civiles — también se ha extendido la jurisprudencia, a juzgar por algunas resoluciones en que se castigó la insolvencia sin que aparezca fundamentada en hechos probados la voluntad de no pagar en el momento de contraer la deuda; y, como ya sabemos, la voluntad de insolvencia posterior no es estafa. Así en casos de: incumplimiento de la promesa de venta de bienes por un precio que en parte se había percibido por adelantado (sent. de 11 diciembre 1943); la reventa de aparatos de radio comprados con precio aplazado (sent. de 29 octubre 1955) o la no devolución de la suma que se había prometido integrar al cobrar parte de una instalación (sent. de 12 junio 1947), etc.

Contenido propio especial da al artículo 534 el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, el cual sanciona con las penas de esta norma el incumplimiento de las obligaciones legales impuestas en el orden laboral y en la esfera de la previsión social, en los casos de cesión del personal a otros empresarios, cuando de los hechos se desprendiera la existencia de maquinaciones dolosas, siendo responsable tanto la empresa (162) cedente como la cesio-

naria. La amplitud del concepto y la variedad de los posibles incumplimientos defraudatorios ha debido aconsejar el acogimiento, por vía simplificada, al precepto menos determinado entre los concernientes a la estafa. Mas, ciertamente, las conductas engañosas pueden ser por su calidad y efectos dignas en algún caso de reprimirse con la mayor severidad que en el tipo excepcionalmente benigno en que son ahora incluidas.

Queda por examinar la segunda proposición del artículo 534, o sea la acción de perjudicar por medio del engaño, opuesta a la de defraudar. Caben dos explicaciones: o se trata de una redundancia sin ningún significado especial, o el legislador quiso comprender los daños ocasionados por engaño, que son figura delictiva especial en el Código suizo (art. 148) y en el yugoeslavo (art. 258, párr. 2). Esto es, los engaños causantes de perjuicios sin finalidad de lucro, sino de venganza, odio, burla o pura maldad (163). La segunda hipótesis no ha sido considerada ni por los comentaristas y sólo en raro caso lo fué por la jurisprudencia (164). La solución al problema depende de que se dé prevalencia a la redacción literal del precepto concreto, que opone los dos verbos defraudar y perjudicar, o a la totalidad del capítulo IV del título XIII del libro II del Código, en su rúbrica y contenido, integrado por infracciones todas ellas de lucro; aunque este requisito no haya sido expresado en la mayor parte.

También es tipo complementario a toda la sección de estafas y otros engaños, aunque situada en el libro de las faltas, la del número 3 del artículo 587: "Los que cometieren estafa en cuantía no superior a 500 pesetas", con la excepción idéntica a la del hurto: "si el culpable no hubiere sido condenado por delito de robo, hurto o estafa o dos veces en juicio de faltas por estafa o hurto".

Una falta general de estafa ("Los que con estafa o engaño defraudaren a otro en cantidad que no exceda de cinco duros") fué admitida en el Código de 1848, y suprimida en la reforma de 1870. La Ley de 3 de enero de 1907, que introdujo la falta de hurto por valor menor de 10 pesetas, no hizo la misma innovación respecto a la estafa, no obstante la menor gravedad que generalmente se ha reconocido a la segunda. Reapareció la falta de "estafa o engaño" en los Códigos de 1928 y de 1932. La Ley de 30 de marzo de 1954 ha puesto en las quinientas pesetas el límite superior de la falta (que el Código del 28 había fijado en cien, el de 1932 en cincuenta y el de 1944 en doscientas cincuenta).

El número 3 del artículo 587 se limita a nombrar la estafa sin consignar ninguna nota especial fuera de la cuantía. Si los Códigos del 48 y de 1928 hablaban de "estafas y otros engaños" con denominación idéntica a la de la sección del libro II relativa a estos delitos, el vigente sólo emplea el primer nombre. ¿Significa esto que sólo una par-

presa y otras al empresario, al tratar de la criminal habla sólo de la primera. Como nuestra legislación no conoce más responsabilidad criminal que la individual, por empresa ha de entenderse el empresario, y, cuando sea persona colectiva, los que asuman la dirección y responsabilidades de la empresa.

(163) Locoiz, *Commentaire de Code pénal suisse*, parte especial, I, pág. 161.

(164) La sentencia de 14 marzo 1936 afirmó daños y no estafa cuando el ánimo de lucro está sustituido por el de dañar.

(162) La disposición que, al hablar anteriormente de otras responsabilidades, las refiere unas veces a la em-

te de los conceptos contenidos en los artículos 528 al 532 dan lugar a la falta cuando la cuantía de lo defraudado no exceda de 500 pesetas? La denominación no es fundamento suficiente para contestar de modo afirmativo, pues lo ocurrido ha sido que el término estafa se ha ido extendiendo por el uso. Nosotros mismos, que hemos querido concretarlo a lo que doctrina y legislaciones entienden por tal, hemos tenido que acceder, en homenaje al uso, a llamar estafas impropias a los otros engaños o fraudes. Mayor fuerza tiene otro argumento: establecida en el artículo 528 una escala de penas según la cuantía de lo defraudado, cuyo más bajo peldaño ha de buscarse en el número 3 del artículo 587, parece que éste ha de tener el mismo destino de toda la escala, y, por consiguiente, sólo sería aplicable a los conceptos de los artículos 528 y 529. Sin embargo, no nos convence el argumento porque tiene en contra una razón de más fondo: castigándose las infracciones de estos artículos 528 y 529 con penas privativas de libertad considerablemente más graves (las proporcionadas a las defraudaciones de mayor cuantía) que las correspondientes a los delitos definidos en los artículos 531 al 534, sería un contrasentido que estas figuras en cuya represión no se puede pasar de arresto mayor y multa, aunque el perjuicio sea enorme, no pierdan su categoría de delitos si lo defraudado no excede de 500 pesetas. Que conductas consideradas menos graves cuando el daño es más elevado, cambien de signo cuando la defraudación es mínima, sería un verdadero absurdo.

En la breve jurisprudencia sobre esta materia, cortada por la supresión del recurso de casación para las faltas, la tendencia ha sido amplificadora. Incluso más de lo conveniente, pues ha aplicado el número 3 del artículo 587 a las apropiaciones indebidas. Lo cual, después de haber extraído la reforma de 1944 la apropiación indebida de la Sección de "estafas y otros engaños", constituye una aplicación de la ley penal por analogía; como da a entender la sentencia de 24 de febrero de 1951, al atribuir a los tribunales "poder para llenar esta laguna de la ley de la manera que mejor responde a su espíritu". Pero el espíritu de la ley está claramente manifiesto en los artículos 1 y 2 del Código que imponen el más estrecho legalismo. Si el artículo 535 remite a la escala de penas del 528, referente de modo único a los delitos de estafa, pero no a las faltas; luego en el 587 se instituye la falta de estafa sin mentar la apropiación indebida, y esta última ha salido por la reforma de 1944 de la serie de "estafas y otros engaños", es evidente que los hechos descritos en el 535 cuando lo apropiado no exceda de 500 pesetas, no están castigados por la ley; y los tribunales no tienen más poder que el de dirigirse al Gobierno exponiendo las razones que les asisten para creer que debieran ser objeto de sanción penal (art. 2). Debe advertirse, además, para no alarmarse demasiado con la impunidad, que en varias legislaciones la apropiación indebida se persigue solamente a instancia de parte.

Sobre la otra falta de estafa ("Los que por interés o lucro interpretaren sueños, hicieron pronósticos o adivinaciones o abusaren de la credulidad pública de otra manera semejante": núm. 4 del art. 587) ya hemos tratado al estudiar el número 1 del artículo 529.

#### V. Eximentes y circunstancias.—No es la

estafa campo de concurrencia frecuente de eximentes. De las justificantes tiene importancia el estado de necesidad. La insolvencia fraudulenta de quienes comen sin pagar o viajan sin billete podrá ampararse en ocasiones por la eximente completa o incompleta. La estafa por necesidad está reconocida como figura atenuada en los Códigos alemán y griego. En este último, cuando el valor de lo defraudado es escaso, puede quedar impune.

La excusa absolutoria del artículo 564 está referida a todas las defraudaciones. No presenta su aplicación a la estafa más problema que el de la determinación del sujeto pasivo, que, como sabemos, es el perjudicado, no el engañado.

Otras atenuantes suelen tener escasa presencia en el delito que estudiamos. Es frecuente que el estafador, al verse descubierto, intente la devolución de lo defraudado, pero rara vez por arrepentimiento espontáneo.

De las agravantes, la de mayor importancia, en ésta como en otras infracciones contra el patrimonio, es la reincidencia, índice probable de profesionalidad. Objeto de particular previsión para algunas de las especies de estafa (art. 530), nos ocuparemos de ella al tratar de la penalidad (VIII), a causa de los efectos especiales que tiene sobre ésta.

Inherentes a la estafa y, por consiguiente, inaplicables como tales agravantes, en virtud del artículo 59 del Código, han sido declaradas: la premeditación, la astucia o fraude, el abuso de confianza y el carácter público.

Las defraudaciones suelen ser de las actividades delincuentes mejor meditadas y preparadas; pero no son imposibles las resoluciones imprevistas (por ejemplo, de quien sin dinero entra a comer en el primer restaurante que encuentra al sentir hambre). Es preciso reconocer que el párrafo 2 del artículo 59 está concebido en términos absolutos ("circunstancias... de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse"). Pero ha prevalecido en la interpretación una tendencia policríiminal a limitar la premeditación, que nuestro Código ha hecho de modo innecesario agravante general, a los delitos contra la vida y la integridad corporal, para los cuales está reservada en muchas legislaciones.

El abuso de confianza fué declarado con constancia inherente (165), pues siendo nota esencial de la estafa el engaño, éste implica el abuso de confianza, aunque no al revés. Ciertamente que esta doctrina no puede aplicarse a todos los fraudes, mas en alguno de los que no son estafa propia — como, por ejemplo, el abuso de firma en blanco — ya dijimos que, mejor que engaño, en el sentido estricto de la palabra, lo que había era abuso de confianza simplemente (166). Por ello ha causado sorpresa la nueva posición del Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 8 de noviembre de 1955 que, en proceso sobre falsificación y estafa contra funcionarios de una caja de ahorros, en uno apreció la agravante, fundándose en especiales deberes de fidelidad, y reconoció para los demás procesados la inherencia. Es muy dudoso que el artículo 59 permita la distinción: la cir-

(165) La doctrina se ha pronunciado "unánime y reiteradamente" en este sentido, ha dicho la sent. de 12 junio 1947.

(166) Véase lo que tenemos dicho sobre este punto al tratar del concepto de la estafa y su diferencia con la apropiación indebida (I).

cunstancia forma o no parte de la infracción; mas, una vez decidida la afirmativa, la ley no autoriza la apreciación de grados por encima del necesario para la integración del delito.

"Prevalerse del carácter público que tenga el culpable" ha sido estimado inherente a las estafas con abuso de cargo por parte del funcionario público, caso en que es aplicable el artículo 403, que impone la inhabilitación especial. Se trata de un conflicto de disposiciones penales resuelto a favor de la más especial.

VI. *Tentativa.* — La doctrina alemana pone el momento de la consumación en la realización del perjuicio, interpretando el concepto de la estafa dado por el párrafo 263 del Código de este país, que fija el resultado en el daño al patrimonio, mientras el provecho del delincuente o de un tercero queda referido a la intención del sujeto activo (167). Por el contrario, para los penalistas italianos — de acuerdo con el artículo 640 de su Código — la consumación no se verifica hasta que tenga lugar el injusto provecho procurado con el daño de otro (168). Siendo la estafa un delito de desplazamiento patrimonial, lo normal es la coincidencia del perjuicio y el lucro al pasar las cosas o derechos de uno a otro patrimonio. Sin embargo, puede no ocurrir así, como, por ejemplo, si las cosas remitidas por el disponente no llegan al estafador o cuando éste es sorprendido antes de que pueda disponer de ellos. O sea — como dice MANZINI —, si el provecho constitutivo de la estafa debe producir un daño respectivo, en cambio, el daño sufrido por el sujeto pasivo no implica necesariamente un provecho obtenido por el agente (169).

Nuestro Código no ofrece solución clara, por no estar determinadas de un modo completo las diversas definiciones de las estafas y otros engaños. En algunas se expresa el perjuicio como base para calcular la pena (arts. 531 a 534), mientras en otras se emplea la voz defraudación o defraudar, que, a nuestro juicio, expresa no solamente el perjuicio, sino también el lucro (arts. 528 y 529), y en el 534 se incluye la disyuntiva "defraudare o perjudicare". La jurisprudencia se decide por la segunda opinión cuando declara consumado el delito "desde el momento en que el sujeto activo dispone en su provecho, sustrayéndolas del patrimonio ajeno, cosas que el sujeto pasivo le ha entregado mediante artificios o maquinaciones engañosas" (sentencia de 20 abril 1948). Análogamente las de 18 de agosto de 1943 y 4 de junio de 1952. Que para la consumación no es necesaria la estabilidad del desplazamiento patrimonial es evidente. Como también que la devolución de lo obtenido engañosamente no tiene efectos para la responsabilidad criminal (sentencias de 18 junio 1917, 2 febrero 1923, 10 abril 1928, 31 octubre 1928, 24 febrero 1931, 7 junio 1941, 8 marzo 1945, 20 abril 1948, etc.).

Con arreglo a estos principios se ha calificado frustrada la estafa por la ausencia del lucro perseguido (sent. de 20 junio 1930), o por no llegar a estar las cosas real y libremente a disposición del

reo con manifiesta posibilidad de lucrarse de las mismas (sent. de 30 septiembre 1946) y también si la cantidad entregada fué recuperada por la policía acto seguido al ingreso de la misma en el bolicillo del procesado y no tuvo éste ni un momento a su disposición el dinero recibido (sent. de 8 mayo 1953). De modo semejante la de 4 de febrero de 1931. A las estafas documentales se refiere la de 21 de enero de 1954 que la declara también frustrada cuando el recibo artera y delictuosamente obtenido no llegó a presentarse al juzgado ni surtir, por tanto, efecto liberatorio; y la de 2 de mayo de 1954 sobre el caso de un contrato de compraventa firmado en la creencia de tratarse de una renovación de arrendamiento, documento que se presentó para su liquidación en el Registro de la Propiedad, "aunque no llegó a producirse la defraudación" por la denuncia de la interesada.

Bien sabidas son las perplejidades a que da lugar la sutil distinción entre delito frustrado y tentativa, sobre todo si acerca del primero se adopta la teoría subjetiva. Como parece hacer la sentencia de 18 de junio de 1953, al declarar la estafa frustrada, y no en tentativa, cuando fué causa de la no consumación la sospecha de los empleados bancarios de quienes se quiso cobrar el documento falso, y la de 11 de abril de 1955 que califica el mismo grado en la conducta de los procesados que, fingiéndose facultados por el administrador de una casa, exigieron a un inquilino la entrega de la prima, negándose éste a realizar tal desembolso. Por el contrario, la de 27 de octubre de 1950 declara — y creemos esta declaración más conforme al artículo 3 de nuestro Código — que la mera solicitud de dinero mediante engaño sin que llegase el momento de la entrega constituye tentativa en vez de frustración. Fronteriza la tentativa por un lado con la frustración y por otro con los actos preparatorios, el límite inferior ofrece análogas dificultades de determinación que el superior. Según algún autor francés (170), a diferencia de hechos más simples y materiales donde la tentativa es fácil de percibir, la estafa es tan sutil que escapa a la vista y frecuentemente no puede ser determinada más que por la consumación. Por lo cual Rossi proponía su impunidad. Los tribunales tienen la natural tendencia a extender la punición por el campo de los actos preparatorios de una manera que MAURACH, con referencia a los de su país, encuentra insoportable (171). La tentativa empieza con la conducta dirigida inmediatamente a producir el error, no en los actos que preparan los instrumentos, ficciones, documentos falsos que van a ser utilizados como medios para persuadir al engañado. Así, no habrá tentativa en la disposición de aparatos automáticos (taxímetros, básculas, ruletas, etc.) para engañar a personas inciertas mientras no hayan sido expuestos al uso (172). Hay tentativa si los procesados proponen a otras personas que entreguen dinero para

(170) GARRAUD, ob. y vol. cit., pág. 378.

(171) MAURACH, ob. cit., pág. 255. Véase casuística jurisprudencial alemana en *Leipziger Kommentar*, II, página 443.

(172) MANZINI (ob. y vol. cit., pág. 661), que opinaba así durante la vigencia del Código italiano de 1889, cuyo concepto de la tentativa se concretaba a los actos de ejecución, rectifica ahora ante la nueva definición del Código del 30, la cual, según la opinión más probable, extiende la tentativa a los actos preparatorios cuando sean inequívocos e idóneos.

(167) Análogamente los Códigos noruego, danés, suizo, griego y yugoeslavo.

(168) También en el de Suecia.

(169) MANZINI, ob. y vol. cit., págs. 632-3.

fabricar billetes falsos, enseñando útiles y haciendo manipulaciones para engañar a las víctimas, quienes, en vez de entregar el dinero, denunciaron el hecho (sent. de 4 febrero 1956). Y cuando el propietario de una casa deja de enviar los recibos acreditativos del pago de la renta para cobrar de nuevo (sent. de 13 abril 1951).

No hay desistimiento voluntario si el reo cesó en su acción al cerciorarse de que la persona a quien pensaba ganar en juego carecía de dinero (sent. de 6 noviembre 1931). Ni tampoco si el procesado no volvió a la casa donde iba a consumir el delito por haberse enterado del servicio montado por la policía (sent. de 4 noviembre 1948).

La tentativa imposible está sometida a la regulación general del artículo 3.º completado por el 52. Como ya se dijo, muchos de los casos en que la víctima se proponía fines ilícitos son tentativas imposibles de estafa por parte de quien es seducido con la esperanza de la ganancia inmoral y fácil.

**VII. Concurso.**—Dada la profesionalidad de muchos estafadores y el volumen alcanzado por sus empresas, los tribunales se encuentran con frecuencia ante pluralidad de acciones a juzgar en un mismo proceso.

Conocida es la doctrina adoptada en estos últimos tiempos sobre el delito continuado por nuestro Tribunal Supremo. El delito continuado es, según ella, un expediente procesal para los casos en que no se haya podido individualizar el número y fechas de las acciones. Con aplicación a la estafa puede verse este criterio en sentencias de 28 de mayo de 1948, 25 de mayo de 1949, 16 de abril de 1951, 28 de mayo de 1951, 18 de octubre de 1954 y 11 de octubre de 1955. Dada la fijación de la penalidad por la cuantía de la defraudación, se da lugar en muchos casos de este modo a pena bastante más grave que si se hubieran imputado las acciones como delitos distintos. El delito continuado empezó a estimarse por los prácticos para evitar la pena de muerte al tercer hurto. Por el contrario, el Tribunal Supremo español alega en sentencia de 22 de noviembre de 1953, "el principio de defensa social frente al reo que con dolo persistente y de modo repetido infringe la ley animado de lucro ilícito". En contraste con el fundamento práctico, se exigen multitud de requisitos, que en unas sentencias se dan por supuestos, mientras en otras sirven para negar la continuación: un solo propósito y una sola objetividad (sent. de 19 noviembre 1953); el empleo de medios diferentes en las distintas acciones impide la continuación (sents. de 21 enero 1911, 28 abril 1928, 20 enero 1932, 8 octubre 1935 y 14 abril 1949); igualmente se rechaza si las varias acciones se realizaron mediante la cooperación de personas distintas (sent. de 21 junio 1946) y por ser diversos los sujetos pasivos cuyos patrimonios se lesionaron, no es posible formar un solo delito según las de 28 de octubre de 1950, 28 de mayo de 1951 y 26 de octubre de 1951. Los puntos principales de discrepancia con nuestra jurisprudencia de la doctrina dominante son: que el delito continuado existe cuando se dan determinados requisitos independientemente del éxito procesal en la individualización de las acciones; que el delito continuado suele apreciarse a favor del reo; que en los delitos contra

la propiedad no es necesario la unidad del sujeto pasivo (173).

Son los caminos del engaño múltiples y varios de ellos atraviesan diversas zonas de ilicitud criminal para llegar al ataque patrimonial. Entonces será cosa de preguntar si hay concurso de delitos, con aplicación del artículo 71 por ser un hecho medio necesario para cometer el otro, o conflicto de disposiciones penales, que ha de resolverse con la elección de una de ellas. De algunos de estos problemas nos hemos ocupado ya en cuanto interesaban exclusivamente a alguna de las figuras estudiadas (núm. 1.º del 529 y uso de nombre supuesto, usurpación de funciones, uso indebido de uniforme, cohecho y amenazas; véase IV, A, 1). Ahora nos ocuparemos del que tiene carácter más general y ha sido objeto de mayores indecisiones: la concurrencia de estafa y falsificación documental.

Nuestra jurisprudencia ha permanecido durante mucho tiempo vacilante. Que la estafa absorbía las falsedades resolvieron sentencias de 5 de marzo de 1872 y 9 de septiembre de 1933, etc. Que, previsto en el artículo 323 del Código de 1932 el lucro reportado o propuesto en las falsedades documentales, para imponer en este caso, además de la pena privativa de libertad, otra pecuniaria, estaba aquí comprendido, junto a la lesión a la fe pública, el fraude patrimonial y, por tanto, se debía imputar nada más que la primera, fué dicho en sentencias de 4 de diciembre de 1893, 6 de mayo de 1904, 10 de junio de 1917, 8 de marzo de 1928, 15 de octubre de 1935, 26 de abril de 1941, 14 de junio de 1944, etc. Pero, a partir de la reforma de 1944 se viene estimando el concurso de falsedad y estafa, fundándose en la supresión de aquel artículo 323 que prevenía el móvil de lucro. Con algún precedente (por ej., sent. de 10 abril 1889) se viene siguiendo sin interrupción esta doctrina en sentencias de 22 de mayo de 1947, 12 de junio de 1947, 16 de noviembre de 1950, 3 de junio de 1952, 30 de marzo de 1955, 21 de junio de 1955, 25 de junio de 1955, 29 de febrero de 1956, etc. Es corriente encontrar en los autores y jurisprudencias extranjeras esta estimación del concurso; pero también se suele apreciar éste entre la estafa y la falsificación de moneda (lo rechaza la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 15 febrero 1956).

Cuando la falsificación sea en documento privado, donde, a tenor del artículo 306, el ataque a la fe pública (174) va unido al perjuicio o el ánimo de causarlo, lógico es la aplicación de una sola figura. Por la falsedad se han manifestado PUG (175) y las sentencias de 18 de julio de 1875, 18 de octubre de 1928, 7 de junio de 1934 y 3 de junio de 1956. Por el concurso se decidieron las de 20 de junio de 1955 y 30 de abril de 1956 (176).

(173) Véase el artículo "DELITO CONTINUADO" en el t. VI de esta ENCICLOPEDIA.

(174) Muy debatida ha sido la naturaleza de esta figura. CARRARA (*Programma*, parte especial, parágrs. 2366 y ss.) la estimó delito contra la propiedad, incluido en lo que él llamaba hurto impropio. Que es delito contra la fe pública sostuvo ya PESSINA (*Elementi di diritto penale*, vol. III, pág. 128) y ésta es hoy la opinión generalmente seguida.

(175) PUG, *Falsedad como medio para cometer estafa*, en "Revista de Estudios penales", III, págs. 77-8.

(176) Por el concurso de delitos se inclinan BATTAGLINI, en "Giustizia penale", 1932, y MIRTO, en ob. cit., pág. 395.

Pero en los casos en que la definición de una de las especies delictivas ha incluido como medio engañoso una falsedad que por sí misma sería delito (núms. 5 y 6 del art. 529 y 2.º del 532), se ha estimado por lo general que la estafa consumía la falsedad, como ya hemos tenido ocasión de exponer al tratar de estas figuras especiales.

**VIII. Penalidad.**—El Código castiga los delitos definidos en los artículos 528 y 529 con penas privativas de libertad proporcionadas a la cuantía de la defraudación del modo siguiente:

1.º Con la pena de presidio mayor si la defraudación excediere de 50.000 pesetas.

2.º Con la de presidio menor, excediendo de 10.000 y no pasando de 50.000.

3.º Con la pena de arresto mayor si la defraudación fuere superior a 500 pesetas y no excediere de 10.000.

4.º Con la de arresto mayor si no excediere de 500 pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto o estafa, o dos veces en juicio de faltas por estafa o hurto. Los tipos de los números 2, 3 y 4 del artículo 529 (plateros y joyeros; traficantes que usaren pesas y medidas faltos; defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a funcionarios públicos) dan lugar a la imposición de las penas en su grado máximo. (Estas cuantías son las establecidas por Ley de 30 marzo 1954, rectificada en 7 de abril, que duplicó las anteriores.)

Los actualmente definidos en los artículos 531 al 534 estuvieron sancionados en el Código de 1848 con pena exclusivamente pecuniaria. Este desnivel poco justificado, pues algunas de las tratadas tan benignamente pueden alcanzar tanta gravedad como las del grupo anterior, fué remediado débilmente por la reforma de 1870 al añadir a la multa el arresto mayor. Actualmente los artículos 531 al 533 castigan los hechos en ellos previstos con arresto mayor en toda su extensión y una multa del tanto al triplo del perjuicio que se hubiere irrogado. Los del 534 llevan consigo una multa del tanto al duplo del perjuicio, sin que puede bajar de 1000 pesetas y, en caso de reincidencia, la misma multa y arresto mayor.

Las faltas de los números 3 y 4 del artículo 587 están sancionadas con arresto menor.

Es la penalidad del primer grupo la que exige particular atención. La reforma de 1914 corrigió el Código anterior en la elevación a presidio mayor de la estafa por la cuantía superior (actualmente 50.000 pesetas) (177). Otra novedad estuvo en dar al grado inferior — al que no excede de 500 pesetas — valor de delito cuando mediere condena anterior por delito de robo, hurto o estafa, o dos condenas por falta de estafa o hurto. Así han quedado equiparados en punto a penalidad el hurto y la estafa en sus especies de los artículos 528 y 529, corrigiéndose un antiguo criterio, que consideraba menos grave este último delito por ser más fácil la defensa de la víctima que en el hurto.

La transformación de la falta en delito por la reincidencia — lo mismo aquí que en el hurto — responde al deseo de combatir la delincuencia habitual en las infracciones donde es más corriente

por el procedimiento compatible con un sistema penal clásico. A esta misma orientación responde el artículo 530, que dice así: "Los delitos expresados en los números anteriores serán castigados con la pena respectivamente superior en grado si los culpables fueren dos o más veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito. En este caso los tribunales podrán imponer en el grado que estimen conveniente la referida pena, aunque concurran otras circunstancias de agravación." Este precepto plantea varios problemas de no fácil solución.

a) La agravante se concreta a "los delitos expresados en los números anteriores". Los comentaristas entienden por números anteriores todos los del artículo 529. El pensamiento del legislador no fué probablemente éste, como ya insinúa la referencia a números y no al artículo 529, y también los antecedentes de esta norma (178). Entendemos, sin embargo, que sería más lógica la aplicación de la agravante a las especies cuya mayor gravedad para la ley está expresada en la elevación del máximo de la penalidad, o sea a las figuras del artículo 528 y 529.

b) La doble reincidencia ha de ser en "el mismo o semejante especie de delito". La jurisprudencia ha entendido por delitos de semejante especie todos los del título XIII (sents. de 2 marzo 1905, 3 julio 1904, 28 diciembre 1912, 28 junio 1945 y 23 noviembre 1951) e incluso alguna vez otros bien distintos y castigados en una ley especial (la de 13 abril 1910 la aplicó al condenado anteriormente por hurto y además ante la jurisdicción de guerra, por desertión y fraude). El Tribunal Supremo se ha dejado llevar por el concepto general de la reincidencia y aun a veces no se detuvo aquí. Sin embargo, como el precepto exige en primer término la cualidad de "reincidente", que debe entenderse conforme a la definición de la circunstancia 15 del artículo 10, es evidente que las palabras siguientes "en el mismo o semejante especie de delito", sólo pueden tener una finalidad limitativa. Pues la reincidencia en la circunstancia 15 del artículo 10 se determina por la coexistencia de las dos infracciones en el mismo título del Código, la limitación de semejanza obliga a tomar un sector del mismo, que podría ser el capítulo de las defraudaciones, cuya unidad jurídica tiene un cierto apoyo criminológico; o la sección de las estafas y otros engaños. Es de advertir, por lo que en seguida se dirá, que la interpretación restrictiva es perjudicial al reo.

c) El artículo 530 obliga a la imposición de la pena superior en grado; pero esta pena puede ser impuesta por el tribunal en el grado que estime conveniente "aunque concurran otras circunstancias de agravación". Quedan, pues, exceptuadas las reglas 2 y 6 del artículo 61. Pero no las referentes a las atenuantes, que obligarán en su caso a imponer el grado mínimo de esa pena su-

(177) El Código de 1932 establecía la pena de presidio menor en sus grados medio y máximo para la estafa que excediere de 25.000 pesetas (art. 522).

(178) En el Código de 1848, el precepto, del cual el actual 530 es transcripción, hacía referencia a los dos artículos anteriores. Estos tenían por contenido: la apropiación indebida y los actuales núms. 5, 6, 7 y 8 del art. 529. El Código de 1850, significado por su mayor severidad, agravaba la pena de los reincidentes en cualquiera de los delitos castigados en los cinco artículos anteriores (todos los que hoy están en los arts. 528 y 529). La reforma de 1870, significada por su mayor benignidad, quiso volver a la limitación del Código de 1848, pero como lo que antes eran dos artículos habían pasado a ser los últimos números del 529, sustituyó la palabra artículos por números.



perior en grado, o a la rebaja en uno o dos grados a partir de aquélla si hubiera una eximente incompleta o se diera la atenuante de menor edad.

d) La regla 6 del artículo 61 se refiere a la doble reincidencia y tiene carácter general. El artículo 530 también previene la doble reincidencia, pero concretada a las figuras de estafa. El concurso de normas sólo puede resolverse por el principio de la especialidad a favor del artículo 530. Como el 61 obliga a imponer la pena de grado superior, mas permite también al tribunal elevar la penalidad dos grados, el artículo 530, que en anteriores ediciones del Código representaba una represión excepcional, se ha convertido en un instrumento de atenuación.

IX. Bibliografía. — ANGELONI, *Il delitto di insolvenza fraudolenta*, Milán, 1954; ANGELONI, *Delitti contro il patrimonio*, en el "Trattato di Diritto penale", editado por Vallardi, Milán, 1936; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, parte especial, I, Milán, 1936; BERNAQUI, *El delito de estafa y sus principios doctrinarios*, Buenos Aires; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, I, Leipzig, 1902; BOCKELMANN, *Der Unrechtsgehalt des Betruges*, en "Probleme der Strafrechtserneuerung", Berlin, 1944; BOSCARRELLI, *Sulla responsabilità penale per l'evento cagionato mediante inganno del giudice*, en "Archivio penale", 1952; BURCHART, *Täuschung und Rechtswidrigkeit*, 1937; CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, en "Rivista di Diritto e procedura civile", 1926; CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale*, parte especial, 9.ª edición, Florencia, 1923, vol. IV; CAUJOLE, *Le Droit pénal des affaires*, Paris, 1942; CLERIC, *Betrug verübt durch Schweigen* 1918; CORDOVA, *L'insolvenza fraudolenta*, en "Nuovo digesto italiano", III; id., *Truffa*, en "Nuovo digesto italiano", XII; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, parte especial, Barcelona, 1955; id., *La protección penal del cheque*, Barcelona, 1944; id., *Sobre el delito de chantaje. Necesidad de su regulación específica en la legislación penal española*, en "Anuario de Derecho penal y de ciencias penales", 1952; DAHM, *Betrug* en "Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil", Berlin, 1935; ESCOBEDO, *Nuovo aspetto della questione sulla configurabilità della truffa in atti illeciti anche in rapporto al nuovo Codice penale*, en "Giustizia penale", 1928; id., *Truffa processuale*, en "Giustizia penale", 1928; id., *Del criterio distintivo tra la frode civile e la frode penale*, en "Giustizia penale", 1928; id., *L'attitudine dei raggiiri e degli artifici all'inganno nel reato di truffa*, en "Giustizia penale", 1932; id., *Ancora della nozione della truffa processuale*, en "Giustizia penale", 1937; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.ª edición, Tubinga, 1931; GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, 1901-6, t. I; GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3.ª edición, Paris, 1935, t. VI; GOLDSCHMIDT, *Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", vol. XLVIII; GRAVEN, *L'Escroquerie en Droit pénal suisse*, Basilea, 1947; GREGORI, *I reati di truffa e di insolvenza fraudolenta nel nuovo Codice penale*, Bologna, 1932; GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Salamanca, 1897, t. VII; GRÜNHUT, *Der strafrechtliche Schutz loyalen Prozessführung*, en "Revue pénale suisse", vol. LI; HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Besonderer Teil*, 1.ª parte, Ber-

lín, 1937; HEGLER, *Betrug*, en "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil", vol. VII; HEINITZ, *Il danno patrimoniale nella truffa*, en "Archivio penale", 1953; HIRSCHBERG, *Der Vermögensbegriff im Strafrecht*, 1934; IMPALLOMENI, *Codice penale illustrato*, vol. III; KENPERMANN, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", vol. LVII; KOFFKA, *Der Prozessbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozessordnung*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", vol. LIV; KOHLMANN, *Die strafrechtliche Behandlung des Betruges*, en "Materialien zur Strafrechtsreform", vol. 2, "Rechtsvergleichende Arbeiten", II, "Besonderer Teil"; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 39 y 40 ediciones, Berlín, 1950; KUGELMANN, *Der strafbare Betrug durch Unterlassung*, Leipzig, 1935; LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, parte especial, Neuchâtel-Paris, 1954, I; MAGGIORE, *Diritto penale*, Bologna, 1948, vol. II, t. II; MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano*, Turin, 1930; MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, Turin, 1952, vol. IX; MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Nápoles, 1951; id., *Sull'idoneità dell'immutazione nella frode processuale*, en "Scritti giuridici in onore di V. Manzini", Padua, 1954; MARTUCCI, *Truffa e frode processuale*, Nápoles, 1932; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1953; MELLOR, *Le chantage dans les mœurs et devant la loi*, Paris, 1937; MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, 1867; MEZGER, *Strafrechts, Besonderer Teil*, Munich-Berlin, 1954; NAGLER, *Strafgesetzbuch*, "Leipziger Kommentar", 6.ª y 7.ª edición, Berlín, 1951, vol. II; NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderer Teil des Strafrechts*, 1950; NUVOLONE, *I problemi del concorso e della connessione nella truffa commessa mediante falso in scrittura privata*, en "Rivista italiana di Diritto penale", 1940; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1849, t. III; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán, 1956; PESSINA, *Elementi di Diritto penale*, vol. II; PETROCELLI, *Violenza e frode*, en "Saggi di Diritto penale", Padua, 1952; PUIG PEÑA, *Derecho penal*, t. IV; id., *Falsedad como medio para cometer estafa*, en "Revista de Estudios penales", t. III, Valladolid, 1945-6; PUGLIA, *Delitti contro la proprietà*, en "Completo trattato teorico e pratico de Diritto penale", Milán, 1890, vol. II, parte 2.ª; QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1946, vol. II; REINHOLD, *Die Chantage*, Berlín, 1909; REISS, *Étude sur l'escroquerie au trésor*, en "Archives d'Anthropologie criminelle", 1907; RIETZSCH, *Prozessbetrug und Wahrheitspflicht*, en "Deutsches Strafrechts", 1934; ROCCO, *Intorno al delitto di abuso di foglio in bianco*, en "Rivista penale", vol. VII; id., *Truffa, falso in cambiale e abuso di foglio in bianco*, en "Opere giuridiche", III, Roma, 1933; RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVEZA, *Derecho penal*, parte especial, Madrid, 1949; ROS PALLARÉS, *El delito de estafa y el de apropiación indebida*, Valencia, 1933; ROSAL, *De la relación concursal entre falsificación y estafa*, en "Anuario de Derecho penal y de ciencias penales", 1949; SABATINI, *Nuove ricerche sulla criminalità della frode nel negotio illecito*, en "Rivista penale", 1916; id., *Ancora sulla truffa in negoti illeciti*, en "Rivista di Diritto e procedura penale", 1922; SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal*, II, Madrid, 1955; SAUER, *System des Strafrechts, Besonderer Teil*, Colonia,



1954; SCHMID, *Das Verhältnis zwischen Betrug und Urkundenfälschung*, en "Revue penale suisse", vol. XLV; SCHLOSKEY y KLEE, *Ist die Lieferung unwirksamer Abtreibungsmittel Betrug?*, en "Deutsches Strafrecht", 1941; SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 7.ª edición, reelaborada por SCHRÖDER, Berlín, 1954; SCHRÖDER, *Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", vol. LX; SICKING, *Der Betrug*, 1940; TOLOMEI, *Della truffa e di altri frode*, Roma, 1915; id., *L'evoluzione storica giuridica del delitto di truffa*, en "Rivista penale", vol. LXXVII; VALSECHI, *Ancora del viaggiatore sorpreso in treno senza biglietto*, en "Scuola positiva", 1924; VANNINI, *Manuale di Diritto penale*, parte especial, Milán, 1951; VIADA, *Código penal reformado de 1870*, t. III; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 3.ª edición, Berlín, 1954.

### ESTAMENTO (\*)

- I. LA CONFIGURACIÓN SOCIOLOGICA DE LOS ESTAMENTOS. — II. LA CONSTITUCIÓN ESTAMENTAL. — III. LA IDEALIZACIÓN Y RESTAURACIÓN DEL RÉGIMEN ESTAMENTAL. — IV. BIBLIOGRAFÍA.

**I. La configuración sociológica de los estamentos.** — La determinación del concepto estamento ofrece algunas dificultades por dos razones. Ante todo, porque los sociólogos han intentado definirlo con arreglo a la posición particular que adoptan ante el estudio de las estructuras sociales, de manera que intentan comprobar la vigencia de su actitud en el caso concreto de esta estructura. Además, porque hay un período histórico bien determinado en el cual se sorprenden, con cierta precisión, las características propias de lo que se considera como estamento o sociedad estamental, frente a la sociedad de clases. En el primer caso nos encontramos ante una prolongación de la cuestión metodológica, aplicada al estamento, que nos ofrece una visión apriorística del problema; en el segundo trátase de una consideración histórica que, al delimitar cronológicamente la sociedad estamental, no explica satisfactoriamente los anticipos o prefiguraciones de ese momento histórico, ni tampoco aclara la cuestión de la supervivencia, en algunos pueblos, de tales estructuras.

Conviene, por lo tanto, esquivar a la vez los riesgos de la adscripción a una dirección sociológica, que prejuzga rigidamente el concepto de estamento, y la identificación exclusiva con un período histórico determinado.

Según GRABOWSKY (1), estamento es una forma de estratificación social dentro de la cual se da una supraordinación — y subordinación — social, ya sea estamento de nacimiento o profesional, a diferencia de lo que ocurre con las clases sociales donde no se da esa supraordinación, sino una dualidad oposicional. En general, los sociólogos acostumbra a contrastar estamento y clase social, estableciendo un par conceptual que aclare más có-

modamente las características de uno y otra, al tiempo que sirve para comprobar el valor de sus respectivas posiciones teóricas.

Así, TÖNNIES (2), siguiendo su conocida dicotomía que aquí parece ajustarse adecuadamente al par de conceptos estamento-clase social, considera que los estamentos son unidades (*Samtschaften*) comunitarias, en tanto que las clases sociales son unidades societarias (3). Establecida esta dicotomía se atribuye a cada uno de los términos características opuestas: el estamento posee carácter predominantemente hereditario, la clase social está condicionada por situaciones reales; el estamento es rígido; la clase social posee cierta labilidad o fluidez, etc. Por su parte, Othmar SPANN (4), aplica la contraposición universalismo-individualismo a los conceptos estamento y clase social, de suerte que estamento es el concepto universalista de la agrupación del obrar, en tanto que la clase social es el concepto individualista. SOMBART (5) señala el carácter orgánico del estamento frente al mecánico de la clase social, etc. Sea por motivos didácticos, sea porque en cierta medida ambas vienen emparejadas — en cuanto a la sucesión histórica y a la contraposición que implican — los autores acostumbra a considerar estamento y clase social conjuntamente (6). Ahora bien, parece más justa la contraposición entre sociedad estamental y sociedad de clases, como expone FREYER, no con el prurito de precisión terminológica, cosa con todo estimable, sino más bien porque se trata de formas de organización de la convivencia social distintas, que incluso desbordan en parte la discriminación puntual entre ambas estructuras. En este sentido, FREYER considera a la sociedad estamental "como una fase determinada en la historia de las formas sociales de dominación, como un elemento en la serie de las estructuras fundamentales sociales" (7) y en contraposición se refiere a la sociedad clasista: "La ley estructural *sociedad clasista* no puede tampoco ser concebida en un sistema concreto de sociología for-

(2) TÖNNIES, F., artículo *Stände und Klassen*, en "Handwörterbuch der Soziologie", Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1931, pág. 618.

(3) Para la distinción entre comunidad y sociedad, cfr. TÖNNIES, F., *Comunidad y sociedad*, trad. José Rovira Armengol, Buenos Aires, Losada, 1947.

(4) SPANN, Othmar, artículo *Klasse und Stand*, en "Handwörterbuch der Staatswissenschaft", Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1923, t. V, pág. 695.

(5) SOMBART, Werner, *Der moderne Kapitalismus*, 5.ª ed., Munich y Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1922, t. II, págs. 1091 y ss.

(6) Así, además de los anteriormente citados, cfr. NAWIASKY, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, 2.ª parte, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedeln-Zürich-Colonia, Verlagsanstalt Benziger & Co. A. G., 1952, págs. 70 y ss.; GINSBERG, Morris, escribe: "Las modernas clases sociales difieren en primer lugar de los estamentos por el hecho de no basarse en diferencias de *status* legal. En teoría existe igualdad ante la ley. Teóricamente todas las ocupaciones y funciones sociales son accesibles a todos los hombres y no existen restricciones legales respecto de la adquisición de la propiedad. Además, las clases no tienen la rigidez ni de las castas ni de los estamentos. Es posible una cantidad considerable de movimientos de ascenso y descenso y existen tantos estados intermedios entre las clases que sus límites precisos son difíciles de determinar" (*Manual de Sociología*, Buenos Aires, Losada, 1942, pág. 149).

(7) FREYER, Hans, *Introducción a la sociología*, trad. Felipe González Vicén, Madrid, Ediciones Nueva Época, S. A., 1945, pág. 174.

(\*) De D. Pablo Lucas Verdú.

(1) GRABOWSKY, Adolf, *Die Politik, Ihre Elemente und ihre Probleme*, Zurich, Pan Verlag, 1948, pág. 34.

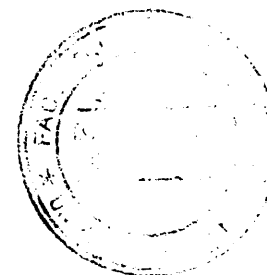
3 15 92 0263  
122  
58  
C 9

## DELITO DE ESTAFA

**ELEMENTOS OBJETIVOS — EL ENGAÑO.** Formas de manifestarse; engaño por omisión; entidad del engaño. **EL ERROR.** Error o ignorancia; negligencia o torpeza de la víctima; incapacidad de la víctima; el que dispone a sabiendas; agente provocador; estafa con aparatos mecánicos e informática. **DISPOSICION PATRIMONIAL.** La imputación objetiva del resultado; delito de autolesión; la disposición patrimonial ha de ser consciente y directa; la "estafa en triángulo"; estafa procesal. **EL PERJUICIO PATRIMONIAL.** Los principios fundamentales del patrimonio; sistema jurídico, económico o mixto del patrimonio y personal; contenido del patrimonio: pertenece al patrimonio la posesión, las expectativas, la clientela, la actividad, la prestación de servicios, los servicios ilícitos. **DETERMINACION DEL PERJUICIO.** Cuestiones que se suscitan.

**ELEMENTOS SUBJETIVOS — EL ANIMO DE LUCRO.** Intención de obtener una ventaja patrimonial. **EL DOLO.** Conciencia (elemento cognitivo) y voluntad (elemento volitivo) para empañar a otro. Imposibilidad de configurar el delito de modo improcedente.

Prólogo de **EDUARDO AGUIRRE OBARRIO.** 2ª edición corregida, actualizada y ampliada



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA / EDITOR

Primera edición, octubre de 1985  
Segunda edición, mayo de 1998



© Copyright by  
**EDITORIAL HAMMURABI S.R.L.**

Talcahuano 481 - 4º piso  
1013 - Buenos Aires  
Tel.: 382-3586  
Fax: (54-1) 382-4745  
República Argentina

Impreso en mayo de 1998  
en los talleres gráficos  
*Segunda Edición*  
Gral. Fructuoso Rivera 1066  
Buenos Aires  
República Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723  
Derechos reservados  
Prohibida su reproducción  
total o parcial

Impreso en Argentina  
*Printed in Argentina*

*edición rústica*  
ISBN 950-741-059-7.

PARTE SEGUNDA. *Continuación*) II — LOS ELEMENTOS  
DE TIPO OBJETIVO DE LA ESTAFA

CAPITULO V EL ENGAÑO

## § 15. *INTRODUCCION*

Elemento característico del tipo objetivo de estafa —y que permite diferenciarlo de los demás delitos contra el patrimonio, puesto que le da fisonomía propia— es el *engaño*. Sin su concurrencia no se concibe la estafa, a tal punto que vulgarmente hasta se llega a identificar este requisito con el delito mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español corrobora esta afirmación. Así, y ya desde antes de la reforma vigente, las sentencias del 6 de febrero de 1960; 26 de noviembre de 1971; 4 de abril de 1972; 10 de diciembre de 1973; 4 de diciembre de 1980; 16 de diciembre de 1981; 3 de junio de 1983, entre muchísimas más, han considerado el engaño como “alma y esencia de la estafa”. En este orden de ideas, se ha dicho:

### **Argucia o ardid para inducir a error**

— Dentro de los elementos constitutivos del delito de estafa, el más importante, verdadera espina dorsal del mismo, es el engaño típico, es decir, la acechanza tendida a la buena fe ajena, la impostura apta para defraudar, o la mendacidad, falacia, maquinación, argucia o ardid de que se vale el agente para inducir a error al ofendido o para viciar su voluntad, determinándole a efectuar una prestación que de otro modo no se hubiera hecho.

[*Tribunal Supremo Español, sentencia del 3/11/78*].

## § 16. CONCEPTO DE ENGAÑO

El Código Penal español no define el engaño. Como ya hemos visto, antes de las reformas de las leyes orgánicas 8/83 y 10/95, se limitaba a hacer una enumeración ejemplificativa de posibles formas de engaño. Así, el art. 528, antes de las reformas, se refería al que “defraudare en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que se entreguen en virtud de un título obligatorio...”. Y en el inc. 1º del art. 529 expresaba: “el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.

En los ocho incisos siguientes mencionaba hipótesis de engaños tales como el supuesto de los “plateros y joyeros... alterando en su calidad, ley o peso de los objetos relativos a su arte o comercio”; “los traficantes... usando de pesos o medidas falsos...”; “los que hicieren suscribir a otro con engaño algún documento”, etcétera. Cerraba esta enumeración, con el art. 533: “...usando de cualquier engaño, que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta Sección...”.

Como se advierte, tales engaños podían ser:

- a) *Referentes al objeto*: cuando se relaciona con la sustancia, calidad o cantidad de las cosas (arts. 528 y 529, incs. 2º y 3º, Cód Penal español, en su redacción previa a la reforma de la Ley Orgánica 8/83).
- b) *Referentes al sujeto*: cuando se relaciona con la persona del autor, como el usar nombre fingido, aparentar solvencia o crédito, fingirse dueño, etc. (arts. 529, inc. 1º y 531, Cód. Penal español, en su redacción previa a la reforma de la Ley Orgánica 8/83).

De manera que se podría afirmar que el Código Penal español realizaba una tácita clasificación de los engaños, agrupando los referentes al sujeto en el art. 529, inc. 1º (que contenía también una extensión analógica: “o valiéndose de

cualquier otro engaño semejante...” y 531, en tanto que los referentes al objeto estaban contemplados en los arts. 528 y 529, incs. 2º y 3º<sup>1</sup>.

El Código Penal español (desde la reforma de la Ley Orgánica 8/83 y posterior Ley Orgánica 10/95), si bien formula un concepto de estafa, tampoco define el engaño ni nada dice respecto a sus formas ejecutivas. Por ello, en la medida que sobre esto se guarda silencio, cabe admitir que siguen siendo posibles todas las formas de engaño que describían los códigos anteriores.

Frente a la falta de definición de los textos legales, mucho se ha escrito por la teoría y la jurisprudencia intentando formular un concepto de engaño. No cabe duda que es tarea delicada, y muchas veces sutil, el querer proporcionar una definición acabada de este elemento esencial, o intentar fijar sus condiciones o requisitos fundamentales.

Según Antón Oneca<sup>2</sup> el engaño es el elemento específico de la estafa y consiste “en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”.

Esta definición de engaño es adoptada por Muñoz Conde, agregando que “puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación de los verdaderos”<sup>3</sup>.

Rodríguez Devesa también hace suya la definición de engaño formulada por Antón Oneca, aunque su interpretación es más explícita pues no sólo define la acción de engañar, sino que señala también el objeto sobre el que puede versar. En tal

<sup>1</sup> Esto ha permitido a Quintano Ripollés efectuar una clasificación de las estafas en *reales* y *personales* según que la modalidad de ejecución verse sobre objetos o personas. Conforme a ello, denomina *estafas reales*, las que consisten en alteraciones en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas (art. 528); las mismas, respecto de los joyeros y plateros o traficantes (art. 529, incs. 2º y 3º); los abusos documentales (art. 529, incs. 5º, 6º y 8º); los fraudes en el juego (art. 529, inc. 7º) y el estelionato (art. 531). Por el contrario, considera estafas *personales* las cometidas atribuyéndose poder, influencia, créditos, negocios, etc. (art. 529, incs. 1º y 4º).

<sup>2</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, t. IX, separata, p. 5.

<sup>3</sup> Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, p. 244.

sentido, dice: "El engaño puede residir tanto en la afirmación de hechos falsos como en juicios de valor, realizarse con palabras o con actos concluyentes, por un hacer activo o por una omisión"<sup>4</sup>.

Mayores son los problemas que al respecto plantea Quintano Ripollés quien, después de señalar también que el engaño es la "esencia y nervio de la acción de estafar", dice que es menester "concretar en lo posible tal elemento típico y culpabilista a la vez"<sup>5</sup>.

Aquí comienza uno de los problemas fundamentales. En un Derecho penal de acción toda acción típica debe tener un aspecto objetivo constitutivo del tipo. Quintano Ripollés, al igual que —como ya hemos señalado— gran parte de las sentencias del Tribunal Supremo, no traza con claridad la línea diferencial entre el aspecto objetivo del engaño y el aspecto subjetivo del dolo, al no distinguir con nitidez el tipo objetivo del tipo subjetivo.

De esta manera, *cualquier* acto con voluntad de engañar sería a la vez "típico y culpabilístico", cuando en realidad con esta expresión Quintano Ripollés sólo quiso agregar que el engaño no se concibe sin el dolo de engañar.

Si se acepta, entonces, que toda acción debe estar configurada por un aspecto objetivo, cuya verificación como tal es el primer presupuesto del delito, el engaño está integrado por dos aspectos:

- 1) Un aspecto *objetivo* consistente en afirmar una falsedad o negar mentirosamente algo verdadero, y
- 2) un aspecto *subjetivo*, consistente en la voluntad de engañar a otro, que es el dolo.

Por ello, sería preferible no decir que "se trata de un elemento típico y culpabilístico a la vez", sino distinguir dos as-

<sup>4</sup> Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte especial*, 8ª ed., p. 453.

<sup>5</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 589.

pectos distintos: el engaño —elemento del tipo objetivo— y el dolo —elemento del tipo subjetivo—.

Hecha esta aclaración, intentaremos formular un concepto de engaño, diciendo que consiste en afirmar una falsedad con respecto a un hecho o en la presentación de un hecho falso como real o verdadero.

### § 17. OBJETO SOBRE EL QUE RECAE EL ENGAÑO

Un importante problema es el referente al objeto sobre el que puede recaer el engaño.

De la definición de engaño formulada surge claramente que el engaño deberá versar sobre *hechos*, ya sea:

- 1) Deformando o suprimiendo los hechos verdaderos, o
- 2) simulando un hecho falso.

Se entiende por *hecho* todo aquello que se puede percibir o que ha sido perceptible, siendo indiferente si es presente o pasado, o si se trata de un suceso, un estado o un objeto<sup>6</sup>.

Hecho *es todo aquello* que puede ser conocido<sup>7</sup>. Es decir, que los *hechos* pueden ser sucesos, situaciones, relaciones, propiedades, calidades, etc., que se pueden percibir directa o indirectamente *a través de los sentidos*.

Pueden referirse tanto al hombre como a entes que no lo son —por ejemplo, la situación del bien como "libre de todo gravamen"—. Deben estar en el tiempo y en el espacio, debiendo pertenecer al presente o al pasado. Sin embargo, la doctrina española y también la jurisprudencia parecen aceptar, en general, que el objeto del engaño puede consistir no sólo en *hechos*, sino también en valoraciones.

<sup>6</sup> Véase Frank. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931.

<sup>7</sup> Binding, *Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil*, p. 340.

En las sentencias del 14 de junio de 1976, 21 de mayo de 1977 y 25 de febrero de 1980, referidas a venta de cuadros con firma falsa o falazmente atribuidos a autores de relieve, el engaño no puede cifrarse exclusivamente en los juicios de valor; sino en la propia presentación de los cuadros imputándoles una autoría que no les corresponde. La sentencia del 2 de noviembre de 1988 admitió el engaño en un caso de información falaz de un abogado a su cliente en que valoró la situación de "muy grave" ocultando datos como que las reclamaciones podían estar canceladas, y de esta manera consiguió la entrega de varias sumas de dinero para comenzar con el caso.

En tal sentido, señala Antón Oneca<sup>8</sup> que el Código alemán define el engaño como simulación de hechos falsos o deformación u ocultación de hechos verdaderos, razón por la cual, el objeto del engaño sólo pueden ser *hechos* conforme con la mencionada legislación. Citando a Binding, continúa diciendo que según los comentaristas, se entiende por hechos "procesos y estados del mundo exterior (físico) o interior (psíquico) de concreta determinación en el tiempo y en el espacio. Esto es, acontecimientos del presente o del pasado, pero no del futuro, pues el hecho supone una realidad efectiva y lo futuro es incierto. De modo que la insolvencia, aunque sea voluntaria, no constituye delito más que si en el momento de contraer el compromiso de pago se pensaba no pagar, porque entonces hay un hecho psíquico anterior a la causa del error"<sup>9</sup>. En este orden de cosas, agrega que "a las manifestaciones de hechos se oponen los juicios de valor; por ejemplo, que un cuadro sea hermoso; con lo cual quedan excluidas las ponderaciones habituales en el comercio"<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 6.

<sup>9</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 6.

<sup>10</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 6.

Sin embargo, cree que este criterio —propio del Derecho alemán— no es aplicable respecto al Derecho español. "No creemos que nuestro Derecho dé pretexto para excluir los juicios de valor. La sutileza con que ha sido preciso distinguir las afirmaciones de hecho y los de valor, conspiran ciertamente contra la distinción, nacida en torno al § 263 del Código alemán, que concreta la figura a la simulación, desfiguración u ocultación de hechos; pero no imponible en otras legislaciones donde en las definiciones de estafa no se hace aquella referencia"<sup>11</sup>.

Opinando del mismo modo que Antón Oneca, Rodríguez Devesa también estima que "el engaño puede residir tanto en la afirmación de hechos falsos como en juicios de valor..."<sup>12</sup>.

Sin embargo, no creemos acertada la opinión de Antón Oneca en el sentido de que la distinción entre hechos y juicios de valor corresponde al Derecho alemán y no tiene razón de ser en el Derecho español en la medida que sus textos legales no hacen referencia alguna.

Es cierto que la legislación española, con respecto al objeto posible del engaño, nada dice en forma expresa. Precisamente por este motivo, es que la cuestión exige un análisis de lo que los textos contienen implícitamente.

#### a — El Código Penal español y el objeto del engaño

De este modo, la cuestión del objeto del engaño nos conduce a una revisión de las interpretaciones de los textos del Código Penal español. La legislación anterior a la reforma de junio de 1983 —como ya lo hemos visto— contenía una serie de supuestos de engaño que se puede considerar ejemplificativa, concluyendo con una fórmula de interpretación ex-

<sup>11</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 8.

<sup>12</sup> Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte especial*, 8ª ed., p. 453.

tensiva "o valiéndose de cualquier otro engaño semejante" (art. 529, inc. 1º, Código anterior a las últimas reformas).

Analizaremos algunos de dichos supuestos, intentando demostrar que en todos ellos la ley se refiere a *hechos* y nunca a juicios de valor. Así, por ejemplo, el caso de quien defrauda en la *sustancia, cantidad o calidad de las cosas* que se entregan en virtud de un título obligatorio.

Se entiende por *sustancia* "el ser y esencia de la cosa"<sup>13</sup>, es decir, la naturaleza o entidad de la cosa como, por ejemplo, el que vende agua coloreada en lugar de vino. El realizar una operación contractual de compraventa entregando agua en lugar de vino, constituye una afirmación falsa *sobre un hecho* externo de naturaleza real, referente al objeto. La *cantidad* equivale a volumen, peso, longitud o número de la cosa contratada. "La cantidad es el número de las cosas, su peso, su medida"<sup>14</sup>. Defrauda en la cantidad, el que vende una tonelada de trigo, entregando sólo novecientos kilogramos. Esto también constituye una afirmación falsa sobre un hecho externo referente al objeto. Finalmente, *calidad* "es el modo de ser mejor o peor de las cosas"<sup>15</sup>; se refiere a características a veces accidentales, pero relevantes en cuanto al rendimiento o utilidad de la cosa. Suele significar el conjunto de cualidades por las cuales juzgamos el mérito respectivo, características todas ellas verificables por los sentidos. De este modo, defrauda en la calidad, quien por ejemplo, vende leche adulterada con agua y almidón.

De esta manera, si el obligado en virtud de un título obligatorio (contrato de compraventa, por ejemplo, u otra fuente de obligaciones jurídicas) engaña a la contraparte sobre la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que entregare, no cabe duda que su engaño habrá recaído sobre *hechos*, esto es, sucesos o situaciones que pueden verificarse o percibirse directa o indirectamente a través de los sentidos, conforme a la definición de hechos que hemos formulado anteriormente.

<sup>13</sup> Cuello Calón, *Derecho penal*, t. II, "Parte especial", p. 856.

<sup>14</sup> Cuello Calón, *Derecho penal*, t. II, "Parte especial", p. 856.

<sup>15</sup> Cuello Calón, *Derecho penal*, t. II, "Parte especial", p. 856.

Lo mismo puede decirse respecto de las demás hipótesis reguladas antes de la reforma de junio de 1983, como por ejemplo, usar nombre fingido, aparentar bienes, créditos, negociaciones imaginarias, etcétera. En todos estos supuestos se describen *hechos*, no haciéndose referencia a juicios de valor. *Ninguno de los engaños que se han descrito en la ley se encuentran estructurados sobre juicios de valor.*

Reiteradamente hemos señalado que la reforma de la Ley Orgánica 8/83 del Código Penal español tampoco define el engaño, habiéndose suprimido, inclusive, la casuística ejemplificativa de engaños que contenía el Código anterior. Del silencio del texto corresponde inferir que el legislador se refiere solamente a *hechos* como objeto del engaño. Esta afirmación permite ser corroborada por los supuestos de estafa agravada contenidos en el antiguo art. 529 del Cód. Penal español. Cuando la estafa se cometa "alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas..." (inc. 1º), cuando se realice "con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal" (inc. 2º), o "con abuso de firma en blanco" (inc. 3º), no cabe duda que en todos estos supuestos el legislador ha descrito *hechos* como formas de engaño.

Lo mismo se puede decir con respecto al inc. 4º del mismo art. 529, en que el engaño consiste en destruir, dañar u ocultar una cosa propia, agravar las lesiones sufridas o producirse autolesión para defraudar al asegurador.

Se trata de tipos que están estructurados sobre la base de un engaño con respecto a un *hecho*. Ninguno de estos casos se podría configurar sobre un mero juicio de valor.

Sin embargo, en la vida diaria encontramos múltiples ponderaciones o pronósticos de verificación dudosa, que se realizan con fines comerciales, respaldados por un importante aparato publicitario aceptado por los usos y costumbres sociales y de la vida de los negocios. Así, por ejemplo: una importante firma productora de cosméticos anuncia la venta del "producto del futuro", una nueva y maravillosa crema antiarrugas cuyo uso permanente impedirá el envejecimiento de la piel. En este ejemplo no existe un engaño sobre *hechos*, sino un mero juicio de valor o pronóstico que se emite en for-



ma charlatana. Por consiguiente, de acuerdo con la estructura de los tipos descritos en el Código, en supuestos como el dado *no* habría estafa porque no se trata de hechos, es decir, no se trata de circunstancias que estén en el tiempo y en el espacio y que, por lo tanto, puedan ser verificables o perceptibles por los sentidos<sup>16</sup>.

Pero también bajo la forma de un juicio de valor se puede ocultar la afirmación de un hecho. Así, en ciertas circunstancias, la recomendación de una mercancía como excepcional, encubre la afirmación de un hecho de que se ha puesto a prueba: en la venta de un coche, diciendo que tiene gran fuerza de tracción, se encubre la afirmación de que había cumplido con ciertas pruebas de tal rendimiento.

Por consiguiente, es preciso distinguir entre la aserción sobre un *hecho*, del mero juicio valorativo personal que no enuncia un hecho, sino, y en todo caso, *sólo* un sentimiento o afecto del sujeto activo.

Resulta difícil a veces trazar límites precisos en estos casos, pues muchas expresiones de sentimientos, después de un proceso de decantación socio-cultural, son *consideradas* como refiriéndose a propiedades, relaciones u operaciones de los objetos *en sí*.

Un criterio a fin de deslindar estas cuestiones es decidir "de acuerdo con el sentido objetivo de la manifestación, del juicio, si corresponde uno u otro, y para este sentido objetivo es determinante la concepción del tráfico. La forma lingüística no es incondicionalmente decisiva"<sup>17</sup>. De este modo, por ejemplo, una aserción sobre la calidad de un objeto, como "el mejor cigarrillo del mundo", aunque encierre la apariencia de una afirmación de un hecho, por lo general, no es considerada así. Por el contrario, un aparente juicio valorativo puede contener la afirmación de un hecho, como, por ejemplo, el manifestar que se trata de "un coche muy veloz".

<sup>16</sup> No faltan autores que, evitando disquisiciones tan sutiles como la que existe entre los conceptos de hecho y juicio de valor, resuelven estos casos en la relación de causalidad.

<sup>17</sup> Mezger, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte especial*, p. 241.

### *b — El problema de los negocios jurídicos en los que se promete una prestación futura*

Tampoco son hechos —en principio— todo lo que pertenece al futuro como, por ejemplo, la promesa de pagar próximamente. "Lo que está en el futuro, no es como tal, un hecho y por lo tanto, una afirmación sobre lo que está situado en el futuro, no constituye una afirmación de un hecho"<sup>18</sup>. En este aspecto, Antón Oneca coincide con lo afirmado, aunque aclara: "La exclusión de los acontecimientos futuros es acertada, más no por la razón, antes citada, de que el suceso futuro es incierto siempre y, por consiguiente, no es hecho propiamente; hay acontecimientos futuros obedientes a leyes naturales cuya certeza puede conocerse y ser objeto de falsas afirmaciones"<sup>19</sup>. Y cita como ejemplos de hechos futuros ciertos: "La hora de salida del sol, los eclipses, las estaciones, que el embarazo normal no dura más de once meses"<sup>20</sup>. Pero los ejemplos dados por Antón Oneca como hechos futuros ciertos, regidos por leyes de la naturaleza, no son precisamente futuros, sino expresión de una experiencia pasada: el *hecho* que se afirma es precisamente la repetición en el pasado.

Continúa diciendo Antón Oneca: "Mas el error del que realiza el acto de disposición no se produce a causa del hecho futuro pronosticado, sino en virtud de la convicción de existir una correspondencia entre lo que dice y lo que piensa el engañador cuando se refiere al hecho futuro, y el engaño proviene de un hecho psicológico como es el pensamiento y voluntad del embaucador en el momento presente. El engaño no se ha producido por el incumplimiento de la obligación, sino por la simulación del propósito de pagar y la ficción de condiciones de solvencia (todo lo cual pertenece al pasado y al presente),

<sup>18</sup> Mezger, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte especial*, p. 240.

<sup>19</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 8.

<sup>20</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 8, nota 49.

sin las cuales no se habría aceptado el contrato. Si, por el contrario, la voluntad de no pagar o la insolvencia han surgido posteriormente, entonces no hay estafa<sup>21</sup>.

Lo que no advierte Antón Oneca es que con su ejemplo no hace más que demostrarnos que no puede haber engaños sobre promesas de hechos futuros, pues en la hipótesis por él planteada de no pagar una deuda futura, si bien la intención se dirige al futuro, el engaño consiste en una afirmación de un hecho. En tal sentido, sostiene Mezger que, "por ejemplo, una intención interna que *se dirige* al futuro, puede ser objeto de la afirmación de un hecho, dado que esta intención es un hecho interno actual"<sup>22</sup>.

Efectivamente, hay que reconocer que la declaración sobre algo futuro *puede ser* al mismo tiempo, la afirmación de algo actual, es decir, que puede contener una referencia a un hecho, tal como se ve, en el ejemplo dado por Antón Oneca, en la afirmación de la intención de pagar, existente ahora.

De esta manera, quien manifiesta obligarse a transmitir la propiedad en determinadas condiciones, *sabiendo* en el momento en que se compromete que no ha de cumplir dicha obligación convenida, y de este modo logra la entrega del precio de la venta de parte de la víctima, *afirma un hecho* aunque se refiera a una acción futura y, por consiguiente, está engañando, en tanto su declaración de voluntad se refiere a su disposición actual de cumplir la obligación asumida.

#### Promesa de prestaciones futuras

1. — La entrega de bienes de la propiedad de la perjudicada que ésta hizo a la procesada a título gratuito sólo tuvo por causa la creencia de aquélla de que haciendo así quedaba asegurado su porvenir, tanto en el orden afectivo como en el material, dada la protección que la procesada le ofrecía, es decir, que ésta, aprovechando la credulidad de aquélla, captó su voluntad, y mediante el

<sup>21</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 8.

<sup>22</sup> Mezger, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte especial*, p. 240.

*engaño de falsas promesas* que no habría de cumplir, logró que se desprendiera de los referidos bienes, haciéndole entrega de las joyas, de cuatrocientas mil pesetas, importe de la venta de un apartamento y que pusiese a nombre de la procesada el piso de propiedad de la perjudicada, otorgándole escritura de venta en la que el precio era simulado, en cuanto que la procesada nada le entregó, de donde resulta que el engaño ha de entenderse comprendido en el supuesto que contempla el art. 533, y no en el del 529, 1º, C.P., pues las 'cualidades supuestas' a que en éste se alude expresamente son aquellas objetivas externas o adquiridas y con proyección económica más o menos directa, pero no las internas o subjetivas inherentes a la propia personalidad, como son, v. gr., aquellas que hacen a una persona acreedora a la concepción social de buena o mala; pero, además, en todo caso, el engaño no consistió en el fingimiento por la procesada en unas cualidades que no tenía, sino en falsas promesas de atenciones afectivas y maternas que deliberada y conscientemente *sabía que no iba a cumplir*<sup>23</sup>.

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 30/12/80].

Si bien el Tribunal no lo dice expresamente —dado no ser el tema que allí se discute— resulta evidente que a pesar de tratarse, aparentemente, de simples promesas futuras, se condenó por estafa por entenderse que *desde un principio* la procesada "sabía que no iba a cumplir". Es decir, que al obligarse, sabiendo de antemano que no se cumplirá, se está afirmando un hecho y, por lo tanto, hay engaño. Podríamos decir, entonces, que en el caso de negocios jurídicos en los que se promete una prestación futura, el objeto del engaño radica en la *voluntad de no cumplir*.

#### Voluntad de no cumplir prestaciones futuras

1. — Si bien es cierto que no se debe correr el riesgo de incriminar incumplimientos contractuales al amparo de la amplísima fórmula empleada en el art. 529, C. P., no lo es menos que negocios contractuales, aparentemente lícitos, sean el medio constitutivo del engaño utilizado para cometer el delito de estafa, por lo que, en cada caso concreto ha de tomarse en consideración todas las circuns-

<sup>23</sup> La *bastardilla* nos pertenece.

tancias concurrentes para deducir si concurre o no el dolo, antecedente tipificador de la estafa, para llegar a la convicción de si el incumplimiento de la prestación a la que se obligó una de las partes se debe a algo sobrevenido con posterioridad al momento de celebración del contrato, o si por el contrario, ya en dicho momento *sabía que no quería o podría cumplir* aquello a lo que se obligaba.

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 16/10/82].

2. — Para que determinados negocios civiles o mercantiles puedan constituir el medio para encubrir el engaño o ardid utilizado por quien tiene el propósito de estafar a otro es necesaria la existencia del dolo *in contrahendo*, es decir, que el agente ya sabía, inicialmente, o al tiempo de celebrar el contrato y recibir la prestación de aquel con quien contrataba, que él no iba a poder realizar la contraprestación prometida o a la que se obligaba y, en consecuencia, que iba a producirse el correspondiente binomio beneficio-perjuicio. Por contra, no puede extenderse desmesuradamente cuando la causa de incumplimiento ha sido debida a circunstancias sobrevenidas con posterioridad a la celebración del contrato, imprevistas o desconocidas, y mucho menos cuando la prestación se hubiere cumplido, aunque lo fuese defectuosamente o surgiera un conflicto entre las partes sobre si lo fue o no conforme a lo estipulado, todo lo cual no es sino un mero ilícito civil.

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 25/11/82].

## § 18. FORMAS DE MANIFESTAR EL ENGAÑO.

### CONCEPTOS EN EL DERECHO COMPARADO

El engaño puede manifestarse de diversas formas:

- a) De manera *expresa*.— Es decir, que el sujeto, mediante una declaración de voluntad verbal o escrita, realiza *explícitamente* una aserción con las características del engaño.
- b) De manera *concluyente*.— Por acción concluyente se entiende una acción positiva —“un determinado hacer positivo, el cual admite una declaración determinada”—<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Mezger, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte especial*, p. 242.

Antón Oneca dice que es “la que, de modo no expreso, pero sí implícito, lleva consigo la afirmación falsa de un hecho”<sup>25</sup>.

Ejemplo de acción concluyente es el caso del que entra a un restaurante dando a entender que puede y quiere pagar, come y luego no paga.

- c) Finalmente, se discute entonces en la doctrina si el engaño en la estafa se puede ejecutar a través de una forma *omisiva*.

En el caso siguiente, planteado por la jurisprudencia argentina, el imputado realizó actos concluyentes, pues aparentó solvencia y actividad comercial propia, con la intención de estafar.

### Engaño concluyente por apariencias engañosas

— Comete el delito de estafa, (art. 172, Cód. Penal) quien, aparentando solvencia y actividad comercial propia, adquirió mercaderías que pagó con cheques incobrables por cierre de las cuentas corrientes bancarias, sin que despoje de ilicitud a la conducta, la circunstancia de que los cartulares fueran posdatados, lo que implicaría la concesión de crédito por parte de los damnificados, pues, la figura del art. 172 del Cód. Penal aparece cumplida con independencia de la fecha estampada en el cheque, si es utilizado como medio engañoso para obtener la contraprestación patrimonial. La ausencia de exhibición de los cheques que fueran utilizados en una maniobra estafatoria, no constituye un vicio esencial por violación al art. 241, inc. 6° del Cód. de Proc. en Materia Penal, pues ninguna disposición legal fulmina de nulidad esa omisión, y, por el contrario, el art. 243 solamente prevé una corrección disciplinaria para el juez que infrinja aquella norma. La única hipótesis de exhibición imperativa se halla prevista en el art. 607 para los documentos argüidos de falsedad”.

[CNCrim. y Corr., Sala IV, 17/12/92, “Aquino, Ruñén D.”, LL, 1993-B-182].

<sup>25</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, t. IX, separata, p. 8.

### — El engaño por omisión

Siendo varios los problemas que surgen en el engaño por omisión, analizaremos en forma separada las distintas posiciones de la teoría, aunque comenzando por recordar las formas posibles de omisión.

#### 1 — Generalidades

Los delitos de omisión son de dos clases: delitos *proprios* y delitos *impropios* de omisión. Los primeros se hallan tipificados en el Código y responden a un mandato de acción, sin considerar a los efectos de la tipicidad si dicha acción evitó o no la lesión de un bien jurídico. Sólo basta para su tipicidad la *omisión de una acción mandada*.

Por el contrario, los delitos *impropios* de omisión no siempre se encuentran tipificados en la ley penal y sólo exigen *evitar la producción del resultado*: es decir, que la realización del tipo depende de la realización del resultado. El no hacer algo estriba aquí en no evitar un resultado cuya producción se hubiera impedido si el autor hubiere intervenido en la serie causal.

La equivalencia entre la acción tipificada y la omisión de impedir el resultado exige una doble verificación:

- a) Por una parte, dicha equivalencia presupone que el omitente aparezca como garante de la evitación del resultado<sup>26</sup>, es decir, que exista una estrecha vinculación entre el autor y el bien jurídico protegido, del que surge el deber de actuar.
- b) La equivalencia entre la omisión y la acción que causaría el resultado. Esta doble comprobación es consecuencia de la diversidad de elementos que estructuran los tipos penales<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 854.

<sup>27</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 854 y siguientes.

En efecto, hay tipos penales activos que se estructuran sobre la base de la *causación del resultado*. Pero hay otros, como en el caso de la estafa, que exigen una determinada modalidad de acción: que el resultado producido sea consecuencia del engaño realizado por el autor. Por consiguiente, el problema de la equivalencia entre la acción típica y la omisión de impedir el resultado, sólo se puede resolver en cada caso<sup>28</sup>.

La determinación de tal equivalencia dependerá, entonces, de la interpretación de la jurisprudencia y la teoría en cada caso concreto de la Parte Especial del Código Penal.

De este modo, se trata de establecer si la omisión presenta las modalidades del comportamiento activo que se describe en el tipo penal de comisión y, por consiguiente, si dicha omisión puede realizar el contenido de ilicitud. Esto es así porque —como hemos dicho— existen delitos de comisión en que no basta la sola producción del resultado, sino que también debe tener lugar una *determinada forma de comisión*<sup>29</sup>, como en el robo, que requiere una acción de apoderamiento más fuerza o violencia que, por lo tanto, torna inimaginable su realización en forma omisiva. Lo mismo puede decirse de la falsificación, o de la violación, es decir, tipos *estructurados* sobre una determinada actividad, que impide toda equivalencia con la comisión omisiva<sup>30</sup>.

Pero en la estafa, precisamente, es discutido en la doctrina si hay correspondencia entre la acción descripta en el tipo comisivo y la forma omisiva de impedir el resultado: es decir, si el no despejar un error (no causado por el omitente) es suficiente para configurar la estafa. Por ejemplo, Jescheck piensa que “resulta dudoso dónde deben buscarse los elementos de la correspondencia, cuando, como sucede en la estafa, el au-

<sup>28</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 863 y ss., Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*. “El hecho punible”, n° 1035.

<sup>29</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 863 y ss.; Wessels, *Derecho penal. Parte general*, p. 218.

<sup>30</sup> Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*. “El hecho punible”, n° 1035; Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, p. 113; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, t. II, p. 163.

tor no engaña, sino que se limita a dejar surgir o que subsista un error<sup>31</sup>.

En el Derecho alemán se estima realizado un tipo legal comisivo por omisión cuando el omitir *equivale* a la realización del tipo mediante un hacer (§ 13, StGB) y si el sujeto activo es garante, esto es, si tiene un deber jurídico de actuar. En realidad, la problemática se plantea ante la circunstancia que el orden jurídico establece deberes jurídicos especiales en situaciones concretas con el fin de modificar un curso causal que lleva a un resultado no querido y no condicionar, con la indiferencia, la realización de lo que se computa como "negativo". Si esto es así, resulta que estos deberes están dirigidos a evitar que el resultado se produzca. Ello permite afirmar que, en los casos de omisión en que se castiga por el resultado producido (comisión por omisión) es preciso, por la razón dada, la existencia de un *deber especial* que emplace al sujeto como garante de que el resultado no se ha de producir. En los casos de inactividad la prohibición precisa, para poder ser "juzgada" dicha inactividad, de un deber especial de actuar de otra manera. Este deber de actuar puede tener su origen en la ley, en un contrato, o en la buena fe, aunque esto último sea muy discutido, dada su amplitud.

No obstante, la cuestión de cuándo y en qué forma surge una posición de garantía penalmente relevante, no ha sido aclarada aún de manera terminante, continuando las discusiones en la doctrina más moderna.

De todos modos, en la estafa, la cuestión consiste en determinar la existencia, fuente y extensión del deber de actuar lo mismo que en cualquier caso de comisión por omisión<sup>32</sup>.

De manera entonces que, como venimos viendo, puede decirse que, en general, la teoría alemana ha entendido que si existe el deber de informar, no habrá dudas del carácter del engaño típico<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 864.

<sup>32</sup> Bacigalupo, *Insolvencia y delito*, p. 45.

<sup>33</sup> Rockelmann, *Estafa por medio de silencio*, en "Cuadernos de la Universidad de Córdoba", n° 88, p. 129.

## 2 — El engaño por omisión en el Derecho español

### A — DOCTRINA

La inexistencia de una cláusula general en el Código Penal español, como la del § 13 del StGB, que define los requisitos de la comisión por omisión, ha motivado una resistencia en la doctrina española para aceptar esta forma de comisión, invocando la existencia del principio de legalidad<sup>34</sup>.

Sin embargo, entendemos que no existen dificultades para trasladar al Derecho español los planteamientos de la doctrina alemana pese a la ausencia de una estructuración del tipo omisivo. Para ello, además de la mencionada "correspondencia" entre la omisión y la forma comisiva, es necesario "que pueda entenderse literalmente realizado el tipo, siquiera sea interpretado según su significado no naturalístico"<sup>35</sup>.

Esta problemática ha sido expuesta con destacada claridad por Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>36</sup> quienes expresan: "...la comisión por omisión no puede resolverse con el simple recurso a consideraciones político-criminales, sino que ha de abordarse en el terreno dogmático.

Es cierto que el párr. 1° del art. 1° establece una diferencia tajante entre acciones y omisiones. Pero no es del art. 1° de donde hay que deducir la admisibilidad o inadmisibilidad de la comisión por omisión, sino de cada uno de los tipos particulares contenidos en la parte especial".

Siguiendo este criterio, una gran parte de la teoría no ha encontrado mayores dificultades en admitir la comisión por omisión en la estafa. Mir Puig, siguiendo el pensamiento de Antón Oneca, quien señala: "Es posible, por ejemplo, que so-

<sup>34</sup> Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, t. II, p. 161; Mir Puig, adiciones al § 59, en Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 872.

<sup>35</sup> Mir Puig, adiciones al § 59, en Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 875; también Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, t. II, p. 163.

<sup>36</sup> Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, t. II, ps. 162 a 163.

cialmente puedan verse determinadas omisiones como 'engaños' suficientes para dar lugar a delitos de estafa<sup>37</sup>. En realidad, se trata, pues, de una cuestión de interpretación del tipo. De todos modos, Muñoz Conde sostiene que: "Es especialmente problemática la posibilidad de comisión por omisión en la estafa"<sup>38</sup>, y a continuación agrega: "En el art. 532, inc. 2º del (anterior) Código Penal se tipifica expresamente el disponer de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, lo que implica la omisión del deber de comunicar el gravamen a la otra parte. Fuera de este caso, se discute en la doctrina si existe estafa cuando se callan defectos o vicios de las cosas vendidas"<sup>39</sup>.

Sin embargo, gran parte de la doctrina española actual (como ya lo hemos señalado) ha fundamentado sin dificultades la comisión por omisión en la estafa.

En efecto, los arts. 528, 529 y 533 del Código Penal español, en su primitiva redacción, formulaban un concepto amplio de engaño; más aún, el art. 533 del Cód. Penal decía "usando de cualquier engaño". De este modo, el no despejar un error (no causado por el omitente) podía ser suficiente, en principio, para configurar delito de estafa si existía el deber de informar, es decir, el deber de impedir una formación de voluntad errónea en la víctima.

En tal sentido, sostiene Rodríguez Devesa que: "El engaño puede... realizarse con palabras o con actos concluyentes, por un hacer activo o por una omisión (no sacar de error existiendo obligación de hacerlo)"<sup>40</sup>. Sin embargo, no resulta coherente Rodríguez Devesa en su fundamentación de la forma omisiva (consistente en *no sacar de error* existiendo obligación de hacerlo) con su definición de engaño como "simulación o disimulación capaz de *inducir* a error...". Difícilmente

se pueda *inducir* a error *no sacando* de un error ya existente. — Antón Oneca se expresa al respecto en forma similar: "Entendemos que, en efecto, es de aplicar aquí la doctrina general sobre las conductas omisivas y, conforme a nuestro criterio general en este tema, si bien no en todos los casos en que hubiere obligación de obrar puede el silencio ser considerado causa de la defraudación, hay ocasiones en que la acción y omisión son equivalentes en la valoración social de la conducta. Ejemplo: el cajero que, ante la confusión del parroquiano, recibe un precio mayor del debido"<sup>41</sup>.

No obstante, al respecto recuerda Quintano Ripollés que: "El aprovechamiento de errores ajenos no provocados, como el quedarse un comprador con la vuelta excesiva de dinero que se le entrega, o con las cosas a él no destinadas, constituye en nuestro Derecho infracción de hurto propio del nº 1º del art. 514, al menos conforme a una práctica judicial firmemente asentada"<sup>42</sup>. Y más adelante agrega: "Como es fácilmente comprensible, a dicha extensión del campo del hurto corresponde una correlativa restricción de la estafa, en el que se merman notoriamente las posibilidades de eficacia del engaño omisivo o de aprovechamiento de errores ajenos"<sup>43</sup>. De todos modos, cree que en algo se ha corregido este criterio jurisprudencial demasiado simplista, pues en la sentencia del 18/10/62, para excluir la estafa, se ha sostenido que no es suficiente el aprovecharse de errores objetivos, siendo menester su provocación por la conducta del reo. Quintano Ripollés estima, consecuente con su parecer, que el criterio de la producción del error, es el más digno de prevalecer.

En cuanto a los casos en que se ocultan defectos o vicios de las cosas vendidas, Quintano Ripollés considera que corres-

<sup>37</sup> Mir Puig, adiciones al § 59, en Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 875.

<sup>38</sup> Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, p. 244.

<sup>39</sup> Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, p. 244.

<sup>40</sup> Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte especial*, 8ª ed., p. 453.

<sup>41</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 8.

<sup>42</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 599.

<sup>43</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 599.

ponde aplicar los principios del Derecho civil sobre saneamiento y vicios redhibitorios<sup>44</sup>.

También Oliva García critica que la jurisprudencia española estime estos supuestos de aprovechamiento de error ya existente dentro de la figura del hurto, aunque entiende que ello se explica en la medida en que la idea jurisprudencial es que el error no puede preceder a la conducta<sup>45</sup>. Como acabamos de señalar, Oliva García no participa del criterio del Tribunal Supremo, pues sostiene que el mantener en error a otro, o el aprovechar el error ajeno son, en realidad, conductas activas. "En el primer supuesto, el agente procura tenazmente que el error se refuerce, para que las dudas del sujeto pasivo no vengán disipadas; en el segundo caso, el sujeto activo no influye para nada en el error, ya producido, se limita a aprovechar las consecuencias de ese error, provocando un acto de disposición nocivo para el perjudicado"<sup>46</sup>.

✕ En principio, no advertimos mayores diferencias entre el supuesto de mantener en error a otro y el de aprovechar un error ajeno. Pero además, no parece acertada la opinión de Oliva García en el sentido de que en ambos casos se trate de conductas activas. Intentaremos demostrarlo.

El primer supuesto —mantener en error a otro— para Oliva García significa el haber *reforzado* un error en la víctima. *Reforzar* es fortalecer una idea en el sujeto pasivo que, en realidad, ya era falsa. Bockelmann estima que basta con que se haya reforzado el error, para considerar que el sujeto activo ha logrado suscitar *algo más* que lo que ya existía<sup>47</sup>.

Tal vez en este orden de ideas Oliva García estime que se trata de una conducta activa.

Sin embargo, ese "algo más" que realiza el sujeto activo es irrelevante en cuanto a la tipicidad, desde que *el error ya*

<sup>44</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 605.

<sup>45</sup> Oliva García, *La estafa procesal*, p. 290.

<sup>46</sup> Oliva García, *La estafa procesal*, ps. 289 y 290 citando a Pedrazzi.

<sup>47</sup> Bockelmann, *Estafa por medio de silencio*, en "Cuadernos de la Universidad de Córdoba", n° 88.

*existía* en la víctima. En efecto, el error tiene que ser *causado* por una acción anterior al mismo, y si no lo *causa*, no habrá tipicidad. En este caso, el reforzar el error presupone que el error ya existía, por lo que las acciones de refuerzo *no han causado* el error.

✕ Por consiguiente, la única forma de fundamentar la responsabilidad penal consistirá en desplazar el objeto de la valoración jurídico-penal a la omisión de despejar el error productor del resultado, esto es, a la infracción del deber de garante. De modo que el autor será responsable por *omisión*, siempre y cuando tuviere el deber jurídico de evitar el resultado y lo quebrante.

Lo mismo puede sostenerse con respecto al segundo supuesto planteado por Oliva García: el aprovecharse del error ajeno. En esta hipótesis, tal vez idéntica a la anterior, tampoco advertimos una conducta activa; hay una utilización posterior de un error *ya existente* en la víctima, es decir, un error que en este caso tampoco ha producido el omitente y que aprovecha con su silencio.

Así, por ejemplo, el comprador que se queda con la vuelta excesiva de dinero que se le entrega por error, con su silencio está omitiendo sin que realice acción típica alguna. Se trata de un supuesto en que la omisión "engañosa" es *posterior* al error; y la omisión sólo puede ser típica en tanto se la pueda vincular como *anterior* con el error de la víctima. *De modo que la responsabilidad penal, también en este caso, sólo puede fundarse en que no se haya despejado el error, si existía el deber jurídico de hacerlo (posición de garante)*.

Por su parte, Rodríguez Ramos estima que en este caso no existe estafa por omisión<sup>48</sup>. Señala que: "No se aprecia la relación causal entre engaño, error y perjuicio, máxime si se considera que en la conducta juzgada el error del perjudicado

<sup>48</sup> Rodríguez Ramos, *Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indevido y abonado por error*, en "Cuadernos de Política Criminal", n° 18, p. 513 y siguientes.



es precedente al engaño del que recibe la cantidad (por lo que nunca podrá ser causa tal engaño del error en el que incurre el que entrega el dinero), y además, que no suele estimarse como engaño típico el mero silencio, esto es, la omisión de no sacar del error en el que previamente y sin intención del silenciante ha incurrido el luego perjudicado *tradens*<sup>49</sup>.

Y continúa diciendo: "Conviene insistir en estos aspectos —engaño por omisión y error previo no generado— porque cabría plantear como causalmente eficaz en régimen de comisión por omisión, así como equivalente al engaño positivo, el no develar la equivocación de otro que, precisamente por no descubrir a tiempo su aberración, sufre un perjuicio económico en beneficio del omitente"<sup>50</sup>.

Más adelante agrega: "...el error le es imputable a la víctima o a un tercero, y lo único que cabe reprochar al sujeto activo es el no haber destruido ese error no generado por él, ¿podría entonces hablarse de estafa? El silencio consiste entonces, como recuerda Pedrazzi, en un no impedir o no rectificar un error que, en esta hipótesis, es ajeno tanto a la voluntad como a la actuación anterior del *accipiens* de la cantidad. Pues bien, la respuesta debe ser negativa en base a la vigente legislación española y a la unánime interpretación jurisprudencial, pues en la estafa se requiere tanto el engaño preexistente al error y al perjuicio (aspecto cronológico) como que la conducta del beneficiario sea la causa del error y del perjuicio del sujeto pasivo del delito (aspecto etiológico)"<sup>51</sup>.

Bacigalupo se expresa de modo similar: "...cabría preguntarse por el problema del aprovechamiento de un error no causado por el sujeto activo. En principio no parece encon-

trar fundamento alguno que obligue a despejar errores que no se han producido por el sujeto con su omisión, y además la omisión sólo puede ser típica en tanto se la pueda relacionar, no digamos causalmente pues las omisiones no son causales, con el error de la víctima. Cuando el error ya se produjo antes que el silencio opere o tenga lugar, nos inclinamos por la falta de tipicidad"<sup>52</sup>.

Bockelmann<sup>53</sup> también piensa que la ley no sanciona al que no suprime un error preexistente. Si la no supresión fuera punible —dice— tendría que pensarse que "comete daño quien no repara un objeto cuya conservación debe garantizar, después que éste fue dañado no por él y sin que le pueda ser imputado no haber evitado el hecho".

Las objeciones de los citados autores, especialmente Rodríguez Ramos y Bacigalupo parecen muy lógicas, pero sin embargo no son del todo justificadas. Por una parte, es cierto que el error tiene que ser *causado* por una conducta anterior o precedente y, en este caso, el error ya existía. Por ello, también es cierto que la conducta activa no es típica, pero precisamente entonces —como ya lo hemos dicho— la única manera de fundamentar la responsabilidad penal reside en desplazar el objeto de la valoración jurídico-penal a la omisión.

Bajo qué presupuestos es posible una estafa mediante omisión es una cuestión muy discutida. Sin embargo, la opinión dominante en la doctrina alemana estima que cuando no se despeja un error ya existente, infringiendo su deber de garante, se comete estafa por omisión<sup>54</sup>. Como hemos visto en su lugar, en los delitos de omisión es necesario que quien omite sea garante para la evitación del resultado, o sea, por una especial posición de deber, debe responsabilizarse jurídi-

<sup>49</sup> Rodríguez Ramos, *Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error*, en "Cuadernos de Política Criminal", n° 18, p. 518.

<sup>50</sup> Rodríguez Ramos, *Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error*, en "Cuadernos de Política Criminal", n° 18, p. 519.

<sup>51</sup> Rodríguez Ramos, *Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error*, en "Cuadernos de Política Criminal", n° 18, ps. 519 a 520.

<sup>52</sup> Bacigalupo, *Insolvencia y delito*, ps. 58 a 59.

<sup>53</sup> Bockelmann, *Estafa por medio de silencio*, en "Cuadernos de la Universidad de Córdoba", n° 88, p. 136.

<sup>54</sup> Schönke - Schröder - Cramer, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, § 263, n° 21 y ss.; Lackner, *Strafgesetzbuch*, § 263, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, n° 52 y ss.; Maurach - Schroeder, *Besonderer Teil*, t. 1, p. 406 y siguientes.



camente para que el resultado no se produzca. Pero, además, la responsabilidad penal del "garante" también depende de si su omisión respecto de la evitación del resultado se corresponde con la realización activa del tipo penal. Sin duda, este requisito de "correspondencia" adquiere mayor significación en aquellos delitos que presuponen una determinada modalidad de acción, o sea, no se conforman con una causación cualquiera del resultado, sino que, como en la estafa, se describe con mayor número de datos en qué forma debe producirse el resultado.

Rodríguez Ramos fundamenta una posición contraria a la forma omisiva de comisión de la estafa en el supuesto de aprovechamiento de un error no causado por el omitente, y del desarrollo de su pensamiento se podría inferir que estima que la acción de engaño propia del delito de comisión no encontraría correspondencia cuando el autor no despeja un error ya existente.

Frente a ello se podría argumentar —recordando la hipótesis de Bockelmann— que en el delito de daño, por ejemplo, es aceptable que la acción no se corresponda con la omisión de reparar una cosa dañada. Sin embargo, el supuesto no es totalmente idéntico a la no eliminación de un error ya existente. En efecto, en el caso del delito de daño, el resultado lesivo del bien jurídico *ya tuvo lugar* y únicamente se omite la reparación, mientras que el elemento del engaño, en la estafa genérica, sólo se refiere a las modalidades de la acción. Es decir, en la no eliminación de un error existente aun puede estar vigente el que la disposición patrimonial y consiguiente lesión del bien jurídico no se produzcan. Por lo tanto, en este caso el autor omite también impedir la producción del daño amenazado<sup>55</sup>. La omisión consistiría, entonces, en *no despejar el error que hubiera evitado el resultado lesivo, cuando tenía el deber jurídico de hacerlo*.

<sup>55</sup> Rudolphi - Horn - Samson - Schreiber, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, t. II, § 263, n° 40.

De todos modos, resulta obvio aclarar que si el error y la disposición patrimonial se producen simultáneamente (como podría suceder en el caso del comprador que se queda con la vuelta excesiva de dinero que se le entrega equivocadamente) el perjuicio ya se ha producido y, por consiguiente, no existe ya ningún deber de evitar el resultado. Pero en los supuestos en que existe un espacio temporal entre el error y el perjuicio, y el omitente ha omitido despejar el error teniendo el deber jurídico de evitar el resultado, habrá estafa por omisión.

Quizá Rodríguez Ramos considere que el deber de garante reside en el deber de impedir el error, razón por la cual, en el supuesto analizado, como el error ya se había producido, no encuentre manera de fundamentar la comisión por omisión. Sin embargo, resulta sumamente dudoso que la posición de garante sea frente al error y no frente al bien jurídico que protege la norma, esto es, el patrimonio, el deber de *evitar la lesión patrimonial* motivada por el error.

#### B — JURISPRUDENCIA

En general, la jurisprudencia española no ha admitido ampliamente la comisión por omisión del delito de estafa.

1. — No comete estafa quien se aprovecha de la creencia errónea que el otro tiene de la propia solvencia, creencia no provocada.

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 9/2/84].

En muy pocos casos se han considerado determinadas omisiones como engaños suficientes para constituir el tipo de estafa. Por ejemplo, en la sentencia del 6 de diciembre de 1974 se calificó como estafa el no declarar el accidente, para cubrirlo, al suscribir el seguro<sup>56</sup>. Sin embargo, en forma más frecuente se admitió que existe engaño por omisión cuando se ocultan vicios o defectos de las cosas vendidas, o cuando se

<sup>56</sup> García Valdés, en Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, nota en la p. 600.

dispone de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, así como en algunos casos de "polizonaje".

Llegado el momento de su análisis y crítica, aun cuando en muchos casos se compartan sus soluciones, no ocurre lo mismo en cuanto a los fundamentos doctrinarios que sustentan desde que aparecen un tanto contradictorios. En la sentencia siguiente se dijo:

2. — El delito de estafa tipificado en el párr. 2º, art. 531 del Cód. Penal requiere para su existencia los siguientes elementos: a) un acto de disposición de una cosa mueble o inmueble, que no es necesario que se halle previamente en el patrimonio del disponente, ya que es válida la venta de cosa ajena, siempre que ésta exista realmente y el disponente no se finja dueño de la misma, pues entonces constituiría la figura contemplada en el párr. 1º del artículo citado; b) que la cosa haya sido transferida como libre, sin que se halle limitado o condicionado negocialmente o en su ejercicio por alguna carga o gravamen inherente a su misma naturaleza, que directamente la sujeta al cumplimiento de una obligación y que la siga en todo momento, con independencia de quien sea su poseedor; c) que el disponente conociera la existencia del gravamen, previamente a su transmisión, silenciándolo ante los adquirentes, para lograr con ello un lucro ilícito, lo que constituye la vertiente subjetiva de dicha figura, ya que el normal y común modo de actuar, *la buena fe, le imponían el deber de manifestar* la citada limitación del derecho de disponer, puesto que al no hacerlo así originó un engaño o error en el *accipiens*, que no tenía por qué presumir tal limitación, cometiendo el delito por omisión, al no realizar la conducta esperada cuando tenía la obligación jurídica de hacerlo....

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 23/6/81].

Como se puede advertir, en esta sentencia el Tribunal Supremo ha exigido como fundamento de la responsabilidad por omisión, la posición de garante en el omitente, cuya fuente sería la buena fe, al decir: "El normal y común modo de actuar, la buena fe, le imponían el deber de manifestar...". Llama la atención que el Tribunal haya recurrido a un fundamento del deber de actuar tan amplio y poco preciso como es la buena fe, cuando en realidad, en este caso, es la propia ley que impone el mandato de acción. En efecto, a nuestro juicio,

el art. 531 del Cód. Penal español de 1973 *es simplemente un mandato de acción que impone el deber de informar, pero no se trata de un tipo penal*. Este mandato de acción define la situación en la cual el enajenante, el arrendador o el que grava un bien está puesto como garante para evitar el error del adquirente, el arrendatario o el acreedor que se garantiza. La infracción de este deber de informar establecido por la ley, unido a los demás requisitos que el tipo de estafa exige, determina su punición en los términos del art. 528 como estafa genérica. De manera, entonces, que el art. 531 constituye la definición legal de los presupuestos en que el omitente es garante en relación a la evitación del perjuicio del art. 528 del Cód. Penal español de 1973. Por consiguiente, no había razón alguna para que el Tribunal fundara la posición de garante en una fuente tan poco aceptada y discutida justamente por su imprecisión. En otra sentencia se sostuvo que:

3. — La modalidad de la defraudación mediante el gravamen que pueden generar las cosas, reclama para su vigencia los requisitos siguientes: a) En cuanto a la dinámica de la acción delictiva, el que se capte una actividad de disposición de cosa tanto mueble como inmueble que se encuentre gravada, como carga que ha de responder directamente del que resulte titular dominial de la cosa; b) que esta actividad de disposición esté revestida del engaño, *consistente en manifestar* al sujeto pasivo del delito que la cosa esté libre sin serlo, y además que aparezca el ánimo de defraudarle, con lo que aparece el elemento tendencial como elemento subjetivo de lo injusto; y c) que con esta manera de proceder se produzca un daño o perjuicio patrimonial en la persona que figura como adquirente de la cosa objeto de disposición, producido de acuerdo con la norma reguladora del tráfico jurídico, y del que se deriva la posibilidad de captar la existencia de un lucro ilícito.

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 3/3/83].

De la simple lectura de esta sentencia, pareciera que el Tribunal ha entendido que se trata de un supuesto de acción consistente en *manifestar* al sujeto pasivo que la cosa estaba libre sin serlo. En efecto, inmediatamente se agrega:

4. — El hecho de vender seis viviendas haciendo constar en la escritura pública, que se hayan libres de cargas y gravámenes bajo

la responsabilidad del vendedor, siendo la realidad que sobre la totalidad del edificio existía una hipoteca, constituye el delito de estafa del citado art. 531, párr. 2°.

[*Tribunal Supremo Español, sentencia del 3/3/83*].

Como puede observarse, aquí se trata de un simple engaño omisivo que permitía calificar los hechos como *estafa genérica*. Sólo en la hipótesis en que el engaño se hubiere cometido omisivamente —simplemente silenciando el gravamen— se debería recurrir al art. 531 del Cód. Penal español de 1973 que permite fundar la posición de garante necesaria en los supuestos de comisión por omisión.

En cambio, se consideró que había omisión en la sentencia siguiente:

5. — Para la concurrencia de la estafa tipificada en el párr. 2°, art. 531 del Cód. Penal español de 1973, es preciso: 1) que se enajene, traslativa o constitutivamente, una cosa mueble o inmueble; 2) que la enajenación sea efectuada por el dueño de la misma, es decir, que se trate de cosa propia; 3) que el citado bien estuviera gravado con anterioridad a la enajenación, siendo oportuno subrayar que no sirviendo por su excesiva amplitud la acepción gramatical de “gravamen” como “carga, impuesto, servidumbre u obligación que pesa sobre alguna persona o cosa”, es preciso acudir a lo declarado por este Tribunal en sentencia del 22 de mayo de 1953, la cual expuso que, para que una cosa se entienda gravada, es menester que real y jurídicamente lo esté, de modo que pese sobre ella una carga impuesta en forma legal adecuada para garantizar la efectividad de determinada obligación, habiendo añadido la jurisprudencia de este Tribunal que son gravámenes a los efectos que nos ocupan, la prenda, la hipoteca, la anticresis, la anotación preventiva, el embargo judicial, las prohibiciones de enajenar y hasta garantías de carácter personal, si bien modernamente se sostiene que lo deseable sería que sólo se entendieran como gravámenes los de naturaleza real; 4) engaño, porque el enajenante actúa a sabiendas de la existencia del gravamen, haciendo caso omiso de él, sin licencia del titular del mismo y *silenciando u ocultando* al adquirente la existencia y vigencia del referido gravamen; 5) perjuicio patrimonial, el cual puede recaer bien en la persona titular del gravamen que ve burlada la garantía que éste suponía, con mengua de sus derechos, bien la del adquirente, el cual ignorando que la cosa se hallaba gravada celebra un contrato que de otra forma no se hubiera perfeccionado o paga un precio superior...; 6)

ánimo de lucro en el agente, consistente en cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta, incluso hecha de los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia.

[*Tribunal Supremo Español, sentencia del 4/2/83*].

6. — La modalidad especial de estafa tipificada en el art. 531, inc. 2° del Cód. Penal, exige como requisitos básicos el engaño y la defraudación. El engaño específico consiste en que el sujeto activo del delito conozca la existencia de un gravamen sobre la cosa mueble o inmueble y *lo oculte maliciosamente*, provocando un error en el adquirente de la misma, sufriendo así un perjuicio patrimonial cierto, conocido y precisado con más o menos exactitud en el orden cuantitativo.

[*Tribunal Supremo Español, sentencia del 1/3/83*].

Si bien en estos dos últimos casos analizados, el Tribunal consideró que el engaño era omisivo —silenciando u ocultando— en ningún momento se hizo referencia a la posición de garante ni se mencionó fuente alguna del deber de actuar. Tampoco cabe imaginar que el Tribunal haya pensado en un delito de omisión propio, desde que está exigiendo entre sus elementos un perjuicio o daño patrimonial. Y en los delitos de pura omisión no hay resultado de daño alguno. Al respecto, Maurach ha señalado: “Se agotan en la no ejecución de la actividad ordenada por la norma... El injusto de los propios delitos de omisión se presentan como pura desobediencia frente a las normas”<sup>57</sup>.

Por consiguiente, si no resulta posible que el art. 531 del Cód. Penal español de 1973 se trate de un tipo penal imperativo, sólo encontramos como autónomo un determinado mandato de acción que el Tribunal ha omitido considerar.

La jurisprudencia asimismo ha considerado casos de “polizonaje” como supuestos de forma omisiva. Así, se dijo:

7. — Si bien es cierto que el dolo en la estafa se caracteriza por una manipulación o maquinación engañosa con entidad suficiente

<sup>57</sup> Maurach, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 262.

para producir la operatividad del traspaso patrimonial, se puede manifestar que éste al principio es susceptible de tener un carácter omisivo del que se deduce cierta nota de positividad, como es el aprovecharse de aquellas circunstancias que concurren en determinadas actividades, en cuanto que el ejercicio de éstas puede llevar implícitamente el contenido de la maquinación insidiosa causante del perjuicio.

El perjuicio y el beneficio económico han de ser determinados o susceptibles de determinarse sobre fundamentos reales o fijos, y no sobre supuestos inexistentes o hipotéticos.

El hecho de introducirse, sin autorización alguna, en un vehículo de motor que se transportaba en una plataforma del tren expreso Bilbao-Barcelona, y trasladarse desde una estación de ferrocarril a otra, lleva consigo la *omisión de no sacar el billete* que exige el transporte de la persona, implicando un prevalimiento amparado en la facilidad que presenta la utilización del transporte, burlando la vigilancia de la policía de ferrocarriles, y da lugar al denominado en otras legislaciones delito de polizonaje, tratado en nuestra jurisprudencia como infracción originadora de la estafa".

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 15/7/81].

Al estudiar el error, analizaremos este supuesto con mayor detenimiento. Pero ya merece señalarse que la omisión de comprar el billete no constituye el engaño típico que genera el error en el sujeto pasivo. El error se debe derivar de las falsas apariencias presentadas por el sujeto activo implícitas en su conducta y *no constituir una simple inexactitud de juicio del sujeto pasivo fundado en un total desconocimiento o ignorancia*.

El Tribunal parece sostener que en la conducta del sujeto activo, de carácter omisivo, existe una acción concluyente, al decir "que se deduce cierta nota de positividad". Al respecto, podemos recordar que por acción concluyente se entiende "un determinado hacer positivo, el cual admite una declaración determinada"<sup>58</sup>. O como dice Antón Oneca, es la "acción que de un modo implícito, lleva consigo la afirmación falsa de un hecho"<sup>59</sup>. Cuando el uso de la vida diaria interpreta una ac-

<sup>58</sup> Mezger, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte especial*, p. 242.

<sup>59</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 8.

ción como expresiva de una declaración, que el autor no realiza verbalmente ni por escrito, estamos en presencia de una acción concluyente constitutiva del engaño del delito de estafa, si del comportamiento del autor se desprende la afirmación de un hecho falso.

Pero en el caso juzgado, el viajero no ha efectuado ni siquiera una acción concluyente que pueda inducir a engaño a los inspectores de ferrocarril, dado que al viajar oculto en un vehículo que se transportaba en una plataforma del tren no hace en forma implícita ninguna afirmación que pueda derivarse de su comportamiento. La presencia oculta del polizonte ha tornado falso el juicio de los inspectores del ferrocarril en la medida en que no se habían formado idea alguna sobre su presencia, pero no ha determinado un error. El juicio del inspector, sin ninguna duda es falso, pero no por error originado por engaño, sino por una ignorancia total de los hechos sucedidos. No obstante —como oportunamente veremos— el supuesto es muy discutido en la doctrina, pero a nuestro juicio no existe en el caso engaño alguno capaz de producir error en el sujeto pasivo.

También el Tribunal parece admitir —aunque no expresamente— la existencia de una acción concluyente al señalar entonces que:

8. — Los elementos que caracterizan al delito de estafa son: a) una maquinación insidiosa constitutiva del engaño operativo del traspaso patrimonial, susceptible de realizarse, no solamente por acción, sino también mediante *omisión de la que se deduzca cierta nota o carácter de positividad*, en cuanto que al mismo tiempo que se ocultan ciertos condicionamientos, por parte del sujeto activo de la infracción delictiva, existe el aprovechamiento de la concurrencia de determinadas circunstancias que las exigencias del tráfico jurídico da por supuestos...".

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 9/10/81].

Finalmente, en los supuestos de aprovechamiento de un error no creado por el omitente —casos de apoderamiento de dinero abonado por error— el Tribunal Supremo se ha manifestado contrario a admitir la estafa por omisión. No comete estafa quien se aprovecha de la creencia errónea que el otro

tiene de la propia solvencia, creencia no provocada (sentencia del 9 de febrero de 1984).

Así, se ha considerado que se trata de un hurto propio en las sentencias del 23 de marzo de 1968, 15 de diciembre de 1971 y 10 de octubre de 1979. Se estimó apropiación indebida en la sentencia del 3 de julio de 1956. En cambio, en la sentencia del 23 de febrero de 1945 se consideró concurso de hurto, estafa y apropiación indebida. También se optó por la absolución, por considerarse que se trataba de un injusto civil, en la sentencia del 23 de marzo de 1970<sup>60</sup>.

### 3 — El engaño por omisión en el Derecho argentino

#### A — DOCTRINA

La circunstancia de que el art. 172 del Cód. Penal argentino no equipare expresamente el inducir a error al mantenimiento en él, ha determinado que, en general, la doctrina argentina se muestre confusa y dubitativa en los casos de estafa por comisión por omisión.

En este sentido, expresa Soler<sup>61</sup>: "Del examen complejo de estas disposiciones se deduce que para constituir ardid se requiere el *despliegue intencional de alguna actividad*, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante". Y más adelante agrega asimismo, citando a Frank: "El mantenimiento de un error preexistente que no importe un *hacer positivo* de ocultación de hechos verdaderos capaces de descubrirlo, no importa estafa. Se requiere *opressio veritatis*. El comerciante que no le dice al cliente que determinada cosa carece de las virtudes que el comprador supone y paga, no estafa"<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Estos casos jurisprudenciales han sido exhaustivamente clasificados y analizados por Rodríguez Ramos en *Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error*, en "Cuadernos de Política Criminal", n° 18, p. 513 y siguientes.

<sup>61</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 304.

<sup>62</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 322 y siguientes.

Finalmente, concluye sosteniendo: "El problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso positivo (*facta concludentia*), o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad...". Y en seguida agrega: "A ese fin no basta que medie una obligación moral o caballeresca; debe tratarse de una obligación jurídica estrictamente determinable como tal, cuestión que depende del examen particular de cada situación, por ej., art. 173. inc. 9°"<sup>63</sup>. Es evidente que el citado autor no ha advertido que ninguno de los dos supuestos por él planteados constituyen hipótesis de estafa *por comisión por omisión*, puesto que en el primero de los casos se trataría de una estafa mediante *actos concluyentes*, esto es, verdaderas acciones, y en el segundo —como el del art. 173, inc. 9°—, estafas por *omisión pura*, en que el sujeto está infringiendo un mandato de acción.

También Finzi<sup>64</sup>, citando a Soler, sigue idéntico criterio, por cuanto le caben las mismas objeciones.

Por su parte, Spolansky<sup>65</sup> se muestra contradictorio, por lo que resulta difícil determinar su posición en el tema. Comienza diciendo que "mantener, esto es, permanecer indiferente frente a un error ya *existente* en la víctima, no reforzado ni producido, no es adecuado al tipo del art. 172 del Cód. Penal. Esta figura no castiga 'no suprimir', sino suscitar un error por engaño"<sup>66</sup>. Y luego continúa: "El aprovechamiento de un error ajeno no es típico. Aquí se utiliza un error *preexistente*, no se lo crea ni refuerza"<sup>67</sup>. Sin embargo, luego dice: "Un engaño o ardid puede también ejecutarse a través de una omisión (silencio)"<sup>68</sup>. Y luego de explicar en forma más o menos extensa los delitos de comisión por omisión, concluye afirmando: "...en los casos de omisión en que se castiga por el

<sup>63</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 306.

<sup>64</sup> Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 48.

<sup>65</sup> Spolansky, *La estafa y el silencio*, p. 66 y siguientes.

<sup>66</sup> Spolansky, *La estafa y el silencio*, p. 66.

<sup>67</sup> Spolansky, *La estafa y el silencio*, p. 67.

<sup>68</sup> Spolansky, *La estafa y el silencio*, p. 67.

resultado producido (comisión por omisión), es preciso, amén de la determinación del nexos causal, la existencia de un *deber especial* que emplace al sujeto como garante de que el resultado no se ha de producir. *En los casos de inactividad la prohibición precisa, para poder ser 'juzgada' dicha inactividad, de un deber especial de actuar de otra manera.* Esta argumentación está destinada a rechazar la tesis según la cual en la estafa la conducta prohibida está descripta en forma *activa*. Las razones presentadas permiten negar esta idea ya que, si aquello fuera cierto, los sujetos sancionados por comisión por omisión lo serían violándose el principio de tipicidad. En realidad se castigaría *no* por la conducta del tipo (engaño-conducta activa) sino por una que es equivalente<sup>69</sup>.

Pero no obstante lo señalado, Spolansky concluye, citando a Bockelmann<sup>70</sup>: "La ley no sanciona al que no suprime un error preexistente. El silencio puede ser punible cuando con él se engaña, no cuando nada agrega a los hechos. Si la no supresión fuera punible, tendría que pensarse que comete daño quien no repara un objeto cuya conservación debe garantizar, después que éste fue dañado aunque no por él, y sin que le pueda ser imputado no haber evitado el hecho".

Creemos ya haber aclarado debidamente, en otro lugar, la falsedad del ejemplo de Bockelmann y repetido ahora por Spolansky.

En los delitos de comisión por omisión, el sujeto deberá tener posición de garante, esto es, el deber de evitar el resultado lesivo del bien jurídico, y en el ejemplo del daño, a diferencia de la estafa, el resultado *ya se ha producido*, por lo que el sujeto nada puede hacer para impedirlo. En la estafa, en cambio, la no eliminación de un error existente en el sujeto pasivo puede determinar que la disposición patrimonial y consiguiente lesión del patrimonio todavía se produzcan. Por consiguiente, en tal caso, el autor con su silencio omite impedir la producción del daño. De modo que la omisión consisti-

<sup>69</sup> Spolansky, *La estafa y el silencio*, p. 70 y siguientes.

<sup>70</sup> Spolansky, *La estafa y el silencio*, p. 73.

ría en no despejar el error que hubiera evitado el resultado dañoso, cuando el sujeto tenía el deber jurídico de hacerlo.

Más recientemente, Rojas Pellerano<sup>71</sup> muestra aun una mayor confusión en este tema. Nos dice al respecto: "El presunto estafador no hace ni dice nada, ciñéndose a convertir en su provecho lo recibido del sujeto pasivo, para cuya acción no ha necesitado valerse de falsedad alguna. Es lógico, por ende, que al faltar este elemento esencial del engaño, aun cuando exista error del perjudicado, su obrar no es estafa, por no integrarse debidamente al medio requerido por el art. 172 del Cód. Penal"<sup>72</sup>.

Luego de una resumida y equivocada interpretación del Derecho alemán en este tema, termina diciendo: "En conclusión, en el aprovechamiento de un error ajeno, como medio obtensivo de un beneficio, causando a su vez un perjuicio patrimonial, no se da la figura de la estafa, si bien, claro está, el sujeto es punible, reunidas sus condiciones, conforme al art. 175, inc. 2º del Cód. Penal"<sup>73</sup>.

Pero el supuesto del art. 175, inc. 2º del Cód. Penal nada tiene que ver con la estafa por comisión por omisión, puesto que el legislador al decir: "*El que se apropiare una cosa ajena, a consecuencia de un error o de un caso fortuito*" está configurando un *tipo de apropiación*, elemento este último que no integra la figura de la estafa que sólo requiere la producción de un daño patrimonial.

Más adelante, haciendo referencia al Derecho alemán y al "deber de informar" o "posición de garante", el citado autor nos dice: "Nosotros pensamos que esas fórmulas no deben fundamentar la causación omisiva y que sólo pueden ser usadas como reglas prácticas para solucionar los casos concretos, por lo mismo no son necesarias en nuestra ley. También afirmamos que es indiferente que el error haya surgido en la actitud asumida por la víctima o inducida por el autor (sujeto

<sup>71</sup> Rojas Pellerano, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, p. 73.

<sup>72</sup> Rojas Pellerano, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, p. 73.

<sup>73</sup> Rojas Pellerano, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, p. 174.

activo). Lo que importa es que se defraude con engaño. En los casos típicos es claro observar la concatenación causal de que habla la doctrina: engaño que provoca el error, error que produce la disposición patrimonial y que finaliza en el perjuicio patrimonial. Para nosotros, el engaño simple implica un resultado —una falsedad y un error—; es decir, que el error integra el engaño, pero nada se opone a que el error preceda al engaño, porque siempre habrá error y falsedad y *nuestra fórmula legal no exige la inducción a error*".

De este modo, no resulta claro si, para este autor, el aprovechamiento de un error —un error preexistente— constituye el delito del art. 175, inc. 2º del Cód. Penal, o una estafa por omisión fundamentada de tan extraña manera a como lo hace.

Sclamento Núñez<sup>74</sup> resuelve estos casos de estafa por comisión por omisión con suma claridad, expresando: "El ardid o engaño puede realizarse por acciones u omisiones. El segundo modo involucra el problema del *silencio* como engaño. La idea de que el engaño debe ser activo ha conducido entre nosotros a negar que el *silencio* pueda constituirlo. La tesis se funda de *lege lata*, en que la ley enumera 'medios positivos', o en que al decir 'valiéndose de cualquier otro ardid o engaño', indica una actividad. El art. 172 no hace, sin embargo, una enumeración de 'medios positivos' que se oponga a que esos engaños especiales se puedan realizar usándose actos positivos (ardidosos o simplemente engañosos) o valiéndose de conductas negativas (engaños de esa índole). Más aún, si fuera exacto que esos engaños especiales sólo pudieran realizarse por actos positivos, no habría razón para exigir lo mismo respecto de los fraudes comprendidos en el concepto genérico de 'cualquier otro ardid o engaño', pues su generalidad no le pone límites a la naturaleza de los fraudes que comprende. El *silencio* engañoso representa aquí un caso de comisión de una estafa por omisión, y a su respecto rigen las reglas pertinentes. Por lo tanto, sólo si el silencio, que ha causa-

<sup>74</sup> Núñez, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. V, p. 30.

do el error, implica una violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla, puede imputarse a título de engaño defraudatorio. Ese deber puede surgir de la ley, de una convención o de un hecho precedente<sup>75</sup>.

Sin embargo, al decir "...el silencio, *que ha causado el error...*" parecería no comprender en esta solución los supuestos de mantenimiento de un error preexistente. Ni tampoco nos dice cómo solucionaría estos verdaderos casos de comisión por omisión.

#### B — JURISPRUDENCIA

En general, puede decirse que la jurisprudencia argentina no admite el silencio como medio de comisión del delito de estafa. En el supuesto caso en que la víctima tenga una falsa representación de la verdad, y que el agente guarde silencio, no despejando el error, se considera a esta conducta no punible. En este sentido puede citarse el caso "Tesoriero, B.", 12 de agosto de 1927, en el que la Cámara del Crimen de la Capital, por el voto de los doctores Ortiz de Rozas, Oribe y Ramos y con la disidencia de los doctores Ramos Mejía y Luna Olmos, sostuvo que el ardid o engaño que la ley exige para la existencia del delito de estafa debe ser un acto positivo tendiente a defraudar, por lo que si el engaño ha estado en la mente del supuesto defraudado con anterioridad al hecho que se imputa al procesado y éste, guardando silencio, no lo saca de su error, no hay estafa. Se trataba de un caso en que a un sujeto, creyéndosele miembro de una sociedad comercial con acreditada solvencia en plaza se le descontaron documentos que no pudieron ser luego abonados por no tener el firmante provisión de fondos ni autorización para girar en descubierto. El voto de la mayoría se fundó en que el imputado no invocó la calidad de socio, habiéndose limitado a no sacar de su error a los tomadores de los cheques. El voto de la minoría calificó el hecho como estafas reiteradas.

<sup>75</sup> Núñez, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. V, p. 300 y siguientes.



Tampoco se admite el silencio como medio para inducir a error a la víctima, fundándose en que todos los supuestos de engaño descritos en el art. 172 del Cód. Penal implican un hacer activo. Así, se ha señalado:

1. — Aun consintiendo que en determinadas condiciones el silencio o la reticencia es una manera de deformar la verdad encerrando en consecuencia, la configuración de un ardid, la mención de la existencia de una hipoteca excluye ese requisito esencial del delito al advertir adecuadamente al comprador de posibles obstrucciones al traspaso del dominio con tiempo suficiente para su correcta y plena verificación; convirtiéndose el supuesto de autos donde se omitió informar sobre la existencia de un embargo en un caso de incumplimiento contractual a demandarse exclusivamente en sede civil y ajeno al ámbito penal —*del voto en disidencia parcial del doctor Rivarola*—.

[CNCrim. y Corr., Sala I, 31/7/89, "Trotta, Jorge A.", JA, 1990-II-369].

2. — Configura estafa la conducta de quien promete en venta un automotor sin tener en su poder el "formulario 08" del titular dominial, sabiendo que ese acto no podría llevarse a cabo y recibiendo una contraprestación a cambio, siendo eficaz como ardid el silencio guardado sobre tales circunstancias por el vendedor, porque en este caso él se posiciona como garante, siendo su obligación decir la verdad.

[CNCrim. y Corr., Sala I, 22/6/95, "Marchisella, Rodolfo"<sup>76</sup>, LL, 1996-C-309; DJ, 1996-2-144].

3. — Configura el delito de estafa el accionar de los imputados, que suscribieron un boleto de compraventa respecto de un inmueble, sin hacer mención de la existencia de un gravamen hipotecario que impidió la transferencia del dominio y la perfección de la venta, pues el ardid quedó configurado tanto por el silencio que se mantuvo sobre la existencia del gravamen hipotecario, ante el deber de lealtad ínsito en la operación de informar debidamente a los interesados en la adquisición sobre la situación del inmueble, como por la presencia de un abogado, que actuó durante las tratativas, redacción y suscripción del boleto, otorgando toda la aparien-

<sup>76</sup> Ver en Apéndice, p. 371.

cia de seriedad que era imprescindible para que las víctimas cayeran en el error, en que efectivamente incurrieron.

[CNCrim. y Corr., Sala I, 28/2/92, "C., J. L.", RepED, 26-745].

4. — Configura el delito de estafa (art. 172, Cód. Penal), el accionar del imputado que suscribió un contrato de transporte para trasladar a un contingente de estudiantes que sabía que no podía cumplirlo, teniendo conciencia un mes antes de la fecha del viaje de tal imposibilidad, y sin embargo percibió en dos oportunidades la totalidad del precio, cuando debió recibir el cincuenta por ciento restante no sólo no aceptarla, sino devolver lo percibido. Tanto su impostura empresarial, como su silencio respecto a la real situación, constituyen una maniobra ardidosa generadora de contraprestaciones que el contratista cumplió en la creencia de tratar con quien no lo engañaba. Tal ardid y tal contraprestación determinaron el perjuicio patrimonial sufrido por el damnificado (*de la mayoría en orden a la calificación legal*).

[CNCrim. y Corr., Sala I, 31/7/91, "C., R. E.", RepED, 26-746].

5. — Configura el delito de estafa la acción de quien alquiló una finca a pesar de existir, respecto de la misma, una orden judicial de no innovar decretada en juicio civil y de la que había sido debidamente notificado aquél, lo que ocasionó el desalojo y el lanzamiento del inquilino.

[CNCrim. y Corr., Sala V, 15/6/65, "Núñez Cortez, Miguel", JA, 1966-I-569].

Pero, en realidad, este último caso se trataría de un delito de pura omisión del art. 173, inc. 9°, en que el sujeto incumple un mandato de acción.

Igualmente, se consideraron estafa los casos en que el autor guardó silencio sobre un gravamen que pesaba sobre un bien objeto de transacción.

6. — El silencio con respecto a la existencia de un gravamen sobre el inmueble objeto de la transacción constituye ardid apto para lograr el consentimiento de la contraparte, configurándose así el delito de estafa.

[CNCrim. y Corr., Sala IV, 6/4/93, "Facio, Rodolfo H.", JA, 1995-II, síntesis].



7. — El vendedor que omitió informar que el bien objeto de la transmisión se encontraba embargado — omisión voluntaria dado que, por el contrario, sí dijo que el bien se encontraba hipotecado — incurre en el delito de estafa puesto que, ocultando un dato que estaba obligado a dar consigue que la víctima le entregue el dinero constituyendo el daño patrimonial de la figura.

[CNCrim. y Corr., Sala I, 31/7/89, "Trotta, Jorge A.", JA, 1990. II-369].

## § 19. LA ENTIDAD DEL ENGAÑO

### a — Introducción

La cuestión de la entidad del engaño ha dividido siempre las opiniones de los tratadistas. Según un primer punto de vista, puede sostenerse que el engaño se deberá medir con *cómputos objetivamente cuantitativos*, esto es, antes de considerar si el autor produjo o no el error. En tal sentido, se sostiene que no basta para la configuración del engaño que se realicen "simples afirmaciones que no pueden tener en sí valor coactivo alguno sobre las facultades de la víctima. Por ejemplo, el vendedor asegura mentirosamente que el objeto que vende es de oro"<sup>77</sup>, sino que será necesario recurrir a algún aparato exterior "que haga pensar, casi necesariamente, en la existencia de lo que se declara falsamente"<sup>78</sup>. Por ejemplo, el vendedor agrega al objeto de vil metal el sello correspondiente al oro y metales preciosos.

Según esta concepción objetiva de la entidad del engaño, el primer supuesto (consistente en meras afirmaciones falsas sin valor engañoso, abstractamente considerado) sería impune porque, en realidad, la víctima misma es la que "ha caído" en el engaño. En cambio, la segunda hipótesis sería punible porque el engaño tiene una entidad tal que es posible afirmar que realmente *provocó el error*<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 38.

<sup>78</sup> Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 38.

<sup>79</sup> Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 38.

En el fondo éstos son los fundamentos de la llamada por los franceses teoría de la *mise en scène*, que tiene su origen en el Código francés donde se habla de *maniobras fraudulentas*, y que permite entender la expresión *maniobras* como la "obra de las manos", lo cual, significaría algo constructivo y, por ende, un hacer positivo. De ahí que sólo se sancionan los fraudes confirmados por manifestaciones exteriores, por maquinaciones, ardides, estratagemas, etc., es decir, por una verdadera puesta en escena que torne más verosímil lo falaz. Ello determinó que, según este criterio, la estafa por omisión resulte especialmente problemática, aunque en realidad, la posibilidad de comisión omisiva no tendría por qué ser más dificultosa en la estafa que en el homicidio, por ejemplo, ya que en todos los casos los delitos de comisión por omisión *no están expresamente tipificados*<sup>80</sup>.

Iguales dificultades se presentan con la simple mentira, pues no sería delito ya que no se debe creer sólo en la palabra de otro<sup>81</sup>. "Lo que la ley proscribiera es una maquinación, esto es, la combinación de hechos, el arreglo de estratagemas, la organización de ardides, en una palabra, una *mise en scène* que tiene por fin dar crédito a la mentira y está destinada a engañar a terceros"<sup>82</sup>.

Esta manera de presentar la cuestión en el Derecho francés fue seguida en Italia por Carrara, quien sostuvo que para que exista estafa "se requiere algo material, una especie de aparato escénico, una *mise en scène*, un hecho externo o la intervención de una tercera persona que da crédito a las palabras... ya que ...el sólo discurso por elocuente, estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas... no es artificio"<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. Welzel, *Lehrbuch*; Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*.

<sup>81</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 5.

<sup>82</sup> Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 5.

<sup>83</sup> Carrara, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, § 2344.

Frente a esta posición objetiva, la teoría *subjetiva* o de la *idoneidad* ha sostenido, en cambio, que es suficiente *cualquier* engaño si produjo el error en la víctima. Es decir, el engaño se mide en relación a su *eficacia operativa individual* con relación al caso concreto<sup>84</sup>.

Los seguidores de esta segunda posición estimaron que, en realidad, lo falaz de la teoría objetiva al interpretar la entidad del engaño, ha radicado en no advertir que el delito de estafa se configura a través de un engaño que *suscita* un error en la víctima. Es decir, que es preciso considerar la conducta engañosa del autor en íntima relación con el error producido en la víctima en el caso concreto. Para ello, basta con *cualquier* engaño siempre que produzca error en el sujeto pasivo. Por esta razón, rechazan el criterio objetivo que trata de establecer pautas generales objetivas, según la forma de exteriorización, para determinar qué conductas del sujeto activo constituyen *en sí mismas* engaño. Sostienen que en la estafa no se castiga el engaño en sí, sino el injusto daño económico que ocasiona. Por lo tanto, "no interesa, desde el punto de vista jurídico, que el error se haya logrado con medios refinados o con medios simples, si ese error se utiliza para producir daño ajeno. Una vez más: el artificio que el autor ha empleado es, jurídicamente, del todo irrelevante. El artificio que induce dolosamente a otro a error puede ser incluso una simple mentira (que no tiene significación penal alguna) o el silencio cuando existe el deber jurídico de hablar"<sup>85</sup>.

### b — La entidad del engaño en el Derecho español

#### A — DOCTRINA

Quintano Ripollés señala que nunca la doctrina española se preocupó demasiado por la cuantía del engaño<sup>86</sup>, tal vez

<sup>84</sup> Ver Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 590.

<sup>85</sup> Finzi, *La estafa y otros fraudes*, p. 38.

<sup>86</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 592.

porque "pudiera pensarse que lo cuantitativo es irrelevante en el engaño, y lo es, en cierto modo, siempre y cuando que resulte idóneo al fin delictivo propuesto, la obtención del lucro ilícito a través del perjuicio ajeno"<sup>87</sup>. Y continúa diciendo: "El dato fáctico de la idoneidad, es por su practicismo el de más general aceptación en la doctrina —y sobre todo— en la *praxis*"<sup>88</sup>. Sin embargo, según Quintano Ripollés, el atenerse a la idoneidad del engaño ante el caso concreto, "no resuelve los problemas en los supuestos de efectiva ineficacia"<sup>89</sup>.

"La tesis no puede volverse por pasiva, para afirmar que el engaño inidóneo deja de constituir estafa, lo que valdría tanto como denegar en este delito las posibilidades de ejecución imperfecta, de tentativa o frustración, lo que a todas luces sería excesivo aunque en rigor respondiese a un raciocinio de estricta lógica. Lo que sucede —continúa diciendo— es que, ante tales eventos de ineficacia, falla el criterio y hay que acudir al más arduo y relativo de la idoneidad en abstracto. Que se traduce en la operación imaginaria de decidir si el engaño utilizado sin éxito hubiera servido para mover eventualmente la voluntad del destinatario... lo que es factible, aunque quedare sin precisar la persona del presunto sujeto pasivo; todo ello, como se ve, extremadamente hipotético, y habría que acudir a la ficción civilista del 'buen padre de familia' u otras análogas"<sup>90</sup>.

Como puede inferirse de lo expresado, Quintano Ripollés parece, en principio, rechazar la teoría de la cantidad objetiva del engaño, participando del llamado criterio de la idoneidad. Sin embargo, con la sagacidad que lo caracteriza en toda su obra, pronto nos advierte de los problemas que la teoría de la idoneidad del error no resuelve. No obstante, no resulta

<sup>87</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 591.

<sup>88</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 591.

<sup>89</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 595.

<sup>90</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 595.

demasiado claro cuál es el criterio que definitivamente decide adoptar, apareciendo su postura como un tanto contradictoria. En efecto, si bien en un principio parece seguir la doctrina dominante de la idoneidad del engaño en el caso concreto, demuestra luego su ineficacia con respecto a los delitos de ejecución imperfecta, pareciendo entonces recurrir a la *idoneidad del engaño en abstracto*, aunque más adelante, al señalar que deberá tenerse en cuenta el engaño con relación a la persona, la situación de lugar y tiempo “en íntima correlación con las coyunturas sociales de usos y costumbres”<sup>91</sup>, pareciera volver a la teoría de la idoneidad en el caso concreto. Este punto de vista se confirmaría entonces al decir: “no veo mayor dificultad en extensiones a lo mendaz y omisivo, a condición, naturalmente, de acreditarse su eficacia, y que se concreten las tipicidades respectivas”<sup>92</sup>, con lo que, obviamente, no dice nada.

Es evidente que para esta posición de la idoneidad del engaño medida por su efecto en el sujeto pasivo, la cuestión de las características de la situación y de la persona víctima del caso son de suma importancia, ya que no se trata de establecer una pauta de diligencia o cuidado válida para todos, o conforme al hombre medio, sino considerando la personalidad de la víctima concreta. Por consiguiente, para determinar la idoneidad del ardid, habrá que valorar la calidad personal y cultural del sujeto pasivo concreto, por cuanto *no existe para ello un criterio absoluto y apriorístico*. Esa idoneidad se ha de establecer en cada caso con relación a la mentalidad y condiciones personales de la víctima concreta, pues lo que para una persona de cultura superior y de despierta mentalidad puede resultar una burda mentira, para otra sin esas cualidades, resulta un engaño eficiente e idóneo.

Al respecto, también Rodríguez Devesa sostiene que “el engaño tiene que ser adecuado para producir normalmente

<sup>91</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 595.

<sup>92</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 596.

(?) ese resultado. Pero en esta relación de adecuación han de tenerse en cuenta las circunstancias todas del caso concreto, entre ellas muy especialmente las que aprovecha o artificialmente crea el estafador para que el engaño encuentre un terreno abonado por la credulidad, v. gr., en relaciones anteriores sostenidas por el estafado”<sup>93</sup>.

Este punto de vista nos parece contradictorio, pues si se parte de que el engaño “debe ser *adecuado para producir normalmente*”, no puede seguidamente tenerse en cuenta “*las circunstancias todas del caso concreto*”. Lo que importa, según la teoría de la idoneidad, es si hubo error *causado* por el engaño: cualquiera sean las características, por ejemplo, del sujeto pasivo en el caso concreto. Esta es una de las mayores objeciones que pueden formularse a los seguidores de la teoría de la idoneidad del engaño.

Para Oliva García el problema se reduce a una cuestión de causalidad. Sin embargo, plantea que es necesario “ver hasta qué punto es verdad que siempre que se produzca un evento, como consecuencia exclusivamente naturalística de una conducta, se puede decir que ésta es realmente la causa de ese resultado”<sup>94</sup>. En tal sentido, agrega que “según la concepción de la relación causal de la que partamos llegamos a soluciones distintas”<sup>95</sup>. Así, si se parte de la teoría de la equivalencia de condiciones, se tendrá que en todos los casos en que se produzca el resultado (error) en el que una determinada conducta engañosa ha sido condición *sine qua non* del mismo, esa conducta es causa del evento y, por lo tanto, típica. Pero si, por el contrario, se parte de la teoría de la causalidad adecuada, advierte que será necesario el juicio sobre la idoneidad, aun habiéndose producido el resultado; “claro que hemos de valorar la conducta del agente en relación a las especiales características del caso concreto, con lo que no quedarían desprovistos de protección los individuos más crédu-

<sup>93</sup> Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*. “Parte especial”, 8ª ed., p. 455.

<sup>94</sup> Oliva García, *La estafa procesal*, p. 285.

<sup>95</sup> Oliva García, *La estafa procesal*, p. 285.

los que se ven envueltos en un engaño, que difícilmente podría producir un error en una persona de cultura media"<sup>96</sup>.

Por consiguiente, según Oliva García, conforme a la teoría de la causalidad adecuada, el engaño debe ser, según la experiencia, apto para engañar, o sea, deberá ser planteado con un mínimo de habilidad, pero, además, el juicio de idoneidad deberá referirse también a la personalidad del sujeto pasivo en el caso *concreto*<sup>97</sup>.

Propone entonces Oliva García demostrar su teoría con el ejemplo formulado por Quintano Ripollés de los "embelecados supersticiosos gitanescos", capaces de producir error en campesinos de baja cultura y en cambio constituir un mero pasatiempo entre personas de cultura normal. Según Oliva García, en el primer supuesto, el engaño sería idóneo aunque en abstracto fuese grotesco, mientras que en el segundo supuesto sería inidóneo.

Pero como observa Pedrazzi<sup>98</sup>, muchas veces las personas más sagaces "pueden tragar las mentiras más inverosímiles" porque en todo sujeto hay una gran dosis de credulidad.

Frente a esta objeción, Oliva García sostiene: "En este punto es donde se opera la rectificación de la causalidad adecuada: la valoración debe realizarse a la luz de la *situación concreta*, pero teniendo además en cuenta el valor atribuido por el uso social a estas conductas"<sup>99</sup>.

El punto de vista de Oliva García es, en realidad, auto-contradictorio, pues si se enfoca la cuestión de la causalidad desde el punto de vista de la teoría de la condición adecuada y se es consecuente con el criterio que esta teoría propone, no se debe entrar a considerar de ninguna manera la persona del engañado. En efecto: lo que esta teoría persigue es precisamente determinar la causalidad eliminando no sólo toda referencia al resultado realmente producido, sino también al *objeto* sobre el que se produce el resultado. Precisamente por

<sup>96</sup> Oliva García, *La estafa procesal*, p. 286.

<sup>97</sup> Oliva García, *La estafa procesal*, p. 287 y siguientes.

<sup>98</sup> Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, p. 240.

<sup>99</sup> Oliva García, *La estafa procesal*, p. 288.

ello, en el conocido ejemplo de la bofetada que *produce* la muerte del hemofílico, puede negar la imputación del resultado producido realmente por la acción, porque una bofetada no es "de acuerdo con la experiencia" idónea para producir la muerte. Si en la fórmula de la teoría de la causalidad adecuada se consideraran las circunstancias concretas y no la adecuación abstracta de la acción para causar el resultado, tal teoría no podría diferenciarse de la teoría de la *condictio sine qua non*. Finalmente, cabe señalar que la doctrina de la causalidad adecuada, aunque con restricciones diversas, parece ser hoy día la opinión dominante de la teoría y la jurisprudencia española<sup>100</sup>.

#### B.- JURISPRUDENCIA

Quintano Ripollés señala que el Tribunal Supremo ha seguido el criterio de atenerse a la eficacia real del engaño en el caso concreto, abandonándose la posición de fijar pautas cuantitativas abstractas en la entidad del engaño. En tal sentido, cita las sentencias del 24 de octubre de 1962, 4 de abril de 1963, 11 de mayo de 1966, 11 de diciembre de 1968, 28 de febrero y 8 de abril de 1970, 2 de enero de 1973, etc.<sup>101</sup>. Pero el hecho de que la jurisprudencia sienta la exigencia de la eficacia causal, no significa que valga todo engaño, sino que deberá tener la fuerza persuasiva suficiente. En tal dirección, pareciera haberse adoptado, con respecto a este delito, la teoría de la causalidad adecuada.

De acuerdo con esto, se dijo:

1. — ... El engaño deberá ser idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un engaño burdo, fantástico o increíble ....

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 26/3/82].

<sup>100</sup> Antón Onea, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX, separata, p. 7.

<sup>101</sup> García Valdés en Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 594.

2. — ... En cuanto al engaño se considera como cualquier falta de verdad debida a simulación entre lo que se piensa o se dice, o se hace creer instigando o induciendo al sujeto pasivo a actuar en forma que interese. *No puede ser fútil o absurdo, sino idóneo, relevante y adecuado....*

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 2/4/82].

3. — Si el engaño que origina la culpabilidad en el delito de estafa consiste en cualquier falta de verdad debida a simulación entre lo que se piensa o se dice o se hace creer, instigando o induciendo al sujeto pasivo, no ofrece duda que hacerse pasar por abogado precisamente para gestionar la documentación adecuada para acreditar la propiedad de los pisos, *es medio idóneo, relevante y adecuado para producir el error base del fraude.*

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 3/6/82].

4. — En el delito de estafa tipificado en el inc. 1º, art. 529 del Cód. Penal, el elemento esencial, que a su vez lo aísla y sirve de elemento diferenciador de los demás delitos patrimoniales, está representado por un acto de disposición realizado por el propio perjudicado, bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad, y de ahí el que el llamado elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado en el tipo que se estudia por una maquinación insidiosa, a través de la cual el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o se vale de cualquier engaño semejante, atribución, aparentamiento o valimiento *que ha de tener la entidad suficiente para que en la convivencia social sea normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial defraudatorio.*

[Tribunal Supremo Español, sentencias de 5/3/81, 24/3/81, 24/9/81, 6/5/82, 18/1/83].

Podríamos concluir señalando que el Tribunal Supremo español también parece seguir la doctrina de la causalidad suficiente, es decir, que solamente se consideran causales las condiciones cuantitativamente preponderantes. Expresiva de la concepción jurisprudencial sobre el engaño es la sentencia siguiente:

5. — Dicho engaño ha de ser 'bastante', es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera

que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifiesta, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias, todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y el subjetivo desempeñarán su función determinante.

[Tribunal Supremo Español, sentencias de 11/10/90, 10/2/87, 13/6/89, 20/4/90, 12/11/90, 13/1/92].

En igual sentido, se ha señalado que son elementos del delito de estafa:

6. — a) Un engaño precedente o concurrente, planeado por el sujeto activo y proyectado sobre el pasivo y que ha de ser cualquiera de los reseñados en el art. 529 del Cód. Penal; b) *Que el engaño sea adecuado, eficaz y suficiente para provocar un error esencial en el sujeto pasivo....*

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 3/12/82].

Como es fácil advertir, en esta cuestión de la entidad del engaño la jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme, hallándose dividida en sus opiniones como desde siempre lo ha estado la doctrina.

### c — La entidad del engaño en el nuevo Código Penal español

#### A — CRITERIOS LEGISLATIVOS

El Código Penal español, en su anterior redacción (Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, Ley Orgánica 8/83 del 25 de junio), exige para el delito de estafa que se haya utilizado "engaño *bastante* para producir error en otro" (art. 528, Cód. Penal). La reforma del Código Penal español de 1995, en el art. 248, parte 1ª, mantiene igual criterio, al ser

idéntico al Código anterior en cuanto a la definición de estafa. Es decir, que el hecho de que el engaño haya causado el error, no es suficiente, desde que el legislador está requiriendo que sea *bastante* para causar el error. Esto demuestra que el Código español sigue el "criterio objetivo" en cuanto a la entidad del engaño, pues de lo contrario, bastaría con que dijese "...utilizan *engaño para producir* error en otro".

De todos modos, el art. 528 del Cód. Penal en su anterior redacción, no es claro al exigir que el engaño sea *bastante*, pues la sola expresión de por sí, tiene una significación ambigua. Según el *Diccionario de la Real Academia*, "bastante" proviene del verbo bastar. "Que basta. Ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobrar ni faltar. No poco. Bastar: ser suficiente y proporcionado para alguna cosa. Abundar, tener en abundancia. Dar o suministrar lo que se necesita".

¿Significa entonces "mucho", o "lo necesario y suficiente para"...? Es evidente que el art. 528 en su anterior redacción y el nuevo art. 248 deberían decir "bastante" con *respecto a qué criterio*.

¿Cabría pensar en una derogación parcial de los efectos del art. 528 del Cód. anterior con respecto a la estafa<sup>102</sup>. Pero entonces, ¿qué razones pudo haber tenido el legislador para dejar impune la tentativa inidónea de estafa? La respuesta a estas preguntas requiere aclarar previamente el sentido del art. 528 del Cód. Penal anterior respecto a la idoneidad del engaño.

Lo primero que se plantea en este contexto es si *bastante*, de acuerdo a las acepciones dadas, puede definirse como sinónimo de *idóneo*. La casuística de la estafa parece demostrar que tal sinonimia no existe, toda vez que, rechazando la teoría de la condición, son pensables engaños inidóneos pero bastantes para causar el error. Tal sería el caso, por ejemplo, del que pretende engañar a otro con un ardid perfectamente

armado cuando, en realidad, el sujeto pasivo (sin el conocimiento del autor) sabe la verdad de los hechos. Esto sería suficiente para descartar la inaplicabilidad del art. 52 del Cód. Penal (del Código anterior).

En realidad, parece que hay dos formas diversas de inidoneidad: el engaño bastante pero ineficaz frente al sujeto concreto es inidóneo por *inidoneidad del objeto*; mientras que el engaño que el autor cree bastante y no lo es, pudiendo resultar eficaz cuando el sujeto pasivo, por ej., es ridículamente crédulo, se trataría de un caso de *inidoneidad del medio*<sup>103</sup>.

Resulta claro que hay una diferenciación social en lo que respecta al merecimiento de pena. En efecto, existen engaños que serían perfectamente idóneos y no obstante son socialmente tolerables. Tal sería el caso, por ejemplo, de ciertos anuncios publicitarios: "Este jabón lava más blanco". Puede tratarse, naturalmente, de "engaños reales, incluso de posible idoneidad, pues de otro modo no se utilizarían con tanta profusión, pero pierden eficacia, por así decir, cuantitativa, en virtud de ser aceptados en el tráfico por la mera costumbre, y en atención, quizás, a su mínima potencialidad, lo que es harto cuestionable por la razón antedicha. Lo cierto es que, por una u otra razón, carecen de rango criminal, y es seguro que ninguna querrella o denuncia prosperaría del lector ingenuo que pretendiere ser víctima de estafa porque no le creció el pelo con el específico o porque no le tocó el premio gordo de la lotería, como en el reclamo se prometía"<sup>104</sup>.

De manera entonces que cuando el art. 528 del Cód. Penal anterior y el art. 248 del Cód. actual exigen que el engaño sea *bastante*, están haciendo referencia a una cuestión de adecuación social que sería *previa* al problema de la idoneidad de la tentativa. De este modo, el engaño deberá presentar un mínimo de gravedad, determinable en base a parámetros externos, como sería la adecuación social.

<sup>102</sup> Nota del autor: El nuevo Código Penal español en el art. 62 (anterior 52) no pena la tentativa inidónea.

<sup>103</sup> Véase *infra*, § 21, b).

<sup>104</sup> Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 595.

## B — JURISPRUDENCIA

Por lo expuesto anteriormente tiene razón la jurisprudencia cuando afirma que el engaño debe ser medido, en primer lugar, de modo objetivo e abstracto y exige que la maniobra defraudatoria revista apariencia de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia (sentencia del 25 de junio de 1976).

Así se señala que:

1. — Ha de tener entidad suficiente para que en la convivencia social sea normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial.

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 18/1/83].

2. — El engaño no puede ser fútil o absurdo o irán dentro del normal actuar social, sino idóneo, relevante y adecuado para inducir a error.

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 21/5/83].

En atención a este módulo objetivo se ha negado el delito de estafa en el hecho de solicitar un préstamo con la simple afirmación de ser propietario de inmuebles (sentencias del 25 de junio de 1982 y 19 de noviembre de 1983), o en el caso de obtención de dinero bajo promesa de enriquecer por medios sobrenaturales (sentencia del 11 de mayo de 1982), o en el supuesto de vender, en el año 1976, "auténticos" relojes Omega y Rolex de oro al precio de mil doscientas pesetas (sentencia del 19 de enero de 1976) argumentando esta sentencia:

3. — Pues por escasa que sea la cultura, situación social y económica de los viajeros que se dirigen al puerto y a los que iba destinada la oferta, no podían creer, dado el precio relativamente irrisorio, que fueran auténticos.

[Tribunal Supremo Español, sentencia del 19/1/76].

Tampoco consideró la existencia de engaño en un caso en que unos joyeros entregan joyas por valor de más de dos millones de pesetas y aceptan su pago aplazado tan sólo por la

buena presencia y correctas maneras de los clientes (sentencia del 17 de febrero de 1988); ni en un contrato de venta de terrenos en el que figuraba expresamente su calidad de terrenos rústicos, cuando además el precio de venta era inferior al del terreno edificable (sentencia del 30 de marzo de 1989). Sin embargo, sí constituye engaño idóneo obtener, con promesa de matrimonio, doscientas mil pesetas de la futura esposa para adquirir una vivienda, siendo así que el autor ocultó su condición de casado (sentencia del 12 de diciembre de 1981) también es engaño idóneo comunicar que los billetes emitidos en vida de Franco habían sido caducados y conseguir la entrega para su cambio (sentencia del 24 de marzo de 1984). Esta determinación previa según la adecuación social permite advertir la gravedad independientemente de lo que será el proceso causal *real* puesto en marcha por la actuación del sujeto activo.

## d — La entidad del engaño en el Derecho argentino

## A — DOCTRINA

La cuestión de la idoneidad del engaño pareciera resolverse en la doctrina argentina, siguiendo la teoría subjetiva del engaño, esto es, no midiendo el *quantum* del engaño en su entidad objetiva, sino teniendo en cuenta las condiciones del sujeto pasivo y el resultado en el caso concreto.

Ricardo Núñez<sup>105</sup> nos dice al respecto: "...el art. 172 no requiere un determinado grado de idoneidad objetiva en el engaño, sino que basta que el autor use un engaño, esto es, que su conducta simule o disimule frente a la víctima una realidad, cualquiera que sea la forma o procedimiento que utilice para hacerlo. Respecto de esta forma o procedimiento, la ley es muy amplia, pues además de los engaños especiales que enuncia, acepta 'cualquier otro engaño', y no sólo un engaño astuto o grave. Nada autoriza a decir, en efecto, que engaño

<sup>105</sup> Núñez, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. V, p. 304.

en el lenguaje del art. 172, quiera decir otra cosa que engaño en el lenguaje del mundo, y en este lenguaje, la mentira es una forma de engañar". Al respecto piensa Soler<sup>106</sup>: "Los criterios con los cuales debe apreciarse esa idoneidad no difieren de los aplicables a los demás delitos. Para ello ha de tomarse en cuenta, según ya lo dijimos, la situación concreta, comprendiendo dentro de la totalidad del ardid las condiciones mentales y culturales del destinatario expresamente buscado". Autores más recientes, como Juan Sproviero<sup>107</sup>, no han llegado a dilucidar con claridad los elementos que integran el tipo de la estafa. Si bien los enumeran, al explicarlos, no hacen sino revelar una gran confusión. Así, en las primeras páginas de su obra, Sproviero, señala que "¿el engaño *deriva del error*... (?)". ¿No será a la inversa, que el engaño determina el error? Huelgan los comentarios. No merece prestar mayor detenimiento a una obra plagada de errores de concepto.

#### B — JURISPRUDENCIA

De manera similar a la resuelta por la doctrina se ha manifestado la jurisprudencia:

1. — Constituye el delito de estafa, el accionar de los procesados que habiendo ofrecido distintos inmuebles en locación, percibieron el dinero entregado por los damnificados en concepto de reserva, sin que lo restituyeran como debían.

[CNCrim. y Corr., Sala V, 20/9/88, "Fuschel, David y otra", LL, 1990-B-285].

2. — La reserva en las condiciones en que se desarrolla la actividad de venta o locación de inmuebles según los usos y costumbres del mercado, implica en los hechos una prioridad que se reconoce a un interesado, retirándose de la oferta un determinado bien por breve plazo con el fin de posibilitar las negociaciones de las partes con miras a la concreción de la operación deseada.

[CNCrim. y Corr., Sala V, 20/9/88, "Fuschel, David y otra", LL, 1990-B-285].

<sup>106</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 323.

<sup>107</sup> Cfr. Sproviero, *Delitos de estafas y otras defraudaciones*.

3. — En el caso de autos los encausados mediante un ardid suficientemente idóneo y hábilmente armado al publicar avisos ofreciendo departamentos en alquiler, percibieron dinero de los denunciados que dispusieron para sí, sin que se les adeudara monto alguno por supuestas gestiones en tanto que nada de eso se había pactado; todo lo que implica una maniobra mentirosa que llevó a engaño con la apariencia de realidad suficiente para el despojo dinerario, lo que configura el delito de estafa reiterado.

[CNCrim. y Corr., Sala V, 20/9/88, "Fuschel, David y otra", LL, 1990-B-285].

La jurisprudencia también parece seguir la teoría subjetiva de la idoneidad del engaño en el caso concreto. Así se dijo:

4. — ... La simple mentira no deriva en el engaño idóneo requerido por el presupuesto penal para la estafa. La ley no protege a quien desaprensiva o negligentemente cree, sino al que inducido razonablemente por el artificio verbal, es engañado. La investigación de la aptitud del engaño provocador del error —en el caso de la estafa— es cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial basada en el análisis de los elementos de juicio que ofrezca el caso particular. La eficacia del engaño para la estafa, generalmente es revelada por su resultado.

[Cám. 2ª Crim. Mercedes, 15/5/56, "Gaspari y Rey, Virgilio A."].

5. — El ardid, en su aspecto positivo, es el comportamiento exterior engañoso del agente. Para su encuentro concreto, en cada caso, hay que atender a las particulares circunstancias de persona, lugar y tiempo, y declarar si ese comportamiento exterior aparece como razonablemente idóneo para superar cuanto de avisado tiene el espíritu de la víctima elegida.

[TS Córdoba, Sala Crim. y Corr., 12/12/68, "Cura o Curat, Alfredo", LL, 132-1037, 18.408-S].

Sin embargo, no han faltado casos en que la jurisprudencia se ha inclinado por un criterio objetivo. En tal sentido, merece mencionarse:

6. — Si bien la simple mentira no genera aisladamente la posible comisión de delito de estafa, debe valorarse en función de los demás elementos de la causa, en especial la relación comercial entre las partes.

[CNCrim. y Corr., Sala IV, 7/2/97, LL, 1997-D-844, 39.669-S].



7. — El ardid requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante. La simple mentira no basta para ser considerada artificio o engaño: se exige que las mentiras vayan acompañadas de algún hecho exterior.

[SC Mendoza, Sala II, 24/5/56, "Martín Giménez, Fernando"].

8. — Configura el ardid que exige la estafa, cualquier comportamiento intencionalmente dirigido a inducir a la víctima en error, de tal modo que se aviene a las pretensiones ilegítimas del agente y consiente, por la actividad ardidosa de éste, en minorarse patrimonialmente (perjuicio patrimonial cierto). En consecuencia una simple o aislada mentira no configura ardid estafatorio si no se dan además otros requisitos como el hecho de haber elegido un escenario apropiado, conocer las necesidades de la víctima, ganar su confianza con palabras mentirosas que la inducen a error, y además circunstancias objetivas que evitan que la víctima pudiera salir del error.

[SC Mendoza, Sala II, 29/3/94, "Caliri Manzantini, Juan C."].

9. — No es suficiente a fin de configurar el ardid la simple mentira o la ocultación o silencio sobre la real procedencia del bien que se enajena.

[Cám. Penal Santa Fe, Sala III, 5/6/92, "S., J. A.", JA, 1994-II, síntesis].

10. — La simple mentira no configura engaño ardidoso pues para que tenga relevancia en el campo del Derecho punitivo requiere la verificación de conductas adicionales suficientemente idóneas y objetivamente verificadas que induzcan a error determinante de la voluntad con el propósito de obtener un beneficio ilegítimo.

[CNCrim. y Corr., Sala V, 30/3/88, JA, 1988-IV, síntesis].

No obstante ello, sentencias más recientes se mantienen en un criterio subjetivo en cuanto a la determinación de la entidad del ardid o engaño. Así, los fallos siguientes:

11. — El término "engaño" no tiene en el Derecho penal un significado más restricto que en el lenguaje común. Y en su acepción común, el "engaño" también comprende a la mentira, como una, de sus formas". Si, como ocurre en la especie, esa mentira resulta el

motivo determinante en la contraprestación dañosa, se torna, sin lugar a duda, en el ardid necesario para estafar.

[CNCrim. y Corr., Sala V, 12/9/86, "Pascuale María V.", JA, 1987-IV-629].

12. — La idoneidad del engaño en el delito de estafa se mide por el éxito obtenido merced a la credulidad de la víctima elegida.

[SCBA, 22/3/83, "Di Bello, Miguel A.", JA, 1983-IV, síntesis].

13. — La ley establece como medio de comisión del delito de estafa el empleo de ardid o engaño. El vocablo ardid contiene un elemento del mundo exterior porque etimológicamente proviene de arte, artificio. El engaño en cambio, puede ser creado mediante palabras que hacen incurrir en error a la víctima; no requiere ningún otro objeto o maniobra artificiosa.

[SCBA, 22/3/83, "Di Bello, Miguel A.", JA, 1983-IV, síntesis].

14. — Cualquier tipo de proceder enderezado intencionalmente a inducir a otro a un error, comporta el artificio de la estafa. La eficiencia de éste habrá que apreciarla en las circunstancias propias de cada evento.

[CNCrim. y Corr., Sala VII, 30/9/91, "Abarza, Alejandro D. y otro", LL, 1995-B-665].

15. — Las modernas teorías interpretativas del art. 172 del Cód. Penal, están contestes en restar importancia sustancial y descartar como superfluas la cuestión abierta en torno a la idoneidad del ardid, desde que la simple mentira puede conformarle, y toda vez que la fórmula simplificada 'defraudar a otro mediante cualquier ardid o engaño' sólo hace referencia y exige normativamente un determinado medio comisivo productor de un resultado patrimonialmente dañoso.

[SC Mendoza, Sala II, 4/10/67, "Kader Julio y otros", LL, 129-408; JA, 1968-I-773].

16. — Incurre en el delito de estafa el procesado que luego de consumir en una confitería se niega a pagar la cuenta, desde que en tanto la naturaleza de ese negocio obliga a satisfacer el pedido sin que le sea permitido verificar si los clientes tienen dinero para pagar la consumición, esa apariencia de bienes resulta ardidosa. La teoría de la *mise en scène* es errada, toda vez que se basa en una fórmula empírica, en una materialidad desprovista de contenido

jurídico que nunca puede constituir, por lo demás, un criterio distintivo entre el fraude punible y el fraude que sólo produciría consecuencias jurídicas civiles. En el delito de estafa, lo relevante no es el medio sino el error de la víctima.

[CNCrim. y Corr., Sala III, 26/5/92, "Franco, Roberto C."<sup>108</sup>, ED, 148-718; LL, 1992-D-493].

Como puede advertirse, con respecto al problema de la entidad del engaño, la jurisprudencia argentina —al igual que la española— no ha mantenido un criterio uniforme, aunque pareciera prevalecer el punto de vista de la eficacia causal, aunque considerando que el engaño deberá tener la fuerza persuasiva suficiente.

<sup>108</sup> Ver en *Apéndice*, p. 360.

**EL FUNCIONALISMO  
EN DERECHO PENAL  
LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR  
GÜNTHER JAKOBS**

**TOMO II**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra. sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

ISBN t. II 958-616-769-0

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2003  
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948.  
[www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)

Primera edición: septiembre de 2003.

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones  
Composición: Marta Ramírez Alarcón  
Fotomecánica, impresión y encuadernación: Panamericana Formas e Impresos S.A.  
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

NURIA PASTOR\*

*Consideraciones sobre la delimitación  
del engaño típico en el delito de estafa\*\**



En 1978 HANS HEINRICH KÜHNE titulaba con gran acierto *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug*<sup>1</sup> la breve monografía en que analizaba la cuestión de cuáles son los límites entre las maniobras de los operadores del mercado que deben ser calificadas de “habilidad negocial” y las que deben considerarse comportamientos típicamente relevantes desde la perspectiva del tipo de estafa<sup>2</sup>. En el análisis de este problema aparece con gran fuerza una primera intuición, a saber, la de que no toda inveracidad<sup>3</sup> capaz de conducir a otro a decisiones económicamente desventajosas determina la existencia de estafa<sup>4</sup>, es decir, que no toda inveracidad es razón suficiente para hacer responsable al “autor” por el acto de disposición perjudicial de la víctima. En efecto, la causación de la desorientación de otro, suponiendo que la causalidad entre una inveracidad y la decisión de disposición patrimonial pueda establecerse con relativa certeza<sup>5</sup>, no significa todavía nada en el plano normativo<sup>6</sup>. Ciertamente, tanto la conducta del sujeto que se presenta en una entidad bancaria a retirar fondos de una cuenta ajena con una falsificación del DNI del verdadero titular, como la afirmación del comerciante de que sus precios son los más bajos o la del vendedor de mercadillo que asegura de una baratija de plástico que se trata de una joya de gran valor, son comportamientos que pueden “causar” desorientación (error) en la víctima y conducirla a un acto de disposición perjudicial. Sin embargo, la valoración normativa de estas tres situaciones no es la misma, y ello lo demuestra el hecho de que, así como en el primer caso la doctrina afirmaría la existencia de un engaño

---

\* Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

\*\* Abreviaturas empleadas: ACR: *Archiv des Criminalrechts*; ADPCP: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; CPC: *Cuadernos de Política Criminal*; FS: *Festschrift* (Libro-homenaje); GA: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*; Jura: *Juristische Ausbildung*; JZ: *Juristenzeitung*; LK-STGB: *Strafgesetzbuch* (Leipziger Kommentar); MDR: *Monatsschrift für Deutsches Recht*; NF: *Neue Folge* (nueva serie); NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*; NK-STGB: *Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch*; PE: *Parte especial*; STGB: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); STS: sentencia del Tribunal Supremo; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

1 KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, pp. 7 y ss.

2 TISCHLER, en *Jura*, 1988, p. 123.

3 Bien se trate de la transmisión de información falsa, bien de la omisión de información. En este trabajo se rechaza un concepto “subjetivo” de inveracidad, como discrepancia entre los conocimientos del autor (su representación) y lo que el autor manifiesta y se parte de un concepto “objetivo” de inveracidad, como discrepancia entre la realidad y la manifestación sobre la realidad que realiza el autor.

4 SILVA SÁNCHEZ. *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, pp. 77, 81 y 85.

5 Y es que, además, la causalidad psíquica propia de la estafa es de muy difícil constatación, pues es muy difícil probar qué factores han sido decisivos en un concreto proceso de decisión (KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., pp. 21 y s.).

6 JAKOBS. *Urkundenfälschung*, p. 12: empeorar el estado de información de otro no es lo mismo que causar un estado de información peor.

típico, la negaría en el segundo y en el tercero, por tratarse de una mera mentira de recomendación y de un engaño burdo, respectivamente. Esto pone de relieve que la mera causación de un acto de disposición perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, pues, aun cuando la causalidad puede tener importancia para el juicio de imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento. En lo que se refiere a esta última, existe un ámbito de inveracidades permitidas y otro de inveracidades típicas cuyos límites deben trazarse con base en criterios normativos<sup>7</sup>.

La necesidad de ofrecer criterios normativos para establecer cuándo una inveracidad cae dentro del ámbito de lo típicamente relevante se pone especialmente de manifiesto en el ámbito de la *estafa por omisión*<sup>8</sup>. A este respecto debe aclararse que no todos los casos de estafa mediante silencio constituyen supuestos de estafa por omisión, pues cuando mediante el silencio el autor “comunique” al disponente una determinada información, porque el silencio adquiera en el contexto un significado concreto, estaremos ante una estafa mediante actos concluyentes. Así,

... la corriente doctrinal que considera la omisión como forma de comportamiento mezcla [...] dos supuestos que, sin embargo, son diferentes. En primer lugar se hallan los casos paralelos al de la estafa producida en virtud de un “engaño mediante silencio”. El silencio, ciertamente, posee, en determinadas circunstancias, un indudable contenido de significado; de ahí que pueda verse en él un engaño capaz de generar el error de otra persona [...] En segundo lugar [...] se hallan los supuestos, significativamente distintos de los anteriores, en que un sujeto no saca a otro del error en que se encuentra —y que va a producir un perjuicio patrimonial—, cuando puede hacerlo, resultando, además, que ocupa una determinada posición de responsabilidad cualificada en relación con el bien jurídico en peligro. A propósito de estos casos, sin duda cabe hablar de “omisiones”<sup>9</sup>.

Pues bien, en los casos de “omisiones”, en los que el error ya existe o se produce con independencia del comportamiento del autor y este último no lo elimina, el autor no puede ser considerado responsable del acto de disposición perjudicial por el mero hecho de que el disponente sufra un déficit de información; más bien, es necesario encontrar razones normativas que permitan afirmar que el acto de disposición de la víctima pertenece materialmente al autor.

7 KINDHÄUSER, en *ZStW*, 103 (1991), pp. 402, 411 y ss.; ID., en *NK-SIGB*, § 263, n.º m. 63; KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., p. 8; PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, pp. 73 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, en *CPC*, 59, 1996, p. 387; SILVA SÁNCHEZ. *Las inveracidades*, cit., pp. 105 y 106; SCHMOLLER, en *JZ*, 1991, p. 127.

8 MAAB. *Betrug verübt durch Schweigen*, pp. 3 y ss. Aun cuando lo cierto es que la necesidad de criterios normativos es idéntica en los casos de estafa mediante comportamiento activo (sobre la reducción de la diferencia entre acción y omisión a una cuestión técnica, cfr. JAKOBS. *Tun und Unterlassen*, pp. 24 y ss.).

9 SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, pp. 358 y 359.



La necesidad de encontrar razones normativas para hacer al autor responsable del acto de disposición llevado a cabo formalmente por la víctima se ha expresado en la doctrina con formulaciones más o menos afortunadas. En primer lugar, algunos autores se han esforzado por introducir criterios normativos en el juicio de causalidad en la estafa, sobre todo, consideraciones provenientes de la teoría de la adecuación<sup>10</sup>. En segundo lugar, la victimodogmática<sup>11</sup>, aunque con base en unos fundamentos discutibles<sup>12</sup>, ha puesto expresamente de relieve la existencia de un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa. En tercer lugar, en el marco de la teoría de la imputación objetiva se han desarrollado construcciones de interés<sup>13</sup>. En concreto, se debe poner especialmente de relieve que algunas de ellas resaltan la idea clave de que un análisis correcto del comportamiento típico del delito de estafa debe partir de la premisa de que la víctima es responsable de su acto de disposición patrimonial, salvo que se encuentre un fundamento para desplazar la responsabilidad al autor. En el desarrollo de esta idea de la autorresponsabilidad destacan, por una parte, algunas propuestas de tipo estructural que definen la estafa como un delito de autolesión<sup>14</sup> o bien como autoría mediata tipificada<sup>15</sup> y, por otra, otras que se esfuerzan en buscar criterios materiales para dotar de contenido a la idea de autorresponsabilidad<sup>16</sup>. Pero, sobre todo, deben destacarse planteamientos

10 BOCKELMANN, en *ZStW*, 69, 1957, p. 272; HERZBERG, en *MDR*, 1972, p. 96; HIRSCH, en *ZStW*, 74, 1962, p. 130; y, sobre todo, NAUCKE, en *Peters-FS*, pp. 109 y ss.

11 GIEHRING. "Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB", en *GA*, 1973, pp. 18 ss.; AMELUNG. "Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug", en *GA*, 1977, pp. 1 y ss.; R. HASSEMER. *Schutzbedürftigkeit*, pp. 99 y ss.; ELLMER. *Betrug und Opfermitverantwortung*, pp. 271 y ss. (cfr. el análisis de GÓMEZ BENÍTEZ, en *ADPCP*, 1985, pp. 339 y 340). A mi entender, las propuestas de los tres primeros de introducir la idea de responsabilidad de la víctima a través del tratamiento de la duda no son satisfactorias y, en cambio, tiene mayor capacidad de rendimiento el intento de ELLMER de tener en cuenta las incumbencias de cuidado (*Obliegenheiten zur Aufmerksamkeit*) de la víctima en la definición del engaño típico.

12 Las consideraciones realizadas por la victimodogmática en lo que se refiere a los límites de la tipicidad en el delito de estafa conducen en ocasiones a soluciones satisfactorias, pero su fundamentación es poco convincente. Así, la introducción del principio de subsidiariedad (necesidad de protección) en la interpretación de la estafa propuesta por AMELUNG. *Irrtum*, cit., 1977, pp. 9 y ss. (y lo mismo podría aplicarse a la construcción de HASSEMER. *Schutzbedürftigkeit*, cit., que es prácticamente un desarrollo de la posición de AMELUNG) ha sido criticada por suponer la utilización en la interpretación de un principio que tiene como fin inspirar la labor del legislador (en este sentido, CANCIO MELIÁ. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, p. 244).

13 GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. cit., 1985, pp. 336 y ss.; KURTH. *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, pp. 175 y ss.

14 FRISCH. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, pp. 657 y ss.

15 KINDHÄUSER. *Festschrift für Günther Bemann*, pp. 339 y ss.

16 Así, SCHMOLLER. "Betrug", cit., pp. 117 y ss., 127. Este autor entiende que el engaño sobre determinadas informaciones no es típicamente relevante y, por tanto, no fundamenta la traslación al autor de la

recientes claramente normativos que proponen una concepción del comportamiento típico de la estafa como infracción de un deber de veracidad. Estos últimos entroncan con el pensamiento de que, en principio, la víctima es responsable de su acto de disposición y entienden que la razón normativa del desplazamiento de la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima al autor es la infracción de los deberes de veracidad por este último. En este punto debe hacerse referencia, por una parte, a la aportación de KINDHÄUSER, quien reintroduce en la dogmática de la estafa la categoría del *derecho a la verdad*, no entendido como “objeto de protección”<sup>17</sup>, sino como modo de denominar la expectativa normativa de la víctima de la estafa frente al autor sobre quien pesa un deber de veracidad<sup>18</sup>. Por otra parte, es de especial importancia la reciente construcción de PAWLIK, quien desarrolla un interesante sistema de posiciones de garante (en virtud de organización o con origen institucional) que utiliza para explicar los límites del comportamiento no permitido en la estafa<sup>19</sup>.

En las líneas que siguen se pone de relieve, *en primer lugar*, la importancia que tiene el patrimonio como fuente de libertad y el papel que la información desempeña para que tal libertad sea efectiva (i). *En segundo lugar*, se analiza por qué la configuración actual del mercado determina la imposibilidad de que el titular del patrimonio acceda personalmente a todas las informaciones que necesita para tomar una decisión de disposición y su necesidad de confiar en informaciones elaboradas por otros operadores económicos. A continuación, se analiza la cuestión del fundamento normativo de los deberes de veracidad, pues

---

responsabilidad por el acto de disposición perjudicial. En concreto, esto es así en el caso de las inveracidades sobre la oferta y la demanda, la información falsa sobre las conductas de otros operadores en el mercado (*Mitläufereffekt*) y las afirmaciones inveraces de las partes en un proceso contradictorio. En estos casos, aun cuando el engaño “cause” una disminución patrimonial no podemos hablar de perjuicio sino de ejercicio de la libertad de la víctima. También HILGENDORF. *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, pp. 185 y ss., establece un ámbito de responsabilidad de la víctima a través de la definición del concepto de hecho; para este autor, cuando el engaño no recae sobre “hechos”, la víctima es responsable de su decisión de disposición. Algo semejante hace GRAUL. *Festschrift für Hans Erich Bradner zum 70. Geburtstag*, pp. 816 y ss., cuando afirma que la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima solamente se desplaza al autor si este último es inveraz sobre la consecución del “fin objetivo de la disposición”.

17 Concepción si presente en algunos autores del siglo XIX como CUCUMUS. *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*, pp. 1 y ss. (quien, sin embargo, posteriormente cambió de opinión: cfr. “Bemerkungen über das Verbrechen des Betrugs außer Vertragsverhältnissen”, en *ACR*, NF, 1835, pp. 563 y s.); FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 410 y ss.; GROLMAN. *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, §§ 288, 290; HENKE. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, § 151, pp. 1 y ss.

18 KINDHÄUSER, en *ZStW*, cit., pp. 399 y ss.

19 PAWLIK. *Das unerlaubte...*, cit., pp. 127 y ss.

la mera constatación de que el titular del patrimonio necesita que otros le proporcionen información o de que existen desniveles fácticos de conocimientos entre unos y otros operadores en el mercado no es fundamento suficiente para hacer a unos responsables por los déficits de otros (II). *En tercer lugar*, se pretende indagar en el principio que rige el reparto de incumbencias de averiguación de la información en el mercado y se esbozan las líneas de lo que podría ser un sistema de deberes de veracidad para el delito de estafa (III). *En cuarto y último lugar*, se dedican unas líneas a analizar cómo deben tratarse, en el contexto de este sistema de deberes de veracidad, los supuestos de estafa de víctima estructuralmente débil (IV).

## I

La protección del patrimonio es el reconocimiento jurídico de un ámbito de libertad de la persona<sup>20</sup>. Existen determinados presupuestos necesarios para que el patrimonio sea una verdadera fuente de poder para su titular y no una mera posición formal. Entre ellos, se encuentra su protección frente a sustracciones, actos de violencia y, también, frente a determinados engaños. El tipo de estafa se centra, precisamente, en este último aspecto, esto es, en garantizar al titular del patrimonio cierto grado de información veraz para que su acto de disposición sea un proceso de decisión libre<sup>21</sup>. En efecto, la información es orientación para la toma de decisiones sobre el patrimonio<sup>22</sup>, así que sin orientación la titularidad del patrimonio se convierte en algo puramente formal que ya no es fuente de poder para la interacción económica, al igual que ocurre cuando el sujeto que está en posesión de un valioso aparato carece del manual de instrucciones. Obviamente, ello presupone que, desde la perspectiva del tipo de estafa, el patrimonio no se contempla como una realidad estática, como una suma de bienes, sino como una realidad dinámica, como poder jurídicamente reconocido en la interacción económica para la persecución de los pro-

20 KINDHÄUSER. Ob. cit., p. 407; OTTO. *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, pp. 80 y 81.

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

22 Sobre la orientación como condición de la libertad, JAKOBS. *Urkundenfälschung*, cit., pp. 11 y ss.; KINDHÄUSER. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 263, n.º m. 83.

prios fines<sup>23</sup>. Con ello solamente se afirma que el tipo de estafa tiene la función de garantizar un determinado grado de orientación a quien realiza el acto de disposición, sin responder todavía a la cuestión de qué grado de veracidad debe garantizar el tipo de estafa y de cuál es el fundamento que legitima a imponer a un determinado sujeto un deber de veracidad frente al titular del patrimonio.

En el análisis de la información como presupuesto para que el patrimonio mantenga su condición de poder para la interacción económica puede darse un paso más, a saber, determinar qué informaciones son relevantes para la realización de un acto de disposición –sin tomar todavía posición respecto al problema de a quién incumbe la averiguación de esa información–. Para ello es necesario definir cómo funciona el proceso de decisión del titular del patrimonio (o de la persona que actúa autorizadamente en su lugar). Ciertamente, según como se defina el proceso de decisión de la víctima de la estafa, las informaciones relevantes para el acto de disposición serán unas u otras. En este punto, una opción posible es partir del sujeto concreto que realiza el acto de disposición en cada caso. Sin embargo, esta solución haría muy difícil ofrecer una definición concreta de los límites de la información relevante, pues las informaciones importantes para el proceso de decisión del sujeto metódico resultarían irrelevantes para el perezoso, y las informaciones que el supersticioso consideraría esenciales le parecerían superfluas a quien no lo es. Por ello, es necesario fijar un *modelo de decisión de la víctima de la estafa* que permita determinar *ex ante* qué informaciones son relevantes en una toma de decisión de disposición, con independencia de las peculiaridades psicológicas de la víctima concreta. A mi entender, el modelo de decisión que debe considerarse el propio de la víctima de la estafa es el que esté generalmente vigente en el mercado. Ahora bien, esta afirmación debe justificarse, en la medida en que la elección del modelo de decisión generalmente vigente en el mercado trae consigo su imposición a todos los operadores económicos, también a los que *de facto* toman sus decisiones económicas con base en modelos de decisión distintos. La razón de la elección del modelo generalmente vigente en el mercado es que el delito de estafa protege el patrimonio como poder jurídicamente reconocido de interacción precisamente en el mercado. El precio de mantener el propio poder de interacción es la adaptación al modelo de decisión vigente en ese mer-

---

23 En este sentido, las concepciones personales del patrimonio han desarrollado la idea de que el vínculo entre titular y bienes no debe entenderse de un modo formal sino funcional. Cfr., por ejemplo, OTTO. *Die Struktur*, cit., p. 81; PAWLIK. *Das unerlaubte*, cit., p. 263; WEIDEMANN. *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, p. 213.

cado, así que quien opte por tomar sus decisiones de disposición con base en un modelo alternativo lo hace por su cuenta y riesgo.

El modelo de decisión vigente en el mercado es, *en primer lugar*, racional, lo cual significa que el sujeto debe basar su decisión en informaciones que hagan referencia al objeto de la relación económica y no en datos inconexos<sup>24</sup>. Esto implica que otros modelos de decisión, como es el del sujeto supersticioso, no se deben tomar en consideración. *En segundo lugar*, hay que preguntarse si el modelo de decisión vigente en el mercado da cabida a factores emocionales. A mi entender, las informaciones sobre aspectos emocionales solamente son relevantes para el modelo de decisión si constituyen, en todo o en parte, objeto de la relación económica. En la venta de una guitarra que perteneció a un famoso intérprete, el valor afectivo vinculado a la guitarra es también objeto de la relación económica. En ese sentido, puede decirse que existe un mercado de objetos de valor afectivo<sup>25</sup>. En cambio, cuando los factores emocionales no forman parte claramente del objeto de la relación y, simplemente, están presentes en el entorno de la decisión económica, la información sobre los mismos debe considerarse irrelevante para este modelo de decisión. *En tercer lugar*, los juicios de valor en sentido estricto no constituyen informaciones relevantes para el modelo de decisión vigente en el mercado porque son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos ni falsos, así que carece de sentido plantearse la posibilidad de una inveracidad sobre los mismos<sup>26</sup>.

## II

El análisis de los límites de la inveracidad permitida desde la perspectiva del tipo de estafa debe partir de la constatación del hecho de que los sujetos que

24 Este pensamiento parece estar presente en KINDHÄUSER. *Festschrift für Günther Bemmman*, p. 357; ID. en *NK-STGB*, cit., § 263, n.º m. 89.

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

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

interaccionan en el mercado no disponen de toda la información necesaria para tomar sus decisiones económicas. Quien adquiere un producto difícilmente conoce todas sus características, y lo mismo puede decirse de quien invierte en un negocio o de quien paga un precio para obtener a cambio una prestación. “Se sabe” mucho sobre los productos, el funcionamiento del mercado, etc., pero no “todos saben todo”<sup>27</sup>, porque la información está repartida entre los diversos operadores económicos y, además, de un modo desigual. Ello es así porque la estructura compleja del mercado actual se caracteriza por la especialización de la actividad económica, lo cual trae consigo también la especialización y el reparto de la información<sup>28</sup>. Ciertamente, en un mercado pequeño y sencillo, podría darse la circunstancia de que los sujetos accedieran por sí mismos a todas las informaciones que tienen que ver con sus decisiones económicas. Sin embargo, si en un mercado complejo como el nuestro se esperara de quien se dispone a realizar un acto de disposición un esfuerzo que llegue hasta el punto de adquirir y comprobar toda la información necesaria para tomar libremente una decisión de disposición, la interacción económica se haría tan costosa que los sujetos preferirían renunciar a ella<sup>29</sup>. En un mercado con la complejidad del nuestro, caracterizado por la especialización y la agilidad de los contactos económicos, a los sujetos solamente se les puede exigir un esfuerzo razonable y proporcionado a la clase de relación económica y a la agilidad propia de la relación en cuestión<sup>30</sup>. Lo cierto es que es propio de la estructura actual del mercado que ese esfuerzo razonable y proporcionado no le baste al titular del patrimonio para acceder a todas las informaciones que necesita, así que si pretende continuar con la relación económica se ve en la necesidad de confiar en otros sujetos que sí tienen acceso a esa información<sup>31</sup>.

Ciertamente, la constatación de que los operadores económicos presentan déficits de conocimientos, esto es, de que no están en posesión de toda la información que necesitan para tomar libremente sus decisiones económicas, es un elemento importante para entender que, en el mercado actual, los desniveles de conocimientos existentes entre los distintos operadores económicos establecen las condiciones para que unos puedan manipular las decisiones de otros<sup>32</sup>. Sin embargo, la constatación de las carencias de información y de la consi-

---

27 PAWLIK. *Das unerlaubte...*, cit., p. 68.

28 KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., p. 12.

29 JAKOBS. *Urkundenfälschung*, cit., p. 12; PAWLIK. Ob. cit., p. 71; TISCHLER. “Freiheit”, cit., p. 123.

30 R. HASSEMER. *Schutzbedürftigkeit*, cit., pp. 143 y ss.

31 AMELUNG. “Irrtum”, cit., p. 7; HASSEMER. Ob. cit., p. 32; KINDHÄUSER, en *NK-StGB*, cit., § 263, n.º m. 118.

32 BAURMANN. *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, p. 117.

guiente necesidad de información de unos no es en sí un fundamento para imponer a otros unos deberes de veracidad cuya infracción les constituya en responsables de las decisiones económicas de quienes carecen de información suficiente<sup>33</sup>. En efecto, no debe olvidarse que la posesión de información es poder en la interacción económica, con otras palabras, que es, en definitiva, un producto valioso para cuya adquisición el sujeto que la posee ha realizado quizá un gran esfuerzo. En principio, quien está en poder de la información puede emplearla para su propio provecho<sup>34</sup>, como medio para gestionar sus propios intereses, y solamente se puede esperar (normativamente) de él que haga entrega a otros de la información de la que dispone si existe un deber jurídico-penal de informar.

Por tanto, por una parte, quien realiza el acto de disposición tiene la necesidad de confiar en informaciones proporcionadas por otros, pues le resulta imposible acceder personalmente a todos los datos que necesita para tomar su decisión de disposición. Sin embargo, por otra parte, la mera constatación de esta necesidad no basta para fundamentar la existencia de un deber de veracidad de los demás operadores económicos frente a ese sujeto. ¿Cuál puede entonces ser la razón normativa para imponer a alguien deberes de veracidad en la interacción económica? Téngase en cuenta que la afirmación de la existencia de un deber de veracidad del autor frente a la víctima significa que su infracción por el autor tiene como consecuencia la atribución *material* al autor del acto de disposición llevado a cabo *formalmente* por la víctima. Con otras palabras, la infracción del deber de veracidad determina que el autor sea competente por el acto de disposición patrimonial, pues el “comportamiento de la víctima” pasa a interpretarse como el “actuar” de un instrumento, es decir, como un acontecer carente de sentido<sup>35</sup>. En definitiva, la afirmación de que existe un deber de veracidad supone una redistribución del riesgo de error o

---

33 BOCKELMANN. *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, pp. 445 y 446; JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, p. 225; ID. *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1997, pp. 564 y 565; KINDHAUSER, en *ZStW*, cit., p. 402; ID., en *NK-StGB*, cit., § 263, n.º m. 118 y 119; KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., p. 13; SEELMANN. “Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen”, en *NJW*, 1980, p. 2548.

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

35 La víctima no dispone “libremente”, así que no puede hacérsele responsable de las consecuencias.

desorientación, pues parte del riesgo presente en la esfera de la víctima pasa a ser “asunto” del autor debido a la infracción del deber de veracidad.

Como ya se ha puesto de relieve, la razón normativa de la responsabilidad del autor no es la mera constatación de la existencia de un *desnivel de conocimientos* entre los operadores económicos que interaccionan. A mi entender, la razón normativa de la existencia de deberes de veracidad es la *conservación de la estructura normativa del mercado*. La veracidad jurídico-penalmente garantizada a través del tipo de estafa debe ser la necesaria para que esa estructura normativa del mercado se conserve y, por consiguiente, los concretos deberes de veracidad deben extraerse de esta última. Aunque en este punto la argumentación pueda parecer algo tautológica, encuentra su explicación en que el tipo de estafa tiene la función de garantizar al titular que su patrimonio constituya verdadera fuente de poder para interaccionar en ese mercado<sup>36</sup>. Ello implica que se ha de conservar la estructura normativa del mercado para asegurar de ese modo *la funcionalidad que el patrimonio tiene para su titular*, es decir, que continúe siendo poder para la interacción en ese mercado. Y el fundamento de la existencia de deberes de veracidad explica, al tiempo, los límites de los mismos, es decir, la garantía normativa de veracidad debe llegar hasta el punto en que sea necesario para que se mantenga el mercado (en sentido normativo) con sus características actuales. Ahora bien, de lo dicho no debe deducirse que el tipo de estafa sea un medio para conservar la facticidad del mercado, porque, si se admitiera que los deberes de veracidad deben buscarse en la facticidad del mercado, se convertiría al tipo de estafa en un instrumento de protección de un patrimonio entendido en sentido puramente fáctico y ello es, a mi entender, inadmisibles<sup>37</sup>. El referente para la fundamentación y delimitación de los deberes de veracidad del autor de la estafa es *el mercado en sentido normativo* o, con otras palabras, la estructura normativa del mercado.

---

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

37 A mi entender, lo correcto es partir de un concepto jurídico de patrimonio, no en el sentido de que deba retomarse la concepción clásica de BINDING—esto es, renunciar a la construcción de un concepto penal de patrimonio y remitirse simplemente a los derechos subjetivos patrimoniales del derecho civil—, sino en el sentido de que el concepto penal de patrimonio se inserta en un mundo jurídicamente configurado y, por tanto, debe respetar las valoraciones del derecho privado sobre las relaciones entre sujetos y bienes. Creo que la disponibilidad jurídica respecto a los bienes es un presupuesto de la protección penal del patrimonio a través del tipo de estafa.



## III

Así pues, los deberes de veracidad deben buscarse en el mercado, entendido éste en un sentido normativo. En concreto, esto significa que, para averiguar los deberes de veracidad de un sujeto, debe acudirse a la posición ocupada por el mismo en la relación económica y no a los conocimientos que ese sujeto tenga. Por tanto, en primer lugar, para la definición de los deberes de veracidad de un sujeto no son relevantes ni los conocimientos especiales ni los conocimientos que el sujeto posea en virtud de la posición ocupada en otra relación económica, los cuales, en realidad, deben considerarse conocimientos especiales a efectos de la relación económica objeto de examen. En segundo lugar, los deberes de veracidad pesan sobre el sujeto como “precio” de su posibilidad de interaccionar en esa relación económica. En efecto, puede decirse que quien decide intervenir en una relación económica asume los deberes de veracidad propios de esa posición. Obviamente, esto implica, en tercer lugar, que los límites de los deberes de veracidad no pueden definirse en abstracto, sino solamente en el contexto de una relación económica concreta. En la definición de los deberes de veracidad pueden diferenciarse dos niveles. *En primer lugar*, se pueden determinar los deberes de veracidad vinculados a la posición ocupada por el autor en una relación económica estándar. *En segundo lugar*, es posible que los sujetos no se limiten a ocupar posiciones económicas estándar sino que lleven a cabo comportamientos que tengan como consecuencia la redefinición de los deberes de veracidad inicialmente propios de esa relación. Estos actos de redefinición pueden ser: actos de asunción por parte del autor de mayores deberes de veracidad, actos de renuncia de la víctima al derecho a la verdad y actos de bloqueo del autor que impidan a la víctima el cumplimiento de sus incumbencias iniciales en cuanto a la adquisición de información. Ahora bien, pese a esta diferenciación de niveles, se puede llegar a la conclusión de que tanto el hecho de ocupar una posición en una relación económica estándar (primer nivel de definición) como el hecho de redefinir los deberes de veracidad a través de determinados comportamientos (segundo nivel de definición) son actos de asunción en sentido amplio<sup>38</sup>.

---

38 Con independencia de que se trate de los deberes de veracidad que KINDHAUSER ha denominado *heterónomos*, esto es, deberes con origen en la ley o en una institución, fuera del contacto económico, o de los deberes de veracidad *autónomos*, esto es, deberes que nacen en la relación económica, que dependen de la voluntad del destinatario y que son la otra cara de la confianza depositada por la víctima en el autor, puede recurrirse al fundamento de la asunción en ambos casos. Ello es así porque, en

En el primer nivel de análisis, los deberes de veracidad van vinculados a la posición económica ocupada por el sujeto en una relación económica estándar. El fundamento para que esos deberes de veracidad recaigan sobre el sujeto es el hecho de que este último ocupa esa posición en la relación económica, es decir, el hecho de que inicia la interacción con la víctima en esa posición concreta y, con ello, asume los deberes de veracidad propios de tal posición. Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? A mi entender, se trata del *criterio de accesibilidad normativa*, que paso a exponer a continuación<sup>39</sup>. Entre el disponente y la información que necesita para tomar su decisión de disposición pueden darse diversas clases de relaciones. En primer lugar, puede existir *inaccesibilidad normativa* de la información, lo cual significa que no es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a esa información. Así, cuando el vendedor ofrece un producto que el comprador no puede ver (la prestación hotelera ofrecida por una agencia de viajes) salvo que realice un esfuerzo desproporcionado (ir a la ciudad de destino a comprobar si el hotel tiene las características que la agencia afirma), hay inaccesibilidad de la información. También hay inaccesibilidad a la información sobre un fondo de inversión para un particular que quiere invertir en él pues, por la posición que el gestor de fondos de inversión ocupa en la relación económica, le corresponde a él tener acceso a la información, mientras que ello no le corresponde al particular. En segundo lugar, hay casos en los que entre disponente e información existe una relación de *accesibilidad formal*, es decir, es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a la infor-

---

último término, también los deberes heterónomos nacen *para el sujeto* en el momento en que ocupa la posición económica a la que la ley o una institución vincula determinados deberes de veracidad (cfr. KINDHÄUSER, en ZSW, cit., pp. 403 y 404).

- 39 Ya KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., pp. 63 y ss., recurre a la accesibilidad de la información como criterio para diferenciar cuándo el aprovechamiento de un desnivel de conocimientos es engaño típico y cuándo solamente habilidad negocial. A su entender, hay un desnivel de desconocimientos institucional cuando un operador económico, por ejemplo el vendedor, está en posesión de informaciones de las que difícilmente puede disponer el otro, por ejemplo, el comprador. En tal caso, en vistas de la facilidad con la que el vendedor puede aprovechar su ventaja de conocimientos, debe protegerse al comprador. En cambio, cuando el comprador puede acceder fácilmente a la información, no necesita protección, lo cual significa que el desnivel de conocimientos no es institucional y, por tanto, su aprovechamiento debe considerarse habilidad negocial. Sin embargo, en el planteamiento de KÜHNE se echa en falta un esfuerzo de concreción de los criterios a los que hay que recurrir para establecer que una información es accesible para un sujeto; en efecto, ¿debe entenderse la accesibilidad en sentido fáctico?, ¿debe llevarse a cabo un cálculo de los costes de acceder a una información?, ¿o la accesibilidad depende de otros criterios?

mación pero, al tiempo, no es propio de tal posición el gozar de los conocimientos necesarios para descifrar la información a la que se puede acceder formalmente. Estos supuestos deben tratarse como casos de inaccesibilidad normativa, puesto que en ese caso la información no es orientación. Así, puede que el comprador tenga acceso a la explicación técnica de la estructura de una compleja instalación informática, pero no pertenece a la posición que ocupa en la relación económica el tener los conocimientos para estar en condiciones de descifrar esa información técnica. En tercer y último lugar, hay *accesibilidad normativa* cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla. Así, por ejemplo, en principio, la información sobre la situación económica y jurídica de la propia esfera patrimonial, sobre el funcionamiento del mercado o sobre las conductas de otros oferentes de un producto son informaciones normativamente accesibles para el disponente<sup>40</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se determina qué informaciones están normativamente accesibles para el disponente? A mi entender, no es sostenible afirmar o negar la accesibilidad con base en criterios de costes económicos, pues ello supondría formular la accesibilidad en términos fácticos. Más bien se debe acudir al mercado en sentido jurídico, lo cual implica que las reglas económicas del mercado solamente pueden tener relevancia en la determinación de la accesibilidad normativa en la medida en que estén incorporadas al sistema jurídico. Es evidente que la concreción de lo que se debe considerar normativamente accesible e inaccesible es más sencilla en los sectores en los que existe una regulación o unos usos consolidados sobre las medidas de averiguación que incumbe tomar a determinados operadores económicos. Ello ocurre, por ejemplo, en el ámbito bancario, en el que existen usos claros que obligan a las entidades de crédito a averiguar el estado registral de los inmuebles ofrecidos por el cliente como garantía de un crédito, o a tomar medidas dirigidas a comprobar la identidad de quien se dispone a retirar fondos de una cuenta<sup>41</sup>.

---

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

41 En los últimos años, la jurisprudencia española ha reconocido abiertamente la existencia de estas “incumbencias” de autoprotección. Así, la STS del 22 de octubre de 2000, M. P.: DELGADO GARCÍA, absuelve del delito de estafa al sujeto que entregó en una entidad bancaria quince cheques por un valor de casi 30 millones de pesetas sin que la cuenta contra la que se libraron tuviera fondos suficientes para

Otra cuestión importante es si la existencia de deberes de información civiles debe tenerse en cuenta en la concreción del criterio de la accesibilidad normativa, es decir, si del hecho de que el vendedor tenga deberes civiles de información frente al comprador se deriva la consecuencia de que este último tiene una relación de inaccesibilidad respecto a esa información y que, en cambio, el vendedor sí tiene acceso normativo a la misma, así que tiene un deber de veracidad penal frente al comprador. A mi entender una formulación así no puede aceptarse, y la relevancia de los deberes de información civiles en la concreción de los deberes de veracidad penales debe limitarse a los deberes civiles que puedan ponerse en relación con la protección del patrimonio pretendida por el tipo de estafa<sup>42</sup>.

En un segundo nivel, deben analizarse los comportamientos del autor o de la víctima que traen consigo la redefinición de los límites iniciales de los deberes de veracidad. *En primer lugar*, pueden existir *actos de asunción por parte de la víctima de mayores riesgos de desorientación*. Un acto de asunción de estas características existe cuando la víctima renuncia a un derecho a la verdad y, con ello, libera al otro operador económico del correspondiente deber de veracidad. Ahora bien, para que se produzca ese cambio normativo es necesario que la víctima exprese la renuncia de modo inequívoco, la cual no debe confundirse con el incumplimiento por parte de la víctima de sus incumbencias de autoprotección. Ciertamente, esto último consiste en la omisión por la víctima del esfuerzo de averiguación y comprobación de informaciones que le correspondía según su posición en la relación económica, sin que ello afecte a los límites de los deberes de veracidad del autor, mientras que la asunción por la víctima de mayores riesgos de desorienta-

---

cubrir las cuantías respectivas, con el argumento de que los usos mercantiles del ámbito bancario establecen que “cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el momento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa (sic.), se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que [...] puede obtenerse incluso por teléfono”; la STS de 29 de octubre de 1998, M. P.: JIMÉNEZ VILLAREJO, y la STS del 12 de diciembre de 2000, M. P.: MARTÍN PALÍN, absuelven de estafa, la primera, a quien se presentó para retirar fondos sin acreditar su identidad y no fue requerido a ello por la empleada de la entidad bancaria y la segunda, a quien presentó al pago un cheque con claras irregularidades, con el argumento de que el empleado de la entidad infringió las normas profesionales de diligencia. Cfr., sobre la evolución jurisprudencia en España, SILVA SÁNCHEZ. “Las inveracidades”, cit., pp. 10 y ss.

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

ción implica una reducción de los deberes de veracidad del autor. Así, por ejemplo, en la venta de un producto para proteger las plantas frente a determinados insectos, el vendedor debería, en principio, informar del uso que puede darse al producto; ahora bien, si el comprador toma un paquete del producto y se dispone a pagar sin atender a las explicaciones del vendedor, renuncia a su derecho a la verdad y asume un mayor riesgo de error. *En segundo lugar*, puede producirse una redefinición de los deberes de veracidad mediante un *acto de asunción del autor*<sup>43</sup>. Para que se produzca un acto de asunción no es suficiente ni que el autor decida proporcionar a la víctima más información de la que debía según sus deberes de veracidad iniciales ni que manifieste expresamente su decisión, como tampoco basta que la víctima solicite más información que aquélla a la que, en principio, tenía derecho. Para que exista un acto de asunción es necesario un comportamiento del autor mediante el cual este último *se autovincule inequívocamente* a informar más allá de los deberes de veracidad iniciales de su posición, respondiendo de la veracidad de sus informaciones. Para ello es necesario, *por una parte*, que el autor se presente intersubjetivamente como capacitado para llevar a cabo la mayor prestación de información —estar en posesión de la información, tener la calificación profesional para poder informar, etc.—. Ahora bien, dado que de la manifestación de la capacidad de suministrar más información no deriva un deber de información, *por otra parte*, es además necesario que el autor exprese inequívocamente que se hace responsable de suministrar información veraz sobre esos aspectos de la relación económica que inicialmente no estaban dentro del ámbito de sus deberes de veracidad<sup>44</sup>. Esto último exige que el acto de asunción presente cierta formalidad, lo cual no significa que se deba realizar por escrito, sino que autor y víctima han de construir su interacción sobre la base de que el primero se ha hecho responsable de orientar a la última más allá de sus deberes de veracidad iniciales<sup>45</sup>. Así, el comentario sobre la calidad de un automóvil realizado por un ingeniero en un café carece del contexto de formalidad suficiente para ser un acto de asunción, pues las informaciones proporcionadas en ese con-

---

43 Últimamente, muy convincente el tratamiento de la asunción de PAWLİK. Ob. cit., pp. 143 y ss.

44 KINDHÄUSER, en *NK-SIGB*, cit., § 263, n.º m. 121 y ss.

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

texto por el ingeniero no son, claramente, conocimientos especiales, al no ocupar el ingeniero en ese momento una posición de especialista. *En tercer lugar*, los deberes de veracidad iniciales pueden verse modificados por un acto del autor de bloqueo del acceso por la víctima a informaciones normativamente accesibles. El autor obstaculiza a la víctima el acceso a informaciones que estaban accesibles para esta última con tal intensidad que la víctima no puede acceder a la información veraz realizando el esfuerzo que es razonable según su posición económica. El bloqueo da lugar al nacimiento de un deber de veracidad cuyo contenido es la neutralización de la información inveraz introducida en la esfera de la víctima. Así, compete a la entidad bancaria comprobar la identidad de quien se presenta a retirar fondos, exigiéndole que muestre su documento de identidad, pero si un cliente muestra un documento falsificado y se hace pasar por otra persona, bloquea el acceso de la víctima, a información que estaba normativamente accesible para ella<sup>46</sup>.

Lo que aquí se ha planteado en términos generales puede ser objeto de concreción respecto a cada una de las informaciones que son relevantes en la toma de una decisión de disposición. *En primer lugar*, incumbe a la víctima conocer el estado jurídico y económico de su patrimonio, así que el autor no tiene deber de informarle sobre esos aspectos. Si el autor transmite información falsa sobre los mismos, debe entenderse que se trata de una actuación que cae dentro del ámbito del riesgo permitido, salvo que se pueda fundamentar que la transmisión de información inveraz constituye un acto de bloqueo a la víctima del acceso a información normativamente accesible. Ahora bien, pueden existir actos de asunción del autor por medio de los cuales nazca un deber de veracidad respecto a esas informaciones (por ejemplo, la asunción de deberes de asesoramiento). *En segundo lugar*, incumbe a la víctima averiguar los aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor a los que pueda acceder realizando un esfuerzo razonable según la clase de relación económica de que se trate (por ejemplo, acudir al Registro de la Propiedad para comprobar la titularidad de un inmueble). En cambio, el autor tiene deber de entregar a la víctima las informaciones sobre su situación económica y jurídica que sean normativamente inaccesibles y que sean relevantes para la decisión de disposición de la víctima, a saber, su disposición al cumplimiento y su capacidad jurídica y económica de cumplimiento. Aun cuando la víctima no debe (normativamente) confiar en afirma-

---

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

ciones del autor sobre aspectos que le compete a ella averiguar, pueden existir comportamientos de bloqueo del autor que impidan el acceso de la víctima a esa información y determinen el nacimiento de un deber de veracidad para ese autor. *En tercer lugar*, compete a la víctima la averiguación de todas las informaciones que tienen que ver con el *funcionamiento del mercado*<sup>47</sup>, a saber, la corrección del precio, el comportamiento de otros oferentes, cuestiones como si hay otros compradores interesados en el producto, etc. Esto tiene como consecuencia que las llamadas “mentiras de recomendación” o afirmaciones del vendedor, como la de que lo que ofrece son los últimos ejemplares o la de que tiene muchos clientes interesados en comprar ese producto, son irrelevantes desde la perspectiva del tipo de estafa<sup>48</sup>. No obstante, existen informaciones que solamente son accesibles para el autor (para un médico, las tarifas de precios adecuadas a la clase de prestación); en esos casos, el autor tiene deber de veracidad respecto a esas informaciones. Lo mismo ocurre en el caso de mercados muy complejos, en los que la posición económica del oferente incluye ya deberes de asesoramiento sobre el funcionamiento de ese mercado. Además, pueden producirse actos de asunción que amplíen los deberes de veracidad del autor. *En cuarto lugar*, compete a la víctima la averiguación de la *información sobre los aspectos jurídicos y económicos de la relación*. Ahora bien, si el autor ocupa la posición de especialista y la relación económica es compleja, el autor tiene deber de veracidad respecto a esa información. Lo mismo ocurre cuando el autor asume frente a la víctima una función de asesoramiento. También puede ocurrir que el autor bloquee el acceso de la víctima a información normativamente accesible, con lo cual, si no cumple el deber de veracidad que ha nacido del acto de bloqueo, se erige en responsable del acto de disposición perjudicial. En cuanto a las *características de la prestación*, incumbe a la víctima informarse sobre las que estén normativamente accesibles, siempre y cuando pertenezca también a la posición económica de la víctima el tener los conocimientos necesarios para descifrar esa información. Así, cuando se trate de un producto complejo (por ejemplo, una máquina), el vendedor ocupa normalmente una posición de especialista, de tal manera que le incumbe a él informar sobre las caracterís-

---

47 BOCKELMANN, en *ZStW*, cit., p. 272; KINDHÄUSER, en *Bemmann-FS*, cit., p. 354; KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, pp. 63 y ss.; PAWLJK. *Das unerlaubte...*, cit., pp. 153 y 154; SCHMOLLER, en *JZ*, 1991, p. 127; SEELMANN, en *NJW*, cit., 1980, p. 2548.

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

ticas del producto; en efecto, aunque la víctima pueda acceder formalmente a esa información, carece de los conocimientos necesarios para convertir esa información en orientación.

#### IV

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

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

La víctima débil *en sentido estricto* o víctima estructuralmente débil es la que, aun cuando el autor cumpla los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal, carece de la información suficiente para llevar a cabo li-



brememente su acto de disposición. Con otras palabras, la víctima débil no es libre en su acto de disposición si solamente se le garantiza normativamente la misma información veraz que se le garantiza normativamente a una víctima normal. Ahora bien, a mi entender, hay que aclarar que la estafa a una víctima que realiza actos de disposición con base en modelos de decisión alternativos y, en concreto, a una víctima que basa su decisión en motivos emocionales no pertenecientes a la relación económica o en motivos supersticiosos, no es un caso de estafa a víctima débil en sentido estricto, salvo que el hecho de que tal víctima tome sus decisiones económicas según modelos alternativos pueda explicarse como fruto de una enfermedad. La razón de esta restricción del concepto de debilidad es que de la víctima se espera que tome sus decisiones de disposición con base en informaciones que tienen que ver con el contenido de la relación económica, así que, en el caso de que decida basar sus decisiones en otras informaciones inconexas (emocionales o supersticiosas), se entiende que lo hace por su cuenta y riesgo. Así, por una parte, si el autor transmite a la víctima información veraz respecto a la relación económica y solamente realiza afirmaciones falsas sobre los comportamientos de otros compradores, se trata de una inveracidad que afecta a informaciones irrelevantes para la toma de decisión de disposición, así que, aunque fácticamente conduzca a un error a la víctima que decide por motivos emocionales, tal error es imputable a la víctima<sup>49</sup>. Por otra parte, tampoco los motivos supersticiosos forman parte del modelo de racionalidad vigente, así que no existe deber de veracidad del autor respecto a los mismos. En cambio, sí son víctimas débiles en sentido estricto los niños, los enfermos mentales, los sujetos de reducida capacidad intelectual o con alguna alteración de la percepción importante y los sujetos con serios déficits de socialización, porque, debido a su constitución, requieren una mayor orientación para poder tomar libremente sus decisiones económicas.

La constatación de que determinados sujetos son víctimas estructuralmente débiles, es decir, que por su constitución están sometidos a un mayor riesgo de desorientación, plantea la cuestión de cuál es el tratamiento normativo correcto de estos casos. *Una primera solución* es la de considerar que la debilidad carece de toda relevancia normativa, lo cual significa que el autor que se en-

---

49 Sobre los casos de *Mitläufereffekt*, cfr. SCHMOLLER, en *JZ*, cit., p. 125 ss.; ID. "Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises", en *ZStW*, p. 127. Puede pensarse en otros ejemplos: alguien decide comprar un producto porque el vendedor afirma que un famoso actor también lo consume, siendo esto último falso; alguien decide realizar una donación porque ve en la lista de donantes que personas importantes han sido muy generosas, siendo el contenido de la lista inveraz.

cuentra frente a una víctima débil no tiene mayores deberes de veracidad que si la víctima fuera normal. Que esta solución no reconozca la debilidad estructural como fundamento de deberes de veracidad desde la perspectiva del tipo de estafa no significa que cierre el paso a la posibilidad de construir deberes de veracidad desde la perspectiva de la solidaridad, que en Alemania quizá podrían ubicarse en el § 323c StGB<sup>50</sup>, pero que, en cambio, en España no podrían considerarse deberes de solidaridad cuya infracción vaya acompañada de una sanción penal. Esta solución se podría apoyar en el argumento de que el anonimato del mercado exige una estandarización de las relaciones económicas hasta el punto de negar relevancia a todas las peculiaridades de los sujetos que ocupan una determinada posición en una relación económica. Sin embargo, se le puede formular la objeción de que, al permitir el empleo de engaños burdos frente a víctimas débiles, trae consigo la consecuencia de que el tipo de estafa no garantiza que el patrimonio de la víctima débil sea verdadera fuente de poder para esta última, pues para gozar de orientación tal víctima necesita más información que la víctima normal, necesita que se supla su déficit cognitivo.

*Una segunda solución* es la defendida en su escrito de habilitación por PAWLIK, quien propone diferenciar dos grupos de casos<sup>51</sup>. En el caso de estafa de niños y enfermos mentales, este autor entiende que el tratamiento normativo adecuado es el de la asunción; dado que tales víctimas no tienen competencia de organización, no puede hacerseles responsables de las consecuencias, así que quien desee conducirlos a realizar un acto de disposición debe adaptarse a su nivel de conocimientos o, si no, renunciar a la relación económica con ellas<sup>52</sup>. En cambio, en el caso de las personas que han experimentado un proceso de socialización anómalo (evacuados, asilados), este autor entiende que los deberes en virtud de organización no bastan para garantizar la verdadera libertad de estos sujetos, y que

---

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

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

Una cuestión que excede el estudio de este trabajo es si la protección del patrimonio debe entenderse incluida en el § 323c StGB (cfr. SPENDEL, en *LK-StGB*, 11.ª ed., § 323c, n.º m. 28).

51 PAWLIK. *Das unerlaubte...*, cit., p. 179 ss.

52 Ya JAKOBS, en *GA*, cit., p. 568, trata estos casos como un problema de responsabilidad por organización.

existen deberes de carácter institucional dirigidos a suplir los déficits que sufren estas personas. En realidad, la cobertura de esas lagunas a través del proceso de socialización es misión del Estado, pero este último no alcanza a desarrollar esa tarea con todos los sujetos, así que delega un deber en los ciudadanos, los cuales actúan como cuasi-funcionarios frente a la persona socializada de modo anormal. Ese deber es de la misma naturaleza que el del § 323c StGB<sup>53</sup>. El planteamiento de este autor suscita, a mi entender, dudas, por una parte, porque no explica por qué en el primer grupo de casos el mero hecho de interactuar con un niño o enfermo mental es un acto de asunción del autor y, por otra, porque la solución del segundo grupo de casos no es satisfactoria. En lo que se refiere a esto último, en primer lugar, este autor no respeta la lógica interna del legislador, porque, al tiempo que considera que la estafa de víctima socializada de modo anormal es infracción de un deber institucional de la misma naturaleza que el del § 323c StGB, no respeta las diferencias (también de pena) que el legislador ha previsto, por ejemplo, entre la infracción del deber de socorro en situaciones de peligro para la vida (infracción de un deber institucional delegado del Estado, en la concepción de PAWLIK) y la responsabilidad por organización de lesiones de la vida ajena. En segundo lugar, desde un punto de vista sistemático, esta solución conduce a la sorprendente conclusión de que una infracción de deberes institucionales delegados del Estado frente al patrimonio ajeno (§ 263 StGB) se castiga más que la infracción de deberes institucionales de la misma naturaleza frente a la vida ajena en peligro (§ 323c StGB). PAWLIK intenta responder a la última objeción diciendo que la mayor pena de la estafa se explica porque en estos casos el autor tiene una “competencia institucional especial” frente a la víctima que no nace de la mera interacción neutral con ella, sino de una puesta en escena por parte del autor que determina que, según el criterio de un observador objetivo, la víctima deba sucumbir al engaño. Sin embargo, el argumento no es convincente sino que pone de manifiesto que, para PAWLIK, el fundamento de la responsabilidad en estos casos no es, en realidad, un deber institucional independiente de la interacción, sino un acto de organización del autor. En definitiva, PAWLIK debería reconocer que, en su planteamiento, el fundamento de la responsabilidad en estos casos es la asunción.

*Una tercera solución* consiste en entender que en los casos en que el autor interactúa con una víctima estructuralmente débil hay un acto de asunción de mayores deberes de veracidad, en concreto, de un deber de veracidad cuyo

---

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

contenido es suplir el déficit cognitivo de la víctima. Por una parte, esta solución se basa en la idea de que el tipo de estafa tiene la función de garantizar que el patrimonio sea verdadera fuente de libertad para su titular y, por otra, entiende que la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un significado inequívoco de asunción. En efecto, por una parte, en el caso de las víctimas débiles, el cumplimiento por el autor de los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal resulta insuficiente para garantizar la verdadera libertad de la víctima estructuralmente débil, de modo que no puede hacerse a esta última responsable de las consecuencias de su acto de disposición. Por otra parte, la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un sentido inequívoco de asunción del deber de suplir su déficit. Ahora bien, parece que, en el marco de este planteamiento, un requisito para afirmar que hay asunción debería ser la cognoscibilidad del déficit de la víctima para el autor, pues la debilidad de la víctima que no haya entrado a formar parte del proceso de comunicación no pasaría de ser una peculiaridad individual que no ha sido incorporada a su posición económica. Ciertamente, esta solución podría considerarse satisfactoria, en la medida en que garantiza a las víctimas débiles una interacción en las mismas condiciones de libertad que las víctimas normales. Sin embargo, resulta complejo explicar por qué la mera interacción del autor con la víctima débil, cuando el déficit de esta última sea cognoscible, trae consigo el nacimiento de mayores deberes de veracidad. En efecto, así como la fundamentación de la responsabilidad del autor por el acto de disposición perjudicial es más sencilla cuando se constata que el autor ha adaptado su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, la afirmación de que hay responsabilidad por organización es más compleja cuando el autor se comporta de un modo neutral, sin desviarse de los estándares propios de la posición económica que ocupa.

En las soluciones expuestas para los casos de estafa de víctima estructuralmente débil se ha puesto de relieve que, por una parte, no parece muy satisfactoria la propuesta de entender que frente a la víctima débil el autor no tiene mayores deberes de veracidad y que, por tanto, la víctima débil debe cargar con las consecuencias de su déficit. Sin embargo, por otra parte se han visto las dificultades de fundamentar la existencia de asunción en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, según lo que le corresponde a su posición en la relación económica, sin adaptar su comportamiento a la debilidad de la víctima. A mi entender, los casos de estafa de víctima estructuralmente débil deben solucionarse como expongo a continuación. En primer lugar, en los casos en que el derecho otorga relevancia a la debilidad de la víctima, el autor tiene mayores deberes de veracidad; puesto que el derecho penal tiene en cuenta

esa debilidad, porque no trata a esos sujetos como personas responsables, la posición jurídica del autor frente a la víctima no es la misma posición que ocuparía en el caso de interaccionar económicamente con una víctima normal, y por ello puede afirmarse que el mero interaccionar con la víctima estructuralmente débil cuya debilidad tiene relevancia jurídica expresa la asunción de suplir el déficit de la misma. Esta afirmación obliga a cuestionarse, *por una parte*, cuándo el derecho da relevancia a la debilidad de la víctima. Una posibilidad sería acudir a los presupuestos de capacidad negocial previstos por el derecho privado y otra, la de aplicar a la víctima los criterios de la capacidad de culpabilidad. Me parece que tiene más interés explorar esta segunda vía, en la medida en que ciertamente la víctima no es una persona responsable desde la perspectiva del derecho penal<sup>54</sup>. Así, el autor que interacciona económicamente con ella lo hace con un instrumento y, por tanto, se hace responsable por la decisión de disposición a la que la conduce. Así, puede concluirse que los deberes de veracidad del autor aumentan en el caso de que la víctima sea un menor o un incapaz. Ahora bien, *por otra parte*, hay que preguntarse si esos mayores deberes de veracidad del autor son deberes de veracidad propios del tipo de estafa. En mi opinión, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa, porque, en tales casos, no puede decirse que la decisión de la víctima, en caso de no mediar engaño, habría podido constituir una nueva situación jurídica —lo cual es, a mi entender, un requisito esencial para poder hablar de acto de disposición—; así que, en estos casos, el engaño del autor no debería considerarse un comportamiento típico desde la perspectiva del tipo de estafa sino, más bien, una sustracción<sup>55</sup>. En segundo lugar, en los casos en que el derecho no otorga relevancia a la debilidad de la víctima, solamente aumentan los deberes de veracidad del autor si este último *adapta* su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación; el acto de adaptación debe interpretarse como un acto de asunción de la gestión de un tramo de la libertad de la víctima. Por esta razón, en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, de modo que no hay elementos de su comportamiento que den cuenta de que ha habido un acto de adaptación, el autor solamente tiene los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal.

---

54 JAKOBS, en *GA*, cit., p. 568.

55 En este sentido ya gran parte de la doctrina. Cfr., por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO. “Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma”, en *GA*, p. 134; QUINTANO RIPOLLÉS. *Tratado de la parte especial del derecho penal*, II, p. 593; RODRÍGUEZ DEVEZA y SERRANO GÓMEZ. *Derecho penal español. Parte especial*, p. 455; ROMERO. *Los elementos del tipo de estafa*, p. 175 ss.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, KNUT. "Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug", en *GA*, 1977.
- BAURMANN, MICHAEL. *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987.
- BOCKELMANN, 7. Recensión a "REINHART MAURACH *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*. 2., erweiterte und verbesserte Auflage. Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1956", en *ZStW*, 69, 1957.
- BOCKELMANN, PAUL y WILHELM GALLAS (eds.). "Betrug verübt durch Schweigen", en *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona, 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO. "Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma", en *AJA*, 8 de julio de 1999.
- CUCUMUS, CONRAD. *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*, Würzburg, 1820.
- CUCUMUS, CONRAD. "Bemerkungen über das Verbrechen des Betrugs außer Vertragsverhältnissen", en *ACR*, NF, 1835.
- ELLMER, MANFRED. *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.
- FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13.<sup>a</sup> ed., MITTERMAIER (ed. y notas), Giessen, 1840.
- FRISCH, WOLFGANG. "Funktion und Inhalt des 'Irrtums' im Betrugstatbestand", en ARTHUR KAUFMANN, GÜNTHER BEMMANN, DETLEF KRAUSS y KLAUS VOLK (eds.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979.
- GIEHRING, HEINZ. "Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB", en *GA*, 1973.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. "Función y contenido del error de tipo en la estafa", en *ADPCP*, 1985.
- GRAUL, EVA. "Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden. Zur theologischen Reduktion des § 263 StGB bei bewußter Selbstschädigung", en GERD PFEIFFER, JOACHIM KUMMER y SILKE SCHEUCH (eds.). *Festschrift für Hans Erich Bradner zum 70. Geburtstag*, Köln, 1996.
- GROLMAN, KARL VON. *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, 4.<sup>a</sup> ed., Gießen, 1825.

- HÄLSCHNER, HUGO. *Das preußische Strafrecht*, 3, “System des deutschen Strafrechts”, 1. (einziger) Abschnitt, Besonderer Teil, Verbrechen gegen das Recht der Privatperson, Bonn, 1868.
- HASSEMER, RAIMUND. *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981.
- HENKE, EDUARD. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, III, Berlin, Stettin, 1830.
- HERZBERG, ROLF DIETRICH. “Bewußte Selbstschädigung beim Betrug”, en *MDR*, 1972.
- HILGENDORF, ERIC. *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, Berlin, 1998.
- HIRSCH, Hans Joachim. “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, en *ZStW*, 74, 1962.
- JAKOBS, GÜNTHER. “Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täteschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug”, en *GA*, 1997.
- JAKOBS, GÜNTHER. “Representación del autor e imputación objetiva”, C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ (trad.), en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997; (título original: “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, en GEHARD DORNSEIFER, ECKHARD HORN, GEORG SCHILLING, WOLFGANG SCHÖNE, EBERHARD STRUENSEE y DIETHART ZIELINSKI (eds.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn y München, 1989).
- JAKOBS, GÜNTHER. *Tun und Unterlassen im Strafrecht*; conferencia pronunciada en Strafrechtliches Seminar “Unterlassungsdelikte und weitere Probleme der Zurechnungslehre”, en Bonn, 19 de octubre de 1999; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (trad.). “La omisión: estado de la cuestión”, en ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMANN, FRISCH y KÖHLER. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, 2000.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Urkundenfälschung*, Köln, Bonn, Berlin y München, 2000.
- KINDHÄUSER, URS. “Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug”, en *ZStW*, 103, 1991.
- KINDHÄUSER, URS. “Betrug als vertyppte mittelbare Täterschaft”, en JOACHIM SCHULZ y THOMAS VORMBAUM (eds.). *Festschrift für Günther Bemann*, Baden-Baden.
- KINDHÄUSER, URS. “§ 263”, en ULFRIED NEUMANN, INGEBORG PUPPE y WOLFGANG SCHILD (eds.): *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Band. 4.
- KÜHNE, HANS HEINER. *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Kehl am Rhein, 1978.

KURTH, FROWIN JÖRG. *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main, Bern y New York, 1984.

MAAB, WOLFGANG. *Betrug verübt durch Schweigen*, Gießen, 1982.

NAUCKE, WOLFGANG. “Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik”, en JÜRGEN BAUMANN y KLAUS TIEDEMANN (eds.). *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974.

OTTO, Harro. *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970.

PAWLIK, MICHAEL. “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur”, en *GA*, 1995.

PAWLIK, MICHAEL. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Berlin, Bonn y München, 1999.

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS. “El engaño omisivo en la estafa”, en *CPC*, 1996.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO. *Tratado de la parte especial del derecho penal*, II, 2.ª ed., Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ DE VESA, JOSÉ MARÍA y ALFONSO SERRANO GÓMEZ. *Derecho penal español. Parte especial*, 18.ª ed., Madrid, 1995.

ROMERO, GLADYS. *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985.

SCHMOLLER, KURT. “Betrug bei bewußt unentgeltlichen Leistungen”, en *JZ*, 1991.

SCHMOLLER, KURT. “Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises”, en *ZStW*, 103, 1991.

SEELMANN, Kurt. “Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen”, en *NJW*, 1980.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. “Las inveracidades de los particulares ante el derecho penal”, en SALVADOR CODERCH y SILVA SÁNCHEZ. *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999.

TISCHLER, WERNER GEORG. “Freiheit und soziale Bindung im Wirtschaftsrecht, ‘Betrug und Opferverantwortung’”, en *Jura*, 1988.

WEIDEMANN, JÜRGEN. *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Bonn, 1972.