

Jose antón onecci

LAS ESTAFAS Y OTROS ENGAÑOS

en el Código penal y en la Jurisprudencia

ARTÍCULO PUBLICADO EN EL TOMO IX DE LA
NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA

1957
BARCELONA

LAS ESTAFAS Y OTROS ENGAÑOS

I. CONCEPTO. — II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. A) *Derecho romano*. B) *Las Partidas*. C) *Otras legislaciones*. D) *Los Códigos penales españoles*. — III. ELEMENTOS GENERALES. A) *Conducta 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 1880, 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 ausencia 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 im-

puestos por el Derecho positivo son suficientes para oponer serios obstáculos a la labor de esclarecimiento 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 tutelados por la estafa son el patrimonio y la libertad de ejercicio jurídico.

(3) Véase sent. de 31 mayo 1913, SANTIAGO-CH.

(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, KOHLHAUSCH-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, *Beitrag*, 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 KOHLHAUSCH, *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 *mínimum* 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 MEZZGER (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 *stellionatus* fué tardía, datando probablemente de la época de Antonino Pío (14). Apareció como crimen extraordinario para reprimir casos de fraude que no calan 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 MEZZGER (*Strafrecht, Besonderer Teil*, 4.^a 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.^a 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 germanica.

(12) MEZZGER, 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. Pero 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 cubiertas. 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 refiado 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 immutatio in praedictum 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 al 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*, párr. 1.

(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, 1953, 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 doli*, 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) Los CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES. — 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 gallo se inicia la definición del artículo 766 así: "Cualquiera que con algún artificio, engaño o superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiere sonscado 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 "sonscar" 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 *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 indebidamente 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 indebidamente 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 demandada 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 germania, porque al estafado se le deja económicamente en falso como en el *Vocabulario de germania* de Hidalgo (1609) y la actual, así como estafones por estafadores. Véase: *Costellano*, 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, stellionato" (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 éste mismo; por lo que el engaño atribuido 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 proscribió es una *maquination*, 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 podría estar constituida 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 tica; estafa de transportes (*filouterie de transports*), defraudación 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 (*macchia 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 (*curiositas*) 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 es, 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

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

(30) GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, París, 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. cit., y vol. cit., pág. 307.

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

(33) IMPALLOMENI, *Codice penale italiano illustrato*, vol. III, págs. 279 y 55.

(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. 376.

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 apresura 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 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 imputada 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 de 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 consistentemente 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 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 (*arglistig*) 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 dándose 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. 439.

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

(37) Según ANTOLISKI, el artificio opera sobre la realidad externa, creando una falsa apariencia material, mientras el *raggiri* obra directamente sobre la psique del engañado, consiguiendo 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 MACCOTTE (*Diritto penale*, 3.ª ed., Bologna, 1948, vol. II, t. 2, pág. 997) el *raggiri* (sinónimo de intriga, rodeo de palabras, insidia, engatusamiento) es un artificio acompañado de subrepticia maquinación. Nosotros traducimos la palabra italiana *raggiri* 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, véase, entre otras más antiguas, las sentencias del Tribunal Supremo español de 12 febrero 1947, 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, Besonderer Teil", Berlin, 1935, pág. 357.

(44) GRAVEN, *L'esqueroquerie en Droit pénal suisse*, Basilea, 1947, págs. 7 y 83.

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 1917, 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 nel delitto contro il patrimonio*, Milán, 1955, págs. 235 y 25.

(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 si 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 MAGGIORANI, 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; WEZZEL, ob. cit., pág. 265.

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. Esta fue 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 consignan 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 consciente; 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 engañador, sino el engañado, quien causa conscientemente su perjuicio. Por darse en el Código italiano una falta de mendicidad agravada "por la simulación de enfermedad 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. Este 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 acostumbran 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. 11, 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 MANICO 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, *Tratado procesual*, en "Giustizia penale", 1928; MIRRO, ob. cit., págs. 54 y ss. A favor: ANTOLISEI, ob. y vol. cit., págs. 250-51.

(74) KOHLRAUSCH, 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 1917).

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 1912, 23 diciembre 1912, 27 mayo 1913, 18 octubre 1919 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 entraba 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 DEVEA 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 DEVEA, *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) WELZEL, 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 Strafrechtsentwicklung", Berlin, 1944, págs. 239 y ss.; id., *Zum Begriff der Vermögensschadens 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. Ésta 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 que el 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*, Turin, 1930, págs. 116 y ss.

(100) ANGELOTTI, ob. cit., pág. 436.

(101) IMPALLOMENE, 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 rehúsa el comercio sexual al cliente que le ha pagado, mientras quedaría libre de pena si hubiera cumplido su inmoral 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.

B) 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 basta 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

(102) SCHLOSSEY, *Ist die Lieferung unwirksamer Abtreibungsmittel Betrug?*, en "Deutsches Strafrecht", 1941.

(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) SCHWABZ, *Strafgesetzbuch*, 17.ª ed., Berlin, 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.

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

(107) Opinión rotundamente afirmativa es la de BRANAQUI (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. 771; SCHWABZ, 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*, Berlin, 1935, pág. 350.

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 DE VESA (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 artículo 531
	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: PEREIRA, *Elementi di Diritto penale*, vol. II, pág. 242; ROS PALLANES, *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 DE VESA, *De derecho penal*, parte especial, Madrid, 1949, págs. 415 y ss. Otra clasificación adopta PUTG (*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, aparentando 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.** — Este ha de determinar en el engañado 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 20 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, hicieron 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 dedican 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 legisladora. 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 habiendo 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 insolventia (126). Para estimar la estafa en este caso surgen serias dudas, como ya hemos dicho al tratar de los elementos generales (111, 11), 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 polizaje: 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 polizaje, 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 insolventia 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).

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

(125) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, parte especial, 9.ª ed., Barcelona, 1955, pág. 881.

(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 polizaje las penas establecidas por el Código penal común para la estafa (art. 61).

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 trasposos 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 innecesarias, por estar comprendidos los hechos en los expresados de modo terminante en las anteriores frases del número 1 del artículo 529. 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. 493) 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 verübt 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, *Etude sur l'escroquerie au trésor*, en "Archives d'Anthropologie criminale", vol. XXII, 1907; CATALDO, *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 escroquería 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: MELLON, 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. Consultese también el artículo "CHANTAJE" de esta ENCICLOPEDIA redactado por RODRIGUEZ DEVERA. 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 el 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, combinando 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 enajenar, arrendar o gravar.*"

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 a "el 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., párr. 2353) desea 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.

tedentes 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. Esta 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 categoría 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, incurrirán 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 suggestionar 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 coludante 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 darlo 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 — impropia, 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, si 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 torpes (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 PÉREZ, *Derecho penal*, t. IV, pág. 249.

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

(140) CARRARA tenía la opinión expuesta en el texto (*ol. cit.*, paráfr. 236a). Pero relata la adversa resolución del Tribunal ante el cual sostuvo la absolución; y posteriormente el Tribunal de Casación italiano ha confirmado esta doctrina.

(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.

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 IMPALLONNI, *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 55.; 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 PATROCELLI, *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 MIRRO (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 los 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 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, préstamos, arrendamientos, para colocar a un deudor en situación de insolvencia o fundamentar una tercería 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 carecería 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) MIRRO, 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 58. 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 ANTOLIANI, 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. 196.

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 codeinfluencia 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.

como: 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-

na. 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) Locoix, *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 constatar 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 policriminal 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).

cunstanza 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 bolsillo 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 insostenible (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, pág. 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 yugoslavo.

(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 inmoderada 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 1951 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 (sent. 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 PUIG (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) PUIG, *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 MIRYO, 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 falsas; defraudación con pretexto de sueldos 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 parcialmente 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 1944 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 mediare 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

(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).

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 concurren 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 concurren 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-

(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; ANGELOTTI, *Delitti contro il patrimonio*, en el "Trattato di Diritto penale", editado por Vallardi, Milán, 1936; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, parte especial, I, Milán, 136; 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 Strafrechtsentwicklung", Berlín, 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*, París, 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", Berlín, 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 raggi 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*, París, 1901-6, t. I; GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3.ª edición, París, 1935, t. VI; GODSCHMIDT, *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 loyaler 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; IMPALLOMENE, *Codice penale illustrato*, vol. III; KEMPERMANN, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", vol. LVII; KORFKA, *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-París, 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*, París, 1937; MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, 1867; MEZGER, *Strafrechts, Besonderer Teil*, Munich-Berlín, 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 Strafrecht", 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; SARATINI, *Nuove ricerche sulla criminalità della frode nel negotio illecito*, en "Rivista penale", 1916; id., *Ancora sulla truffa in negotio illeciti*, en "Rivista di Diritto e procedura penale", 1922; SÁNCHEZ TRIERINA, *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; SCHLOSSEY y KLEZ, *Ist die Lieferung unwirksamer Abtreibungsmittel Betrug?*, en "Deutsches Strafrecht", 1941; SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 7.ª edición, reelaborada por SCHRÖDER, Berlin, 1954; SCHRÖDER, *Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft",

vol. LX; SICKING, *Der Betrug*, 1940; TOLDMEI, *Della truffa e di altri frodi*, Roma, 1915; id., *L'evoluzione storica giuridica del delitto di truffa*, en "Rivista penale", vol. LXXVII; VALENTI, *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; WILZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 3.ª edición, Berlin, 1954.