

Función y contenido del error en el tipo de estafa

JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ

Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Complutense

1. *Los elementos generales de la estafa. Cuestiones de política criminal.*

Pocas veces una deducción dogmática de los elementos generales de un delito ha conseguido tan rápida y generalizada aceptación doctrinal y jurisprudencial como la propuesta por Antón Oneca en 1958 sobre la estafa (1).

Su armonía interna se pone de manifiesto, sobre todo, en esa explicitada exigencia de interrelación de causalidad entre los distintos elementos objetivos y generales que componen el concepto dogmático: conducta engañosa, error, acto de disposición y perjuicio. Además, el delito de estafa se caracterizó desde un principio por una doble supra-determinación en el ánimo del sujeto activo: junto al dolo, necesario en estos delitos, ha de concurrir también el ánimo de lucro o enriquecimiento injusto, propio o ajeno, que tradicionalmente viene caracterizándose como elemento subjetivo complementario del dolo, por lo que se concluye en la imposibilidad de comisión imprudente de la estafa.

Y, si bien antes de la aparición de ese estudio de Antón Oneca, el Tribunal Supremo venía construyendo el delito de estafa sólo apoyado sobre los elementos del «engaño» y el «perjuicio», a los que se unían —a veces explícitamente— la relación de causalidad entre uno y otro y —aunque con menor frecuencia— el ánimo de lucro, actualmente, sin embargo, aunque el tenor de las Sentencias sigue refiriéndose fundamentalmente al «engaño» y al «perjuicio», pueden considerarse jurisprudencialmente consolidados también los elementos del «error» y el «acto de disposición», como elementos generales autónomos de la tipicidad de estafa.

Es preciso observar que durante mucho tiempo ha ido teniendo lugar una auténtica complementación del texto legal, ya que hasta

(1) En *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, voz «estafa».

la reforma de 25 junio 1983 el Código penal no aludía más que a «defraudar» y «perjudicar», además de al «engaño». En esta peculiar interpretación de los tipos penales coexistieron pretensiones político criminales diversas. Así, por ejemplo, la inclusión del «error» entre los elementos típicos, o la exigencia de mutua concatenación causal entre ellos parecen responder a preocupaciones político criminales de *restricción* de los tipos penales. Por el contrario, la individualización del «acto de disposición» —como elemento mediador entre el error y el perjuicio—, además de para diferenciar la estafa de otros delitos de enriquecimiento parece responder a una preocupación político criminal *extensiva*, al posibilitar, por ejemplo, la tipicidad en casos de no coincidencia entre el engañado y el perjudicado, como sucede en la estafa procesal (2).

De hecho, las valoraciones político-criminales se han introducido de tal manera en el sistema del Derecho penal —parafraseando a Roxin— (3) que las propuestas dogmáticas pueden explicarse como claro reflejo de las valoraciones político criminales subyacentes. El delito de estafa constituye un buen terreno para esta confrontación metodológica, por la inmediatez con que las distintas propuestas dogmáticas encuentran reflejo práctico, dada la especial indeterminación de los tipos penales de estafa. Un buen ejemplo de esa inmediatez práctica puede encontrarse en el estudio de Torío sobre la estafa procesal (4), en el que la concreta aplicación del instituto dogmático de la imputación objetiva comporta no pocas consecuencias de naturaleza restrictiva para la tipicidad de la estafa procesal.

En este contexto de interrelación entre dogmática y política criminal en el delito de estafa, es significativo reparar en la aproximación de nuestro artículo 528 al tipo genérico de estafa del actual parágrafo 263 StGB alemán (5); aproximación ya implícita en la definición de la estafa propuesta por Antón Oneca, y pronto do-

(2) Un buen resumen de la doctrina jurisprudencial sobre estafa procesal, antes de la reforma de 25 junio 1983, se puede encontrar en la STS 25 de octubre 1978 (Aranzadi 3312). En la doctrina científica, cfr., especialmente: CEREZO MIR, *La estafa procesal*, en ADP 1966, págs. 179 sigs.; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 2.ª edición 1974; TORIO LÓPEZ, *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en Homenaje a Antón Oneca, 1982, págs. 877 y sigs.

(3) *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde, 1972.

(4) En el citado Homenaje a Antón Oneca.

(5) 1) «El que con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro mediante la generación o no evitación de un error, bien por simulación de hechos falsos o bien por desfiguración u ocultación de hechos verdaderos, será penado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa».

2) La tentativa es punible.

3) En los casos especialmente graves la pena será de uno a diez años de privación de libertad.

minante en nuestra doctrina y jurisprudencia. La proximidad no sólo se pone de manifiesto en el peso específico que se le concede a un concepto general —es decir, superpuesto a los distintos tipos penales concretos de estafa— sino también en los concretos elementos generales que conforman el aludido concepto de estafa.

No puede ignorarse, al respecto, la importancia que tiene, por ejemplo, la existencia del *estado* de error del engañado, explicitada en el párrafo 263 StGB, pero ausente en nuestro Código penal —incluso tras la reforma de 25 de junio 1983, como se verá— aunque deducida doctrinal y jurisprudencialmente por vía interpretativa. La exigencia de error del engañado no es, sin embargo, ni inevitable ni intrascendente. El Proyecto 1962 StGB, por ejemplo, prescindió del «error» en el tipo de estafa, con el fin de dotar al «engaño idóneo» de una mayor flexibilidad interpretativa. La propuesta no prosperó, tal vez por situarse frente a la tesis exageradamente restrictiva que ha caracterizado tradicionalmente a la doctrina alemana, y uno de cuyos paradigmas lo constituye la fundamental monografía de Naucke en 1964 (6).

Lo cierto es, sin embargo, que —como se verá ulteriormente— la restricción del tipo de estafa no depende tanto de la inclusión específica en él del «error» del engañado, como del contenido del mismo y de la *función* que cumpla el error en el tipo. A través de una correcta comprensión de ambos aspectos del error es posible elaborar una dogmática coherente del delito de estafa, capaz de reflejar la pretensión político criminal restrictiva de remitir un buen número de conductas ilícitas relativas a las relaciones patrimoniales al terreno resolutorio de la coacción civil, pero también, por otro lado, capaz de incluir en él supuestos en que no se consigue generar error —en sentido estricto— en nadie, pero el engaño es, sin embargo, idóneo, y se consigue así producir un acto de disposición patrimonial perjudicial. Es decir, que en sistemas jurídicos como el nuestro, en el que los tipos penales ni aludían ni aluden al *estado* de error del engañado (7), su exigencia como elemento autónomo del tipo no puede plantearse como «no problemática» desde el punto de vista del principio de legalidad, ni mucho menos como intrascendente político-criminalmente. El ejemplo del Proyecto 1962 StGB (que no exigía el error) y —comparativamente— del vigente 263 StGB (que sí lo exige), es bien significativo al respecto, porque de la mera exigencia de engaño idóneo no tiene por qué deducirse necesariamente la de «error» del sometido a maniobras engañosas. Lo que quiere decir que entre nosotros es preciso todavía responder a una doble cuestión, en lo que se refiere al elemento «error»: 1) si su exigencia como elemento autó-

(6) *Zur Lehre vom Strafbaren Betrug*, 1964.

(7) Téngase en cuenta que el vigente artículo 528 C.P. sólo se refiere —tras la reforma de 25 junio 1983— a los que «utilizan engaño bastante para producir error», y no a la efectiva consecución de dicho estado de error, tal y como exigía, por el contrario, la definición de Antón Oneca, y tal y como exige el vigente párrafo 263 StGB.

nomo del tipo es convincente político-criminalmente; y 2) si su exigencia como elemento autónomo del tipo fue y es compatible con el principio de legalidad.

2. *El engaño idóneo y su relación con el acto de disposición. Función en el tipo y contenido del «error».*

Tal vez el casuismo en la descripción típica de distintas conductas engañosas de que hacían gala los artículos 528 y 529 Código penal y, aunque en mucha menor medida, también el vigente artículo 529 Código penal, responda a la pretensión de «circunscribir con precisión, en el sentido de la seguridad jurídica lo injusto de las conductas de estafa». Sin embargo, la relación de engaños típicos resulta inevitablemente incompleta, por lo que antes de la reforma se hizo imprescindible la cláusula extensiva (8) del artículo 529.1 Código penal, y tras la reforma de 25 junio de 1983 la del tipo básico del artículo 528. Su mera presencia indica que en la regulación de la estafa en nuestro Código penal coexisten modelos legislativos distintos, lo que nos sitúa lejos del sistema italiano, cuyo Código penal sólo alude a «artifici e raggieri» (idóneos), pero también lejos de los sistemas de muy relativa concreción de los *engaños*, como el francés —que sólo alude al «uso de falsos nombres o cualidades o al empleo de maniobras fraudulentas» con determinados fines, o del todavía más indeterminado del StGB, que alude simplemente a la «simulación de hechos falsos, o a la deformación u ocultación de hechos verdaderos». Existe, sin embargo, también en nuestro Código penal un inevitable nivel de indeterminación. Y, precisamente, en este forzoso grado de indeterminación del primer elemento del desvalor de la acción —el engaño— reside una de las más notables especificidades del delito de estafa: la relativización del principio de legalidad que le es inmanente. La aspiración no va más allá de que la descripción típica ofrezca un punto de partida suficientemente concreto para la interpretación de la ley. Lo que quiere decir que la exhaustiva descripción de engaños típicos no se considera político-criminalmente deseable, por lo que se prefiere la relativización correspondiente de las exigencias impuestas por el principio de legalidad. Ahora bien, esta indeterminación sólo es soportable desde el punto de vista de la legalidad formal si al engaño —pretendidamente indeterminado— se le suman otros elementos capaces de dotar de un nivel suficiente de concreción típica al desvalor de la acción.

O, dicho de otra manera: para conciliar las valoraciones político-criminales y el principio de legalidad se hace imprescindible añadir al «engaño» el requisito de su «idoneidad» para la consecución del resultado defraudatorio.

(8) No lo estimó, ni siquiera como cláusula extensiva (cuanto menos, como analogía *in malam partem*), CEREZO MÍR, *Curso de Derecho Penal Español*, 1981, pág. 206.

Sería deseable que el tipo o los tipos de estafa aludiesen explícitamente a ello —bien directamente, como en el Código penal italiano— o bien indirectamente, como en el Código penal francés. Incluso, podría ser deseable que el texto legal llegase a alcanzar el máximo nivel de concreción al respecto, incluyendo en el tipo la exigencia de «engaño bastante para producir error en otro», tal y como hizo el Proyecto 1980 C. p. (art. 255), y tal y como hacen también nuestro vigente C. p. y el Anteproyecto 1983. Pero debe tenerse en cuenta que en estas formulaciones el error no es más que el punto de referencia del nivel de idoneidad del engaño típico, y no un estado psíquico efectivo producido por el engaño, tal y como, sin embargo, está regulado en el parágrafo 263 StGB.

Coincidiendo con la doctrina italiana de la primera mitad del siglo, que —como señala Antón Oneca— (9) llegó pronto a la conclusión de que el mero desenvolvimiento de la teoría general del delito hacía innecesaria una limitación expresa a las conductas engañosas, nuestro Tribunal Supremo ha buscado la concreción y contención necesaria en la exigencia general de la relación de causalidad entre engaño y acto de disposición, o, directamente entre engaño y perjuicio. Así se pronuncian innumerables sentencias, de entre las que pueden destacarse las de 20 enero 1978 y 5 octubre 1978: «...sin requerir que la conducta engañosa venga revestida de una calificada entidad, ni ser necesario que consista en hechos o actos más o menos cualificados, siendo suficiente que contenga la suficiente eficacia o idoneidad para la concreta finalidad pretendida...». O, también, la sentencia de 16 de enero 1978, cuando alude a la peculiar idoneidad y eficacia causal del engaño, y la de 13 de mayo 1980 (en el mismo sentido, las de 2 octubre 1979 y 12 noviembre 1979) que compendia la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: «... o cualquier otro engaño semejante... siendo de destacar que ese engaño ha de ser eficiente, o necesariamente idóneo para provocar el desplazamiento patrimonial...». Como con razón señala Quintano, la jurisprudencia atiende, pues, más a criterios de idoneidad, que a la fijación de módulos cuantitativos abstractos en la entidad del engaño.

Estas recientes Sentencias —y otras muchas en el mismo sentido— corroboran —a mi entender— la tesis, ya defendida por Antón Oneca de que el Tribunal Supremo aplica dominante e indistintamente como teorías causales las de la relevancia y de la adecuación, con la pretensión de definir, así, el concepto de engaño en los tipos de estafa.

La vía escogida resulta, sin embargo, insatisfactoria. Pero la insatisfacción no se debe a la incapacidad del juicio de adecuación

(9) Op. cit., pág. 62.

frente al de la equivalencia para determinar la relación de causalidad entre engaño y error —como piensa Torío (10), frente a la opinión, entre otros, de Naucke (11)—, sino a que no es en el ámbito de la causalidad donde pueden resolverse los problemas relativos a la delimitación del engaño típico (12). El marco dogmático correcto es el de la imputación objetiva, como propone Torío, pero ha de tenerse en cuenta, a la vez, que la teoría de la adecuación no es, en realidad, una teoría causal, sino de la imputación objetiva (13).

Ahora bien, una vez escogido el terreno de la imputación objetiva conviene hacer las siguientes precisiones:

1) La idoneidad del engaño o relación de imputación objetiva con el resultado defraudatorio no viene a establecer la relación existente entre engaño y error, sino entre engaño y acto de disposición perjudicial, y ello por la sencilla razón de que el error no es un elemento autónomo genérico en nuestros tipos de estafa: no siempre nuestros tipos exigen, en efecto, que el engaño haya conseguido producir error en otra persona, ni esto puede deducirse —a mi entender— por vía interpretativa. El error no puede ser, pues, en todo caso un resultado «intermedio» del engaño que *imputar* al sujeto y a su acción, como ocurre en el tipo alemán.

2) El error es, por el contrario, más una capacidad de la acción, una *posibilidad* que un *estado* efectivo. Como tal posibilidad es, precisamente, el punto de referencia que permite afirmar la imputación objetiva del perjuicio patrimonial a la acción engañosa: sólo se le imputa el resultado típico a aquel engaño bastante para producir error en otra persona. Esta posibilidad de error —que como se verá se define como posibilidad objetiva, según el caso concreto— cumple la función, pues, de establecer el nivel normativo de idoneidad del engaño.

3) En consecuencia, de la función del error en el tipo y de su contenido depende el juicio de imputación objetiva o idoneidad normativa del engaño para que se le impute el resultado típico.

Función y contenido del error en los tipos de estafa

A los efectos de la tipicidad de la estafa, engaño es, pues, toda aquella conducta tendente a generar error en otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo. Sólo a este engaño le es imputable el perjuicio patrimonial acontecido.

(10) Op. cit., pág. 883.

(11) *Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug*, en *Festschrift für Peters*, 1974, pág. 118.

(12) En este sentido, cfr. CRAMER, *Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung in Rahmen des Betrugstatbestandes*, en *JZ* 1971, páginas 415 sigs.

(13) Como ya reconoce la doctrina dominante; por todos, JESCHECK, *Tra-
tado*, I, pág. 387, y GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, 1984, pág. 186.

Para la definición del engaño idóneo se ha abandonado, pues, el terreno naturalístico de la causalidad, y se ha puesto la atención en el marco normativo de la imputación objetiva. Consecuentemente el error debe dejar de ser un elemento autónomo de la tipicidad de la estafa —una especie de «resultado intermedio» del engaño— y debe tratarse, por el contrario, como punto de referencia para la delimitación de la tipicidad del «engaño» (es decir, de la acción).

En efecto, la *función* del «error» en el tipo es restringir las conductas típicas de estafa, es decir, delimitar restrictivamente las acciones prohibidas como atentatorias contra el bien jurídico protegido. Su función es —como señala Amelung (14)— colaborar con el principio de subsidiariedad, es decir, delimitar concretamente cuándo existe «necesidad de protección» penal del bien jurídico. Es un punto de partida similar al que utiliza Giehring (15), aunque el desarrollo y las conclusiones son divergentes entre ambos autores.

Ahora bien, la determinación de esa «necesidad de protección» del bien jurídico debe determinarse en el tipo de estafa a través de la «*necesidad de protección de la víctima*». Para ello es preciso recurrir al criterio referencial del error: sólo existe dicha necesidad de protección cuando el engaño es capaz de inducir error en la víctima. Resulta obvio, por lo demás, que —como apunta también Amelung— este nivel ha de establecerse teniendo en cuenta las «posibilidades de autoprotección del sometido a engaño» (16).

De esta «función» del error en el tipo de estafa se deduce, a su vez, su contenido, ya que éste dependerá del nivel que se considere necesario establecer para proteger a la víctima y al patrimonio ajenos, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad. Y así, resulta que el *contenido* del error en la estafa no tiene por qué identificarse con el «estado psíquico de desconocimiento del perjuicio patrimonial injusto» (17). Por el contrario, la protección del bien jurídico y de la víctima exige que el Derecho penal actúe también en determinadas situaciones de *duda* del engañado, siempre y cuando las posibilidades naturales o jurídicas de autoprotección de la víctima respecto al engaño idóneo sean insuficientes para asegurar el bien jurídico. Me refiero, por tanto, al delito consumado, y no a la tentativa o frustración.

Fijar el contenido del error en el efectivo desconocimiento del perjuicio patrimonial injusto propio o ajeno por parte del sometido a engaño, o en su total certeza o confianza sobre la conveniencia

(14) *Irrtum und Zweifel des Getauschten beim Betrug*, en GA, 1977, páginas 1 y sigs.

(15) *Prozessbetrug im Versaumnis und Mahnverfahren, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in Paragraf 263 StGB*, en GA, 1973, páginas 1 sigs.

(16) Op. cit., pág. 6.

(17) Op. cit., pág. 7; cfr. también, BOCKELMANN, *Betrug trotz ausreichender Gläubigersicherung*, en NJW, 1961, págs. 145 sigs.

patrimonial del acto de disposición, implica intentar acceder al contenido del error a través de un paralelismo con la teoría de la autoría mediata: según esta tesis el error erige a la víctima en «instrumento» en manos del que realiza la acción. Pero esta tesis restringe en demasía las constelaciones de casos típicos, hasta reducirlos prácticamente a los de inexistencia de libertad de actuar u optar.

Pero tampoco resulta convincente —a mi entender— la tesis de Herzberg (18), de que la función del error y su consecuente contenido en el tipo de estafa es «excluir del tipo los casos de consentimiento no viciado». El efecto político criminal de esta formulación es exactamente el contrario al restrictivo que se producía con la tesis anterior, ya que, por contraposición, la tipicidad de la estafa se afirmaría siempre que el consentimiento estuviese viciado, lo que desdibuja de forma nada deseable los límites respecto al ilícito civil.

El camino dogmático elegido de la imputación objetiva conduce a mejores conclusiones político-criminales, se adapta perfectamente a la tesis de que el error cumple una función de colaboración con el principio de subsidiariedad en el tipo de estafa, y se acomoda, además, a nuestro texto legal vigente.

En efecto, este planteamiento permite afirmar que sólo son engaños típicos las conductas tendentes a generar error en alguien, e idóneas para conseguirlo, porque sólo esas conductas crean o incrementan el riesgo de que se produzca el resultado típico, o, en su caso, y subsidiariamente, se corresponden con el fin de protección de la norma.

Se introducen así en el engaño típico las posibilidades de auto-protección del sometido a engaño, con lo que se atiende, además, a lo que Torio denomina «conexiones causales extravagantes»: el sujeto activo escoge cuidadosamente a la víctima débil mentalmente para percatarse del ardid; o bien, el resultado se consigue debido a conocimientos extraordinarios individuales, que permiten un dominio especial del hecho (19). Sometidos estos y otros supuestos a la «prueba» de si las conductas engañosas crean o incrementan el riesgo de producción del resultado típico se accede, sin duda, a soluciones afirmativas satisfactorias.

Evidentemente este proceso implica la utilización de juicios de experiencia. Es, en efecto, suficientemente conocida la tesis de Armin Kaufmann de que con la idea del riesgo se vuelve a la del juicio de adecuación (20). En este sentido hay que entender la afirmación de que la teoría de la adecuación no es realmente una teoría causal, o de que, como demuestra Roxin (21), «hace tiempo que el criterio en el que se basa el juicio de adecuación ha des-

(18) *Bewusste Selbstschädigung beim Betrug*, en MDR 1972, págs. 93 sigs.

(19) TORIO LÓPEZ, op. cit., pág. 884.

(20) *Das fahrlässige Delikt*, en ZRVgl, 1964, pág. 50.

(21) *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*, en *Problemas básicos del derecho penal*, pág. 132.

cartado como regla de imputación a la teoría de la equivalencia, aparentemente vigente en derecho penal».

Estas precisiones vienen al caso porque en la estafa, y en general, conviene reservar el criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma» a la solución de aquellos casos en los que no sean suficientes los de «riesgo-adequación»; es decir, para resolver situaciones en las que —como propone Roxin (22)— «el resultado se produce como consecuencia de una creación de riesgo no permitida en parte alguna, y, sin embargo, no es imputado porque el legislador no quiere hacer responsable de ello a la persona que actúa». Su eficacia autónoma es, pues, subsidiaria, extremada y excepcional, y no básica e inicial, como se deduce de Gimbernat (23) y Torío. La imputación objetiva se resuelve, fundamentalmente, a través de la idea del riesgo, también en el ámbito de la estafa —incluso de la estafa procesal—, aunque algunos supuestos deban ser remitidos directamente a la idea del fin de protección de la norma (24).

En relación a la estafa, pues, hay que retener que el juicio de adecuación —entendido como base de la imputación objetiva— es capaz de incluir en dicha imputación objetiva juicios de experiencia individualizados. Como, con razón, señala Naucke en relación a la estafa: «la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo; este proceso valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la *vencibilidad* del engaño por parte de la víctima» (25).

Se trata de una idea sumamente interesante que, además, aplica Naucke a supuestos de estafa similares a los que llamaron la atención de Torío. Pero su validez general se deduce, sobre todo, de que las posibilidades de autoprotección de la «víctima» cuentan en la investigación de la imputación objetiva del resultado típico defraudatorio.

Esto conduce a dotar al error de un significado sistemático-dogmático y de un contenido en los tipos de estafa distintos a los que se acostumbra en nuestra doctrina y Jurisprudencia: porque, tal y como un amplio sector doctrinal alemán mantiene, también la «duda» del sometido a engaño —duda que objetiva o subjetivamente no puede resolver el sujeto— e inducida por un engaño o conducta capaz de generar error y que, no obstante, mueve a alguien a realizar el acto de disposición injustamente perjudicial para él mismo o para otro, debe ser suficiente para afirmar la imputación objetiva, porque el engaño creó o incrementó el riesgo de que se produjese el resultado típico.

Téngase en cuenta, al respecto, que el tipo de estafa prohíbe acciones (engaños idóneos) de las que se derivan resultados (per-

(22) *Ibid.*, pág. 136.

(23) *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 136 y 156.

(24) Como hace, no obstante, TORÍO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 885.

(25) *Der Kausalzusammenhang...*, *cit.*, pág. 118.

juicios patrimoniales). Es decir, que la conminación penal se dirige contra el que realiza el desvalor de la acción del que se deduce el resultado típico; y este desvalor no puede depender de que la víctima aporte a la conducta del sujeto activo su efectivo estado psíquico de «error» (26).

Parece, pues, correcto no incluir en el concepto general de estafa, la efectiva constatación de dicho estado psíquico, sino sólo el engaño idóneo. Pero incluso si se incluyese explícitamente en el Código penal, o si se dedujese por vía interpretativa, el contenido del error —deducido de su función y de su significado dogmático— no tendría por qué coincidir con la exigencia de que el engañado desconociese la situación de efectivo riesgo para el patrimonio propio o ajeno, sino que para la imputación objetiva del resultado típico debe ser suficiente haber generado o alimentado la duda sobre la situación de efectivo riesgo para el patrimonio; riesgo creado o incrementado por un engaño del que en concreto no puede protegerse la víctima.

Frente a lo que opina Amelung —que, por cierto, no utiliza la vía de la imputación objetiva— este planteamiento es también aplicable a la estafa procesal. Piénsese, por ejemplo, en todos aquellos procedimientos con medios de prueba tasados muy específicos, en los que el juez actúa constreñido por la propia rigidez del procedimiento. Exigir aquí el efectivo *error* del juez para la tipicidad de estafa supone una injustificada dejación de funciones —en favor de la coacción civil— para la sustanciación de todos los casos de negación de validez de firma o de existencia de deuda, o de haber recibido la contraprestación, por ejemplo, aunque tales negaciones hayan ido precedidas de auténticas maquinaciones idóneas realizadas con consciencia de su absoluta falsedad. Estas conductas realizadas a través de dichos procesos y con fines defraudatorios pueden conducir a que el juez resuelva la improcedencia de la ejecución, en juicio ejecutivo, o acuerde hacer una provisión de fondos no debida, en realidad, si se trata de un procedimiento de jura de cuentas, por ejemplo, o el deshaucio, a pesar de haber sido satisfechas las rentas, pero sin que conste en recibos. En este tipo de procesos el juez actúa constreñido por la propia rigidez del procedimiento, y dicta su sentencia porque ha mediado una conducta engañosa idónea en el caso concreto, dados los medios de prueba tasados, aunque puede albergar dudas sobre la veracidad de las afirmaciones y sobre la existencia de maquinaciones de una de las partes. Estas sentencias o actos dispositivos del juez se producen debido a sus limitadas posibilidades jurídicas de auto-

(26) El desvalor de la acción engañosa está constituido, por tanto, por esa finalidad que tiene «capacidad y poder del resultado», como se demuestra no sólo por su peligrosidad «ex ante», sino también por haberse producido efectivamente el resultado perjudicial «ex post»). Sobre los criterios de la «capacidad y el poder del resultado de la finalidad» y su incidencia en la conformación del injusto penal, me remito a mi obra «El ejercicio legítimo del cargo, 1980, págs. 148 sigs. y 157 sigs.

protección frente al engaño idóneo, pero no debido a que el sujeto activo haya conseguido, necesariamente, producir un estado psíquico de «error» en el juez. En general, puede parecer correcto que la mera negación de firma o deuda en juicio ejecutivo, por ejemplo, no impliquen estafa procesal; pero también parece correcto que no siempre tenga que negarse forzosamente en esos casos la estafa procesal, como, con razón, puso de manifiesto Oliva García (27), cuando se constaten maquinaciones idóneas para ocultar la realidad de la deuda. Lo que en todo caso parece incorrecto es que la general atipicidad de esas conductas pueda apoyarse en la no concurrencia de relación de causalidad o de error en el juez. Hay en estos casos relación de imputación objetiva, porque el *engaño* ha sido *idóneo* en el caso concreto, no para generar error (lo que, insisto, no constituye el resultado a imputar), sino para producir el acto de disposición perjudicial.

Otros problemas igualmente debatidos en la doctrina pueden encontrar una buena vía resolutoria a través de la tesis en cuestión. Me refiero, por ejemplo, a los debatidos problemas de la tipicidad o atipicidad de los juicios de valor y de las conductas omisivas.

El Tribunal Supremo no ha construido una doctrina suficientemente clara sobre la idoneidad típica de los juicios de valor para constituir engaño. La negación doctrinal suele reconducirse a la incapacidad de dichos juicios para actuar como «fuerza decisoria de la voluntad». Pero de nuevo nos encontramos ante una tesis que encuentra poco apoyo en el derecho positivo. Por eso, partiendo de la base de que —como afirmara Antón Oneca (28)— nuestro derecho positivo no da pretexto para excluir absolutamente de los tipos los juicios de valor, el Tribunal Supremo ha venido repitiendo que el engaño suficiente puede consistir —según las circunstancias— en «hábiles y sugestivas palabras o promesas» (STS 5 octubre 1978), o que «no tiene por qué consistir en hechos ni actos materiales» (STS 20 enero 1978), con lo que indirectamente parece avalar la tesis de la posible idoneidad típica de los juicios de valor, en determinadas circunstancias. A esta conclusión puede llegarse igualmente desde la perspectiva de la creación o incremento del riesgo. No es que la simple mentira pueda constituir ya un engaño idóneo, pero sí parece correcto que el juicio de valor falso, emitido por un abogado o notario, por ejemplo, ante una persona de poca o nula formación, con el fin de que acceda a un acto de disposición patrimonial, ocultando en ese juicio de valor una auténtica asechanza «ab initio» sobre el patrimonio ajeno, puede y debe constituir engaño típico.

Lo mismo cabe decir respecto a las conductas omisivas, admitidas generalmente sin dificultad en el ámbito típico, siempre que se acomoden a las exigencias típicas impuestas por la propia na-

(27) Op. cit., pág. 248.

(28) Op. cit., pág. 64.

turalidad del engaño y de la creación o incremento del riesgo (29). En cualquier caso conviene tener en cuenta que —como también significó Antón Oneca— la mayoría de los supuestos de omisión son sólo aparentes omisiones en las que el engaño radica en previas acciones.

De lo dicho respecto a los juicios de valor y a las conductas omisivas no debe deducirse que se desatienden los esfuerzos restrictivos de Naucke (30), referidos también a las exteriorizaciones usuales en el tráfico jurídico y económico; pero esas preocupaciones restrictivas deben ordinarse o compatibilizarse con las exigencias de la imputación objetiva. No se comprende bien por qué debe constituir, en general, analogía prohibida la inclusión de determinados juicios de valor emitidos en determinados contextos, o de determinadas omisiones, entre los engaños idóneos a los que imputar el resultado típico defraudatorio.

En resumen, pues: la inclusión del estado de error entre los elementos típicos de la estafa, como estado psíquico determinante del acto de disposición, no encuentra apoyo en el texto legal, ni es político-criminalmente acertada. Antón Oneca pretendió deducirlo del término «engaño», que, a su entender, es comprensivo tanto de la conducta determinante a error, como del error mismo; según esto, propuso desdoblar el engaño en dos: acción engañosa y error causado por la misma. Ignora esta tesis —generalmente admitida— que existe una notable diferencia dogmática y político criminal entre incluir sólo el engaño idóneo, o también el error en los tipos de estafa. Esta diferencia se constató en el largo proceso de discusión sobre la reforma penal en la R. F. A. Pero también es palpable esta diferencia en la actual doctrina alemana, que, forzada por la explícita exigencia típica de que el engaño haya conseguido generar o mantener el error, ha debido aplicarse al estudio diferenciado de la función y contenido de ambos elementos —engaño idóneo y error—. Para evitar indeseadas restricciones exageradas del tipo de estafa se ha visto obligada la doctrina alemana a relativizar notablemente el contenido del error, hasta el punto que se entienden comprendidos en él los siguientes «estados psíquicos»: «tener-por-posible» que no se produzca el perjuicio patrimonial, tal y como mantiene Lenckner (31); «creer en la alta probabilidad» —en el sentido del dolo eventual— de que no se produzca perjuicio patrimonial, en la línea de Giehring (32) o de Krey (33) (que sólo alude a la «probabilidad»); la «duda genérica», es decir que no tiene puntos concretos de referencia a los que poder acudir, según

(29) Cfr. TRIFFTERER, *Abgrenzungsprobleme beim Betrug durch Schweigen*, en *JUS*, 1971, págs. 181 sigs.

(30) *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, cit., pág. 163 sigs.

(31) *Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers*, en *MDR*, 1961, págs. 652 sigs.

(32) *Prozessbetrug...*, cit. págs. 11 y 25.

(33) *Strafrecht*, BT, 5.ª edición, Tomo II, págs. 117-118.

tesis mantenida por Amelung (34). Se trata, como puede observarse, de incluir diversos estadios de la «duda» dentro del «conjunto de estados psíquicos de la víctima que caben en el término "error"» (35).

A la vista de nuestro derecho positivo no es preciso recurrir a esa vía de forzar el contenido del error, porque el desvalor de la acción en el injusto de estafa está constituido —junto con los elementos subjetivos— simplemente por el engaño típico, es decir, idóneo para producir un acto de disposición que comporte un perjuicio patrimonial. Esto es, por lo demás, lo que ya se intuye en la STS de 29 mayo 78 —que define el engaño típico por su «potencia bastante para engendrar error», o la de 17 marzo 1981, cuando afirma que «el engaño debe revestir la necesaria importancia para ser capaz potencialmente de mover la voluntad del defraudado». Son sentencias que manejan el «error» más como posibilidad objetiva que como verdadero «estado» de la víctima, aunque todo ello lo aplica el TS (indebidamente, a mi entender) a la investigación de la relación de causalidad. En la línea apuntada en esas sentencias habría que colocar también al vigente artículo 528 Código penal, que alude a que «cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan *engaño bastante para producir error en otro*, induciéndole a realizar un acto de disposición...».

(34) *Irrtum und Zweifel...*, cit. p. 7.

(35) SCHÖNKE-SCHÖDER, Cramer, *StGB Kommentar*, parágrafo 263, 36.

