

Naturaleza e interpretación del subtipo agravado de estafa procesal

Jesús Luis Becerra Briceño

TESI DOCTORAL / 2015

DIRECTORS DE LA TESI

Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez

Profa. Dra. Nuria Pastor Muñoz

DEPARTAMENT DE DRET



*A Fernando Alfonso y Victoria Eugenia, mis hijos,
a Ana Beatriz, mi amor,
a Nelson y Ana Graciela, mis padres,
a Fernando, mi hermano,
a Doña Luisa, mi mamá política,
a mis abuelos, que ya se fueron,
a mi hermosa e inmensa familia llena de tíos y primos,
a mi gente de Venezuela,
dedico.*

ABREVIATURAS

§, §§	parágrafo/s
ACRecht	<i>Archiv des Criminalrechts</i>
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AFA	<i>Arbeitsgemeinschaft für Agrarfragen</i>
AFD	Anuario de la Facultad de Derecho
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
AnnuRepABA	<i>Annual Report of the American Bar Association</i>
AP	<i>Actualidad penal</i>
art., arts.	artículo/s
BCAM	Boletín del Colegio de abogados de Madrid
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BGHSt	<i>Entscheidung des Bundesgerichtshof in Strafsache</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
brStGB	<i>braunschweigische Strafgesetzbuch</i>
BT	<i>Besonderer Teil</i>
BUInt'l LJ	<i>Boston University International Law Journal</i>
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
BVerfGG	<i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz</i>
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial
CambridgeLJ	<i>Cambridge Law Journal</i>
Cass.	<i>Sentenza della Corte di Cassazione italiana</i>
CC	Código civil
CCCat	<i>Codi Civil de Catalunya</i>
CCo	Código de comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución española
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial
CL	Colección Legislativa
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de política criminal
CPCfr	Código de procedimiento civil francés
CPit	Código Penal italiano
CSCit	Corte Suprema de Casación italiana
DJZ	<i>Deutsche Juristen Zeitung</i>
EPC	Estudios penales y criminológicos
Eq.	Equivalente
Es.	España
FJ	Fundamento Jurídico
GA	<i>Goltdammer's Archiv für Strafrecht</i>
GG	<i>Grundgesetz</i>
GmbHG	<i>Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung</i>
GmbH-StK	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung- Strafrecht Kommentar</i>

GVG	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i>
HA	Historia Agraria (revista)
Ha	Hectárea(s)
HarvJL&PubPol'y	<i>Harvard Journal of Law and Public Policy</i>
HarvLRev	<i>Harvard Law Review</i>
Hastings L.J.	<i>Hastings Law Journal</i>
hStGB	<i>hessische Strafgesetzbuch</i>
Int'l&CompLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
JCrim	Jurisprudencia criminal
JpD	Jueces para la Democracia (revista)
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i>
JZ	<i>Juristen Zeitung</i>
KG	<i>Kammergericht</i>
LAU	Ley de arrendamientos urbanos
LB	<i>Lehrbuch</i>
LC	Ley Concursal
LCCh	Ley cambiaria y del cheque
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley hipotecaria
LK-StGB	<i>Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRCSCVM	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor
MDR	<i>Monatschrift für Deutsches Recht</i>
MK-StGB	<i>Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
ModLRev	<i>Modern Law Review</i>
Musielak-ZPO	MUSIELAK, Hans-Joachim (ed.), <i>Kommentar zur Zivilprozessordnung</i>
n.	nota
n.m.	nota al margen
n.p.	nota al pie
NACRecht	<i>Neues Archiv des Criminalrechts</i>
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NK-StGB	<i>Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
öZPO	<i>österreichische Zivilprozessordnung</i>
p., pp.	página/s
PrObTrib	<i>Preußisches Obertribunal</i>
PrObTrib	<i>Preußisches Obertribunal</i>
RBCCrim	<i>Revista Brasileira de Ciências Sociais</i>
RChD	Revista chilena de Derecho
RCPO	<i>Reichscivilprozessordnung</i>
RDA	República Democrática alemana

RDCh	<i>Revista de Derecho (Chile)</i>
RDP	Revista de Derecho penal
RDPC	Revista de Derecho penal y criminología
RDPr	Justicia. Revista de Derecho procesal
REDMil	Revista española de Derecho militar
REF	Revista de empresa familiar
Rel.	<i>Relatore</i>
RFA	República Federal de Alemania
RG	<i>Reichsgericht</i>
RGSt	<i>Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsache</i>
RH	Reglamento hipotecario
RhZZP	<i>Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des in- und Auslandes</i>
RitsLR	<i>Ritsumeikan Law Review –International Edition-</i>
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RPCP	Revista peruana de ciencias penales
RPfIG	<i>Rechtspflegergesetz</i>
RStGB	<i>Reichsstrafgesetzbuch</i>
s., ss.	siguiente/s
SA	<i>Sturmabteilung</i>
SAP, SSAAPP	Sentencia/s de la/s Audiencia/s Provincial/es
Sch-Sch StGB	<i>Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar</i>
SchweizZStr	<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht</i>
SCSCit	Sentencia de la Corte Suprema de Casación italiana
Sez.	<i>Sezione</i>
SK-StGB	<i>Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
SMAD	<i>Sowjetische Militäradministration in Deutschland</i>
SSAAPP	Sentencias de Audiencias Provinciales
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
StNG	<i>Strafrechtliche Nebengesetze</i>
STS, SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UPaLRev	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
URichLRev	<i>University of Richmond Law Review</i>
Wieczorek/Schütze-	<i>Wieczorek/Schütze, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze.</i>
ZPO	<i>Großkommentar</i>
Wm&MaryLRev	<i>William and Mary Law Review</i>
wStGB	<i>württembergische Strafgesetzbuch</i>
ZAkDR	<i>Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht</i>
ZCPr	<i>Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>
ZZP	<i>Zeitschrift für Zivilprozeß</i>

AGRADECIMIENTOS

A Dios Todopoderoso por llevarme a puerto seguro, a pesar de los tifones y las tempestades. Señor, Tu mar es muy grande y mi barca es muy pequeña.

A mi querido maestro, el Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez. El calificativo más completo que se me ocurre para describirle es el término alemán *Strafrechtswissenschaftler*: científico del Derecho penal. El Prof. Silva Sánchez es portador de un mensaje determinante para nuestra Ciencia y para nuestra fortuna se siente con el deber improrrogable de transmitirlo. Lo hace, eso sí, con pasmosa y envidiable sencillez, con proverbial generosidad. El Profesor tiene tiempo para todos en una agenda cada vez más apretada y tuvo tiempo para mí, para escucharme y me tendió una mano firme, muy castellana y muy generosa. Una reunión con él te insufla el alma de optimismo, sales de su despacho sintiéndote el tipo más brillante del mundo aunque haya sido él quien –después de verte trastabillar un par de veces– con una paciencia impresionante, muy sutilmente coja lápiz y papel e intente ponerte las ideas en orden. Nunca olvidaré el primer día que escuché una de sus clases, tampoco puedo olvidar aquella reunión que tuvimos en Caracas hace ya unos cuantos años. Sus palabras en ambos eventos fueron determinantes para que iniciar este camino.

A mi querida maestra, la Profa. Dra. Nuria Pastor Muñoz. Ella ha sido un apoyo fundamental en el transcurrir diario de la elaboración de esta obra. Su guía fue inmensa y definitiva. Su acuciosidad y capacidad de análisis han sido una gran lección. Contar con ella ha sido para mí todo un privilegio. Descubrí a una persona brillante y alegre, de un optimismo desbordante y contagioso, siempre dispuesta a pesar de las distancias, de los viajes continuos, de sus múltiples ocupaciones y de que cumple ahora con un papel insustituible: es madre. Leer cada tanto en sus implacables correcciones a mis textos, palabras y frases como “genial”, “chapeau”, “¡Qué bonito está esto!”, etc., ha sido una experiencia de lo más gratificante. Entre las muchas satisfacciones de haber compartido con ella todos estos años me quedo ahora con haber contribuido a expandir su inmenso vocabulario con la palabra “chévere”.

Al Prof. Dr. Urs Kindhäuser, Director del Instituto de Derecho penal de la Universidad de Bonn, a su secretaria la Sra. Jackeline Götsche y al resto de su equipo de colaboradores por haberme permitido realizar una estancia de investigación en esa institución durante casi 18 meses en la que pude recopilar la mayor parte del material de apoyo para esta tesis doctoral. Asimismo el Prof.

Kindhäuser me recibió en su despacho muchas veces con la mejor disposición de responder a las innumerables interrogantes que se me plantearon durante la elaboración de este trabajo. Sus críticas y recomendaciones han sido de inmensa utilidad. Además, él y todo su equipo hicieron mucho más de lo necesario para que Ana Beatriz y yo nos sintiéramos en casa. Fue una experiencia inmensamente enriquecedora en lo académico y en lo personal, vivimos allí momentos de suprema felicidad.

Al Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD por sus siglas en alemán) por haberme concedido las becas que contribuyeron a financiar parte de mi aprendizaje del idioma alemán y también una parte de mi estancia de investigación.

A todos aquellos profesores y compañeros que de una forma o de otra contribuyeron con ideas, sugerencias y críticas al mejor resultado de este trabajo. Muy especialmente quiero agradecer a los Profs. Dres. Ricardo Robles Planas, Nacho Gallego Soler y Rainer Zaczyk, quienes tuvieron la disposición y la paciencia de atenderme y hacer valiosas sugerencias. Asimismo, al buen amigo Dr. Mateo Bermejo, quien fue probablemente la primera persona a la que hablé de mis intenciones de profundizar en el estudio de la estafa procesal.

También quiero hacer mención especial del distinguido procesalista Prof. Dr. Joan Picó i Junoy, con quien tuve el placer de reunirme en distintas ocasiones. Sus sugerencias fueron de invaluable ayuda en todo lo relativo al aspecto jurídico-procesal de esta investigación. Igualmente quiero agradecer a los excelentes abogados y amigos Elena Vallejo, Pau Núñez i Aixalà y Thomas Stenzel quienes me ayudaron a desentrañar los misterios de la práctica forense española y alemana.

Durante estos últimos meses la coordinación del área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra tuvo la gentileza de cederme un espacio que me permitió trabajar con tranquilidad inusitada. Por ello quiero agradecer (nuevamente) al Prof. Silva Sánchez y a los Profesores Ramón Ragués y Ricardo Robles.

Algunas veces el acceso a distancia de la bibliografía y jurisprudencia alemanas se tornan complicados. Afortunadamente conté con excelentes compañeros que me permitieron salvar esas barreras: Michael Juhas, Javier Contesse, Beatriz Correa, Héctor García y Ana Carolina Oliveira, entre varios otros.

A mi esposa Ana Beatriz, a mi hermano Fernando y a los buenos amigos Claudia Patricia Alvarado, Jorge Roa y Gustavo Zavala. Todos ellos me ayudaron en la transcripción de los listados de bibliografía y jurisprudencia que aparecen al final de este trabajo.

A todos los profesores y becarios del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. La mayor parte de los días de la semana la hora de la comida es aquí (al igual que en muchas partes) la hora de la conversación informal, del trato cercano y esta coyuntura me permitió conocerles mejor. Todos son excelentes conversadores y tienen un muy sano sentido del humor. Muy especialmente agradezco a los Profesores David Felip, Ramon Ragués, Ricardo Robles, Albert Estrada, Ivó Coca y a Héctor García, becario del Área. Hago mención especial del “curso intensivo de catalán para comensales extranjeros incautos, nivel B1 a C2” al que he sido sometido sin piedad especialmente por los Profesores David Felip y Albert Estrada. Ha rendido frutos, *ara ja ho entenc*.

Al personal administrativo del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, muy especialmente a Lluisa García y Adela Mulá.

Al personal de la biblioteca del Campus de la Ciutadella de la Universidad Pompeu Fabra encabezados por el Sr. Xavier Brunet.

A mi esposa Ana Beatriz, mi amor, una mujer espectacular. Gracias por tu fe inquebrantable en mí, por tu apoyo incondicional, por tu belleza. Escuchar tu risa, verte sonreír, bailar contigo, caminar junto a tí me llevan directo al Caribe. Gracias por enseñar a nuestros hijos a sonreír como solo tú sabes hacerlo, gracias por hacer siempre un ambiente para ellos y para mí de alegría pura, gracias por hacer todo lo posible para que ellos no notaran mi ausencia. Lo nuestro es un viaje de novios que espero no termine nunca.

A mis padres, Nelson y Ana Graciela y a mi hermano Fernando. Sin su apoyo incondicional nada de esto hubiera sido posible. Nunca hubo reproches, solo palabras de aliento. Gracias por su optimismo irredento y puesto a prueba en las durísimas circunstancias que vive ahora nuestra tierra. Gracias por su prédica y por su ejemplo. Ellos son dignos representantes de una mayoría silente que predica el más absoluto civismo en un país que una vez fue una casa grande en la que cabíamos todos. Ellos y gracias a Dios, muchísimos más, se niegan a inclinar la cabeza al autoritarismo y a la barbarie. Los quiero mucho.

A todas las personas maravillosas que he tenido el privilegio de conocer a lo largo de este camino y hoy me honran con su amistad. Muy especialmente a

Rodrigo Silva, Agustín Macagno, Sergio Salinas, Felipe de la Fuente, Iván Navas, Letizia Morales, Regina Furtado, Orlando de la Vega, Ricardo Echavarría, Julio Darío Vélez, Jorge Roa, Claudia Patricia Alvarado, Ana María Henao, Gustavo Zavala, Omar Vázquez, Douglas Zaidan, Mario Pereira y tantos otros más que la emoción al escribir estas líneas me impide recordar.

Finalmente, a esta hermosa ciudad de Barcelona y a su gente. Mi familia y yo hemos sido aquí muy felices.

Moltes gracies.

RESUMEN

A pesar de la ingente cantidad de supuestos de estafa procesal que son enjuiciados cada año por los juzgados y tribunales españoles, este subtipo agravado ha sido objeto de poca atención por la doctrina. Tras realizar un análisis histórico-dogmático-jurídico-positivo de la evolución de esta figura en el Derecho penal español, alemán e italiano, se hace especial alusión a sus particularidades como figura pluriofensiva y, principalmente, se efectúa una interpretación de sus elementos típicos conforme a los postulados de la teoría de la imputación objetiva. El especial contexto normativo de desenvolvimiento de la estafa procesal ha obligado a realizar un análisis en profundidad de los principios que definen al proceso jurisdiccional (civil, fundamentalmente) como mecanismo último y heterocompositivo de la tutela de intereses privados. En este sentido, la atribución de responsabilidad penal a las partes procesales está estrechamente vinculada al conocimiento de primera mano de, por ejemplo, las reglas relativas a la distribución de las cargas procesales y las facultades judiciales de dirección material del proceso.

Resümee

Trotz der gewaltigen Anzahl von Prozeßbetrugsfällen, die jedes Jahr Gegenstand von Strafprozessen vor den spanischen Gerichte sind, hat die Literatur diesem Tatbestand wenig Aufmerksamkeit geschenkt. In der vorliegenden Dissertation wird zunächst eine Analyse der Entwicklung dieses Tatbestands in der spanischen, deutschen sowie italienischen Strafrechtsordnung aus einer historischen, dogmatischen sowie gesetzlichen Perspektive durchgeführt. Anschließend wird die Struktur des Tatbestandes sowie insbesondere die Auslegung der Tatbestandsmerkmale anhand der Kriterien der objektiven Zurechnung angegangen. Dabei zwingt der spezifische normative Zusammenhang des Prozessbetruges dazu, die Prinzipien des Prozesses (insbesondere des Zivilprozesses) als Mechanismus des Schutzes von Privatinteressen tiefgreifend zu analysieren. Dabei ist die Zurechnung von strafrechtlicher Verantwortung zu den Prozessparteien mit den Regeln der Verteilung der Prozesslasten sowie mit den richterlichen Befugnissen zu der materiellen Leitung des Prozesses eng verbunden.

INTRODUCCIÓN

Cuando me inicié en el ejercicio de la abogacía hace ya unos cuantos años en mi muy recordada ciudad de Caracas, el primer asunto que fue sometido a mi consideración consistió en lo siguiente:

El Sr. B, empresario ligado al mundo del entretenimiento, casado en comunidad de gananciales con la Sra. C, una conocida exreina de belleza, sabe que su mujer quiere divorciarse. Por esta razón, el Sr. B libra a favor de un antiguo socio una serie determinada de letras de cambio con vencimiento a los treinta días posteriores a su libramiento y que suponen un crédito sobre una parte considerable del patrimonio común de los conyuges. Al vencimiento de las letras, el antiguo socio ejerce demanda de juicio cambiario con apoyo en los referidos títulos, se acuerda el embargo de una serie de bienes del Sr. B hasta alcanzar la suma ficticiamente pretendida y éste, llegado el momento de ejercer su derecho de defensa, se allana a la pretensión interpuesta. Pocos días después recibe en su domicilio (ya se había producido la separación *de facto* de la pareja) una demanda de divorcio. En la oportunidad procesal correspondiente (contestación a la pretensión interpuesta y posteriores), el Sr. B puso en conocimiento del juzgado (y de la Sra. C) de su “precaria” situación económica.

Tiempo después, superadas las barreras del idioma y ya embarcado en la investigación que fundamentó este trabajo, durante el transcurso de una fría y oscura mañana en la también siempre recordada ciudad de Bonn, descubrí una sentencia del Tribunal Imperial alemán (*Reichsgericht*) que me retrotrajo a mi primer día de trabajo:

El Sr. D, casado en comunidad de bienes con la Sra. E es demandado por divorcio. Al ser notificado de la demanda acude a un amigo y que le libra unas cambiales por la totalidad de su patrimonio. Vencidas las cambiales, el amigo demanda la ejecución de los títulos, el Sr. D no acude al llamado del juzgado de ejecución y es declarado en rebeldía. En consecuencia, el juzgado ejecutor procedió a embargar bienes del patrimonio común de los cónyuges antes de que fuera declarada sentencia definitiva por el juzgado que tramitaba el proceso de divorcio.*

* Se trata del caso enjuiciado en la sentencia del 12 de noviembre de 1880 (RGSt 2, 436-439) que condenó a los autores por el tipo básico de estafa (§ 263 RStGB).

El supuesto en cuestión es constitutivo de lo que la doctrina denomina una colusión de partes: el acuerdo entre los litigantes para simular un proceso y procurar la promulgación de una resolución judicial errónea que perjudique los intereses patrimoniales de un tercero ajeno al procedimiento. A pesar de que por muchos años estuvo tipificado expresamente en el Código penal español y suele aludirse a él en manuales y comentarios, en la actualidad, por distintas razones, este tipo de casos es especialmente escaso tanto en la jurisprudencia española como alemana. Por esta razón, el mencionado hallazgo supuso un punto de inflexión para mí: me reafirmó en el carácter universal de la dogmática-jurídico penal como instrumento conceptual de solución de problemas comunes a ordenamientos jurídicos y contextos culturales disímiles.

Pues bien, en esto consiste el objeto de esta obra: el análisis de los postulados del delito de estafa procesal a través del prisma de la dogmática jurídico-penal. A tales efectos, la estafa procesal consiste en la conducta engañosa de una o de ambas partes en el seno de un proceso jurisdiccional que procura la obtención de una resolución judicial errónea que comporte un perjuicio en el patrimonio de una de las partes procesales o de un tercero ajeno al procedimiento. Es considerada, en líneas generales, un supuesto del tipo básico de estafa y por lo tanto un delito contra el patrimonio.

El presente trabajo consta de dos partes. En la primera parte, a modo de introducción se realiza una exposición y consecuente análisis de la evolución histórico-dogmático-positiva de la figura, su naturaleza jurídica y los bienes jurídicos que son su objeto de protección. Asimismo, con el propósito de perfilar los contornos del comportamiento típico se hace alusión a las objeciones que históricamente se han realizado (principalmente en la doctrina alemana y italiana) a la sanción por medio del tipo de la estafa a la conducta fraudulenta de las partes procesales y luego se realiza un contraste con otras formas de tipificación de fraudes procesales que en Derecho español o comparado, *de lege lata* o *de lege ferenda* se han propuesto a lo largo de los últimos cien años.

En la segunda parte de este trabajo se alude a las características estructurales del tipo en cuestión, se intenta una categorización de las distintas modalidades de comisión de la estafa procesal y se realiza un análisis de los principales problemas en la definición de los elementos del tipo objetivo de la estafa procesal, esto es la determinación, por una parte, de la tipicidad del alegato fáctico engañoso y, por la otra, la concurrencia de requisitos típicos en las resoluciones judiciales que permitan considerarlas como una realización del riesgo en el resultado.

Como complemento a los argumentos doctrinales que se exponen en la interpretación de los elementos típicos se hace uso de máximas jurisprudenciales emanadas de los juzgados y tribunales españoles, alemanes e italianos. Asimismo a modo ilustrativo o ejemplificativo se citan a lo largo de toda la exposición supuestos de hecho que han sido enjuiciados por estos tribunales de justicia.

El objeto primordial de análisis lo constituye el desenvolvimiento de la estafa procesal en el contexto de los procesos civiles con objeto patrimonial que es donde la inmensa mayoría de los supuestos jurisprudenciales estudiados ha tenido lugar. No obstante, se hace expresa alusión a la problemática de la concurrencia de la estafa procesal en el proceso penal.

“Palabras engañosas dicen los homes unos á otros de manera que les facen obligar por cartas ó por testigos por mas de lo que les deben: et aun despues que los han asi engañados adúcenlos en juicio para demandarles aquello á que los fícieron obligar. Et porque las cosas que son fechas con engaño deben seer desatadas con derecho, por ende decimos que si el demandado podiere averiguar et probar el engaño, quel demandador pierda por ello tambien la verdadera debda como la que fue acrecida maliciosamente en la carta ó en el pleyto que fue fecho ante los testigos...”[†]

(Ley XLIV, Título II, Partida III del Libro del Fuero de las Leyes, también conocido como las Siete Partidas)[‡]

[†] Versión de la Real Academia de la Historia, t. II, Madrid 1807, p. 381. Formato digital (<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T2.pdf>), última consulta, 3 de diciembre de 2015.

[‡] Cfr. OLIVA GARCÍA, *estafa procesal*, p. 21 s.; SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, “Estudio introductorio”, pp. XIII-XXXVI (XXX ss.).

ÍNDICE

ABREVIATURAS	V
AGRADECIMIENTOS	IX
RESUMEN	XIII
INTRODUCCIÓN	XV
ÍNDICE	XXI

I. LA RELEVANCIA PENAL DE LA CONDUCTA FRAUDULENTE DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL 1

I.1 El modelo de la estafa	1
A) Introducción	1
B) Los sub-modelos de tipificación	7
a) La tipificación tradicional: la subsunción simple. El ejemplo alemán	7
1. Introducción	7
2. Evolución histórico-dogmática	8
b) El caso español. La tipificación expresa: el subtipo agravado del art. 250.1.7º CP	20
1. La evolución de la estafa procesal en el Derecho penal español	20
i La etapa previa a la reforma penal de 1983: subsunción simple en el tipo básico	20
ii La reforma penal de 1983	30
iii El Código Penal de 1995	41
2. La reforma penal de 2010	47
i Antecedentes. El anteproyecto CP 2006: tipo penal autónomo	47
ii Límites del subtipo agravado	48
iii Subtipo penal agravado de medios determinados	49
iv Modalidades de comisión	54
v Las consecuencias directas del señalamiento expreso del juez en la redacción legal	55
vi El momento consumativo: la promulgación de la resolución judicial	59
C) Naturaleza jurídica de la estafa procesal	60
D) Los bienes jurídicos protegidos. Fundamento de la agravación	65
a) Introducción. Pluriofensividad.	65
b) El patrimonio como bien jurídico protegido	67
1. Introducción	67
2. Concepto jurídico o jurídico-técnico de patrimonio	69
3. Concepto económico de patrimonio	70
4. Concepciones eclécticas	72
5. Concepción personal (-funcional)	74
6. El concepto de patrimonio en el ámbito de la estafa procesal ¿Otra venganza de BINDING?	77
c) La Administración de Justicia como bien jurídico protegido	80
E) Las objeciones al modelo de la estafa	81
a) La conducta procesal fraudulenta es atípica	82
1. El fraude procesal está penalmente permitido	82
2. No hay error judicial típico	86
i El error judicial es atípico porque el juez incumple sus deberes de <i>heteroprotección</i>	86
ii El error judicial es atípico porque el juez está impedido legalmente de contrarrestar la acción engañosa	91
3. La existencia de un tipo penal de aplicación exclusiva. El caso particular italiano	98
i El art. 374 CPit	99

ii	La polémica doctrinal y jurisprudencial	101
b)	El juez no realiza actos de disposición patrimonial	105
F)	Críticas a la tipificación expresa española	109
G)	Otros modelos de tipificación de fraudes procesales	111
a)	<i>De lege lata</i>	111
1.	Tipos nucleares y/o sus derivados dependientes	111
i	Otras derivaciones del <i>falsum</i>	111
ii	Insolvencias punibles	111
iii	Mediante el tipo de extorsión	112
2.	<i>Delicta sui generis</i>	113
i	La aportación subrepticia de medios de prueba	113
ii	Falsedades ideológicas	115
b)	<i>De lege ferenda</i> : tipo autónomo de fraude procesal	119
1.	Introducción	119
2.	Delito de infracción de deber	121
3.	El modelo de tipificación autónoma en los proyectos de reforma del StGB	125
i	La falsedad y la ocultación de medios de prueba	125
ii	La subrepción de funcionario público	126
4.	Delito de organización	128

II. ESTRUCTURA Y ELEMENTOS DE LA ESTAFA PROCESAL 133

II.1 La estafa procesal como estafa en triángulo 133

A)	Introducción	133
B)	Grupos de casos	135
a)	Estafa de cosas	135
1.	Teoría clásica de la autorización	138
2.	Teorías fácticas	144
i	Consideraciones previas	144
ii	Teoría de la cercanía fáctica	145
iii	Teoría de la situación	147
b)	Estafa de derechos o pretensiones	149
1.	Un análisis diferenciado. La necesidad de un concepto amplio de acto de disposición patrimonial	149
2.	La estafa procesal como estafa en triángulo. El juez como tercero disponente	151

II.2 Los elementos del tipo 155

A)	Introducción	155
B)	La clasificación tradicional de la estafa procesal. Algunas observaciones	155
a)	Acerca de la estafa procesal impropia	155
b)	La subclasificación de la estafa procesal propia.	160
c)	Toma de posición	162
C)	Grupos de casos	165
a)	Supuestos incluidos en el ámbito de aplicación del art. 250.1.7º CP	165
b)	Estafa procesal en sentido estricto	165
1.	Estafa procesal clásica	165
i	El engaño expreso de una parte sobre la <i>causa petendi</i> y sobre las pruebas aportadas (engaño <i>material</i>).	167
a.	Jurisdicción contenciosa	167
b.	Jurisdicción voluntaria	185
ii	El engaño expreso del demandante sobre los requisitos subjetivos de la demanda (engaño <i>procesal</i>) (art. 5.2 LEC) y sobre la <i>causa petendi</i> (engaño <i>material</i>)	186
a.	Introducción	186
b.	Los supuestos típicos en la actualidad	187
2.	Colusión de partes	190
i	Introducción	190
ii	Los casos de la jurisprudencia española	192
3.	La estafa procesal en el proceso penal	195
i	Introducción	195
a.	El objeto del proceso penal. Sus diferencias con el objeto de un litigio civil	195

b.	La diversidad de sujetos que implica el modelo mixto del proceso penal español	196
c.	Especial referencia a la figura del inculpaado.	197
d.	El objeto de la sentencia penal	199
ii	Los casos	199
a.	Estafa procesal clásica	200
D)	Los casos problemáticos	204
a)	La definición del ámbito de la tipicidad de la conducta engañosa	204
1.	Introducción	204
2.	Los juicios de valor. El caso de la estafa procesal ante el Tribunal Constitucional Federal alemán	205
3.	<i>¿Iura novit curia?</i>	210
i	<i>Da mihi factum</i>	210
ii	<i>Dabo tibi ius</i>	211
a.	La impunidad del alegato jurídico engañoso. Fundamento	211
b.	La discusión a partir de la jurisprudencia	215
4.	La tipicidad de la afirmación de hecho engañosa	221
i	Principio de oficialidad / principio dispositivo	221
ii	Las facultades inquisitivas del juez penal	223
iii	El principio de aportación de parte y los deberes judiciales <i>ex officio</i> como determinantes de esferas de impunidad en el proceso civil	226
a.	Introducción	226
b.	Los supuestos de infracción de deberes judiciales en la jurisprudencia	230
c.	La infracción de las cargas procesales del demandado	249
5.	La subsunción del fraude procesal “mediante silencio” en el tipo penal del art. 248.1 CP	252
i	Introducción	252
ii	El reducido ámbito de despliegue del engaño concluyente en la estafa procesal	253
a.	Breve referencia a los postulados de la dogmática del acto engañoso concluyente en la estafa (procesal)	253
b.	La jurisprudencia española	255
iii	La estafa procesal en comisión por omisión	258
a.	Introducción	258
b.	¿Existe un deber procesal de información con relevancia jurídico-penal?	261
b)	La determinación del acto judicial de disposición patrimonial	275
1.	El concepto de acto de disposición patrimonial en el tipo básico de estafa (art. 248.1 CP)	275
2.	El concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial a los fines del tipo agravado de la estafa procesal.	276
3.	El acto judicial de disposición patrimonial en la estafa procesal	277

CONCLUSIONES **291**

BIBLIOGRAFÍA **307**

JURISPRUDENCIA CITADA **335**

I. La relevancia penal de la conducta fraudulenta de las partes en el proceso civil

I.1 El modelo de la estafa

A) Introducción

La tipificación penal de la conducta fraudulenta de las partes procesales a través del tipo de estafa (art. 248.1 CP) está directamente relacionada con la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil.¹ No es casualidad que ambos, tipo penal y principio procesal, estén vinculados al principio de autonomía individual (Estado liberal)², inmanente a los ordenamientos jurídicos de las democracias occidentales, entre las que se incluye, claro está, el modelo español.³

Cuando la Constitución española proclama que uno de sus valores superiores es la libertad (art. 1 CE) y además reconoce tanto el Derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE) como la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), reconoce a su vez el principio de autonomía individual.⁴ Se otorga en consecuencia un marco jurídico a la idea rectora de que todo ciudadano, en tanto miembro de una sociedad determinada, posee ámbitos o

¹ La vigencia en el proceso penal del principio antagónico, esto es del principio inquisitivo (y su manifestación fáctica y, principalmente, probatoria que se concreta en el principio de oficialidad), no impide el despliegue de estas conductas en el enjuiciamiento criminal precisamente porque en el ámbito de lo penal debe también respetarse la iniciativa fáctica y probatoria de las partes (principio de aportación de parte). Al respecto, detalladamente, vid. *infra II.2.C).b).3*.

² Los comentaristas y manuales alemanes suelen describir a la estafa como una manifestación del liberalismo económico surgido en la Europa del s. XIX. En este sentido, si bien es cierto que la estafa (junto a las falsedades documentales y otros delitos como el falso testimonio) hunde sus raíces en figuras del derecho romano agrupadas bajo la denominación genérica de *falsum*. No es menos cierto que correspondió a la ciencia penal surgida a partir de la Ilustración convertir a la estafa en un delito exclusivamente patrimonial, o mejor dicho, en un delito de desplazamiento patrimonial. Al respecto Cfr. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *LB, BT*, t. I, § 41 I, n.m. 1 ss.; LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 1 ss.; TIEDEMANN, *LK-StGB*, vor § 263, n.m. 12; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 1; SCHAFFSTEIN, „Stellionatus“, pp. 281-295 (291 ss.). En la doctrina penal española, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, “Las inverdades”, p. 99; PÉREZ DEL VALLE, *REDMil*, (77) 2001, pp. 231-246 (232).

³ Entre otros, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 43 ss., especialmente p. 44, n.p. 32.

⁴ En palabras de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 45 “...como sujeto autónomo, principal y constituyente del estado.”

esferas de intereses que puede organizar en libertad: es la denominada autodeterminación o autoorganización del individuo.⁵

Como es sabido, el principio de autonomía individual informa el objeto de los litigios civiles⁶ e indica claramente por medio del principio dispositivo, que las partes son los sujetos procesales a quienes corresponde el ejercicio de la pretensión y es el órgano jurisdiccional quien está vinculado a lo planteado en el escrito de demanda.⁷ Incluso puede afirmarse sin lugar a dudas que la introducción relativamente reciente⁸ de manifestaciones específicas del Estado social de Derecho (solidaridad intersubjetiva⁹, arts. 1 y 24 CE) en el proceso civil español¹⁰ no ha afectado la preeminencia del principio dispositivo en el proceso civil.¹¹ Por el contrario, aspectos recogidos en la vigente LEC como la imposición de deberes procesales a las partes (por ejemplo, la buena fe procesal,

⁵ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 43 ss., entre otros.

⁶ Dice por ejemplo, MUSIELAK, *Musielak-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 35: „Die Dispositionmaxime bedeutet die konsequente Übertragung des im materiellen Recht geltenden Grundsatzes der Privatautonomie auf den Zivilprozess.“

⁷ Las notas esenciales de un proceso regido por el principio dispositivo son las siguientes: a) las partes son titulares de los Derechos materiales sometidos al litigio y en consecuencia solo a ellas corresponde el Derecho de acción, o lo que es lo mismo “*wo kein Kläger, da kein Richter*” o *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, art. 399.1 LEC: “El juicio principiará por demanda”; b) Las partes tienen también el poder de disponer sobre la pretensión y con base en ello, provocar la terminación anticipada del procedimiento sin que sea necesario que el juez emita sentencia; c) por último, el juez está obligado a decidir en forma congruente respecto de la pretensión del actor y la resistencia del demandado y por lo tanto le está prohibido otorgar más de lo que el demandante ha pretendido o menos de lo que haya resistido el demandado. Tampoco puede omitir pronunciarse sobre algún aspecto del *petitum* u otorgar algo distinto a lo solicitado. Al respecto, por todos, GIMENO SENDRA, *Introducción*, p. 278 ss.; MUSIELAK, *Musielak-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 35.

⁸ El modelo liberal en que se basó la LEC 1881 se mantuvo prácticamente intacto hasta su total sustitución en 2001. En este sentido (salvo algunas excepciones en materia probatoria, entre las que se incluyen las denominadas diligencias para mejor proveer (art. 340 LEC 1881)), la norma derogada abogaba por un juez pasivo y expectante ante la actividad de las partes. Al respecto, MANRESA, *Comentarios*, t. I, p. 9 ss., que dice (10): “En mi opinión, la mejor ley (sic.) de procedimientos es la que deja menos (sic.) campo al arbitrio judicial, dadas las circunstancias de la sociedad en que vivimos...” También, DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación*, pp. 17 ss., 44 ss. El autor afirma, por ejemplo (p. 61), que “...basta recordar la ideología ultraliberal de la cual es fruto la LEC de 1881 así como la consagración del ‘solemnis ordo iudiciorus’ que supone la misma, para tener presente cuál es el papel del órgano jurisdiccional en ella...”. También (p. 62, n.p. 116): “La construcción de la LEC de 1881 conforme al sistema romano-canónico significaba consagrar la pasividad del órgano jurisdiccional...”. Asimismo MONTERO AROCA, “Prólogo 1ª ed.”, p. 16 ss.

⁹ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 63 ss.

¹⁰ Este fenómeno es denominado “publicización” o “socialización” del Derecho procesal (también definido como autoritarismo procesal, así ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “Liberalismo y autoritarismo”, pp. 245-290 (252 ss.)). Aboga, con estricto respeto al principio dispositivo, por un incremento de las facultades de dirección formal y material del juez en el proceso civil con el objeto de procurar la efectividad en la tutela de los intereses litigiosos a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional de obtención de justicia (art. 1 CE). Al respecto, por todos, PICÓ I JUNOY, “entre el garantismo y eficacia”, pp. 117-137 (118 ss.).

¹¹ Así por ejemplo, PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, p. 99 ss.; el mismo, *El principio*, p. 69 ss.

art. 247 LEC) o la ampliación de las facultades *ex officio* del juez (por ejemplo, la iniciativa probatoria judicial, art. 282 LEC) no han hecho sino perfilar el contenido inviolable de la libertad organizativa de las partes procesales¹² de forma similar a la de sus pares europeos.¹³ La razón de ello es muy conocida: el proceso civil tutela intereses fundamentalmente privados.¹⁴ No existe la persecución estatal de las infracciones de intereses privados precisamente porque se sustraería al individuo (a la *parte*) la libertad de *autodefinir sus propios intereses*,^{15,16} expresada en la facultad de *disponer o hacer valer su Derecho*¹⁷ ante la autoridad judicial.¹⁸

¹² La doctrina procesal distingue entre los principios inherentes a la estructura y objeto del proceso (el principio dispositivo –*Dispositionsgrundsatz*– entre otros), los cuales gozan de protección constitucional porque su naturaleza sustantiva los hace esenciales (su inexistencia implica la inexistencia del proceso mismo) y otros principios carentes de rango constitucional como los referentes a la formación del material fáctico en el proceso, que aluden a la forma en que los hechos y su prueba son incorporados al proceso. Aquí se ubica el principio de aportación de parte (*Verhandlungsgrundsatz* o *Beibringungsgrundsatz*) que confiere a las partes la facultad de introducir los hechos en el procedimiento por medio de su alegato y prueba. Lógicamente, en un proceso dominado por el principio dispositivo, el principio de aportación de parte será también preeminente. Sin embargo, a diferencia de aquél, la Ley procesal permite que éste sea restringido y/o complementado con base en criterios propios del denominado Estado social y de Justicia (arts. 1 y 24 CE). Sirva de ejemplo la iniciativa probatoria de oficio del juez (principio de oficialidad), manifestación concreta de facultades de dirección judicial material del proceso y prevista como norma genérica en el art. 282 LEC, o los criterios de disponibilidad o facilidad probatoria (art. 217.6 LEC) que permiten excepcionar las reglas de la carga de la prueba. Al respecto, cfr. GIMENO SENDRA, *Introducción*, p. 278 ss.; el mismo, *Derecho procesal civil I*, p. 42 ss.; el mismo, “Art. 429-430”, t. V, pp. 457-469 (459 ss.); DÍAZ CABIALE, *Principios*, p. 44 ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, p. 123 ss.; PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, pp. 24 ss., 99 ss.; NIEVA FENOLL, *RDP* (3-4), 2011, pp. 91-120 (108 ss.); el mismo, *Justicia* (1), 2014, pp. 131-166 (142 ss.). En la doctrina procesal alemana, esclarecedor, MUSIELAK, *Musielak-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 35 ss. También, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 76, n.m. 1 ss., § 77, n.m. 1 ss.; § 109, n.m. 8 ss.

¹³ A pesar de las considerables facultades de actuación de oficio de los jueces previstas en las leyes procesales civiles de países como Alemania e Italia, e incluso Francia, entre otras manifestaciones del Estado social, el principio dispositivo rige absolutamente en todos estos ordenamientos. Cfr. la panorámica que realiza ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, pp. 98-122. Respecto de las facultades probatorias de oficio del juez en Europa, TARUFFO, *La prueba*, p. 164 ss.

¹⁴ Así, entre otros muchos, DÍAZ CABIALE, *Principios*, p. 46 ss.; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 42 ss.; PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, p. 100 ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, p. 23 ss.

¹⁵ Siempre según la terminología expuesta por BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 49 ss.

¹⁶ Por esta razón, consideramos que hoy en día no tiene mucho sentido contraponer (como hace, por ejemplo, MONTERO AROCA, “Proceso civil llamado ‘social’”, pp. 138-172 (149 ss.), la concepción liberal del proceso jurisdiccional (siempre respecto de litigios civiles con objeto patrimonial) con la tendencia publicista o autoritaria del proceso que es proclive, como hemos dicho, a otorgar al juez mayor protagonismo e imponer deberes puntuales a las partes dentro del universo general de cargas procesales, con el objeto de garantizar, según dispone el mandato constitucional, la eficacia en la administración de justicia (Cfr., por todos, PICÓ I JUNOY, “entre el garantismo y eficacia”, pp. 117-137 (118 ss.)). Tampoco es correcto asociar estas últimas con regímenes totalitarios (Cfr. MONTERO AROCA, *Op. Cit.*, pp. 138-172 (142 ss.)) al más puro estilo de gran parte de la doctrina procesal angloamericana que califica como inquisitivos a los sistemas procesales de la tradición romano-canónica (*civil law*) en contraposición a su propio sistema procesal que adjetivan de acusatorio (*adversarial*) (al respecto, con críticas, cfr. JOLOWICZ, *Int'l&CompLQ*, 2003, pp. 281-296 (281 ss.)). Por el contrario, se trata de una cuestión de

En concordancia con esta concepción esencialmente liberal del proceso civil, la actividad engañosa de las partes solo tiene consecuencias penales cuando constituya el medio para la afectación de los intereses económicos de la otra parte o de un tercero ajeno al proceso.¹⁹ Tampoco debe olvidarse que las partes procesales se mueven dentro de un amplio espectro de *libre organización permitida*.²⁰ Máxime cuando a diferencia de otras manifestaciones del principio de autonomía individual, su ejercicio en el proceso jurisdiccional presupone por lo general la existencia de un conflicto. Ambos justiciables, por estar enfrentados, acuden libremente a la vía judicial y una vez adquirido el *status* de parte están facultados para aportar versiones contradictorias de un mismo hecho en igualdad de condiciones.²¹

Conforme a este planteamiento liberal, el engaño en el proceso (civil) solo tiene consecuencias jurídico-penales si la inveracidad de la parte como comportamiento organizador se ajusta al modelo expresado en el tipo de estafa (art. 248.1).²² Esto es, por una parte, si trasciende el ámbito de la mentira

límites y matices: la eficacia nunca debe sobrepasar las garantías procesales constitucionales de las partes y no existen en la actualidad sistemas procesales civiles (con objeto patrimonial) que puedan calificarse de puramente inquisitivos o públicos. Existen, por el contrario, sistemas fundamentalmente liberales que en la mayoría de los casos contienen correcciones publicistas específicas que permiten su eficacia. Al respecto, PICÓ I JUNOY, “garantismo y eficacia”, p. 118 ss.; RESNIK, *HarvLRev*, 1982, p. 382, n.p. 33). Un ejemplo interesante de esta afirmación lo constituyen las *Civil Procedure Rules* británicas, que establecen amplias facultades de intervención judicial para evitar, precisamente, la ineficacia, la complejidad innecesaria y los altos costes (que muchas veces superaban las cuantías mismas de los litigios), al respecto, ZUCKERMAN, *ModLRev*, 1996, pp. 773-796 (más detalles en *infra I.1.E.b*).2).

¹⁷ Precisamente, lo que se conoce como *acto de disposición* en el Derecho civil es, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA, *El ejercicio*, p. 64: “...un negocio jurídico mediante el cual un derecho (...) se transmite, se modifica, se somete a una carga o se pierde por renuncia.”

¹⁸ Así, entre otros, VÁZQUEZ SOTELO, *Justicia* (1-2), 2009, pp. 23-73 (41 ss.). También en la doctrina procesal comparada, CALAMANDREI, *Instituciones*, t. I, p. 397 ss., dice por ejemplo (p. 397): “...el hacer valer un Derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo, y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una lógica consecuencia de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica...”; asimismo, DAMAŠKA, *Las caras de la justicia*, p. 181 ss., especialmente p. 190 ss. afirma por ejemplo (pp. 181, 182): “...el Estado reactivo [modelo de Estado más o menos liberal, contrapuesto a un Estado exclusivamente interventor que denomina “activista”, y que tiene como paradigma al extinto modelo soviético. Sobre estos conceptos, vid. p. 125 ss.], poco dispuesto a abrazar cualquier filosofía de las condiciones óptimas de vida, permite que los individuos sean soberanos en el manejo de sus propios asuntos. Transportada a la Administración de Justicia, esta soberanía precisa que una parte sea reconocida como maestra del litigio (*dominus litis*), y que esté autorizada para conducirlo a su gusto...” (el contenido de los corchetes es mío). En el mismo sentido, DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación*, p. 2 ss.

¹⁹ STS de 9 de marzo 1992 (ponente Martín Pallín) (FJ 1º).

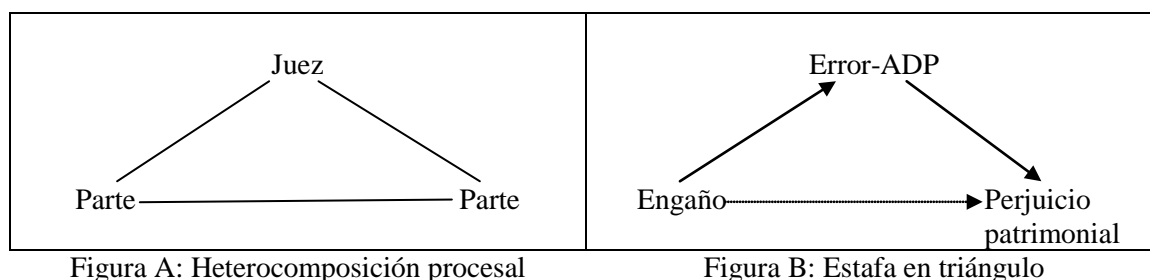
²⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 105 ss.

²¹ Es lo que se conoce en la manualística del proceso civil como principio de contradicción procesal. Al respecto, entre otros, GIMENO SENDRA, *Introducción*, p. 271 ss. También, CALAMANDREI, *Instituciones*, t. I, p. 333 ss.

²² Respecto de las excepciones al modelo de la estafa (por ejemplo, las falsedades que castigan la presentación en juicio de documentos falsos (arts. 390, 393, 395 y 396 CP)). vid. *infra I.2*.

permitida en el contexto procesal y se convierte en un medio a través del cual se genera un riesgo para el patrimonio de la otra parte o de un tercero.²³ Si constituye, por lo tanto, una vulneración concreta del *alterum non laedere*:²⁴ una penetración del autor que ponga en peligro la paz “...en ámbitos que por imperativo del Derecho debería haber dejado intactos.”²⁵

Por otro lado, la subsunción de estas conductas es posible porque el tipo del art. 248.1 prevé expresamente que el sujeto engañado por el fraude procesal no tiene que ser necesariamente la persona perjudicada patrimonialmente por la conducta delictiva.²⁶ El ámbito de aplicación del delito se extiende por lo tanto a estructuras compuestas por relaciones triangulares como el proceso jurisdiccional²⁷ o, más concretamente, a los fraudes cometidos en su seno,²⁸ paralelismo que se refleja mediante el siguiente gráfico:



²³ SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 105 ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 56 ss. Asimismo, sostiene LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 32 ss.: „Zwar mag sich für eine äußerliche Betrachtung zunächst die hervorstechende und daher leicht überschätzte Täuschungshandlung in der Vordergrund drängen, da die ganze Weiterentwicklung auf ihr aufbaut. Dogmatisch ist sie aber lediglich das Mittel, das zu Erreichung der tatbestandlich zentralen und beherrschenden Vermögensschädigung eingesetzt wird. Eine weitere Richtung strafrechtlichen Schutzes sollte aber damit nicht hervorgehoben werden, wie sowohl die Fassung als auch die Geschichte des Betrugs beweisen.“ Por su parte, la STS 14 febrero de 2005 (ponente Sánchez Melgar) (FJ 5º), establece: “...si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento o la presentación del documento falso en juicio, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando éste ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado.” (el subrayado es mío).

²⁴ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 47 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción*, p. 83 ss.

²⁵ ROXIN, *Política criminal*, p. 63.

²⁶ Por todos, PASTOR MUÑOZ / COCA VILA, “Tema 11”, pp. 253-275 (261).

²⁷ Como es sabido, el proceso civil es un medio *heterocompositivo* de solución de conflictos entre particulares. Según esta estructura básica, los sujetos en conflicto acuden a un tercero ajeno a éstos, imparcial y revestido de facultades (“suprapartes”) que aportará una solución a la cuestión planteada. Cfr. por todos, GIMENO SENDRA, *Introducción*, p. 22 ss.

²⁸ Prácticamente a partir de ANTÓN ONECA, “Estafa”, pp. 56-90 (66), la doctrina penal española admite expresamente la posibilidad de la estafa en triángulo y considera que la estafa procesal es un ejemplo de ésta. Mas detalladamente, vid. *infra C*).

En definitiva, los presupuestos de estas conductas en el tipo de estafa están expresados en el art. 250.1.7º CP: las inveracidades procesales punibles son en principio aquellas que implican una instrumentalización del juez por una de las partes y ocasionan que aquél dicte erróneamente una resolución judicial con efectos perjudiciales en el patrimonio de la otra parte o de un tercero ajeno al proceso.²⁹

²⁹ Cfr. STS de 4 marzo 1997 (ponente Delgado García) (FJ 9º), entre muchas otras.

B) Los sub-modelos de tipificación

Dentro del modelo de la estafa existen fundamentalmente dos formas de tipificación del fraude procesal: la subsunción simple en el tipo básico de estafa y la tipificación expresa a través de un (sub)tipo cualificado. Un referente ineludible del primer sub-modelo está constituido por el planteamiento de la doctrina y jurisprudencia alemanas. Por su parte, la tipificación de una agravante específica del delito de estafa es prácticamente exclusiva de la legislación española.

Antes de entrar en el análisis del modelo español consideramos que la rica experiencia alemana es de obligada consulta.¹ En virtud de ello, a modo de prefacio, se hará alusión a este sub-modelo y a su evolución histórico-dogmática.

a) La tipificación tradicional: la subsunción simple. El ejemplo alemán

1. Introducción

La doctrina y jurisprudencia alemanas consideran desde antiguo que el fraude procesal es un supuesto de la estafa y por lo tanto subsumible como tal en su tipo básico (§ 263 StGB). En otras palabras, aun cuando es plenamente aceptado que la conducta fraudulenta de las partes procesales constituye un ataque directo a la Administración de Justicia, existe la plena convicción de que únicamente pueden ser objeto de sanción penal aquellos fraudes procesales que cumplen con los requisitos del delito de estafa.² En este orden de ideas, la admisión también generalizada de las denominadas estafas en triángulo permite la aplicación del tipo básico de estafa a esta modalidad de fraude propia del contexto del proceso jurisdiccional:³ actualmente no se discute en la doctrina alemana que el delito de

¹ Las razones de que aludamos al referente histórico-dogmático de la estafa procesal en Alemania como punto previo a la situación española son harto conocidas. Nos remitimos a lo señalado por SILVA SÁNCHEZ, *RBCCrim*, 2012, pp. 13-34, cuando afirma, por ejemplo, que la dogmática de cuño alemán (p. 17) "...es una disciplina que tiene que ver con la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas para llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho, segura e igualitaria."

² Por todos, Cfr. LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 304.

³ A diferencia de la norma española (art. 248.1 CP), el § 263 StGB no alude expresamente a la posibilidad de que la estafa tenga una estructura triangular (la disposición establece: "Quien, con el ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, lesione el patrimonio de otro,

estafa no exija identidad entre el disponente patrimonial (en este caso el juez) y el perjudicado patrimonial (las partes o un tercero ajeno al procedimiento) como sí obliga a que el sujeto engañado y el disponente sean la misma persona.⁴

2. Evolución histórico-dogmática

Cabe destacar que la punición penal del fraude procesal a través del tipo de estafa en (parte del territorio de lo que hoy conocemos como) Alemania es anterior a su existencia como Estado unificado.⁵ Así pues, una cuestión esencial para la existencia de la estafa procesal que se acaba de mencionar -la posibilidad de la estafa en triángulo- es prácticamente aceptada por la doctrina penal desde finales del s. XVIII:⁶ específicamente a partir del *Allgemeines Landrecht* (ALR) de los Estados prusianos (1794) cuyo delito de *falsum* (§ 1256.II.20º) (al igual que la legislación vigente) no limitaba la posibilidad de que engañado y perjudicado fueran personas distintas.⁷ Asimismo, el ALR contenía supuestos expresos de *falsum* en triángulo (por ejemplo, el § 740.I.11º tipifica la venta del deudor pignorante de la cosa en prenda sin hacer saber al comprador de la existencia de la garantía sobre el objeto de la venta⁸).⁹

provocando o manteniendo un error mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultación de hechos verdaderos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa”). La regulación vigente mantiene la estructura del § 241 PrStGB de 1841 y deja abierta la posibilidad de la estafa en triángulo sin permitir la expresamente. Cabe mencionar que en el Proyecto StGB 1962, se contemplaba una reforma del tipo penal en cuanto a este particular (junto a una mención expresa del acto de disposición patrimonial): § 252. (1) „Wer durch Täuschung über Tatsachen jemanden zu einer Vermögensverfügung bestimmt, die diesem oder einem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern, wird mit Gefängnis (...) bestraft.“ (el subrayado es mío). Al respecto, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 22 ss.; HARTMANN, *Die Vermögensverfügung*, p. 3 ss.

⁴ Por todos, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, nn.mm. 110 ss., 304.

⁵ Por todos, la reseña histórica de JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 100 ss.

⁶ Cfr. JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 100 ss.

⁷ Al respecto, TEMME, *Die Lehre*, p. 89: „Von den angeführten Verfassern wird die Behauptung aufgestellt, daß Getäuschter und Verletzter nach dem A.L.R. nicht nothwendig eine und dieselbe Person zu seyn brauchten. Es wird dafür angeführt, daß schon nach dem Sprachgebrauche derjenige ein Betrüger genannt werde, der den A. täusche, um den B. zu betriegen; daß der Gesetzgeber das Wort 'Jemand' nicht ausdrücklich auf die Person des Getäuschten beschränkt habe, und daß das A.L.R. mehrere spezielle Fälle als Betrug aufstelle, in denen die Personen des Getäuschten und Betrogenen verschieden seyen.“

⁸ §. 740. „Wer sich einen Schuldschein ausstellen läßt, und die Valuta darauf ganz oder zum Theil nicht bezahlt; gleichwohl aber die verschriebene Summe gerichtlich ausklagt, oder einem Andern cedirt; der soll als ein Betrüger bestraft werden.“ Al respecto, TEMME, *Die Lehre*, p. 89 ss.

⁹ De forma excepcional, los tipos contenidos en los Códigos penales de algunos de los reinos integrantes de la extinta Confederación Germánica (1815-1866) exigían identidad entre el sujeto engañado y el perjudicado (Así, por ejemplo el art. 352 wStGB de 1839, el § 224 brStGB de 1840 y el art. 391 hStGB de 1841). Al respecto, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 22 s.

Por otra parte, ya en los estertores de la edad moderna, previo a que la estafa surgiese como tipo penal autónomo, el fraude procesal era considerado positivamente como un supuesto de *falsum*. Por ejemplo, la legislación de algunos Estados integrantes (*Reichsstände*) del Sacro Imperio Romano Germánico lo contemplaba expresamente. Así, el *Codex Iuris Bavarici Criminalis* (1751), establecía (1ª Parte, 9º Capítulo, § 2): „*Die Verfälschung, zu Latein Falsum, wodurch die Wahrheit der Sach theils mit Worten, theils mit Wercken und Schriften auf eine gefährlich– und anderen zu Schaden gereichende Art verdrehet wird, kan zwar gar unterschiedlicher Weis verübt werden. Am meisten aber pflegen folgende Gattungen vorzukommen. Z.E. (...) den Richter durch Unwahrheiten zu ungerechten Urtheil (...) verleitet.*“¹⁰

Asimismo, un antecedente importante de la sanción penal del fraude procesal como delito patrimonial fue el Proyecto KLEINSCHROD (1802) que en su § 1175 prevé un subtipo agravado si la declaración jurada falsa de la parte produce un perjuicio patrimonial.¹¹ Sin embargo, se considera que es a partir de la opinión de ESCHER, *Die Lehre*, p. 206 ss., que en la doctrina penal alemana empieza a hablarse concretamente de la sanción penal del engaño al juez con efectos perjudiciales en el patrimonio de un tercero¹².

Este antecedente fue fundamental para que, posteriormente, a partir del momento en que la estafa derivó del *falsum*¹³ en un delito patrimonial autónomo¹⁴ previsto

¹⁰ Cfr. JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 55 ss. Señala GRÜNHUT, *SchweizZStR*, 1937, pp. 43-79 (47 ss.) que históricamente la protección penal de la lealtad o incolumidad procesal tiene dos puntos de partida: por un lado la *calumnia*, antecedente del delito de acusación y denuncia falsa (art. 456 CP) que en el Derecho penal romano castigaba a aquellos que ejerciesen una pretensión conscientemente infundada y, por otro lado, el *crimen falsi*, antecedente común de la estafa y las falsedades, definido como “todo engaño consciente que cause perjuicio a otro o pueda causarlo” („...jede bewusste Täuschung, die einem anderen Schaden zufügt oder zufügen kann.“). Cabe destacar además que el § 199a del Código penal austríaco (öStGB) de 1852 preveía (lit. a) una especie de tipo básico del § 197 de fraude procesal, esto es la declaración jurada falsa ante un juez o el ofrecimiento de un testigo falso („*Unter den Bedingungen des § 197 wird der Betrug schon aus der Beschaffenheit der That zum Verbrechen: a) wenn sich in eigener Sache bei Gericht zu einem falschen Eide erboten, oder wirklich ein falscher Eid geschworen wird, oder wenn sich um ein falsches Zeugniß, so vor Gericht abgelegt werden soll, beworben, oder wenn ein falsches Zeugniß gerichtlich angeboten oder abgelegt wurde, wenn dasselbe auch nicht zugleich die Anerbietung oder Ablegung eines Eides in sich begreift.*“ Al respecto, GRÜNHUT, *Op. Cit.*, p. 48 ss. También NAUCKE, *strafbarer Betrug*, p. 62 ss. describe cómo en el *falsum* se incluían delitos “procesales” junto a otros fraudes.

¹¹ Cfr. JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 100 ss.

¹² ESCHER, *Die Lehre*, p. 206 ss. Al respecto, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 104 ss.

¹³ Cuando a partir del s. XIX la ciencia del Derecho comienza a analizar los tipos penales a través del prisma de los postulados de la Ilustración (cfr. HASSEMER, *Persona*, pp. 17-38 (p. 20 ss.)), se presta especial atención al contenido del *falsum*, la figura que desde el Derecho penal romano castigaba genéricamente al engaño y que posteriormente derivó en tipos penales como las falsedades y la estafa. Al respecto, entre otros, JAKOBS, *Falsedad*, p. 31 ss.; LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 33; JÄNICKE,

por vez primera en el Código Penal prusiano de 1851 (§ 241)¹⁵, pudieran hallarse sentencias del Tribunal Supremo del Reino de Prusia (*Preußisches Obertribunal*) que condenan por este delito casos que en sus fundamentos fácticos se distinguen muy poco de los que hoy en día enjuicia la jurisprudencia alemana (y española) como constitutivos de estafa procesal.¹⁶

Así por ejemplo, este tribunal apreció la tipicidad del acuerdo entre ambas partes para urdir un proceso (colusión de partes) y perjudicar a un tercero: en pleno proceso de divorcio y con el objeto de perjudicar patrimonialmente a su cónyuge, A libra dos cambiales a favor de su amigo B por un pasivo equivalente a la totalidad de su patrimonio. Una vez vencidos los títulos, B demanda a A. Posteriormente, A se allana a la pretensión B, se produce la condena de A y se declara el embargo de la totalidad de sus bienes.¹⁷ En otro caso particularmente interesante, una vez celebrado un acuerdo transaccional mediante el que se ha comprometido a entregar al demandante una cantidad determinada de dinero, el

Gerichtliche Entscheidungen, p. 32 ss. Por su parte, SCHAFFSTEIN, „Stellionatus“, pp. 281-295 (291 ss.), hace énfasis en la distinción nunca absoluta entre la figura del *stellionatus* y la del *falsum* como un antecedente directo de la diferenciación actual entre la estafa y las falsedades, respectivamente. No obstante, señala GRÜNHUT, *SchweizZStR*, 1937, pp. 43-79 (48 ss.), que hasta bien entrado el s. XIX aun podían encontrarse leyes penales que lo incluían. Es el caso del Código penal austríaco (öStGB) de 1852 que en el § 197 castigaba como estafa a todo aquel que por medio de maniobras engañosas ocasionase un error en otro que perjudicase su propiedad o cualquier otro Derecho („*Wer durch listige Vorstellungen oder Handlungen einen Anderen in Irrthum führt, durch welchen Jemand (...), an seinem Eigenthume (sic.) oder anderen Rechten, Schaden leiden soll...*“).

¹⁴ La doctrina atribuye a KLEINSCHROD la primera propuesta de distinción de un antecedente del delito de estafa del amplio universo del *falsum* (que castigaba la “alteración de la verdad en perjuicio de tercero”). Decía este autor que debían distinguirse las falsedades con relevancia jurídico-civil y aquéllas con relevancia jurídico-penal porque evidentemente el Estado no tiene la capacidad de castigar todos los engaños que perjudiquen a los particulares. En este sentido, propuso que únicamente tuviesen relevancia penal las falsedades que ocasionen un perjuicio en la propiedad de un tercero o que impliquen la puesta en peligro de ésta. Posteriormente CUCUMUS, es quien realiza una diferenciación más precisa entre las falsedades y la estafa. Al respecto, NAUCKE, *strafbarer Betrug*, p. 62 ss.; JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 67 ss.

¹⁵ Este tipo penal ha permanecido prácticamente inalterado en la legislación penal alemana. La redacción, parcialmente inspirada en el art. 405 CPfr de 1810 respecto de su naturaleza patrimonial, era del siguiente tenor: „§ 241 [Begriff des Betrugers] Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Thatsachen einen Irrthum erregt, begeht einen Betrug.“ Al respecto, entre otros, NAUCKE, *strafbarer Betrug*, p. 69 ss.; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *LB, BT*, t. I, § 41 I, n.m. 5; JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 67.

¹⁶ En este sentido JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 104 ss.

¹⁷ PrObTrib, GA (9), 1861, pp. 710, 711. Dice, por ejemplo (710): „...es ist hier festgestellt, daß das ganze Prozeß und Exekutionsverfahren von dem Imploranten in der gewinnsüchtiger Absicht veranstaltet worden ist, um das Vermögen einer dritten Person zu beschädigen. Daß eine solche Handlungsweise von dem bloßen Vorbringen einer unrichtigen Thatsache im Lauf eines Prozesses oder der Einklagung einer nicht bestehenden Forderung, der Gegenpartei gegenüber, wesentlich abweicht, fällt in die Augen, und unterliegt es auch seinem rechtlichen Bedenken, daß eine derartige Prozedur, wie festgestellt, an sich geeignet ist, die Beschädigung des Vermögens eines Anderen zu bewirken.“ Al respecto, cfr. JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 115.

deudor A hace entrega de una letra de cambio a la que coloca una fecha muy anterior al acuerdo transaccional y al crédito debido. El poseedor de la letra la endosa a la cónyuge del deudor A y ésta, apoyándose en el título, demanda en representación de su marido al acreedor B (víctima) la nulidad de la transacción judicial con el alegato de que la misma tiene por objeto un crédito de fecha anterior que ya ha sido pagado.¹⁸

Asimismo, el análisis de estas sentencias también pone en evidencia el germen de un aspecto importante de la problemática en torno a la determinación del engaño típico en la estafa procesal, a saber, la cuestión de la relevancia de la conducta de la víctima en la determinación del injusto (principio de autorresponsabilidad de la víctima) que, aplicada al tema que nos ocupa, se traduce en determinar bajo qué supuestos el juez puede considerarse (suficientemente) instrumentalizado por la conducta de la parte autora del engaño como para atribuir a ésta el resultado dañoso.¹⁹ En este orden de ideas, el Tribunal Supremo del Reino de Prusia afirmó, por ejemplo, que la causalidad del engaño en la producción del perjuicio patrimonial está directamente relacionada con la aportación de las pruebas que necesariamente deben sustentar el alegato falso so pena de que el resultado dañoso no sea generado por el fraude procesal sino por la contrariedad a deber del juez.²⁰

Una vez conformado el imperio alemán (1871), su máximo órgano jurisdiccional, el Tribunal del Reich, continuó con esta tendencia hasta los años treinta del s. XX: aplicó el tipo de estafa a estos casos²¹ y negó la relación de causalidad entre

¹⁸ PrObTrib GA (8), 1860, pp. 283-285.

¹⁹ Cfr. entre otros, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 123 ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 261 ss., 283 ss. y SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la ‘víctimo-dogmática’”, pp. 13-52 (18 ss., 25 ss. y 37 ss.). Por lo tanto, no es correcto sostener (cfr. JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 152 ss.) que la contrariedad a deber del juez, base de la negación de la relación de causalidad entre el alegato falso y el error del juez, implica contradecir los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones (predominante en la jurisprudencia del RG). Por el contrario, la autorresponsabilidad de la víctima es simplemente un análisis causal-naturalístico que ya se encontraba presente desde aquella época (al menos respecto de la estafa procesal) y que, al surgir posteriores restricciones normativas a la causalidad (teoría de la adecuación primero e imputación objetiva después), se fue adaptando paulatinamente al análisis dogmático sin dejar de estar presente en la jurisprudencia. Así, respecto de la estafa procesal, SCHMOLLER, *JZ* (3), 1991, pp. 117-129 (128). Para más detalles, vid. *infra II.2.D).a).4*.

²⁰ Así, PrObTrib GA (3), 1855, pp. 605-612. Al respecto *infra II.2.D).a).4*.

²¹ Así, RGSt 2, 91, 92, que apreció estafa en la conducta de dos sujetos (A y B) que ceden un crédito falso a un tercero (C) con el propósito de que éste lo reclame judicialmente. C (que desconoce la falsedad del crédito) demanda al supuesto deudor (D) y solicita a su vez que se decrete una medida cautelar en contra de sus bienes aportando una carta falsa que A y B le han entregado. En la carta se señala que D está vendiendo sus bienes para irse del país y sustraerse del pago de la deuda. El tribunal decreta una medida cautelar en contra de los bienes de D. También la RGSt 2, 436-439, que enjuició una colusión de partes en perjuicio del cónyuge de uno de los condenados en un caso análogo al descrito previamente (vid. *supra*

el engaño de la parte y el error judicial cuando la resolución estaba fundada en un alegato falso no sustentado con material probatorio.²²

Asimismo, el Tribunal del Reich hizo también un primigenio acercamiento a otro importante problema: la determinación del error típico en el contexto de procesos especiales en los que no hay participación del demandado previa a la promulgación del acto judicial de disposición patrimonial (el caso clásico es la obtención de un requerimiento de pago mediante el aporte de un título ejecutivo falso en un proceso monitorio –*Mahnverfahren*-, § 688 ss. ZPO).²³ En estos casos el *Reichsgericht* sostenía que la convicción del juez no es la causa del acto de disposición y el consecuente perjuicio patrimonial. Sencillamente, en virtud de determinadas circunstancias, un precepto legal dispone que la solicitud del demandante es incontrastable y exige al juez decidir con base en lo sostenido y aportado por éste.²⁴

También pueden hallarse resoluciones del Tribunal Imperial que hacen importantes señalamientos respecto de la cuestión de la determinación del resto de los elementos típicos de la estafa procesal. Por ejemplo, en algunas sentencias el *Reichsgericht* no solo sostuvo que la sentencia constituye el acto de disposición patrimonial, sino que la adquisición de autoridad de cosa juzgada no es determinante para que ésta produzca el perjuicio patrimonial exigido por la redacción legal.²⁵ Así pues, en líneas generales, la jurisprudencia emanada del tribunal del Reich contiene interesantes matices y, por lo tanto, durante el análisis

PrObTrib GA 9, 710). Asimismo, la RGSt 3, 169-173: el autor recibe un flete de mercancía con un error en la carta de porte respecto del precio de los bienes transportados. Es demandado a pagar la cantidad correcta por parte de la empresa que realiza el envío y al comparecer al proceso aporta el mencionado documento. El tribunal apreció estafa y realiza las siguientes consideraciones (171): „...*Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat schon in wiederholten Fällen anerkannt, daß ein Betrug auch durch Täuschung des Richters zur Herbeiführung einer die Rechte einer Partei beeinträchtigenden verübt werden kann, wenn die Partei besondere Mittel zwecks einer Irrtumserregung bei dem Richter anwendet.*“

²² Cfr. por todos, JANICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 121 ss. Al respecto, con más detalle, vid. *infra II.2.D).a).4.iii.b.1.*

²³ En detalle vid. *infra II.2.*

²⁴ Así, entre otras, RGSt 42, 410, que enjuiciaba la obtención de un requerimiento de pago mediante la aportación al proceso monitorio de una letra de cambio falsa. Dice por ejemplo (411): „*Nach § 699 ZPO bedarf es zum Erlaß des Vollstreckungsbefehls ebenfalls nur eines einseitigen Gesuchs des Gläubigers. Die Rechtslage ist jedoch hier insofern etwas anders, als das Gericht den Zahlungsbefehl erst nach Ablauf der darin bestimmten Frist (...) und sofern nicht Widerspruch erhoben ist, für vollstreckbar erklären darf (...). Das Gericht hat deshalb u.a. zu prüfen, ob und wann der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, und es ist denkbar, daß hierbei Täuschungen des Gläubigers wirksam werden (...). Aber diese Behauptung steht mit dem Erlaß des Vollstreckungsbefehls nicht in ursachlichem Zusammenhange.*“ Cfr. por todos, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 138 ss.

²⁵ Así, entre otras, RGSt 72, 113-118 (115). Al respecto, HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung*, p. 405. Para más detalles, vid. *Infra II.2.D).b).*

de los distintos problemas respecto del tema que nos ocupa haremos referencia a algunas de estas decisiones.²⁶

Durante las postrimerías de las Leyes procesales particulares o “preimperiales” y a lo largo de los primeros años de vigencia de la RCPO (hoy ZPO²⁷, promulgada el 30 de enero de 1877, en vigor a partir del 1 de octubre de 1879)²⁸ no se presentaron mayores discusiones doctrinales respecto al tema que nos ocupa. Este silencio de la doctrina penal se explica por la concepción absolutamente liberal o garantista del proceso que predominaba en la doctrina procesal e inspiraba la RCPO 1877.²⁹ En este sentido, la autonomía de las partes era prácticamente ilimitada: los litigantes eran los dueños absolutos del pleito y desde su esfera de responsabilidad individual debatían en igualdad de condiciones. Las facultades del juez para intervenir en el proceso en aras de reducir la desigualdad material entre las partes o con el propósito de procurar la

²⁶ Como es sabido, hubo un aumento progresivo y ostensible de la criminalidad patrimonial en Alemania durante finales del s. XIX y comienzos del s. XX que acusó extremos durante el período de entreguerras. Este incremento en el índice delictivo se atribuye en parte a la grave crisis económica sufrida por este país tras la primera guerra mundial. Al respecto, entre otros, cfr. AAVV, „Die Entwicklung der Kriminalität“, p. 30 ss. (con especial referencia al caso del delito de estafa).

²⁷ El cambio de denominación se realizó por medio del acuerdo del *Bundesrat* de fecha 18 de diciembre de 1902 que entró en vigor el 1 de enero de 1903 (cfr. PRÜTTING, *Wieczorek/Schütze-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 4).

²⁸ La RCPO 1877 es producto de un largo proceso unificador que va de la mano con la creación del Estado alemán. Los primeros intentos de codificación, todos estériles, se hicieron en 1866 y 1870 durante la existencia de la Confederación germánica y, posteriormente, de la Confederación germánica del norte. Constituido el imperio alemán se realizaron tres proyectos más (1871, 1872 y 1874). El más importante de todos, el primero, dirigido por el Ministro de Justicia Adolf Leonhard es el que da forma a la aun vigente norma procesal alemana. Al respecto, entre otros, SPRUNG, *ZZP*, 1979, pp. 4-28 (5 ss.); PRÜTTING, *Wieczorek/Schütze-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 2 ss.; OBERHAMMER/DOMEJ, “Germany”, p. 112 ss.

²⁹ Al igual que otras normas procesales europeas, la RCPO tiene un importante basamento en el CPCfr 1806 (cfr., por todos, UNGER, *Adolf Wach*, p. 155 ss.). El Código francés era considerado un fiel reflejo del pensamiento y de la sociedad liberal propia del s. XIX (Cfr. MOREL, *Traité*, núm. 425, p. 344 ss. Dice por ejemplo (p. 344): “*Le juge n’a, en général, qu’un rôle passif jusqu’au jour où il rend son jugement. D’une part, la marche de la procédure est abandonnée aux parties, ou plus exactement à leurs avoués, à leurs avocats ou à leurs représentants*” (el subrayado es mío). También VAN RHEE, “Introduction”, p. 5 ss. Asimismo, la opinión de juristas del mundo anglosajón respecto de la Ley procesal francesa proporciona una perspectiva interesante. JOLOWICZ, *Int’l&CompLQ*, 2003, pp. 281-295, sostiene por ejemplo (290 ss.): “*Such a procedure was no less ‘liberal’ than the adversary system of the common law, and has nothing to offend the most die-hard supporter of that system...*”; también, el mismo, *Cambridge LJ*, 2008, pp. 508-520 (513 ss.), dice (p. 513): “*...French civil procedure as set out in the code of 1806 was not ‘inquisitorial’. True, it was not ‘adversary’ in the full common law sense, but it was ‘accusatory’. There was and is no episode of trial comparable to that of the common law, but it was for the parties to control the procedure, and it was for the parties to put their allegations, their proofs and their arguments before the court. The role of the court was passive and was no more than to decide between the rival cases of the parties. Throughout the 19th Century and the first half of the 20th, control of the proceedings was (...), ‘abandoned to the parties’.*”). Por otra parte, el CPCfr 1806 introdujo elementos básicos que sirvieron de modelo a las codificaciones de países vecinos: principalmente, la publicidad, la oralidad y la libre valoración de la prueba (Cfr. entre otros, DAHLMANN, “Frankreich”, pp. 2489-2580 (2548 ss.)).

eficiencia del proceso (para evitar dilaciones indebidas, por ejemplo) eran muy reducidas (por no decir inexistentes) en concordancia con el conocido axioma “*laissez faire*”.³⁰ El proceso civil se concebía como un *estado de lucha* (*Kampfsituation*), una confrontación en la que las conductas engañosas formaban parte de la estrategia procesal.³¹ Únicamente cuando la conducta engañosa afectaba a una importante conquista del liberalismo, esto es, la garantía de protección de la propiedad individual, se producía la sanción penal a través del tipo de estafa (§ 263 RStGB).

No obstante, a partir del período iniciado en 1893 y hasta la reforma procesal de 1933 se inició en la doctrina procesal alemana una revisión de los postulados liberales que fundaban la RCPO 1877.³² Esto generó una interesante discusión respecto de la forma en que el Derecho penal debía aproximarse al fraude procesal.³³

El origen de las críticas al sistema procesal imperante se encontraba en la propuesta del procesalista austríaco Franz KLEIN, principal impulsor de la öZPO 1895 (hoy todavía vigente) y uno de los primeros autores en defender la denominada socialización del proceso civil.³⁴ Según KLEIN, el excesivo protagonismo de la voluntad de las partes desnaturalizaba el fin último del

³⁰ Así por ejemplo, los alegatos de las partes y las pruebas podían aportarse al procedimiento en cualquier estado de la causa, sin restricciones, incluso hasta poco antes del cierre de la fase de juicio (oral). Tampoco había límites al denominado impulso procesal de las partes y esto les permitía dominar el proceso de principio a fin en cuanto a la determinación de citaciones, aplazamientos, notificaciones, etc. Cfr., SPRUNG, *ZZP* 1979, pp. 4-28 (6); OBERHAMMER/DOMEJ, “Germany”, p. 112 ss.; DAHLMANN, “Deutschland”, p. 2686 ss.; UNGER, *Adolf Wach*, p. 155 ss. Dice por ejemplo (p. 156): „*Dem liberalen Prinzip als Weltanschauung wesentlich war der Freiheitsgedanke, der bestrebt war, die Machtbefugnisse des Gerichts, also der Staatsgewalt, gegenüber dem Recht suchenden Bürger möglichst scharf abzugrenzen. Die bürgerliche Rechtsordnung stellte wesentlich eine mehr oder weniger dispositive Abgrenzung zwischen den Freiheitssphären einzelner Individuen dar, die durch ihren Willen bestimmt und weitgehend auf die Entscheidung ihrer Streitigkeiten angelegt war.*“ También, EISENBERG, “Wahrheitspflicht und Prozeßbetrug”, pp. 15-29 (15 ss.); HEB, *Wahrheits- und Aufklärungspflicht*, p. 4 y ss; OLZEN, *ZZP* 1985, pp. 403-426 (413 ss.) y WELZEL, *Die Wahrheitspflicht*, p. 6 ss

³¹ HEB, *Wahrheits- und Aufklärungspflicht*, p. 4 y ss; BERNHARDT, *JZ* 1963, p. 246 y ss; WELZEL, *Die Wahrheitspflicht*, p. 6 ss.

³² Respecto de las sucesivas reformas a las que ha sido sometida la ZPO (hasta 2005), vid. por todos, PRÜTTING/DE FALCO, “Estudios”, pp. 33-150 (35-43).

³³ Cfr. JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 168 ss.

³⁴ La propuesta de KLEIN se basaba principalmente en la obra de su maestro Anton MENGER respecto de la *función social de la ciencia del derecho*. Al respecto, SPRUNG, *ZZP* 1979, pp. 4-28 (10 ss., 14 ss.); PRÜTTING, *Wieczorek/Schütze-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 3 ss.; RECHBERGER, *RitsLR* 2008, pp. 101-110 (102 ss.), entre otros.

proceso civil.³⁵ Así, este autor entendía que en el despliegue de la actividad jurisdiccional existe un deber estatal de procura del bienestar de los ciudadanos que se traduce en la obtención rápida de una sentencia que sea la expresión lo más correcta posible del Derecho material y que ponga fin al conflicto entre las partes.³⁶ Con este propósito, abogaba por una limitación de la autonomía de la voluntad de las partes y por el reforzamiento de las facultades de intervención (formales y materiales) del juez en el proceso.³⁷ Asimismo, estaba a favor de la introducción de patrones éticos de conducta en el proceso a través de la positivización de deberes *inter partes*.³⁸

Dicho modelo -plasmado en la öZPO 1895- generó reacciones inmediatas en la doctrina procesal alemana.³⁹ Así, un importante sector doctrinal se mostró abiertamente en contra de esta propuesta⁴⁰ y representantes del gremio de abogados protestaron en contra de un pretendido “control judicial de la verdad”.⁴¹ No obstante, el criterio fue imponiéndose paulatinamente por medio de una serie de reformas.⁴² La primera de ellas, poco mencionada por su limitado alcance (*Amtsgerichtsnovelle* de 1 de junio de 1909), consistió en la

³⁵ En KLEIN, *Pro Futuro*, p. 10 ss., dice por ejemplo (p. 13): „...ist die Herrschaft [der Parteien] über den Prozeßinhalt mit anderen Worten die Befugniß, den Richter zu einem irrigen oder doch nur relativ richtigen, beziehungsweise ungenauen Urtheil zu leiten und zu verhalten.“

³⁶ KLEIN, *Pro Futuro*, p. 36 ss.; UNGER, *Adolf Wach*, p. 269 ss.; RECHBERGER, *RitsLR* 2008, pp. 101-110 (102 ss.).

³⁷ Dice por ejemplo SPRUNG, *ZZP* 1979, pp. 4-28, pp. 14, 15: „Von den modernen Prozeßordnungen hatte der österreichische Prozeß als erster mit der Durchführung der Erkenntnis ernst gemacht, dass der Prozess eine soziale Massenercheinung sei und als Wohlfahrtseinrichtung gestaltet werden müsse. Die Prozeßreform Franz Kleins machte den Zivilprozeß zu einem behördlichen Verfahren nach öffentlichem Recht zur Verrichtung einer dem Richter als Organ der Rechtsgemeinschaft im Staate obliegenden Zwecktätigkeit, des Rechtsschutzes; der Zivilprozeß war so tatsächlich zur staatlichen Wohlfahrtseinrichtung geworden.“

³⁸ Cfr. entre otros, SPRUNG, *ZZP* 1979, pp. 4-28 (10 ss.); RECHBERGER, *RitsLR*, 2008, pp. 101-110 (102 ss.).

³⁹ Al respecto, en detalle, SPRUNG, *ZZP* 1979, pp. 4-28 (20 ss.); RECHBERGER, *RitsLR* 2008, pp. 101-110 (p. 104 ss.).

⁴⁰ Así por ejemplo, WACH, *Die Mündlichkeit*, p. 16 ss.

⁴¹ Cfr. EISENBERG, „Wahrheitspflicht und Prozeßbetrug“, pp. 15-29 (16 ss.); OLZEN, *ZZP* 1985, pp. 403-426 (413 ss.).

⁴² Los intentos de reforma y las reformas procesales que finalmente tuvieron lugar estaban inscritas dentro de una tendencia, promovida desde el gobierno (sobre todo a partir de la República de Weimar), a otorgar un cariz conservador al poder judicial. En este sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo*, p. 78 ss., describe cómo a partir de 1878 se sometió a la judicatura a un riguroso proceso de depuración con el único objeto de *contrarrestar* su carácter mayoritariamente liberal. Para ello se tomaron una serie de medidas, como reducir el número de tribunales (para lograr la jubilación anticipada de los jueces de más edad -presumiblemente de tendencia más liberal-). También se impidió el acceso a la judicatura durante diez años y se instauró un exhaustivo proceso de selección que favorecía a candidatos procedentes de las clases más acomodadas. Respecto de la influencia de la öZPO en la ZPO, detalladamente, parágrafo por parágrafo, SPRUNG, *ZZP*, 1979, pp. 4-28 (18 ss.); respecto de cada una de las reformas, el mismo, *Op. Cit.*, p. 22 ss.

simplificación del procedimiento ante los tribunales comarcales o juzgados de distrito (*Amtsgerichte*⁴³) y en una ampliación de sus facultades *ex officio*.⁴⁴ La segunda, mucho más importante por sus efectos en todo el sistema procesal civil, fue la reforma de 13 de febrero de 1924. Ésta fortaleció las facultades de los tribunales estatales (*Landgerichte*⁴⁵) de forma considerable a través de la introducción del denominado deber de esclarecimiento judicial (*richterliche Aufklärungspflicht*) del § 139 ZPO, que establece la obligación del juez de aclarar cuestiones fácticas y jurídicas de la litis mediante el interrogatorio de las partes y el ejercicio de amplias facultades *ex officio*.⁴⁶ Asimismo, se sometió la actuación de las partes a términos y plazos, al principio de concentración procesal (que implica que todo el transcurso de la primera instancia sea conocido por un único juez) y, por último, la obligación del juez comarcal o distrital de

⁴³ Son los tribunales situados en la base de la estructura del poder judicial alemán. Tienen competencia tanto en materia civil como en materia penal y, por lo tanto, están integrados por distintas secciones (*Abteilungen*). Particularmente en materia civil tienen competencia para conocer de causas cuya cuantía no supere los 5.000,00 €. Algunos de ellos conocen también de causas del Derecho de familia y otras materias específicamente determinadas en los §§ 23-27 GVG. Al respecto vid., entre otros, PRÜTTING/DE FALCO, “Estudios”, pp. 33-150 (43 ss.) (se utiliza la traducción del término propuesta por estos autores).

⁴⁴ Por todos, *Wieczorek/Schütze-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 4.; OBERHAMMER/DOMEJ, “Germany”, p. 114 ss.

⁴⁵ Son tribunales colegiados que desempeñan funciones de primera instancia tanto en causas cuya cuantía sea superior a los 5.000,00 € como en las materias que expresamente les atribuyen los §§ 71 ss. GVG. Asimismo, conocen en segunda instancia de las decisiones emitidas por los *Amtsgerichts* (Cfr. PRÜTTING/DE FALCO, “Estudios”, pp. 33-150 (43 ss.), entre otros, se utiliza la traducción del término propuesta por estos autores).

⁴⁶ Cfr. *Wieczorek/Schütze-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 5.; OBERHAMMER/DOMEJ, “Germany”, p. 114; STÜRNER, *Die richterliche Aufklärung im ZP*, pp. 1-15. Las facultades contenidas en el § 139 ZPO han sido ampliadas en el marco de la reforma del 27 de julio de 2001. El párrafo en cuestión es denominado expresamente por el nuevo texto legal como dirección material del proceso (*materielle Prozessleitung*) y se introducen especificaciones respecto de las consecuencias jurídicas del incumplimiento u obstaculización de las partes a los mandamientos del juez. La afectación del contenido de este párrafo al principio dispositivo o como dice expresamente la doctrina: a la *libertad de las partes*, es una discusión de vieja data en la doctrina procesal alemana (así, por ejemplo, BERNHARDT, “Die Aufklärung”, pp. 9-50). Al respecto, Cfr. PRÜTTING/DE FALCO, “Estudios”, pp. 33-150 (67 ss.); STÜRNER, *Op. Cit.*, p. 6 ss. La mencionada disposición establece: „**§ 139 Materielle Prozessleitung:** (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.“

instar a la conciliación entre las partes.⁴⁷ Finalmente, en la reforma de 27 de octubre de 1933 (vigente desde el 1 de enero de 1934) se introdujo, entre otras modificaciones, el deber de veracidad (*Wahrheitspflicht*) y de integridad o completud (*Vollständigkeitspflicht*) de las partes (§ 138 I ZPO) que textualmente obliga a las partes (y a sus abogados) a decir la verdad y a aportar toda información que sea relevante para el proceso.⁴⁸

Estas reformas legislativas –y lógicamente, la tendencia que las inspiró– generaron una interesante discusión en la doctrina penal respecto de la naturaleza de los bienes jurídicos afectados por estas conductas.⁴⁹ Así, un importante sector doctrinal sostenía (y hasta hace poco propuso) que el objeto primordial de protección penal debía ser la Administración de Justicia (la protección al patrimonio era una consecuencia accesorio) y en este sentido además de mostrarse a favor de la positivización de deberes procesales, como el deber de veracidad (§ 138 I ZPO), defendían la promulgación de un tipo penal autónomo que sancionase al fraude procesal. En este sentido, la mayoría de autores estaba a favor de que el hipotético tipo penal autónomo (de organización o de infracción de deber)⁵⁰ y la estafa procesal (§ 263 StGB) convivieran y se complementasen con el objeto de evitar en lo posible la existencia de lagunas de punibilidad: la atipicidad del fraude procesal en litigios civiles con objeto no patrimonial era especialmente criticada.⁵¹

No obstante, en el seno de la misma corriente surgió un grupo minoritario de autores que excluían la sanción del fraude procesal a través del delito de estafa con distintos argumentos. Argüían que el fraude procesal no reunía todos los elementos típicos previstos en el § 263 StGB. Por ejemplo, algunos sostenían que la conducta engañosa en el proceso jurisdiccional era impune. Otros, que era

⁴⁷ Por todos, *Wieczorek/Schütze-ZPO*, „Einleitung“, n.m. 5.; OBERHAMMER/DOMEJ, “Germany”, p. 114.

⁴⁸ Al respecto, vid. *infra* II.2.D).a).4.iii.b.1 y II.2.D).a).5.

⁴⁹ Así por ejemplo, sostiene DAHM, „28. Betrug“, pp. 458-473 (472): „Vor allem aber bedarf die grundsätzliche Frage der Klärung, ob der ‚Prozeßbetrug‘ wirklich Betrug ist, oder ob nicht dieser Gegenstand durch ein Eingreifen des Gesetzgebers aus diesem Bereich des Strafrechts herausgenommen werden muß. Wenn jemand einen anderen durch arglistige Täuschung eines Privatmannes schädigt, so ist das etwas ganz anderes, als wenn jemand den Richter, das Recht und den Staat als Werkzeug für seine Zwecke mißbraucht.“

⁵⁰ Al respecto en detalle, vid. *infra* I.2.B).

⁵¹ Así por ejemplo, BINDING, *DJZ*, 1909, pp. 161-167 (163 ss.) y el mismo, *Lehrbuch*, t. I, pp. 350 ss. (n.p. 2). Durante el dominio del nacionalsocialismo en Alemania, fue la postura sostenida por autores (manifiestamente o no) afectos a esta ideología. Es el caso de, por ejemplo, DAHM, „28. Betrug“, pp. 458-473 (471 ss.); WOLF, *JW*, 1938, pp. 1921-1923 (1923), entre otros. Posterior a 1945, en parecidos términos, LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 37 ss.; WEIMAR, *MDR*, 1963, pp. 189,190 y PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 213 ss., defienden la promulgación de un tipo autónomo. Sobre el particular vid. JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 168 ss.

materialmente imposible engañar al juez y por lo tanto que pudiera concurrir el error (judicial) típico. Asimismo se aseveraba que ningún acto procesal del juez podía integrar el elemento típico acto de disposición patrimonial.⁵²

Cabe aquí destacar la opinión de GRÜNHUT, quizá el más acérrimo detractor de la estafa procesal en Alemania.⁵³ Este autor propugnaba, entre otras cosas, la sanción del abuso del proceso jurisdiccional mediante tipos penales distintos a la estafa.⁵⁴ Así pues, estaba a favor de la promulgación de un delito análogo al *frode processuale* del art. 374 CP italiano que sirviese de protección a la convicción judicial respecto del objeto de medios de prueba que estaban fuera del ámbito de aplicación de delitos como la falsedad documental (§ 267 ss. RStGB⁵⁵) o el falso testimonio (§ 160 RStGB⁵⁶) (concebidos para garantizar la correcta percepción del juez de fuentes escritas u orales, respectivamente).⁵⁷ Asimismo, GRÜNHUT propugnaba la sanción específica de las conductas constitutivas de fraude procesal por medio de un tipo penal autónomo *de lege ferenda* con una estructura muy similar al delito de estafa (§ 263 RStGB).⁵⁸

⁵² Todas estas objeciones a la tipicidad de la estafa procesal se analizan en *infra I.1.E*.

⁵³ El autor sostuvo la no configuración de la estafa procesal en todos los trabajos en los que hizo alusión al tema. Así, por ejemplo, entre otros, GRÜNHUT, *RhZZP*, 1924, pp. 127-155; el mismo, *JW*, 1927, pp. 902, 903; el mismo, “Der Strafrechtliche Schutz”, pp. 116-130 (p. 124); el mismo, *JW*, 1931, pp. 3357, 3558; el mismo, *JW*, 1932, p. 678 y el mismo, *SchweizZStR*, 1937, pp. 43-77. Su obra en cuanto a este particular tuvo pocas repercusiones. Uno de sus seguidores durante los años 70 fue HARTMANN, *Vermögensverfügung*, que sostenía también (p. 60 ss.) la atipicidad de la estafa procesal con base en argumentos similares.

⁵⁴ Opinión análoga a otra planteada desde la doctrina penal italiana (vid. *infra b*).

⁵⁵ La norma citada establecía: „*Wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, verfälscht oder fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängniß bestraft.*“ (...). La regulación actual (§267 StGB) establece: „(1) *Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*“ (...) Respecto de la evolución de esta norma, vid. FUCHS, *StGB*, p. 1226 ss.

⁵⁶ También esta norma corresponde esencialmente a la regulación actual (§160 StGB) que dispone: „(1) *Wer einen Anderen zur Ableistung eines falschen Eides verleitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, und wer einen Anderen zur Ableistung einer falschen Versicherung an Eidesstatt oder einer falschen uneidlichen Aussage verleitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft.*“ (...). Sobre la evolución de esta norma, vid. FUCHS, *StGB*, p. 811 ss.

⁵⁷ GRÜNHUT, *RhZZP*, 1924, pp. 127-155 (151 ss.). Incluso en *SchweizZStR* 1937, pp. 43-79 (51 ss.), tras citar el art. 374 CPit, expresa (52): „*Ein Strafrechtssystem, das den gemeinsamen Fälschungstatbestand auflöst, muss neben den mündlichen und schriftlichen persönlichen Erklärungen auch die Augenscheinobjekte tatbestandlich erfassen*“.

⁵⁸ GRÜNHUT, *SchweizZStR*, 1937, p. 67 ss. Detalladamente *infra I.2.B.d*).

Con todo, la discusión en cuanto a este particular no pasó a mayores. La propuesta de GRÜNHUT de exclusión de estas conductas del ámbito de aplicación del tipo de la estafa ha sido mayoritariamente rechazada.⁵⁹ Al igual que en el caso español, entre otros países del entorno⁶⁰, el criterio doctrinal parte siempre de la misma premisa: la estafa procesal es un supuesto del delito de estafa y, por lo tanto, es un delito patrimonial⁶¹ a pesar de sus particularidades⁶².

⁵⁹ Excepcionalmente, HARTMANN, *Vermögensverfügung*, p. 60 ss. Sostiene, al igual que GRÜNHUT, que (p. 65) la estafa procesal no es una estafa (triangular) y propone que debería concebirse un tipo penal que englobe estas conductas. Dice que para ello debe analizarse si este delito debe proteger a la Administración de Justicia o al patrimonio. EISENBERG, „Wahrheitspflicht und Prozessbetrug“, pp. 15-29 (25 ss.) hace una breve mención al respecto (especialmente n.p. 73, p. 26). También JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 168 ss.;

⁶⁰ Así, por ejemplo, en el Derecho penal francés, la subsunción de la estafa procesal (*escroquerie au jugement*) en el delito de estafa (*escroquerie* -art. 405 CPfr-) es doctrina consolidada aun cuando hubo polémica al respecto. Los detractores de la *escroquerie au jugement* (que siguen la línea iniciada entre otros por GARÇON, *Code Pénal*, n. 977 ss., p. 142 ss.) oponían argumentos similares a los de sus pares alemanes e italianos: que la resolución judicial no constituye un acto de disposición en el sentido del art. 405 CPfr o que dicha disposición no constituye un delito contra la Administración de Justicia y por lo tanto no debe ser parcialmente calificada como tal. Han sostenido además que la tipicidad de la figura pone en peligro la cosa juzgada en el proceso civil, ya que la persecución penal por el delito de estafa constituiría indirectamente una especie de recurso de revisión no previsto en la legislación procesal (vid. RASSAT, *Droit pénal*, p. 159 ss.; WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 495 ss., entre otros) (Huelga acotar que la jurisprudencia española ha intentado dar respuesta a esta cuestión. Así por ejemplo lo expuesto en la STS de 9 febrero 2010 (ponente Colmenero Menéndez de Lurca) (FJ Único, Apdo. 2): “...la existencia de la estafa procesal como figura delictiva no puede suponer una nueva posibilidad de cuestionar en vía penal la existencia y consecuencias de los mismos hechos que ya fueron alegados, sin éxito, en vía civil. No se trata de una vía para reexaminar la prueba del pleito civil o las conclusiones alcanzadas por los órganos de esa jurisdicción, sino para sancionar penalmente una conducta basada en un engaño bastante que ha determinado un acto de disposición que, a su vez, ha causado un perjuicio.”). La tesis contraria expuesta en su día por GARRAUD, *Droit pénal*, t. VI, p. 365 ss., ha prevalecido. Así, el engaño dirigido al juez debe ceñirse a determinadas reglas para que sea típico. Se niega, por ejemplo, que haya engaño típico cuando no se aportan pruebas falsas al procedimiento o el engaño se basa en alegatos jurídicos (cfr. CHIARONI, *L'Escroquerie au jugement*, p. 200 ss.; WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 497 ss.). Por su parte, la jurisprudencia a partir de 1973 sin entrar en mayores consideraciones, no duda en calificar como estafa la conducta de las partes litigantes consistente en engañar al juez de la causa por medio de (por ejemplo) la producción de documentos falsos que sustenten una deuda inexistente con el objeto de obtener una resolución favorable a sus pretensiones (vid. entre otros, RASSAT, *Droit pénal*, p. 160 ss.; VÉRON, *Droit pénal*, p. 296; WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 497 ss.).

⁶¹ Cfr. LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 305; ZACZYK, „Versuchsbeginn“, p. 486 ss. En este sentido, la doctrina alemana sigue la senda iniciada entre otros por PHILIPSBORN, „Wahrheitspflicht“, pp. 188-208 (205 ss.), uno de los distintos autores que a comienzos del s. XX mostraban una posición expresamente a favor de la tipicidad de la estafa procesal y estaban en contra de instituir un tipo penal específico (*Prozeßschikane*).

⁶² Es habitual que en manuales y comentarios se haga al menos una pequeña mención expresa de la figura y sus características. Así por ejemplo, entre muchos otros, LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 304 ss. o más recientemente, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, „§ 263“, n.m. 340.

- b) El caso español. La tipificación expresa: el subtipo agravado del art. 250.1.7º CP

- 1. La evolución de la estafa procesal en el Derecho penal español

El criterio que en la actualidad prevalece en la legislación penal española que considera a la estafa procesal (art. 250.1.7º CP) como una modalidad agravada del tipo básico de estafa (art. 248.1 CP) es producto de un conjunto de propuestas doctrinales y reformas legales realizadas a lo largo del s. XX. Éstas se apoyan a su vez en un criterio jurisprudencial que ha venido aplicándose con muy pocas excepciones desde finales del s. XIX.⁶³ A este respecto, con el propósito de contextualizarla, conviene recordar la gestación de este subtipo agravado en el Derecho positivo español.

- i La etapa previa a la reforma penal de 1983: subsunción simple en el tipo básico

- a. Los primeros pasos

A diferencia de otros países (vbg., el ejemplo alemán que acabamos de exponer⁶⁴), en el derecho español nunca surgió lo que con propiedad puede denominarse una polémica respecto de la subsunción del fraude procesal en el delito de estafa.⁶⁵ Por el contrario, la inmensa mayoría de autores españoles que

⁶³ A este respecto, BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos*, p. 109: “La relativamente reciente inclusión de la estafa procesal en el Código penal constituye uno de esos ejemplos en que el legislador recoge finalmente las posiciones de la doctrina científica y de la jurisprudencia.” En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual. PE*, p. 197; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 138; GONZÁLEZ RUS, “Lección 21”, p. 678 ss.

⁶⁴ Vid. *supra* I.I.B)

⁶⁵ En palabras de OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 125: “Es un dato importante el poner de relieve que España, que es –o ha sido– uno de los principales países importadores de doctrina jurídica, especialmente italiana y alemana, no haya recogido el eco de la polémica, que en estos países se sostenía, a propósito de la estafa en el proceso.” En contra, SERRANO HOYO, *AFD*, 1996-97, p. 191 ss., afirma que la tipificación de la estafa procesal puso fin a una polémica. En el mismo sentido, VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, “Lección XXIV”, pp. 431-456 (455). Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 131 ss., hace también alusión a una polémica sobre la naturaleza del fraude procesal. Sin embargo, realmente se está refiriendo a la problemática en el seno del derecho penal italiano. El único autor español que ha sostenido la atipicidad de la estafa procesal es RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, 1995, p. 510 ss. A partir de la 4.ª ed. de su manual sostuvo reiteradamente que el juez estaba impedido legalmente de controlar la actividad de las partes y, por lo tanto, que el fraude procesal no podía ser

se dedicaron al tema consideraron que determinados fraudes procesales constituían una modalidad del tipo básico de estafa contenido en el art. 248.1 CP⁶⁶ o, mejor dicho, una de las *estafas* previstas en el art. 529 del hoy derogado CP 1963.⁶⁷

Los primeros trabajos que analizan con más detalle la problemática de la estafa procesal fueron publicados a mediados de los años sesenta del siglo pasado.⁶⁸ Anteriormente el tema había sido objeto de escasa atención por la doctrina penal española a pesar de que, ya en esa época, los tribunales de este país venían ocupándose de la problemática.^{69,70}

En estas publicaciones puede apreciarse una aproximación muy acertada a las particularidades de la estafa procesal. Apoyándose en la doctrina alemana e italiana proveen de un primigenio marco dogmático a esta figura. Para ello

constitutivo de estafa (detalladamente vid. *infra I.1.E.b.2.*). No obstante, en las primeras ediciones de esta obra admitió parcialmente la tipicidad de la estafa procesal. Por ejemplo, en *Derecho penal*, 2.^a ed., 1966, p. 430, n.p. 23, se mostraba de acuerdo con la tipicidad de la colusión de partes.

⁶⁶ Así, CEREZO MIR, José, “La estafa procesal”, *ADP* (19), 1966, pp. 179-198 (la versión que citamos a lo largo del trabajo corresponde a la más reciente, publicada en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982, pp. 254-273) y FERRER SAMA, Antonio, “Estafa procesal”, *ADP* (19), 1966, pp. 5-11.

⁶⁷ El Código Penal de 1963 y el texto refundido de 1973, herederos de una tradición iniciada con el Código Penal de 1848, regulaban la estafa siguiendo un método “*enumerativo casuístico*” (según la terminología empleada por JIMÉNEZ DE ASÚA / ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 322 y VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 117, entre otros) en el que se ejemplificaba con una serie de supuestos que el legislador consideraba como conductas de estafa. La regulación se servía además del tipo residual del art. 533, idéntico en ambas leyes, que era del siguiente tenor: “el que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño, que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección...” (cfr. el acertado resumen que realiza VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 104 ss., acerca de la evolución de la legislación penal española en torno al delito de estafa hasta el Código Penal de 1983).

⁶⁸ CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, pp. 254-273 y FERRER SAMA, *ADP* (19), 1966, pp. 5-11. Un par de años antes fue publicado el trabajo de JIMÉNEZ HUERTA, “Fraude maquinado y estafa procesal”, pp. 128-139, pero su análisis es referido a la problemática análoga en el Derecho penal mexicano, específicamente al art. 387 fracción X del Código Penal Federal mexicano que naturalmente guarda algunas similitudes con la figura contenida en el art. 250.1.7º CP (fue derogado el párrafo segundo de la redacción original, cuestión que en nada afecta la esencia de la norma. Al respecto, HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, *El fraude procesal penal*, p. 24 ss.).

⁶⁹ Como menciona CEREZO MIR, *Problemas Fundamentales*, p. 254, anteriormente el tema había sido objeto de escasa atención por la doctrina. Algunas referencias pueden encontrarse en ANTÓN ONECA, “Estafa”, pp. 66, 67, que expone el estado de la cuestión en Italia, Alemania y España. El autor hace referencia a la polémica italiana sobre la tipicidad de la figura, pero no toma partido por una u otra postura. Asimismo, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, 2.^a ed., 1966, p. 430, n.p. 23, quien, como mencionamos, en un principio pareció aceptar al menos en parte la tipicidad de la figura y posteriormente la negó en forma reiterada (vid., el mismo, *Derecho penal*, 18.^a ed. (póstuma), 1995, p. 510 ss). También SILVA MELERO, *RGLJ*, 1946, p. 26 ss. y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, pp. 625, 626, se muestran a favor de la subsunción del fraude procesal en el tipo de la estafa.

⁷⁰ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 2.^a ed., p. 187 ss., afirma que los primeros fallos sobre estafa procesal se remontan a las últimas décadas del s. XIX.

delimitan en primer lugar el concepto de estafa procesal y posteriormente analizan cada uno de sus elementos típicos.

Así pues, distinguen, por una parte, entre el fraude procesal como figura genérica que incluye toda manipulación engañosa de las partes destinada a la obtención de una resolución judicial errónea y, por otra parte, la estafa procesal como modalidad específica del fraude procesal, motivada por el ánimo de lucro, susceptible de causar perjuicio patrimonial a la contraparte o a un tercero y en consecuencia, incluida en el tipo básico de estafa.⁷¹

Una vez inmersos en el análisis de los fraudes procesales típicos, introducen a su vez la diferenciación que hace la doctrina penal alemana entre la estafa procesal en sentido amplio (*Betrug im Prozess*) y la estafa procesal en sentido estricto.⁷² Según esta distinción, en la estafa procesal en sentido amplio el engaño va directamente dirigido a la contraparte en el marco de, por ejemplo, una transacción judicial y, por lo tanto es la misma parte quien realiza el acto de disposición patrimonial.⁷³ Asimismo, en la estafa procesal en sentido estricto “...una parte, con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero...”⁷⁴. Probablemente debido a la ausencia en ese momento de una definición legal precisa de la estafa, los autores hacen especial énfasis en la estructura triangular de la estafa procesal en sentido estricto y consecuentemente en su tipicidad a pesar de la particularidad de que el sujeto que dispone del patrimonio es distinto del que padece el perjuicio patrimonial.⁷⁵ Posteriormente pasan a definir el ámbito en el que se configura esta modalidad de la estafa: plantean el *iter criminis*, principalmente en el proceso civil, aun cuando no descartan que el

⁷¹ FERRER SAMA, *ADP* (19), 1966, pp. 5-11 (6 s.).

⁷² CEREZO MIR, *Problemas*, p. 254 ss.

⁷³ CEREZO MIR, *Problemas*, p. 254 ss. La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia españolas denominan a estos casos “estafas procesales impropias” principalmente a partir de OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 98-103.

⁷⁴ CEREZO MIR, *Problemas*, p. 255. La definición es utilizada por BAJO FERNÁNDEZ *Los delitos*, p. 110; CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 311; VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, “Lección XXIV”, pp. 431-456 (455), entre otros. La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia españolas utiliza el término estafa procesal propia (directa) para referirse a esta modalidad de la estafa procesal. Así, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 103-111 (al respecto, vid. *infra* aparte siguiente).

⁷⁵ FERRER SAMA, *ADP* (19), 1966, pp. 5-11 (8).

delito pueda darse en otros órdenes jurisdiccionales (incluyendo el proceso penal).⁷⁶

La delimitación del concepto de estafa procesal que realiza la doctrina española termina con el rechazo de algunas de las objeciones que desde la doctrina alemana e italiana se han formulado contra la subsunción del fraude procesal en el tipo básico de la estafa.⁷⁷ Se señala, por ejemplo, la opinión de aquellos autores que reclaman una tipificación autónoma porque consideran que el tipo básico de estafa no es la figura más adecuada para castigar el abuso de la función jurisdiccional. Sostienen, por el contrario (entre otros argumentos), que la doctrina de la autoría mediata no se opone a la instrumentalización de los jueces para la comisión de tipos penales que protegen bienes jurídicos distintos al patrimonio (homicidio o privación ilegítima de libertad, por ejemplo).⁷⁸

Posteriormente, se realiza una yuxtaposición del fraude procesal a los elementos del tipo básico de estafa y se hace referencia a la problemática que de ello se deriva, con el propósito de determinar si efectivamente puede concurrir la estafa procesal.⁷⁹ En este sentido, se señalan cuestiones ampliamente superadas por la doctrina y otras que aun ocupan a quienes nos aproximamos al análisis de esta figura típica.

Por ejemplo, en cuanto a la determinación del engaño propio de la estafa en el contexto de los procesos jurisdiccionales y los principios que rigen su funcionamiento se alude, por una parte, al antiguo y plenamente superado alegato de atipicidad de las afirmaciones falsas de las partes esgrimido por un sector de la doctrina en razón del contexto dialéctico en el que son desplegadas.⁸⁰ También se hace referencia a toda una serie de factores que inciden en el problema de la causalidad del engaño en la producción del error típico conforme a las particularidades de la estafa procesal.⁸¹ Del mismo modo, estos autores se detienen en la cuestión de la determinación del acto judicial de disposición patrimonial típico y del consecuente perjuicio patrimonial. Textualmente

⁷⁶ CEREZO MIR, *Problemas*, p. 255 ss.

⁷⁷ CEREZO MIR, *Problemas*, p. 256 ss.; FERRER SAMA, *ADP* (19), 1966, pp. 5-11 (8 ss.).

⁷⁸ CEREZO MIR, *Problemas*, p. 256 ss.

⁷⁹ CEREZO MIR, *Problemas*, p. 257 ss.

⁸⁰ Al respecto, detalladamente, vid. *infra* I.I.E.a).

⁸¹ CEREZO MIR, *Problemas*, p. 261 ss.

afirman, entre otros planteamientos, que “...la sentencia injusta misma, aunque no sea firme, representa ya el perjuicio patrimonial.”⁸²

b. La consolidación del criterio

Durante los inicios de los años setenta se profundizó paulatinamente el estudio de la estafa procesal.⁸³ Ello trajo como consecuencia el afianzamiento de la tendencia expuesta en el aparte anterior, esto es la punición de los fraudes procesales con incidencia patrimonial a través del tipo básico de estafa.⁸⁴

Con base en la doctrina penal italiana, las monografías publicadas en aquellos años -encabezadas por la obra de OLIVA GARCÍA- han influido notablemente tanto en la doctrina como (especialmente) en la jurisprudencia española. Basta con revisar alguna referencia a la estafa procesal en manuales o monografías (principalmente aquellos anteriores a la reforma penal de 2010) y las más recientes sentencias del Tribunal Supremo, para constatar que la terminología y los conceptos expuestos en estas obras son todavía hoy de uso reiterado.⁸⁵ Por ejemplo, el concepto de estafa procesal⁸⁶, los términos con los que denomina las

⁸² CEREZO MIR, *Problemas*, p. 267 ss. (la frase citada se encuentra en p. 269).

⁸³ Principalmente, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, Madrid 1970 (2.ª ed. 1974). No obstante, en la misma época fueron publicados algunos trabajos más breves o sobre un determinado aspecto de la praxis del tema que nos ocupa, por ejemplo: GONZÁLEZ VELASCO, *RPS*, 1976, pp. 153-165; SOTO NIETO, *RDPr*, 1974, pp. 900-907 y STAMPA BRAUN, *BCAM*, 1979, pp. 7-21.

⁸⁴ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 269 ss.

⁸⁵ Así por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, pp. 311 ss.; GALLEGO SOLER, “Artículo 250”, pp. 558 y 559; GISBERT POMATA, *RDP*, 2004, p. 304; SERRANO HOYO, *AFD*, 1996-1997, p. 193. En virtud de que el término *colusión de partes* es considerado equivalente al de *simulación de pleito*, contenido en la regulación anterior (art. 250.1.2º CP), era empleado con frecuencia por manuales y comentarios. Por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, “Artículo 250”, p. 323 y MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p. 779. En cuanto a la jurisprudencia, constituye un claro ejemplo la muy citada STS de 4 de marzo de 1997 (ponente Delgado García) FJ 9º cuyos fundamentos han sido reproducidos en infinidad de decisiones tanto del TS como de las distintas Audiencias Provinciales. Así, la reciente STS de 25 de febrero de 2011 (ponente Granados Pérez) FJ 1º. También la STS de 8 de noviembre de 2003 (ponente Martín Pallín), FJ 2º: “...La doctrina distingue entre estafa procesal propia e impropia. Se utiliza la denominación de propia cuando el sujeto engañado es el juez...” y la STS de 14 de febrero de 2005 (ponente Sánchez Melgar), FJ 5º.

⁸⁶ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 2.ª ed., p. 90: “...aquellos artificios desplegados en un proceso, directamente encaminados a que el juez, por error, dicte una resolución injusta que comporte un daño para alguna persona con el consiguiente lucro indebido para la otra. En definitiva, es una estafa normal, con la particularidad que la conducta se desarrolla en el marco de la actividad judicial, y que el sujeto pasivo del engaño no sólo es distinto del sujeto pasivo del daño, sino que es precisamente un órgano de esa actividad, el juez.”

modalidades de comisión: *estafa procesal propia*⁸⁷, *estafa procesal impropia*⁸⁸, etc.

Es importante destacar el enfoque eminentemente práctico que tienen estas monografías. En muchas de ellas el análisis dogmático de la estafa procesal está precedido de un estudio sistemático de la jurisprudencia española y comparada que sitúa al lector en el epicentro de la problemática.⁸⁹

Pues bien, conviene dividir la evolución de la estafa procesal en la jurisprudencia española en distintas etapas, para su mejor estudio y comprensión. En este sentido, se distingue una primera etapa en la que el Tribunal Supremo tiende a apreciar la estafa procesal como una modalidad de la estafa pero no entra a analizar sus particularidades.⁹⁰ Por su parte, la segunda etapa está caracterizada por un tímido acercamiento a la problemática del que es hoy el subtipo agravado y un esbozo de sus principales características (las decisiones usan la denominación *estafa documental y defraudatoria* para describirla).⁹¹ Así por ejemplo, durante este período se admite expresamente y de forma prácticamente indiscutida que el órgano judicial puede ser sujeto pasivo del engaño.⁹² Por otra parte, se repara en el problema de la determinación de la tipicidad de la conducta engañosa en el contexto del proceso jurisdiccional a través de la exposición de soluciones disímiles para casos análogos: se citan algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que de forma excepcional se desestimó el carácter típico del fraude procesal al otorgarle el carácter de mero hecho ilícito civil⁹³ o se citan

⁸⁷ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 103-111.

⁸⁸ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 98-103.

⁸⁹ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 147 ss., 185 ss.

⁹⁰ Empieza a partir del s. XIX con sentencias como las siguientes: STS de 29 de enero de 1883, STS de 29 de noviembre de 1887, Cdo. 4º: “Que declarándose como hechos probados que un deudor se apoderó con engaño del recibo justificativo de la deuda, que obraba en poder de su acreedor, y demandado judicialmente por éste al pago, afirmó haberlo verificado, acreditándolo con la presentación de aquel documento, es evidente la existencia del delito de estafa (...), por estar probada la intención clara y manifiesta de causar perjuicio á (sic.) tercero al hacer uso en juicio con deliberado propósito del documento mañosamente sustraído.”; STS de 2 de noviembre de 1899 y culmina con la STS de 10 de marzo de 1960 (ponente Quintano Ripollés). Al respecto, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 188 ss., 191 ss.

⁹¹ Se inicia con la STS de 3 de octubre de 1967 (ponente Sáez Jiménez). Al respecto, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 188 ss., 191 ss.

⁹² OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 191 ss.

⁹³ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 195 ss. Según terminología más actual, el despliegue del principio dispositivo en el contexto del contradictorio procedimental determina que toda clase de fraude procesal constituya un riesgo permitido o típicamente *irrelevante*. Si se parte, claro está, de una concepción *hipertrofiada* o *liberal-extrema* de estos principios procesales. Al respecto, vid. *infra* I.1.E).a).

otras que negaban la posibilidad de castigo del fraude procesal a través del tipo de estafa por estar en presencia de ataques directos a la Administración de Justicia.⁹⁴ También se hace referencia a alguna resolución aislada que sancionó estas conductas por medio del hoy derogado tipo penal de falsedad ideológica cometida por particulares (art. 302.4º CP 1973 en relación con el art. 303 del mismo Código) y a otras que se pronuncian en sentido contrario. Ello trae a colación el interesante problema de la afectación del sistema de cargas procesales de las partes derivadas del principio dispositivo en el proceso civil por medio de la imposición a las partes -vía jurídico-penal- de un deber de decir la verdad en el proceso.⁹⁵ En la tercera y última se consagra la figura en la jurisprudencia española. Las sentencias comienzan a utilizar el término *estafa procesal* para denominarla y se profundiza el análisis de algunos de los problemas que son consecuencia de la aplicación del tipo de estafa al fraude procesal. En primer lugar, algunas sentencias se dedican a oponer argumentos a las opiniones contrarias a la tipicidad de la figura. Posteriormente delimitan el ámbito de aplicación del tipo penal (principalmente el proceso jurisdiccional), haciéndolo extensivo al procedimiento administrativo⁹⁶. Asimismo, se introduce el juicio de adecuación en el análisis de la relación de causalidad entre el engaño típico y el error judicial (“idoneidad del engaño”) y, bajo esta premisa, se distingue entre el fraude procesal como género y la estafa procesal como especie.⁹⁷

Por otra parte, se realiza un análisis por grupos de los casos más frecuentes en la jurisprudencia española durante los años cincuenta, sesenta y setenta del s. XX que permite poner de relieve aspectos específicos del tipo penal en cuestión. Ello evidencia a su vez que -comparada con decisiones más recientes- la jurisprudencia de la época se enfrentaba a cuestiones que aun están vigentes.⁹⁸ Vbg., se exponen los distintos supuestos de estafa procesal que pueden plantearse

⁹⁴ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 206 ss.

⁹⁵ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 208 ss., 210 ss.

⁹⁶ Es probable que esta tendencia jurisprudencial haya influido en la inclusión de la estafa administrativa en la primera tipificación expresa de la figura llevada a cabo durante la reforma penal de 1983. Al respecto, vid. *infra I.1.C).a).2*.

⁹⁷ Existe una importante exposición de la problemática en torno a la figura en la STS de 7 de octubre de 1972 (ponente Sáez Jiménez). Al respecto, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 189 ss., 214 ss. En complemento a lo expuesto por el autor, la tradición jurisprudencial de la figura en esta etapa consagratoria es, hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1983, del siguiente tenor: STS de 25 de octubre de 1978 (ponente Sáez Jiménez), que expone profusamente la problemática en torno a la figura y, por último, las más escuetas SSTS de 30 de mayo de 1980 (ponente Huerta y Álvarez de Lara), de 5 de octubre de 1981 (ponente Moyna Méngues) y de 19 de diciembre de 1981 (ponente Huerta y Álvarez de Lara).

⁹⁸ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 245 ss.

en el contexto de juicios ejecutivos o en materia de arrendamientos y toda la problemática derivada de estos contextos procesales. Así, entre otras cuestiones, podemos citar el problema de la determinación del error judicial típico en procedimientos especiales que carecen del contradictorio procedimental y dejan poco margen para la actuación judicial *ex officio*.⁹⁹

Es en esta época cuando, con base en la teoría de la adecuación,¹⁰⁰ se introducen elementos valorativos en el análisis del plano causal-naturalístico “engaño→error”.¹⁰¹ Por ende, aun cuando se prescinde de una distinción expresa entre el plano “causal-mecanicista” y el juicio ulterior de imputación (objetiva)¹⁰², se introducen elementos normativos al análisis de la relación de causalidad,¹⁰³ o lo que es lo mismo, se realizan algunas consideraciones en torno a la *idoneidad* del engaño en sede de estafa: básicamente la doctrina se muestra a favor de negar la causalidad de engaños que *ex ante* (“conforme a parámetros externos”¹⁰⁴) no son proclives a producir error en la víctima. Consecuentemente, niega la tipicidad de engaños burdos y socialmente permitidos.¹⁰⁵ A este respecto, intenta enfrentarse al principal problema que suscita la aplicación de

⁹⁹ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 245 ss., 262 ss.

¹⁰⁰ Al respecto, ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 11, n.m. 39 ss. (n.m. 31 ss. de la edición en castellano); JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, § 28, p. 304 ss.; MIR PUIG, *DP*, Lección 10, n.m. 41 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 3-86. TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1986, pp. 33-48 (37 ss.); MARTÍNEZ ESCAMILLA, *imputación objetiva*, pp. 8 ss., 79 ss. También, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 120 ss.

¹⁰¹ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 283 ss.

¹⁰² Como es sabido, en la actualidad el juicio de adecuación es un presupuesto de la imputación objetiva. Al respecto, entre otros, ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 11, n.m. 44 ss. (n.m. 36 ss. de la edición en castellano); GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 62 ss., 70 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, pp. 8 ss., 79 ss.

¹⁰³ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 285, dice por ejemplo: “...ahora es necesario matizar más y ver hasta qué punto es verdad que siempre que se produzca un evento, como consecuencia exclusivamente naturalística de una conducta, se puede decir que ésta es realmente la causa de ese resultado.” TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1986, pp. 33-48 (37 ss.): “La concepción que en el campo de la causalidad anticipa la problemática de la imputación objetiva es la de la adecuación, en la que se toma en cuenta *ex ante*, aunque con conocimiento del curso causal acaecido (pronóstico posterior) si según un criterio racional (el criterio del espectador objetivo) la acción era concebible como medio para causar el resultado típico. La teoría de la adecuación pretende excluir, en el ámbito mismo de la causalidad, es decir, antes del tipo, aquellas conexiones causales que Hippel califica de absurdas, en que el resultado sobreviene por la concurrencia de condiciones totalmente extraordinarias, incalculables desde el punto de vista del normal juicio de los hombres. Estas hipótesis, además de los delitos calificados por el resultado, son aquéllas en que sobreviene una desviación no pronosticable del curso causal o los casos en que el sujeto acude a medios excepcionales, sobreviniendo un curso causal incalculable racionalmente, como cuando los conjuros o rezos dirigidos a que un individuo muera conducen, contra todo pronóstico, al fallecimiento. La adecuación faltará cuando el curso causal era totalmente imprevisible para el juicio normal de los hombres, o de tal manera improbable, que su posibilidad aparece como irrelevante para la conducta práctica del hombre normal en su vida de relación.”

¹⁰⁴ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 282.

¹⁰⁵ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 283 ss.

esta teoría a la estafa, esto es el engaño a la víctima débil y concluye sosteniendo de forma muy somera que además de la abstracción “conforme a posibilidad”¹⁰⁶ que se realiza desde el análisis de la adecuación, se deben tener en cuenta las peculiaridades de cada víctima conforme al caso concreto.¹⁰⁷

c. La evolución del criterio de tipicidad a partir de la teoría del fin de protección de la norma

La entrada en la escena doctrinal de las corrientes *teleológico-rationales* o *funcionalistas* y la consecuente superación del denominado *dogma causal* supuso un notable enriquecimiento de la dogmática aplicada al tipo básico de estafa en el Derecho penal español.¹⁰⁸ Ello, como es natural, repercutió positivamente en el análisis de la estafa procesal.^{109,110}

¹⁰⁶ Según la terminología expuesta por GIMERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 3 ss.

¹⁰⁷ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 287 ss. Coincide en lo esencial con autores como NAUCKE, “Der Kausalzusammenhang”, pp. 109-120 (118 ss.) que sostenía que en el caso de víctima débil (niño, anciano senil, enfermos mentales en general, etc.) el engaño burdo era adecuado aun cuando no lo fuera desde el punto de vista normativo (a menos (p. 119) que la insanidad mental llegue al punto de que cualquier tontería pueda ser tomada por el enfermo mental como cierta. Existe entonces un engaño acertado desde el punto de vista causal pero no puede hablarse de estafa sino de apropiación indebida o hurto). Asimismo, este autor, con el objeto de evitar que el tipo de estafa proteja a personas descuidadas, introduce en el análisis de la tipicidad de la conducta todo lo referente a la autoprotección de la víctima (116 ss.). Por su parte, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 91, sostiene que la aplicación de la teoría de la causación adecuada en la estafa favorece a los sujetos particularmente hábiles para los negocios en detrimento de los torpes o despistados. Al respecto, TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (883); PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 120 ss.

¹⁰⁸ Por todos PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 145 ss. Los términos en cursivas corresponden a MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 30 ss., entre otros autores.

¹⁰⁹ Principalmente, TORÍO LÓPEZ, “Acción y resultado típico en la estafa procesal”, pp. 877-900, publicado poco tiempo antes de la entrada en vigencia de la reforma penal de 1983. El autor realiza un análisis de la figura desde la perspectiva del funcionalismo *moderado* de corte fundamentalmente *roxiniano* (se apoya principalmente en ROXIN, *Problemas básicos*, p. 128 ss.) (los términos en cursivas son de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 109 ss., entre otros).

¹¹⁰ Tras la reforma penal de 1983 fueron publicados algunos trabajos más en torno a las características generales de la estafa procesal o acerca de algún aspecto en concreto de la problemática (la tentativa, modalidades de comisión en el proceso civil, etc.). No obstante, huelga decir que el tratamiento de la doctrina española a la estafa procesal es bastante escaso a pesar de la gran cantidad de casos a los que deben de enfrentarse los operadores de Justicia penal y a las especiales características de la figura (así por ejemplo, en orden cronológico descendente, SOLAZ SOLAZ, *La estafa procesal*, 2013; CARREÑO AGUADO, *Diario la Ley* (7780), 2012, 22119/2011; DE LA PEÑA OLIETE, “La estafa procesal”, 2010, p. 215 ss.; LORCA NAVARRETE, *AJA* (777), 2009, p. 1 ss.; SOTO NIETO, *Diario La Ley* (6305), 2005, 3860/2005; GISBERT POMATA, *RDP* (1-3), 2004, p. 293 ss.; SOTO NIETO, *Diario La Ley* (5902), 2003, 1862/2003; MAYORAL SIMÓN, *Economist & Jurist* (48), 2000, p. 43 ss.; CERES MONTÉS, *AJA* (322), 1997, p. 1. ss.; SERRANO HOYO, *AFD* (14-15), 1996-97, p. 191 ss.

En efecto, a partir este momento el análisis de la cualidad de la conducta procesal engañosa de las partes para producir el resultado típico se realiza desde un punto de vista estrictamente normativo que en todo caso es independiente del fenómeno causal -determinado *a priori* por medio de la *conditio sine qua non*-. Con ello se arribó a resultados más satisfactorios.¹¹¹ Así por ejemplo, el caso de la conducta del autor que, a pesar de haber observado un deber objetivo de cuidado, produce el resultado típico o cuando la conducta del autor no supera el nivel de riesgo permitido e igualmente se produce el resultado previsto en la norma penal.¹¹²

A este respecto, el análisis normativo de la conducta engañosa permite una delimitación más precisa de la tipicidad: sólo serán típicos a efectos de la estafa aquellos engaños reprochables que, desde el punto de vista *ex ante*, generan o aumentan el riesgo de que la víctima sea perjudicada en su patrimonio.¹¹³ Desde este punto de vista, la determinación de la conducta típica va de la mano del análisis del contexto o ámbito social en el que ésta se desenvuelve. Así pues, un análisis del alegato fraudulento para determinar si *ex ante* está comprendido en el fin de la norma contenida en el art. 248.1 CP va necesariamente de la mano de un estudio en profundidad de los principios e instituciones que rigen el proceso jurisdiccional.¹¹⁴

En definitiva, según esta opinión, en primer lugar debe determinarse si, desde el punto de vista causal, el alegato engañoso ha producido el error judicial que desencadena la sentencia perjudicial. Y en segundo lugar, deberá considerarse si dicha conducta engañosa constituye un peligro jurídicamente desaprobado en el delito de estafa y ha superado los riesgos (permitidos) que son inherentes al contexto procesal.¹¹⁵

¹¹¹ Por todos, TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (883 ss.).

¹¹² Por todos, TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (883 ss.). Dice por ejemplo (886): “El dato esencial de esta concepción, por el que se distingue ante todo del criterio de la adecuación, radica en separar la cuestión empírica, fáctica, de la causalidad, del problema valorativo de la imputación objetiva. La existencia de ésta reclama que la acción concreta determinante del resultado se halle comprendida en el ámbito de acciones que la norma trata precisamente de prohibir. Esto supone un juicio individualizador, dirigido a establecer la antinormatividad específica de la acción en cuanto tal, según la norma concreta establecida para la evitación del resultado. La norma no protege al bien jurídico frente a toda clase de acciones, sino únicamente frente a acciones específicas, es decir, típicas. La producción del resultado, según Stratenwerth, es sólo imputable al autor cuando ha originado o incrementado un peligro que se ha concretado en ese resultado.”

¹¹³ TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (886 ss.).

¹¹⁴ TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (886 ss.).

¹¹⁵ Por todos, TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (889 ss.). De toda esta problemática nos ocupamos con más detalle en *infra* II.2.

ii La reforma penal de 1983

La importantísima Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal,¹¹⁶ introdujo en el ordenamiento jurídico penal español los dos elementos fundamentales para la positivización de la estafa procesal: el tipo (genérico) de estafa y una agravación específica de la estafa procesal.¹¹⁷

a. La introducción del tipo básico

En primer lugar, la reforma derogó la farragosa y muy criticada casuística¹¹⁸ que caracterizaba la regulación anterior¹¹⁹ y la sustituyó por el tipo básico que

¹¹⁶ Constituyó el primer Código Penal adaptado al incipiente sistema democrático español de aquella época, al respecto QUINTERO OLIVARES / MUÑOZ CONDE, *La reforma*, p. 14 ss. Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG, *JpD*, 1999, pp. 18-21, califica la reforma CP 1983 como (p. 19) "...la más profunda y extensa que había experimentado nuestro Código Penal en su casi siglo y medio de vigencia, por lo que bien se podría haber hablado, en su día, de un CP 1983, caracterizado, además de por las indiscutidas e indiscutibles mejoras técnicas que introdujo, por una 'atenuación generalizada de las penas privativas de libertad' y por una tendencia 'descriminalizadora.'" En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 125, no duda en calificar la reforma como la más importante y afortunada del siglo XX en este país.

¹¹⁷ Dice la exposición de motivos del CP 1983: "Antes se hacía referencia a la casuística que dominaba la formulación de la estafa en nuestro sistema punitivo, en contraste con la ausencia de una definición fundamental de tal delito, defecto que se obvia con la introducción, en una nueva configuración del artículo 528, de una definición esencial de la estafa, capaz de acoger los diferentes supuestos planteables. Además, y siguiendo la pauta anteriormente marcada, se prescinde del sistema de cuantías dando paso a cualificaciones agravatorias descritas en una nueva redacción del artículo 529 que acogen, además, hipótesis de estafa que requieren expresa mención, como antecede con la estafa procesal -reconocida por doctrina y jurisprudencia pero no expresamente por el Derecho positivo-..."

¹¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA/ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, p. 322: "...El sistema casuístico fué (sic.) el elegido por las leyes españolas para el delito de estafa. Este sistema es siempre pernicioso. (...) El día en que se emprenda con serenidad y sin otros objetivos la reforma de nuestras leyes penales, se deberá sustituir el régimen casuístico por una definición elástica y clara...". También, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, pp. 582 y 583; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, 2.ª ed., p. 220 ss., entre otros.

¹¹⁹ Heredero y punto culminante de una tradición iniciada con el Código Penal de 1848 (Cfr. VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 104 ss.), el método *enumerativo-casuístico* (Cfr. el mismo, *Op. Cit.*, p. 117) que seguía el art. 529 del Código Penal de 1973 era del siguiente tenor: "Incurrirá en las penas del artículo anterior:

1.º El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes.

2.º Los plateros y joyeros que cometieren defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio.

3.º Los traficantes que defraudaren, usando de pesos o medidas faltos, en el despacho de los objetos de su tráfico.

4.º Los que defraudaren con pretexto de supuestas remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponde. A los comprendidos en los tres números anteriores se les impondrán las penas en su grado máximo.

prevalece hasta nuestros días. El legislador atendió con ello a las exigencias de la doctrina y puso fin a las interpretaciones analógicas o *fórmulas de cierre* a las que debía acudir para determinar la tipicidad de las conductas engañosas.¹²⁰

El nuevo tipo de estafa (art. 528 CP 1983) disponía:

“Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero...”¹²¹

Con la sola lectura de la norma se advierte la influencia de la definición formulada por ANTÓN ONECA¹²², acogida hasta ese momento por gran parte de la doctrina¹²³. Esta definición también fundamentó una importante tendencia jurisprudencial¹²⁴ en medio de la diversidad de criterios (o *confusión*, a decir de

5.º Los que cometieren alguna defraudación abusando de firma de otro en blanco y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.

6.º Los que defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento.

7.º Los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte.

8.º Los que cometieren defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en, todo o en parte, algún proceso expediente, documento u otro papel de cualquier clase.”

¹²⁰ GARCÍA VALDEZ, *Notas sobre el Proyecto CP 1980*, p. 53.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, 2.ª ed., p. 220 ss., entre otros.

¹²¹ Como puede verse, la redacción corresponde casi exactamente con la norma vigente (art. 248.1 CP) y con la contenida en el art. 255 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, publicado en el Boletín de las Cortes Generales, núm. 108-I de 17 de enero de 1980 (acerca de la influencia -en lo que respecta a la estafa- del Proyecto CP 1980 en las legislaciones penales posteriores, vid. González Rus, *Los intereses*, p. 385; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 126 ss. Respecto del tratamiento de la estafa en el Proyecto CP 1980, GIMBERNAT ORDEIG, “La parte especial en el Proyecto”, p. 50 ss.: “...Los arts. 528 ss. del Código Penal español tipifican la estafa con un casuismo tan extenso como insuficiente (...). El proyecto ha preferido renunciar en gran medida al casuismo (sic.) y ofrece una definición abstracta de la estafa...”. También, DÍAZ PALOS, *RJC*, 1980, p. 64 ss. y HUERTA TOCILDO, *CPC*, 1981, p. 496 ss.). Como es sabido, este pretendido texto legal nunca llegó a ser objeto de deliberación en el Congreso de los Diputados y fue a la postre retirado por el Gobierno (Cfr. QUINTERO OLIVARES / MUÑOZ CONDE, *La reforma*, p. 14 ss.).

¹²² ANTÓN ONECA, “Estafa”, p. 57: “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.” Respecto de esta definición y su influencia directa en la redacción legal, dice DÍAZ PALOS, *RJC*, 1980, (en el marco del Proyecto de CP 1980), p. 64: “La normativa de las estafas, (...), se inaugura con una noción legal, (...). No es difícil averiguar dónde encontró la ponencia la inspiración y no tiene inconveniente en proclamarlo, puesto que se trata del actual patriarca del penalismo español, el profesor Antón Oneca...”

¹²³ Así, entre otros; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, 2.ª ed., p. 221 ss.; QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 166, 167; ROMERO, *Los elementos*, p. 68: “...[refiriéndose a la propuesta de ANTÓN ONECA] quizá por ser una de las definiciones mejor logradas, es que casi toda la teoría tiende a adoptarla.” (el contenido de los corchetes es mío).

¹²⁴ Por ejemplo: STS de 15 de Octubre de 18 (Nº 6043): “Los hechos declarados probados, [...] revelan bien a las claras que el procesado desplegó dolosamente una conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, la que determinó un error en cierta persona y le indujo a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual fue el perjuicio que sufrió en su patrimonio...” y en parecidos términos STS de 6 de

algunos autores) que hasta ese momento reinaba en el seno de la Sala Penal del Tribunal Supremo en torno a los elementos configuradores del tipo penal de la estafa.¹²⁵

Junto a la importante estandarización de los elementos básicos del tipo, el legislador admitió un criterio doctrinal prácticamente unánime con la inclusión de los supuestos de estafas en triángulo¹²⁶, género de la estafa procesal¹²⁷. En efecto, la introducción en el texto de la expresión “en perjuicio de sí mismo o de tercero” permitió la inclusión en el tipo de la estafa de los supuestos en los que la identidad de la víctima del perjuicio patrimonial no se corresponde con la del destinatario del engaño, que realiza en consecuencia el acto de disposición sobre un objeto patrimonial que no le pertenece.¹²⁸

mayo de 1968 (ponente Escudero del Corral); STS 20 de febrero de 1975 (ponente Hijas Palacios), entre otras.

¹²⁵ ROMERO, *Los elementos*, p. 86 y BACIGALUPO, *Falsedad, estafa*, p. 136; manifiestan que el criterio del TS es *confuso* y *poco claro*, respectivamente. Debe acotarse que tal confusión es en algunas ocasiones real y en otras solo aparente. Así, en líneas generales pueden advertirse dos tendencias en la jurisprudencia española anterior a la reforma del año 1983: el criterio dominante, que reconoce como elementos configuradores de la estafa sólo al engaño y al perjuicio patrimonial (y en ocasiones, al ánimo de lucro) (por ejemplo, SSTS de 15 de abril de 1964 (ponente Espinosa Herrera) y de 12 de junio de 1972 (ponente Sáez Jiménez). Y, por otro lado, la que advierte que el tipo penal de la estafa está compuesto expresamente por los elementos actualmente consolidados, derivados de la definición de ANTÓN ONECA, “Estafa”, p. 57, (engaño, error, acto de disposición patrimonial y perjuicio patrimonial, vid. *supra*). Sin embargo, en no pocas sentencias que aparentemente se ciñen al primer criterio, se advierte que implícitamente se reconoce la existencia del resto de los elementos del tipo, cuando se hace formar parte a éstos de la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el engaño del sujeto activo y el perjuicio patrimonial ocasionado a la víctima (por ejemplo, STS de 12 de noviembre de 1979 (ponente Gil Sáez): “El delito de estafa precisa [...] de los requisitos siguientes: a) el intelectual o psicológico, constituido por el engaño utilizado [...]; b) el externo y objetivo, representado por el perjuicio patrimonial [...]; y c) el causal, referido al nexo o ligazón directa entre el engaño determinante del error del sujeto pasivo y el acto dispositivo patrimonial que como consecuencia natural origina el perjuicio penalmente tipificado.”, entre muchas otras (el subrayado es mío).

¹²⁶ ANTÓN ONECA, “Estafa”, p. 66 y 67; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 223 ss.; OLIVA GARCÍA, *La estafa*, p. 269 ss.; ROMERO, *Los elementos*, p. 204 ss. Por su parte, la jurisprudencia anterior a la reforma de 1983 fue vacilante “...por la variedad de preceptos que el legislador ha utilizado para tipificar la estafa...”, según sostiene OLIVA GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 272. En efecto, algunas sentencias exigían identidad entre el sujeto pasivo del engaño y el del perjuicio. Por ejemplo, la STS de 8 de febrero de 1965 (ponente ponente Casas y Ruiz del Árbol), señala “...ciertamente esta Sala tiene declarado en términos generales, y para el delito en cuestión, que la persona que resulte defraudada tiene que ser la que haya sido objeto del engaño determinante...”, en el mismo sentido, STS de 6 de noviembre de 1968 (ponente Escudero del Corral), entre otras. Otras decisiones sostenían el criterio hoy ya consagrado. Por ejemplo, las SSTS de 21 de abril de 1977 y de 29 de abril de 1982, entre otras.

¹²⁷ Para esa época ya la doctrina española mayoritaria consideraba a la estafa procesal como una especie de la estafa en triángulo. Por ejemplo: ANTÓN ONECA, “Estafa”, p. 66: “...pueden ser personas distintas el que dispone y el perjudicado. 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?”; FERRER SAMA, *ADP* (19), 1966, pp. 5-11 (8 s.); CEREZO MIR, *Problemas*, p. 255 y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, 2ª ed., p. 223 ss.; entre otros.

¹²⁸ Por todos, PASTOR MUÑOZ / COCA VILA, “Tema 11”, pp. 253-275 (261).

b. La introducción del subtipo agravado de la estafa procesal

Por otro lado, también con base en el Proyecto CP 1980 (art. 257.2º), la reforma penal de 1983 introdujo en el ordinal 2º del art. 529 el subtipo agravado de estafa procesal.¹²⁹ La implantación de los subtipos agravados de estafa fue criticada desde el Proyecto CP 1980 por excesiva (arts. 257 y 258, equivalentes a los contenidos en el art. 529 CP de 1983): según esta opinión se diluía la pretendida eliminación del casuismo expresada por sus redactores.¹³⁰

No obstante, la opinión de los redactores del Proyecto CP 1980 terminaría imponiéndose a través de la promulgación del CP 1983. Éstos defendían la introducción de las circunstancias agravantes específicas con base en “...calificaciones aconsejadas por la gravedad del engaño o del perjuicio, bien a la necesidad de cubrir conductas defraudatorias en las que no aparece nítido el engaño antecedente, pero que está implícito en la acción, aunque no por ello haya de calificarse de *dolus in re ipsa*...”¹³¹

Por su parte, una vez promulgado el CP 1983, la agrupación de todos los supuestos de agravación bajo la rúbrica de *circunstancias que agravan el delito*, generó algunas críticas acerca de la naturaleza del contenido del art. 529. Por ejemplo, algunos autores sostenían que el mencionado artículo aglomeraba indebidamente verdaderas circunstancias agravantes y *delicta sui generis*¹³² que denominaba tipos agravados de estafa o estafas impropias (la estafa procesal

¹²⁹ SERRANO HOYO, *AFD* (14-15), 1996-97, p. 191 ss.; GISBERT POMATA, *RDP* (1-3), 2004, p. 293 ss., entre otros.

¹³⁰ Cfr. HUERTA TOCILDO, *CPC*, 1981, p. 496 ss. También, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 130.

¹³¹ GARCÍA VALDES, *Notas sobre el Proyecto CP 1980*, p. 53; DÍAZ PALOS, *RJC*, 1980, p. 64 ss. No hubo alusión concreta de los redactores del proyecto respecto de la estafa procesal. Tampoco existe doctrina española que propusiera una tipificación semejante. Un antecedente (hasta ahora el único) puede hallarse en la doctrina alemana, específicamente en BRINKMANN, *Die Neuaufrichtung*, p. 94, que recomendaba la introducción de un tipo cualificado de “estafa por medio de engaño al juez” („*Betrug durch Täuschung des Richters*“) con el propósito de hacer frente al mayor merecimiento de pena que comporta la manipulación fraudulenta del proceso („*zum Zwecke der Berücksichtigung der erhöhten Strafwürdigkeit betrügerischer Manipulationen im Prozeß*“).

¹³² El término *delictum sui generis* es utilizado por la dogmática para denominar tipos penales que, aun a pesar de guardar una relación *criminológica* o *fenomenológica* con otra u otras figuras de la parte especial, son absolutamente independientes desde el punto de vista normativo. En este sentido, por todos, GÓMEZ MARTÍN, *RECPC* (07), 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>. Utiliza como ejemplo de *delictum sui generis* el tipo penal de robo con violencia (p. 4 ss.) (art. 242 CP), que es un tipo autónomo y no obstante está “emparentado” desde el punto de vista criminológico con los delitos de hurto (art. 234 CP) y coacciones (art. 172 CP). Al respecto, con más detalle y en relación directa con el tema que nos ocupa, vid. *infra I.I.D.*

incluida -número 2º-, además de los números 1º, 3º, 4º y 6º del mencionado artículo).¹³³

En efecto, los términos usados por la doctrina y jurisprudencia para referirse a estas figuras -*subtipos agravados* o *circunstancias agravantes*- son usados como equivalentes¹³⁴ en el entendido de que los supuestos previstos en el art. 250.1 CP (antiguo art. 529 CP 1983) son tipos derivados dependientes¹³⁵ del tipo básico de estafa (art. 248.1 CP). Esto es, subsumibles en el delito de estafa aun en el caso de que su descripción expresa no estuviese prevista en la legislación.¹³⁶

Volviendo a la figura que nos ocupa, el art. 529.2 del CP 1983 disponía:

“Son circunstancias que agravan el delito, a los efectos del artículo anterior:

(...)

2.º Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal o administrativo análogo...”¹³⁷

La introducción de la agravante significó la asunción de los criterios doctrinal y jurisprudencial dominantes acerca de la tipicidad de la estafa procesal.¹³⁸ No

¹³³ BAJO FERNÁNDEZ, “Las circunstancias”, pp. 1213-1215. El autor considera, erróneamente según nuestro parecer, que ambos términos son sinónimos. En realidad la denominación tipo agravado se utiliza en la doctrina para referirse a los tipos derivados dependientes del tipo básico que determinan una agravación de la pena, mientras que el término “estafa impropia” se usa generalmente para referirse a tipos derivados *autónomos* del delito base (tipo penal de estafa, art. 248.1 CP). Al respecto GÓMEZ MARTÍN, *RECPC* (07), 2005, p. 3. Con más detalle, vid. *infra* I.2.D). Posteriormente, BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos*, pp. 105-107, atenúa la postura anterior al sostener que los supuestos contenidos en el art. 250 CP (anterior art. 529) que denomina tipos agravados de estafa no son estafas impropias (*delicta sui generis*) sino que, por el contrario, son dependientes del tipo básico aun cuando ello implique (p. 105) la reducción del ámbito de aplicación de los mismos (y la consecuente impunidad de ciertas conductas). Sin embargo, mantiene la diferenciación entre tipos agravados de estafa y meras circunstancias agravantes (constituidas por los ordinales 6º y 7º del art. 250.1 del Código Penal de 1995 anterior a la reforma de la LO 5/2010) y sigue afirmando que los primeros (p. 105): “...implican comportamientos de estafa cerrados en sí mismos...”; en el mismo sentido PÉREZ MANZANO, “estafas”, pp. 463, 464 y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, pp. 119-121.

¹³⁴ MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p. 777; MATA Y MARTÍN, “Artículo 250”, p. 972; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 440 ss.; PASTOR MUÑOZ / COCA VILA, “Tema 11”, pp. 253-275 (264); VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, “Sección 1ª. De las Estafas”, p. 654 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, p. 508;

¹³⁵ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *RECPC* (07), 2005, p. 3. Vid. *infra* I.2.D)

¹³⁶ Por muchos, PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 11”, p. 241. En contra, GALLEGO SOLER, “Artículo 250”, p. 556, sostiene una opinión contraria a la dominante, muy similar a la que sostuvo inicialmente BAJO FERNÁNDEZ, “Las circunstancias”, pp. 1213-1215. Así: “En el **Ap. 1** se contemplan **siete** agravaciones de la pena básica de estafa. No estamos en todos los casos ante tipos agravados de la estafa común, sino que en ocasiones se trata de **estafas autónomas** que tienen una estructura propia y no precisan de la concurrencia de todos los elementos de la estafa común.” (el subrayado es mío).

¹³⁷ El art. 257.2 Proyecto CP 1980 establecía: (...) “2.º Cuando se ejecute simulando pleito o empleando otro fraude procesal de análoga entidad.”

obstante, su equivalente contenido en el Proyecto CP 1980 fue criticado por superfluo (estaba incluido en la redacción legal) e innecesario (el concurso ideal entre el tipo genérico y las falsedades previstas en los arts. 422 y 425 del Proyecto CP 1980 -uso/presentación en juicio de documentos falsos- implican un desvalor conjunto de la conducta procesal fraudulenta y por lo tanto un aumento de pena que, según esta opinión, no justificaba su agravación específica). Estos autores admitieron, sin embargo, el mayor grado de injusto de la conducta en razón del agravio a la Administración de Justicia.¹³⁹

c. Problemas interpretativos

La agravación específica de la estafa procesal fue criticada desde el principio por su redacción deficiente y confusa.¹⁴⁰ Por ejemplo, algunos autores interpretaron el término “simulación de pleito” como no referido a una modalidad de estafa procesal sino a la conducta del sujeto (abogado, principalmente) que hace creer a otros (un cliente, por ejemplo) que existe un litigio.¹⁴¹ Esta interpretación ha tenido una aislada repercusión práctica que no deja de sorprender (en particular los casos más recientes). Por ejemplo la SAP Alicante, Sección 3ª, de 27 enero de 1999 (ponente García-Villalba Romero): el tribunal consideró como constitutiva de estafa procesal la conducta del autor del hecho –abogado- que hace creer a sus clientes que ha iniciado en representación de éstos un trámite de divorcio cuando en realidad ni siquiera ha dado inicio al encargo de sus clientes. Los hechos son calificados de la misma forma en otro supuesto análogo mucho más reciente, la SAP Valladolid, Sección 4ª, de 29 de septiembre de 2010 (ponente Ruiz Romero), en los que el letrado llegó incluso a entregar a sus clientes tanto un

¹³⁸ Al respecto, dice GONZÁLEZ RUS, *Manual*, p. 228: “La reforma de 1983 (...), no crea la estafa procesal, sino que agrava determinados supuestos de estafa procesal...”

¹³⁹ HUERTA TOCILDO, *CPC*, 1981, p. 496 ss. En este sentido, también, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 130: “...quizás el Proyecto peque, por exceso, en la positivización de tipos específicos, a la postre agravados. Pues, si bien es cierto que (...) especiales consideraciones político criminales (v. gr. La inequívoca punibilidad de la estafa procesal, art. 257-2º), justificarían en cierta medida un tratamiento autónomo, la existencia de un tipo básico de estafa debe redundar en una minoración de supuestos específicos, so pena de trasladar el casuismo, ahora, a los tipos cualificados.” (el subrayado es mío). Recientemente, MIRA BENAVENT, “El delito de estafa”, p. 379 ss. sostiene una opinión similar.

¹⁴⁰ QUINTERO OLIVARES / MUÑOZ CONDE, *La reforma*, p. 170 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual. PE*, p. 197 ss., aluden incluso a un error de transcripción que permaneció después de la publicación del texto en el BOE. Se omitió la conjunción “o” entre los términos “fraude procesal” y “administrativo análogo”. Por lo tanto donde decía “fraude procesal administrativo análogo”, debía decir “fraude procesal o administrativo análogo”.

¹⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual. PE*, p. 198 ss. y QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, 5.ª ed., p. 470 ss.

auto de admisión a trámite como una sentencia estimatoria de una demanda que en realidad nunca había sido presentada.¹⁴²

Siguiendo esta línea interpretativa, si la “simulación de pleito” no es un fraude procesal, la frase siguiente de la redacción legal (“...o empleo de otro fraude procesal...”) no tendría referente, según QUERALT JIMÉNEZ, por lo que “...*como no puede haber otro fraude procesal, porque no hay un fraude procesal anterior, el otro fraude procesal es, de nuevo simplemente, el fraude procesal.*”¹⁴³

No obstante y como es sabido, la mayoría doctrinal y jurisprudencial se encargó de encauzar la interpretación de la redacción legal tal y como hoy la conocemos. Así pues, en virtud de que el fundamento de la agravación se encuentra en el empleo del proceso jurisdiccional como medio para defraudar y, por ende, perjudicar patrimonialmente a una de las partes procesales o a terceros ajenos al litigio, el autor de la estafa tiene que ser necesariamente una parte procesal. Por lo tanto, en la redacción típica deben considerarse incluidas las modalidades de comisión de la estafa procesal. En este sentido, la expresión “simulación de pleito” se considera equivalente a la conducta denominada colusión de partes: el acuerdo entre las partes en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional con el fin de engañar al juez y perjudicar a un tercero en su patrimonio.¹⁴⁴ Por otra parte, en la frase residual fueron incorporadas el resto de conductas tradicionalmente consideradas como modalidades de comisión de la estafa procesal: el engaño directo de una de las partes al juez a través de alegatos y medios de prueba falsos en perjuicio de la contraparte o de un tercero¹⁴⁵ (“estafa

¹⁴² Un ejemplo límite lo constituye el caso enjuiciado en la STS de 20 de enero de 1994 (ponente Ruiz Vadillo): los autores del hecho acuden a un juzgado de instrucción y presentan un escrito en el que sostienen falsamente haber comprado a la víctima (propietaria) un inmueble y aducen en el mismo escrito que dicha transacción consta en un documento privado que no exhiben. En el mismo escrito ponen en conocimiento del juzgado su intención de tomar posesión del inmueble descerrajando la puerta del mismo. Poco después de recibido el escrito, el tribunal declara el archivo de las diligencias por estimar que éstas no tienen carácter penal. Posteriormente los acusados acuden al inmueble en cuestión acompañados de un cerrajero y toman posesión del mismo. Ante el reclamo de la víctima, le dicen que han obtenido autorización judicial para actuar en consecuencia y le muestran parte de la resolución del tribunal. El TS desestimó la calificación de estafa procesal del Tribunal *a quo*.

¹⁴³ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, 5.ª ed., p. 471.

¹⁴⁴ Por todos, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 313 ss. y MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p. 779 ss. Respecto de la jurisprudencia, por todas, las muy citadas SSTS de 4 marzo de 1997 (ponente Delgado García) (FJ 9º) y 7 noviembre de 1997 (ponente Soto Nieto) (FJ 138º).

¹⁴⁵ Por todos, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 312 ss. y MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250, p. 779 ss.

procesal propia directa”¹⁴⁶) y la conducta engañosa dirigida directamente a la contraparte (estafa común) con el objeto de que ella misma realice el acto de disposición patrimonial típico en el contexto de una transacción judicial (“estafa procesal impropia”¹⁴⁷).

Otro aspecto de particular interés en la redacción legal derogada lo constituye el hecho de que se dejaba la puerta abierta a la doctrina y jurisprudencia para determinar el momento consumativo de la estafa procesal. Dependiendo del concepto de patrimonio y de perjuicio patrimonial que se asuma puede sostenerse que la estafa procesal se consuma con la sola emisión de la resolución judicial o, por el contrario, que es necesaria la ejecución de la sentencia. En consecuencia, la polémica estaba servida: hasta la reforma penal de 2010 no hubo unanimidad en cuanto a este particular. Tanto la doctrina como la jurisprudencia estaban divididas entre quienes sostenían que la estafa procesal se consumaba con la promulgación de una resolución judicial (tendencia mayoritaria) y quienes defendían la ejecución de la sentencia como el momento consumativo del subtipo agravado.¹⁴⁸

d. El problema de la estafa administrativa

Del mismo modo se cuestionó la positivización que hacía el precepto del fraude administrativo (ausente en la redacción del Proyecto CP 1980).¹⁴⁹ Su introducción en el tipo agravado probablemente se debió a la alusión a esta modalidad que hizo en su momento la doctrina y a que se propugnaba su sujeción al tipo de la estafa junto a su equivalente en sede jurisdiccional.¹⁵⁰ Sin embargo, su equiparación en la misma disposición legal agravatoria era a todas luces desproporcionada: desde el punto de vista político-criminal es evidente la menor trascendencia de la estafa administrativa respecto del caso análogo en sede jurisdiccional.¹⁵¹ A modo de referencia, téngase en cuenta la gran diferencia que

¹⁴⁶ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 104 ss.

¹⁴⁷ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 98 ss.; RAGNO, *Contributo*, p. 85 ss., utiliza la misma terminología (*truffa processuale impropria*).

¹⁴⁸ Sobre el particular vid. *infra* b.6.

¹⁴⁹ QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma*, p. 170

¹⁵⁰ Por todos, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 225 ss.

¹⁵¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma*, p. 170; VALLE MUÑOZ, “defraudaciones”, en *Comentarios* (1.ª ed. 1996), p. 498. Otra cosa es su equiparación “a la baja”, es decir, su agrupación junto a los innumerables supuestos que pueden ser subsumidos en el tipo básico de la estafa, como menciona OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 225, conforme a la circunstancias de su época, en que se discutía acerca de la tipicidad de estas conductas. O como ha hecho tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia

existe entre la pena máxima prevista para la prevaricación judicial dolosa (1 a 4 años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años -art. 446.1 CP-) y la pena máxima establecida para la prevaricación administrativa, que no contempla pena privativa de libertad (se castiga con inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años –art. 404 CP).

Por otro lado, la tipificación de la estafa administrativa junto a la estafa procesal desdecía el fundamento mismo de la agravante¹⁵² y ampliaba considerablemente el ámbito de aplicación de la norma.¹⁵³ En efecto, el supuesto de hecho previsto en el tipo agravado podía desplegarse en cualquier tipo de procedimiento administrativo, siempre y cuando se apreciase *ex ante* un perjuicio patrimonial en detrimento de la propia Administración o de un administrado, ajeno o no al procedimiento.¹⁵⁴ En este sentido, el fraude típico podía apreciarse en el seno de cualquier órgano de la Administración Pública y por lo tanto, en cualquiera de las formas en que se materializa la actividad administrativa (según la clasificación tradicional: policía, fomento y servicio público¹⁵⁵). En este orden de ideas, el espectro de sujetos pasivos del engaño competentes para conocer del procedimiento administrativo viciado (autoridad o funcionario, titular del órgano¹⁵⁶) y dictar en consecuencia el acto administrativo (dispositivo patrimonial) producto del fraude era a todas luces considerable. Además, ello

alemanas que califican como estafa procesal (*Prozeßbetrug*) a la estafa administrativa ante la ausencia de un agravante análogo al español. Al respecto, por todos, KRELL (13), *JR*, 2012, pp. 102-109 (102 ss.). Por ejemplo, HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung*, p. 406 y JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 476, citan casos de estafa administrativa bajo la clasificación genérica de *Prozeßbetrug*. Así por ejemplo, OLG Stuttgart, *NStZ*, 1985, pp. 365, 366 (el acusado se sirve de un poder amplio para vender un inmueble de su apoderado por medio de Notario. El comprador y cómplice logra obtener la calificación registral del mismo en el que consta como nuevo propietario).

¹⁵² CERESO MIR, *Problemas*, p. 268 ss.; VALLE MUÑIZ, “defraudaciones”, en *Comentarios* (1.ª ed. 1996), p. 498.

¹⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual. PE*, p. 198 ss.

¹⁵⁴ En virtud de la estructura inquisitiva del procedimiento administrativo estándar contenido en la LPC y de la mayoría de los procedimientos administrativos especiales, el carácter triangular de la estafa administrativa es excepcional. Los casos de estafa administrativa triangular ocurren en su mayoría en el marco de la función pública notarial y/o registral (aunque los deberes de *heteroprotección* de ambos en su condición de *gatekeepers* exigen la sofisticación del engaño como presupuesto de su tipicidad –sobre todo en cuanto al caso del notario-). Asimismo, respecto de la naturaleza jurídica de la función notarial, tampoco está muy claro que la estafa ante el notario sea una estafa administrativa (vid. *infra* aparte siguiente -c-). Al respecto, particularmente acerca de la función del notario y su posición de garante, SILVA SÁNCHEZ, “Intervención de notarios”, p. 167 ss. (181 ss.). Otro grupo de casos estaría constituido por los casos de actividad administrativa *arbitral* en la que la Administración realiza una función análoga a la jurisdiccional (así por ejemplo, el caso de la Comisión de Propiedad Intelectual, organismo administrativo con funciones arbitrales según se establece en el art. 158 ss. de la Ley de Propiedad Intelectual). Sobre el particular, PARADA, *Derecho administrativo I*, pp. 374 ss. y 507 ss.

¹⁵⁵ PARADA, *Derecho administrativo I*, p. 371 ss., entre otros.

¹⁵⁶ PARADA, *Derecho administrativo I*, p. 127 ss., entre otros.

generaba dificultades considerables respecto de la determinación del error típico propio de la estafa. Sirvan de ejemplo los casos en que el organismo decisor acoge de forma automática el criterio erróneo que se le expone en el informe –en ciertos casos vinculante- previsto en el art. 82 ss. LPC.¹⁵⁷

En vista de esta situación, la jurisprudencia intentó delimitar el ámbito de aplicación de la agravante utilizando la distinción tradicional del Derecho administrativo entre actos de gestión (actos instrumentales, en general no impugnables, que preparan la resolución -acto administrativo- final, contentivos de manifestaciones de juicio, deseo o conocimiento¹⁵⁸) y, por otra parte, los actos administrativos en sentido estricto (“...*resolución de un poder público en el ejercicio de potestades y funciones administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los Derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados...*”¹⁵⁹). Según este criterio, únicamente la obtención fraudulenta de un acto administrativo en sentido estricto con efectos patrimonial-perjudiciales quedaría incluido en el tipo agravado. El resto de actos administrativos, incluidos los actos de gestión, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la norma.¹⁶⁰

¹⁵⁷ PARADA, *Derecho administrativo I*, p. 224 ss. Por ejemplo, el caso enjuiciado en la STS de 16 de diciembre de 1987 (ponente Moyna Ménguez) (calificado como estafa administrativa): “...el procesado (...) trabajaba como oficial administrativo en la Tesorería Territorial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Vizcaya, teniendo como cometido específico la tramitación de los expedientes de devolución de cuotas a los beneficiarios sometidos a los Regímenes Especiales de Autónomos, correspondiéndole en tal función la recepción de las solicitudes de los interesados, comprobación de la procedencia o no de la devolución solicitada, propuesta de resolución y envío de los mismos al Departamento de Intervención de donde pasaban a la tesorería para su respectiva fiscalización y apropiación y finalmente, con los expedientes aprobados, el procesado confeccionaba unos listados que pasaban al Departamento de Pagos y Operaciones Financieras que elaboraban la definitiva relación de beneficiarios y cantidad a devolver efectuando los consiguientes libramientos o transferencias bancarias. Aprovechándose de su situación y conocedor del automatismo con que se producía en la realidad el pase de su propuesta de uno a otro departamento hasta la aprobación misma, incluyó en el período comprendido entre el mes de enero de 1980 a julio de 1981 y actuando con una misma intención en las relaciones de beneficiarios con Derecho a devolución a seis personas que ni estaban afiliadas al régimen especial de trabajadores autónomos, ni tenían Derecho a devolución de cantidad alguna por parte de la Seguridad Social, dando ello lugar a un pago indebido por un total de 6.039.119 pesetas que fueron transferidas a otras tantas libretas de Ahorro de la Caja de Ahorros Vizcaína aperturadas a instancia del procesado por las seis personas supuestamente beneficiarias a las que convino aquél para que efectuaran aquella apertura y le firmaran en blanco diversos impresos de reintegro que posteriormente utilizó el procesado para disponer libremente de los fondos así obtenidos.” (el subrayado es mío).

¹⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Derecho administrativo I*, p. 577 ss.

¹⁵⁹ PARADA, *Derecho administrativo I*, p. 102.

¹⁶⁰ SSTs 30 de mayo de 1987 (ponente Jiménez Villarejo) y de 20 de diciembre de 1988 (ponente Carrero Ramos). Sin embargo, desde la teoría del Derecho administrativo la cuestión es discutible: existen actos de trámite o gestión que son impugnables (“si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto”, arts. 107 LPC y 25.1 LJ) y éstos a su vez serían impugnables *en forma accesoria*, a través de la impugnación de la resolución o acto administrativo final del procedimiento, por virtud del principio de concentración

Con todo, durante el período de vigencia de la norma en cuestión (16/07/1983-23/05/1996) la proporción de estafas administrativas conocidas por el Tribunal Supremo es significativamente menor a los enjuiciamientos por estafa en sede jurisdiccional en esa misma sede (solo 5 casos de un total de 19¹⁶¹). Huelga decir que esta cifra (19) en general tampoco es relevante si la comparamos con la del período de vigencia del CP 1995 previo a la reforma de 2010 (24/05/1996-22/12/2010) (más de 90 sentencias).¹⁶² Ello obedece principalmente al incremento paulatino de la litigiosidad, cuestión directamente relacionada con el tema que nos ocupa.¹⁶³

procedimental (al respecto, vid. entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Derecho administrativo I*, p. 577 ss.). En todo caso la jurisprudencia citada no utiliza correctamente la distinción. La última de las decisiones a las que aludimos califica erróneamente como un acto de gestión técnica el trámite fraudulento de obtención de una declaración de incapacidad temporal de una funcionaria, por no estar sujeto al procedimiento administrativo establecido en la LPA de 17 julio de 1958 (anterior a la vigente LPC). La materia en cuestión excede con creces el ámbito del presente trabajo. Solo nos limitaremos a aseverar que, a todo evento, la licencia de incapacidad temporal es ciertamente una *dispensa*, o lo que es lo mismo, un *acto administrativo favorable* y por ello necesariamente *inmotivado* (vid. PARADA, *Derecho administrativo I*, p. 116 ss.). Por otro lado, si bien es cierto que existe un marco general procedimental administrativo (art. 68 ss LPC), la complejidad y diversidad de materias en esta área del Derecho ocasiona que inevitablemente se tienda en muchos casos a la especialización procedimental. Tal es el caso, por ejemplo, del régimen de seguridad social de los funcionarios, sometido a reglas específicas (RDL 4/2000 de 23 de Julio por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, entre otras normas) y contenido del procedimiento relativo a la obtención de una licencia por incapacidad temporal y las prestaciones económicas que de ella deriven (art. 88 ss. RDL 4/2000 de 23 de Julio). En síntesis, el sometimiento o no al procedimiento administrativo general previsto en la ley marco no es un criterio de distinción entre los actos administrativos en sentido estricto y los actos de trámite o gestión (al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Derecho administrativo II*, p. 456 ss.; DOLZ LAGO, *seguridad social de los funcionarios*, p. 244 ss.).

¹⁶¹ SSTS de 16 de marzo de 1987 (ponente Manzanares Zamaniego), (se enjuicia erradamente una tentativa de estafa a una aseguradora como una estafa administrativa); de 30 de mayo de 1987 (ponente Jiménez Villarejo) y de 20 de diciembre de 1988 (ponente Carrero Ramos) (como mencionamos en la nota al pie anterior respecto de esta última, en ambos casos considera en forma errada que el intento de obtención fraudulenta de una licencia por incapacidad temporal por medio de documentos falsos –récipes médicos y formularios- no constituye estafa administrativa porque según su opinión no se verifica el procedimiento administrativo al que se refiere la norma); de 16 de diciembre de 1987 (ponente Moyna Menguez) (fraude a la seguridad social explicado *ut supra*) y, por último, de 30 de noviembre de 1992 (ponente Cotta Márquez de Prado)(el dueño de una empresa se da de alta en forma fraudulenta como trabajador de la misma en el régimen de la seguridad social. Posteriormente insta cuatro expedientes de reducción de jornada y obtiene la correspondiente indemnización en perjuicio del Instituto Nacional de Empleo).

¹⁶² Hemos realizado una estimación aproximada de más de 90 SSTS en las que se enjuician directamente casos de estafa procesal. Para ello tomamos como base los bancos de datos de la colección Aranzadi de jurisprudencia y del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ),

¹⁶³ Dice por ejemplo GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, “Introducción”, p. 15: “...el número y volumen de los litigios en nuestro país ha ido aumentando anualmente, de forma muy considerable, en todos los órdenes jurisdiccionales, hasta tal punto que se puede hablar con propiedad como la ‘litigiosidad’ es una de las características de nuestra sociedad actual.” También, GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, “La litigiosidad en los Tribunales”, p. 138 ss., admite un aumento generalizado de los asuntos ingresados en los Tribunales españoles, con análisis de datos estadísticos (hasta 2006). Con respecto a data más antigua, Cfr. *Libro*

En fin, a pesar de la amplitud del tipo agravado su aplicación práctica discurrió mayoritariamente por el cauce tradicional: el ataque patrimonial por medio del fraude en sede jurisdiccional.

iii El Código Penal de 1995

Como es sabido, la promulgación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre (BOE de 24 de noviembre de 1995)¹⁶⁴ de código Penal, aun vigente, no entrañó cambios estructurales respecto de la figura que nos ocupa. Sin embargo, las puntuales modificaciones de la estafa procesal merecen ser mencionadas.

a. Características generales

Algunas de las reformas son esencialmente formales. Cabe resaltar la reagrupación del tipo básico de la estafa (art. 248.1 CP 1995), sus agravantes específicas (art. 250 CP) y demás *defraudaciones* (Capítulo VI) en el género de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (Título XIII del Libro II CP).¹⁶⁵ También, respecto del tipo básico, solo se introdujeron correcciones de

Blanco (anexos), Cap. II, p. 55 ss. Por su parte el apartado II de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, establece: "...al déficit histórico de la justicia se añade el mayor grado de exigencia social de buen funcionamiento que frente a ella, y en contraste con la pasividad tradicional, conlleva la proclamación del sistema constitucional del Estado social y democrático de Derecho. A mayor abundamiento, fenómenos tales como la judicialización del Estado y de la vida social, la mayor conciencia ciudadana de los Derechos y de la garantía de su contenido real, la desaparición de vínculos sociales y políticos restrictivos de la libertad individual y del Derecho de defensa de las personas, el control democrático de los defectos de funcionamiento de todas las instituciones públicas, la mayor conflictividad social derivada de la creciente complejidad demográfica y de los episodios de crisis económica, y la culminación del Estado de Derecho mediante el reconocimiento del valor normativo de la Constitución, han provocado en los últimos años un considerable incremento de la litigiosidad."

¹⁶⁴ El CP 1995 es producto exclusivo de la joven democracia española (VALLE MUÑIZ, *Código Penal*, 13.^a ed., p. 25 ss.). Constituye además una manifestación palpable del innegable avance de la ciencia penal de este país (al respecto, MUÑOZ CONDE, *La Ley*, (3) 1996, p. 1 ss., advierte acerca de una tendencia en el texto legal a la *funcionalización*) y además es un reflejo de su tiempo y de las circunstancias de su gestación (vid., entre otros, ASÚA BATARRITA, "Prólogo", p. 11 ss.). En este sentido y como es natural en un estado democrático, su promulgación no estuvo exenta de polémica. Contó con la oposición de eminentes juristas como GIMBERNAT ORDEIG, quien defiende la vigencia del CP 1983 y califica la nueva regulación de *doctrinal-sectarista*, carente del progresismo con el que se presentó a la opinión pública y tendiente a la inseguridad jurídica (al respecto, el mismo, "El nuevo Código Penal", p. 17 ss. y, el mismo, *JpD*, 1999, pp. 18-21, entre otros trabajos). La alusión detallada a cada una de estas objeciones excede con creces el propósito de la presente investigación. En este mismo apartado solo haremos una breve referencia al endurecimiento de las penas en el CP 1995 respecto de su antecesor que fundamenta en parte la carencia de progresismo de la que habla el autor.

¹⁶⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, "Los delitos contra la propiedad", p. 129 ss., critica que no se hiciera referencia expresa a los delitos contra la propiedad, según el autor (p. 130) "...conceptual y dogmáticamente distintos de los delitos contra el patrimonio y de los delitos contra el orden socioeconómico...". También se muestra en contra de agrupar figuras disímiles como el hurto (delito contra la propiedad) y la estafa (delito contra el patrimonio) bajo una misma rúbrica que hace imposible la distinción entre unos y otros.

índole gramatical y se sustituyeron palabras sin que se haya alterado la esencia de la redacción legal. Por ejemplo, el inciso “con ánimo de lucro” se encerró entre comas para una mayor precisión.¹⁶⁶ Se sustituyó la tercera persona del plural en presente de indicativo, por la tercera persona del plural en futuro simple de subjuntivo (“utilizaren”) más propia de textos jurídicos.¹⁶⁷ Por otro lado, se modificó el léxico de la forma “induciéndole” por el pronombre enclítico acusativo “lo” (“induciéndolo”) por cuyo uso se inclina la RAE sin que ello implique incorrección de la expresión “induciéndole”.¹⁶⁸ Por último, se modificó la frase “de sí mismo”, por la palabra “propio” y la palabra “tercero”, por “ajeno”. En definitiva el texto vigente (art. 248.1 CP) quedó redactado así:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno...”

En cuanto al subtipo agravado, se suprimió la alusión a la estafa administrativa¹⁶⁹, algo que, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores es la solución más correcta: se otorgó concreción al fundamento de la agravante (el atentado a la Administración de Justicia) y en consecuencia se redujo considerablemente su ámbito de aplicación.¹⁷⁰ El fraude ocurrido en el seno de un procedimiento administrativo pasó a ser desde entonces un supuesto del tipo básico de estafa (art. 248.1 CP).¹⁷¹

¹⁶⁶ AAVV, *Ortografía*, p. 306 ss.

¹⁶⁷ AAVV, *Nueva Gramática*, p. 1813 ss.

¹⁶⁸ AAVV, *Nueva Gramática*, p. 1207 ss.

¹⁶⁹ Ya en el Proyecto CP 1992, antecedente directo del CP 1995, la referencia a la estafa administrativa había sido suprimida. Del mismo modo, como hemos mencionado, estaba ausente en el Proyecto CP 1980.

¹⁷⁰ En este sentido, STS de 4 marzo de 1997 (ponente Delgado García) (FJ 9º): “En el art. 250.1.2 CP 1995 ha desaparecido (...) el fraude administrativo (...), con lo cual el fundamento de esta agravación queda más claro: el atentado que supone contra el poder judicial.” (El subrayado es mío).

¹⁷¹ Así, STS 30 de junio 2009 (ponente Colmenero Menéndez de Lúcar) que confirma la SAP Barcelona, Sección 8ª, de 14 de julio 2008 (ponente Fernández Palma). Sin embargo este criterio no es unánime en la jurisprudencia. Existen decisiones que han sostenido la atipicidad de la estafa administrativa en virtud de que ya no es mencionada expresamente en la redacción legal del subtipo agravado de estafa procesal. Por ejemplo, STS de 15 de febrero 1998 (ponente Martín Pallín) o SAP Granada, Sección 1ª, de 5 de julio 2011 (ponente Barrales León). Cabe destacar además que a partir de la vigencia del CP 1995 tampoco existe la estricta necesidad de ceñirse al modelo organizativo del tipo de estafa porque existen tipos penales que constituyen una excepción de aquél y sancionan determinadas inveracidades de particulares que crean un riesgo para el patrimonio de la Administración Pública. Es el caso de, por ejemplo, el fraude a la seguridad social (art. 307 CP) o del fraude de subvenciones (art. 308 CP). Al respecto, cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 122 ss.

b. El caso de la jurisdicción voluntaria

La exclusión de la estafa administrativa y (añado) la deficiente redacción legal del tipo agravado había generado controversia acerca de su aplicación a los casos planteados en expedientes de jurisdicción voluntaria.¹⁷² Quienes se mostraban en contra de incluir estos supuestos en el ámbito de aplicación de la estafa procesal sostenían que la interpretación *in extenso* que debía efectuarse del tenor literal de la norma era indebida.¹⁷³ Según esta opinión, la palabra *pleito* en la redacción legal hace expresa alusión al contexto de una controversia judicial y, por lo tanto, los casos ocurridos en el seno de procesos desprovistos de contenido contradictorio y concernientes a la denominada *actividad administrativa judicializada* están excluidos del ámbito de aplicación de la estafa procesal.¹⁷⁴

Cabe destacar que la jurisprudencia no se hizo eco de la polémica y con base en un criterio *formal-jurisdiccionalista*¹⁷⁵ admitió sin reservas la existencia de estafa procesal en estos casos.¹⁷⁶

¹⁷² No se discute que estos casos están incluidos en el tipo básico de estafa (art. 248.1 CP). Así, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 112 ss. y 177 ss.; CEREZO MIR, *Problemas*, p. 255.

¹⁷³ SERRANO HOYO, *AFD*, 1996-1997, p. 199, n.p. 21: “Cabría entender que el juez que conozca de actos de jurisdicción voluntaria que tengan contenido patrimonial (que no juzga y ejecuta lo juzgado, sino que ejerce una función –no jurisdiccional- atribuida por ley en garantía de Derechos (...), no puede ser sujeto pasivo de un delito de estafa procesal (...), no podría tipificarse ni siquiera como estafa administrativa al haber [ésta] desaparecido.” (el contenido de los corchetes es mío); MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p. 781: “...Más discutible resulta la posibilidad de llevar a cabo la conducta en los denominados actos de jurisdicción voluntaria que constituyen procedimientos administrativos judicializados, pero que no constituyen un pleito o proceso, ya que su admisibilidad comporta dotar al término ‘pleito’ al que se vinculan otros posibles fraudes (también) ‘procesales’ de un amplio significado no compatible con el concepto procesal de pleito o causa judicial...”

¹⁷⁴ Como es sabido, existe desde hace muchos años una polémica en torno a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Principalmente son dos los sectores enfrentados: quienes sostienen que la jurisdicción voluntaria forma parte de la potestad jurisdiccional y los que aseveran que ésta constituye actividad administrativa (*strictu sensu* para algunos, sustancialmente administrativa y formalmente judicial para otros, Administración pública del Derecho privado para un tercer sector). Al respecto, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Hacia una teoría general*, p. 48 ss.; LIÉBANA ORTIZ, *Fundamentos dogmáticos*, p. p. 55 ss, entre otros. Por su parte, la regulación establecida en la LJV (Ley 15/2015, de 2 de julio) asume un criterio formal-jurisdiccional: considera incluido en su ámbito de aplicación a todo expediente que requiera la intervención de un órgano jurisdiccional (art. 1.2 LJV). Asimismo, en coherencia con este postulado la nueva Ley exclusivamente regula expedientes que son competencia del juez del secretario judicial. Los expedientes encargados a notarios y registradores están regulados en la legislación respectiva. Al respecto, LIÉBANA ORTIZ / PÉREZ ESCALONA, *Comentarios LJV*, p. 47 ss.

¹⁷⁵ Acerca de los distintos criterios enfrentados que definen la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, con abundantes referencias: LIÉBANA ORTIZ, *Fundamentos dogmáticos*, p. 55 ss.

¹⁷⁶ STS 5 de abril 2005 (ponente Bacigalupo Zapater), que al respecto establece (FJ Único): “...en el caso del expediente de dominio regulado por los arts. 199 y stes. de la Ley Hipotecaria [RCL 1946, 886] como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la posibilidad de comisión del delito de estafa (procesal), como acertadamente lo señala la Audiencia, no puede ser excluida en general; será necesario considerar en el caso concreto la relevancia de la prueba practicada en la toma de decisión del juez. En el presente caso el Juez tomó en cuenta la prueba practicada y, por lo tanto, pudo haber sido inducido a error sobre la

Con todo, la interpretación jurisprudencial restringía a todas luces el ámbito de aplicación del precepto legal, que como hemos dicho estaba caracterizado por su imprecisión. Sin embargo, eran absolutamente plausibles interpretaciones más amplias respecto del sujeto pasivo del engaño en la estafa procesal:¹⁷⁷ no había impedimento legal en que éste fuese, vbg., un notario¹⁷⁸ en un expediente de declaración de herederos *ab intestato*, de conformidad con el art. 55 de la Ley del

base de pruebas falsas y el auto mediante el que resolvió la transferencia del dominio constituiría, sin duda, una disposición patrimonial que recaería sobre el patrimonio de un tercero.” Los hechos, enjuiciados en instancia por la SAP Alicante, Sección 1ª, de 29 de enero de 2003 (ponente Magro Servet), son del siguiente tenor: el acusado A, promovió expediente de dominio (arts. 199 ss. Ley hipotecaria), para la reanudación a su favor del tracto sucesivo registral relativo al inmueble X. Manifestó falsamente en su solicitud que el inmueble en cuestión había sido adquirido por compra a B (última titular registral) mediante contrato formalizado en documento privado. Para apoyar su declaración aportó al expediente de dominio documentos y testigos falsos. En virtud de dichas manifestaciones y cumplidos los requisitos legales por el juzgado que conocía del expediente, se dictó auto en el que se declaraba justificado el dominio de A sobre el inmueble en referencia. Un caso similar, STS de 30 de septiembre de 1997 (ponente Conde-Pumpido Tourón): se aprecia estafa procesal en la conducta desplegada por un solicitante en un expediente de declaración de herederos, que, apoyado en documentos y testigos falsos, afirma falsamente en la solicitud presentada al juzgado correspondiente la inexistencia de otros parientes del mismo grado que puedan ser también titulares de los Derechos hereditarios que reclama. Un supuesto análogo, tanto en los hechos como en su calificación jurídica: SAP Barcelona, Sección 5ª, de 2 de abril de 2008 (ponente Guinduláin Oliveras). Dos casos muy interesantes, por sus particularidades respecto de la determinación del engaño y del acto de disposición patrimonial propios de la estafa, son los enjuiciados por la SAP Barcelona, Sección 5ª, de 10 de noviembre de 2004 (ponente Guinduláin Oliveras) y por la SAP Alicante, Sección 1ª, de 11 de mayo de 2005 (ponente Magro Servet). En el primer caso, el acusado, tras la finalización de un procedimiento de declaración de herederos *ab-intestato*, fue designado judicialmente (a instancia del apoderado de una de las herederas y según establece el art. 782.1 LEC) contador-partidor de la herencia en cuestión. Dicha heredera falleció meses antes de la incoación del mencionado procedimiento y el acusado no notifica al juzgado de su muerte. Posteriormente, en ejercicio de sus funciones y de común acuerdo con el apoderado de la heredera fallecida, adjudicó a ésta un inmueble del caudal hereditario del causante y, posteriormente, con base en una permuta suscrita previamente, el apoderado de la heredera fallecida se adjudica a su vez el mencionado inmueble. La audiencia declara la atipicidad del engaño y, por lo tanto la absolución del acusado. En el segundo caso, el acusado planteó un expediente de dominio (arts. 201 ss. Ley Hipotecaria) y reclamó a su favor la propiedad de un inmueble, alegando falsamente haberlo adquirido según documento privado inexistente y con el apoyo de dos testigos igualmente falsos. Logró obtener una resolución del tribunal en la que se declara justificado su dominio sobre el bien en cuestión. La AP condena al autor de los hechos por estafa procesal consumada. La jurisprudencia alemana contiene también interesantes decisiones al respecto. Así por ejemplo, la RGSt 53, 261, 262, aprecia perjuicio patrimonial y, por lo tanto estafa, en la obtención fraudulenta de una declaración judicial de único heredero mediante la aportación al expediente de un testamento falso. También, la RGSt 66, 371-374, que aprecia estafa en la conducta del sujeto que adquiere un inmueble en comunidad de gananciales y aprovecha un error del asiento registral en el que consta como único propietario para vender el bien a un tercero y perjudicar patrimonialmente a su (ex)cónyuge.

¹⁷⁷ En contra, dice GONZÁLEZ RUS, “Los delitos”, p. 196 que la agravante específica quién es el engañado y cuál es el contexto.

¹⁷⁸ La teoría que aproxima la naturaleza jurídica de la función notarial a la jurisdicción voluntaria, aportaría fundamento a esta tendencia. En este sentido el art. 3 del Reglamento Notarial establece que el notariado es un órgano de jurisdicción voluntaria. Al respecto, GOMÁ SALCEDO, *Derecho notarial*, p. 29 ss.; BORREL, “Tema 3: carácter rogado de la función”, p. 55 ss., entre otros. En contra de esta postura, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *El ejercicio privado*, p. 89 ss.

notariado¹⁷⁹ o un secretario judicial (ahora denominados “letrados de la Administración de Justicia” en la LOPJ), según la competencia alternativa que les otorga el art. 456.3 b) LOPJ en esta materia “cuando así lo prevean las leyes procesales”.

c. Penalidad

Por último, no podemos dejar de referirnos al aumento generalizado de penas que implicó la entrada en vigencia del nuevo CP 1995.¹⁸⁰ Como es sabido, la pena del

¹⁷⁹ Art. 55 LN: “1. Quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales, podrán instar la declaración de herederos abintestato. Esta se tramitará en acta de notoriedad autorizada por Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.” (...)

¹⁸⁰ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 4 ss. inscribe este fenómeno dentro de una tendencia generalizada con un claro asiento ideológico. Dice por ejemplo: “...no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como una agravación de los ya existentes (...). Tal ‘expansión’ es, por cierto, una característica innegable del Código Penal español de 1995 y la valoración positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo pone de relieve cómo la tópica ‘huida (selectiva) al Derecho penal’ no es solo una cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía. En todo caso, el legislador de 1995, en efecto, no pudo sustraerse ni siquiera aun reconocimiento expreso –aunque a medias- de este fenómeno, al aludir en la Exposición de Motivos del cuerpo legal a la existencia de una ‘antinomía entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja’, antinomía que se resolvería en el texto, según el propio legislador, ‘dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser’. En realidad, sin embargo, lo evidente era la acogida de ‘nuevas formas de delincuencia’ y la agravación general de las penas imponibles a delitos ya existentes (sobre todo, socio-económicos); en cambio, la trascendencia de la eliminación de ciertas figuras delictivas resulta prácticamente insignificante.” (el subrayado es mío). También, abiertamente en contra, GIMBERNAT ORDEIG, *JpD*, 1999, pp. 18-21. Dice por ejemplo (p. 19): “...lo dramático –porque ello (...), *ya no tiene vuelta atrás*- del nuevo Código es el endurecimiento de las penas y la metastásica ampliación del catálogo punitivo con nuevos delitos...”. También (p. 20): “Por qué en un país con un Gobierno –al menos, nominalmente- de izquierdas, que, además no se veía acosado por una especial presión (y si existía algún conato, éste era, por lo demás, perfectamente resistible) de la opinión pública con llamadas a la ‘ley y el orden’, aquél decide, no obstante, acometer la redacción de un nuevo Código Penal mucho más represivo que el hasta entonces vigente, es una pregunta que tiene muchas respuestas: ideológicas y culturales, unas y reconducibles a ‘factores humanos’, otras. Pero, en cualquier caso, la consecuencia del nuevo texto es que el ‘endurecimiento’ y el ‘expansionismo’ dejan de ser manifestaciones esporádicas que sólo afectaban a delitos o a grupos de delitos aislados, para apoderarse de *todo* el Derecho penal: consecuencia que, además y con una meteórica tramitación parlamentaria, se trata de encubrir apelando al ‘slogan’ *formal* del ‘Código Penal de la democracia’ y no explicitando en *qué* iba a consistir *materialmente* ese Código.” Y continúa, acertadamente, en la misma pág.: “Es posible que en el futuro se afronte una reforma del CP/1995. Pero, en ese caso, ésta se limitaría a modificaciones ‘técnicas’, permaneciendo inalterados el interminable catálogo de delitos y el ‘quantum’ de las sanciones previstas para ellos en el nuevo Código: la derecha no va a afrontar una ‘rebaja’ de las penas que estaría en contradicción con su ideología, y la

tipo básico de estafa sufrió un aumento ostensible (seis meses a cuatro años de prisión) en comparación con la legislación precedente (arresto mayor: hasta seis meses en su grado máximo). Lo mismo ocurrió con la pena aplicable a la estafa procesal (uno a seis años de prisión, frente a la regulación anterior que ordenaba la imposición de la pena del tipo básico en su grado máximo). Lógicamente, ello repercutió en la actividad diaria de jueces y tribunales. En este sentido, el CP 1995 no tuvo una aplicación inmediata a su entrada en vigor. Por el contrario, el CP 1983 siguió aplicándose *ultractivamente* varios años después de su derogación en la totalidad de los casos de estafa procesal iniciados durante su vigencia.¹⁸¹

En líneas generales, las modificaciones del CP 1995 no representaron un cambio sustancial respecto de la tendencia jurisprudencial ya anotada. La modificación más importante en cuanto a su estructura -la supresión de la estafa administrativa- significó la consecuencia natural de una clara tendencia de la doctrina y especialmente de la jurisprudencia.

izquierda –que es precisamente quien ha generado el problema- difícilmente puede desdecirse de lo que acaba de aprobar...”

¹⁸¹ Dice SILVA SÁNCHEZ, *RPCP* (7-8), 1996, pp. 272, 273: “...resulta que los jueces y tribunales, a la hora de decidir sobre la posible aplicación retroactiva del nuevo código como ‘ley más favorable’ concluyen – en la práctica totalidad de los casos- que las penas del mismo son más severas.” En este sentido, respecto del tema que nos ocupa (solo citamos las más recientes): SSAAPP Islas Baleares (Sección 1ª), de 28 febrero de 2000 (ponente Beltrán Mairata); Navarra (Sección 3ª), de 4 marzo de 2000 (ponente Fernández Martínez); Girona (Sección 3ª), de 14 junio de 2000 (ponente Lacaba Sánchez); Cantabria (Sección 2ª), de 30 junio de 2000 (ponente Llarra Ibáñez); Granada (Sección 2ª), de 23 enero de 2001 (ponente Rodríguez Cano); Cuenca, 5 de abril 2001(ponente Muñoz Hernández) Vizcaya (Sección 1ª), de 6 de julio 2001 (ponente Goenaga Olaizola). También, SSTS de 11 noviembre de 1999 (ponente Delgado García) y de 28 septiembre de 2000 (ponente Ramos Cancedo), entre otras.

2. La reforma penal de 2010¹⁸²

i Antecedentes. El anteproyecto CP 2006: tipo penal autónomo

Atendiendo probablemente a las exigencias provenientes de un sector minoritario de la doctrina¹⁸³, el Anteproyecto de reforma CP 1995 elaborado por el Ministerio de Justicia y aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006¹⁸⁴, tipificaba (art. 248.2 letra d)) un pretendido tipo autónomo de estafa procesal:

(...)

2. También se consideran reos de estafa:

(...)

d. Los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, faltaren a la verdad en sus alegaciones o manipularan las pruebas en que pretendieran fundarlas, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero”.

La exposición de motivos del anteproyecto CP 2006, criticaba la regulación para ese momento vigente arguyendo que “...forzaba el concepto legal de estafa, pues la relación bilateral propia de ésta no se presenta con las mismas características en la llamada procesal, que remitida a la vía de la cualificación resultaba incongruente con la descripción básica.”

Esta opción fue, no obstante, desechada de plano. Para ello fue determinante la opinión vertida por el Consejo General del Poder Judicial en su informe al

¹⁸² Respecto de los cambios introducidos en la reforma penal de 2010 en cuanto al subtipo agravado de estafa procesal, nos hemos servido de la siguiente bibliografía: ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 266 ss.; CARREÑO AGUADO, *Diario La Ley* (7780), 2012, 22119/2011; DE LA PEÑA OLIETE, “Estafa procesal”, p. 215 ss.; GALLEGO SOLER, “Artículo 250”, p. 558 ss.; GONZÁLEZ RUS, “Capítulo 23”, p. 505 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 430 ss.; PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8”, n.m. 1905 ss., p. 232 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 514 ss.; VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, “Lección XXIV”, pp. 431-456 (455 ss.).

¹⁸³ Principalmente, QUINTERO OLIVARES, “Artículo 250”, p. 683 ss. (con más detalle vid. *infra* I.2.B).

¹⁸⁴ Acerca del anteproyecto, *Cfr.* entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, “Contrarreforma penal”, pp. 1347-1382 (p. 1355 ss.).

Anteproyecto CP 2006.¹⁸⁵ El CGPJ, además de destacar el carácter pluriofensivo de la estafa procesal, sostenía, como es debido, que el tipo básico admite la existencia de las estafas en triángulo al no exigir identidad entre el disponente del patrimonio y quien sufre el perjuicio patrimonial por medio del empleo de la fórmula “en perjuicio propio o ajeno”¹⁸⁶. Por ello, recomendaba la conservación de “...su perfil específico de figura especial cualificada, resultando inadmisibles la degradación que esta figura sufre en el texto informado de tipo especial cualificado a figura ‘asimilada’ a la estafa.”¹⁸⁷

ii Límites del subtipo agravado

Con la entrada en vigor de la LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal el legislador introduce una disposición de contornos bien definidos en contraste con el *numerus apertus* que, como hemos comentado, caracterizaba la regulación derogada.¹⁸⁸ La nueva regulación está basada en el tipo autónomo previsto en el anteproyecto CP 2006, pero conserva su estructura de sub-tipo agravado, según el Proyecto CP 2007. Dispone:

Art. 250. “1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

(...)

7.º Se cometa estafa procesal. Incurrirán en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.”

La utilización expresa del término “estafa procesal”¹⁸⁹ evidencia nuevamente la influencia directa de la doctrina¹⁹⁰ y de la jurisprudencia.¹⁹¹

¹⁸⁵ CGPJ, *Informe al anteproyecto*, p. 136 ss.

¹⁸⁶ CGPJ, *Informe al anteproyecto*, p. 137 ss.

¹⁸⁷ CGPJ, *Informe al anteproyecto*, p. 137 ss.

¹⁸⁸ Al respecto, PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8”, n.m. 1905 ss., p. 232 ss.; GALLEGO SOLER, “Artículo 250”, p. 558 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 266 ss; GONZÁLEZ RUS, “Capítulo 23”, p. 505 ss.

¹⁸⁹ DE LA PEÑA OLIVETE, “Estafa procesal”, p. 216.

¹⁹⁰ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 90 ss.

¹⁹¹ Vid. *supra* a). Se advierte especialmente la influencia de las definiciones esbozadas por la jurisprudencia a partir de la STS de 9 de marzo 1992 (ponente Martín Pallín) (FJ 1º): “La denominada doctrinalmente estafa procesal tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le

Asimismo, se introduce una definición específica que pretende un mayor acoplamiento con los elementos del tipo básico de estafa (art. 248.1 CP).¹⁹² En este sentido, el engaño está constituido por la *manipulación de pruebas u otro fraude procesal* y el error típico recae expresamente sobre la figura del juez reforzando así la estructura triangular de la figura.¹⁹³ Del mismo modo, la resolución judicial es una especie dentro del ámbito conceptual del acto de disposición patrimonial y, por último, la exigencia de que la resolución judicial genera un perjuicio económico a la contraparte o a un tercero corresponde con el último elemento típico exigido por el delito de estafa.

iii Subtipo penal agravado de medios determinados

La redacción típica de la estafa procesal circunscribe la autoría de los hechos a las partes¹⁹⁴ en el ejercicio de sus actos procesales.¹⁹⁵ En efecto, la alusión expresa a la manipulación probatoria -entre otros fraudes procesales- en el marco de procesos jurisdiccionales, limita el ámbito de aplicación de la norma a estos sujetos procesales. En este sentido, como la estafa procesal constituye un *elemento típico accidental agravatorio* del tipo básico de estafa¹⁹⁶, están excluidos del ámbito de aplicación del art. 250.1.7º CP los supuestos en que sujetos distintos a las partes procesales cometan el fraude.¹⁹⁷ Por ejemplo, se excluye la autoría (mediata) por estafa procesal del sujeto carente de legitimación activa o pasiva que aporte a través de cualquiera de las partes un documento falso

induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte.” Así como la STS de 4 marzo 1997 (ponente Delgado García) (FJ 9º): “La peculiaridad de estas estafas procesales radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición (el Juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), dualidad personal que aparece expresamente prevista en el propio texto del art. 528 (ahora el 248.1), cuando nos habla de ‘perjuicio propio o ajeno’”.

¹⁹² Por todos, PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8”, n.m. 1905 ss., p. 232 ss. y ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 266 ss.

¹⁹³ Así, QUINTERO OLIVARES, *RDPP* (3), 2000, p. 58., que propone definir con claridad la estructura triangular de la estafa procesal.

¹⁹⁴ DE LA PEÑA OLIETE, “Estafa procesal”, p. 217.

¹⁹⁵ Por todos PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8”, n.m. 1907, p. 233.

¹⁹⁶ Según la terminología empleada por MIR PUIG, *DP*, Lección 15, n.m. 47 ss.

¹⁹⁷ MIR PUIG, *DP*, Lección 15, n.m. 47 ss; Lección 25, n.m. 2 ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 126 ss.

a un procedimiento con el objeto de obtener una resolución perjudicial en lo patrimonial para una de las partes o un tercero.¹⁹⁸

Por otro lado, con base en la misma frase de la redacción legal, puede afirmarse que la estafa procesal es un subtipo penal de medios determinados o, más precisamente, conforme al criterio sostenido por la doctrina penal que analiza la problemática de la comisión por omisión aplicada al tipo de estafa, la agravante del art. 250.1.7º CP agrega más límites a las modalidades de realización del delito de estafa (art. 248.1 CP), de por sí *típicamente determinadas*.¹⁹⁹

En efecto, un sector de la doctrina circunscribe las modalidades de comisión de la estafa procesal al fraude procesal “en la normalidad del procedimiento”²⁰⁰ o a las “posibilidades de actuación procesal de las partes”.²⁰¹ En otras palabras, la redacción típica limita la conducta del autor de la estafa procesal a los actos jurídicos realizados en el seno del proceso mismo con efectos en ese ámbito y para el logro de sus fines mediante la preparación, el inicio, el impulso y la terminación del procedimiento.²⁰² Nos referimos a los actos procesales (en este

¹⁹⁸ No nos referimos a los casos de intervención adhesiva y/o provocada de terceros. A estos sujetos procesales la legislación (art. 13.3 LEC para la intervención adhesiva, art. 14 LEC para la intervención provocada) les otorga el carácter de partes y por lo tanto entran dentro del ámbito de aplicación de la estafa procesal (al respecto, entre otros, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, “§ 2. Las partes”, p. 265 ss.; DE LA OLIVA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES, *Derecho procesal civil I*, p. 481 ss. Aludimos al tercero *que no es parte*, totalmente ajeno al objeto del proceso que pretende influenciar de forma fraudulenta en las resultas del juicio. Su conducta es típica pero a título del tipo básico de estafa (art. 248.1 CP). Así, MIR PUIG, *DP*, Lección 15, n.m. 47 ss; Lección 25, n.m. 2 ss. Siguiendo a este autor, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 126 y ss. afirma: “El *extraneus*, por consiguiente, no ha de verse como un interviniente en un delito especial, sino en el único delito existente. En consecuencia, los denominados delitos especiales impropios no son, en realidad, delitos especiales.” (el subrayado es mío). Por su parte, el ejemplo que usa DE LA PEÑA OLIETE, “Estafa procesal”, p. 217, para confirmar nuestra postura nos parece poco afortunado por el problema concursal al que se enfrenta: dice que el testigo falso no puede ser autor o partícipe de estafa procesal. ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 273 sostiene una opinión contraria cuando afirma que el testigo sí sería responsable en calidad de partícipe (como cooperador necesario o cómplice) por el tipo agravado de estafa procesal.

¹⁹⁹ Las específicas formas del engaño y la concatenación de los demás elementos típicos que culminan con el perjuicio patrimonial en el tipo de estafa, previstos expresamente en el § 263 StGB, permiten a la doctrina penal alemana afirmar que ésta es un delito de medios determinados (*ein verhaltensgebundene Delikt*, término acuñado por HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 60 ss., específicamente acerca de la calificación de la estafa como tal, dice el autor (p. 70): “*Die Frage ist nicht etwa schon darum zu bejahen, weil § 263 nicht jede Schadensverursachung, sondern nur die auf besonderem Wege stattfindende unter Strafe stellt.*”. También son denominados *Delikten mit besonderer Handlungsmodalität*. Así, RUDOLPHI, *SK-StGB*, § 13, n.m. 10 ss., entre otros). Expresamente, por todos, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 3; HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 8. y KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 90 ss. La estructura similar del art. 248.1 CP hacen perfectamente aplicable esta calificación al caso español. Al respecto, vid. *infra*

²⁰⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, pp. 267 ss. y 270 ss.

²⁰¹ PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8”, p. 233, n.m. 1907.

²⁰² PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado* (t.I), p. 555 ss.

caso) de las partes.²⁰³ En consecuencia, toda actividad de las partes que no constituya un acto procesal queda fuera del ámbito de aplicación de la estafa procesal. Por ejemplo, el caso del sujeto que se apropia de las actas en las que consta el procedimiento ejecutivo en el que es demandado por el impago de unas cambiales²⁰⁴ o el caso expuesto en los manuales: la destrucción o sustitución de documentos presentados por la contraparte tras haber entrado subrepticamente en la sede del Tribunal.²⁰⁵

Según el criterio generalmente aceptado por la doctrina procesal, los actos procesales de las partes se dividen en *actos de postulación* y *actos de causación*.^{206,207}

²⁰³ Según el criterio tradicional y mayoritario, acuñado por GOLDSCHMIDT, “Derecho procesal civil”, p. 183 ss.; el mismo, “Teoría general”, p. 849 ss., n.m. 44 ss., entre otras obras, los actos procesales se clasifican conforme al sujeto procesal del que proceden: actos del juez y actos de las partes (*Parteihandlungen*). De esta clasificación, dice GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil I*, p. 180, que no es la única pero que sí es la fundamental. Su análisis previo permite agrupaciones posteriores. Por todos, *Op. Cit.*, p. 182 ss.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado* (t.I), p. 555 ss. Crítico con la distinción (de GOLDSCHMIDT) lo fue en su momento ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *RDPPrArg* (1), 1951, p. 56 ss. Este autor aboga por un criterio objetivo. Sus objeciones al criterio subjetivo radican principalmente en la exclusión de otros sujetos procesales (el secretario judicial, los testigos, etc.). Dice por ejemplo (p. 58 ss.): “...una clasificación de actos procesales que aspire a ser completa desde el punto de vista subjetivo, tiene que comenzar por no circunscribirse a las partes y al juez.” Con similares argumentos se opone a dicho criterio, recientemente, DE LA OLIVA SANTOS / DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ / VEGAS TORRES, *Curso*, p. 227 ss., entre otros. Por su parte GUASP / ARAGONESES, *Derecho procesal civil* (t.I), p. 312 ss., propone un criterio *funcional* para la clasificación. De acuerdo con ello, los actos procesales se clasifican conforme a la etapa del proceso en que se encuentren: actos procesales de nacimiento, de desarrollo y de conclusión, cada uno con distintas subespecies. Para una exposición general del estado de la cuestión, MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, *La nulidad*, p. 40 ss. y PEREIRA PUIGVERT, *La ineficacia*, p. 58 ss., entre otros.

²⁰⁴ STS 27 de enero de 1998 (ponente Martín Pallín), que relata en el aparte correspondiente: “En fecha indeterminada (...) aprovechando un momento de descuido de los funcionarios del Juzgado, el acusado logró apoderarse del citado procedimiento, sacándolo de las dependencias judiciales. (...)”

En momento indeterminado, en todo caso comprendido entre los días 8 y 22 de enero de 1996, el acusado se personó en las oficinas del Juzgado de Instrucción núm. 39 de Madrid y, aprovechando un momento de descuido de los funcionarios judiciales, logró arrancar de las Diligencias Previas incoadas, a las que había correspondido el núm. 15/1996, la letra de cambio aportada, apoderándose nuevamente de la misma.”

²⁰⁵ PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8”, n.m. 1907, p. 233; ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 267.

²⁰⁶ Actos de postulación y actos constitutivos, respectivamente, los denomina PRIETO-CASTRO en su traducción de la obra de GOLDSCHMIDT, “Derecho procesal civil”, p. 183 ss. Posteriormente el propio GOLDSCHMIDT, “Teoría general”, p. 849 ss., los traduce como actos de obtención y actos de causación, en ese mismo orden. Utilizamos la terminología empleada por GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil (Vol. I)*, p. 182 ss.

²⁰⁷ Atendiendo a la clasificación expuesta en su día por GOLDSCHMIDT, “Teoría general”, p. 849 ss., párrafo n.m. 44 ss.; enriquecida por los aportes de autores como ROSENBERG, *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., § 64, n.m. 1 ss. (trad. al castellano, 5.^a ed., § 60 (t. I), p. 364 ss.), y en España por GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil (Vol. I)*, p. 182 ss., los actos procesales de las partes (*Parteihandlungen*) se dividen en actos de postulación (*Erwirkungshandlungen*) y en actos de causación (*Bewirkungshandlungen*). Esta categorización es seguida por un importante sector de la doctrina procesal española. Por ejemplo, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 430 ss.; MORENO CATENA, *Introducción al Derecho procesal*, p. 245 ss.; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, que no hace

Los primeros son definidos como aquéllos que en forma unilateral se dirigen al juez con el fin de que éste se pronuncie mediante una resolución determinada (de fondo o interlocutoria).²⁰⁸ Nos referimos, entre otros actos, a la interposición de la demanda y su contestación, la interposición de los recursos contra autos o sentencias, los alegatos fácticos y jurídicos que sustentan las pretensiones de las partes, los actos de producción de pruebas, etc.²⁰⁹ El análisis jurisprudencial al que haremos alusión detallada en la segunda parte de este trabajo, revela que en el ejercicio fraudulento de estos actos procesales de parte la estafa procesal halla su medio comisivo más frecuente.²¹⁰

Por otra parte, los denominados actos de causación son aquellos que generan un efecto directo en la relación procesal y en virtud de ello crean una situación jurídica que trasciende al proceso por medio de una declaración judicial.²¹¹ Las partes procesales desempeñan un papel determinante en la producción de los efectos de estos actos. Su diversa naturaleza impide una clasificación, lo cual ha sido criticado.²¹²

alusión expresa a la problemática de los actos procesales, pero utiliza la estructura a lo largo de su obra. Así por ejemplo en la lección 11 (p. 245 ss.) analiza los *actos de disposición del objeto procesal* (actos de causación). También en las lecciones 13 ss. (p. 295 ss.) y 19 ss. (p. 397 ss.), estudia los *actos de alegación* y los *actos de prueba*, respectivamente. La estructura se mantiene con ciertos matices en otras obras, así por ejemplo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado*, p. 598 ss., entre otros. Podemos hallar un acercamiento crítico y exhaustivo al aporte de GOLDSCHMIDT en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *RDPrArg* (1), 1951, p. 68 ss.

²⁰⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *RDPrArg* (1), 1951, p. 69 los denomina *actos tendientes a la obtención de una resolución*. Por todos, GÓMEZ ORBANEJA / HERCÉ QUEMADA, *Derecho procesal civil (Vol. I)*, p. 182 ss. Los define como: (p. 182): "...los que en función del fin que con el proceso se propone el demandante, y de la oposición del contrario a ese fin, van dirigidos a conseguir mediante un 'influxo psíquico' sobre el juez, una resolución (bien de fondo, bien interlocutoria) de contenido determinado."

²⁰⁹ La doctrina procesal subdivide a su vez los actos de postulación en peticiones, alegaciones, actos de producción de prueba y (algunos autores) conclusiones. Cada una de estas categorías está a su vez dividida según el criterio del autor al que se acuda (por todos, GÓMEZ ORBANEJA / HERCÉ QUEMADA, *Derecho procesal civil (Vol. I)*, p. 182 ss.). A nuestro juicio, tanta especificidad es innecesaria en la definición de las modalidades de comisión de la conducta típica. Sencillamente haremos alusión a los actos de postulación y a los actos de causación.

²¹⁰ Vid. *Infra* II.2.C)

²¹¹ GÓMEZ ORBANEJA / HERCÉ QUEMADA, *Derecho procesal civil (Vol. I)*, p. 188 ss.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *RDPrArg* (1), 1951, p. 71 ss.

²¹² GOLDSCHMIDT, "Derecho procesal civil", se limita a exponer ejemplos, sin hacer una clasificación general, al igual que GÓMEZ ORBANEJA / HERCÉ QUEMADA, *Derecho procesal civil (Vol. I)*, p. 182 ss. A este respecto es crítico, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *RDPrArg* (1), 1951, p. 71 ss. No obstante, ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., § 64, n.m. 15 ss. (trad. castellana, 5.^a ed., § 60, p. 368 ss., aunque no nos ceñimos a ésta en la traducción de los términos), intenta una clasificación: (1) Declaraciones de voluntad (*Willenserklärungen*): por ej. el desistimiento de la demanda (§ 269 ZPO), la renuncia del demandado a alegar excepciones procesales (§ 296 III), etc. (2) Declaraciones de volición (*Willensäußerungen*): (a) manifestaciones de volición (*Willensäußerungen*) (exteriorización de una voluntad presente): interrogatorio a la contraparte o a testigos, etc.; (b) comunicaciones de volición

En este sentido, sin pretender ser exhaustivos en cuanto a este particular, cosa que excede el propósito de la presente investigación, con base en las obras de GOLDSCHMIDT²¹³ y GÓMEZ ORBANEJA²¹⁴ y conforme a la legislación procesal vigente, son generalmente considerados actos de causación, por ejemplo, la sumisión expresa de las partes a someterse a la circunscripción de un tribunal determinado (arts. 54.3, 55 y 57 LEC),²¹⁵ la exención de prueba sobre hechos admitidos (art. 281.3 LEC),²¹⁶ el reconocimiento expreso o tácito por una parte de hechos que le sean adversos en el marco de su declaración como medio de prueba y siempre que no existan otras pruebas que la contradigan (arts. 301 ss., en especial art. 316 LEC)²¹⁷ y, entre muchos otros, algunos de los tradicionalmente denominados actos de terminación anormal del procedimiento:²¹⁸ la renuncia (art. 20.1 LEC) y el desistimiento (art. 20.2 LEC) del demandante, el allanamiento total o parcial (art. 21.1.2 LEC) del demandado, la satisfacción extraprocesal de la pretensión (art. 22.1 LEC), etc.

Huelga decir que, en comparación con los supuestos de actos de obtención de parte, los casos de estafa procesal en el marco de actos de causación son mucho menos frecuentes en la jurisprudencia (por no mencionar aquellas conductas que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la agravante²¹⁹). No obstante, el tipo penal puede desplegarse perfectamente, vbg. en supuestos de procesos simulados. Así, la colusión de partes en la que el falso demandado se allana totalmente a las pretensiones del falso demandante en un proceso simulado cuyo objeto es la totalidad de un patrimonio en común que el falso demandado comparte con un tercero ajeno al procedimiento. La totalidad del patrimonio en

(*Willensmitteilungen*) (exteriorización de una voluntad futura) como la indicación al tribunal de la intención de proseguir el procedimiento (§ 241 I). (3) Actos de comunicación (*Mitteilungen*) como la declaración de que se ha designado a un abogado (§ 87 I ZPO). (4) Actos materiales (*Realakte*), por ejemplo, la aportación de documentos (§ 131 I ZPO) o la exhibición de documentos (§ 134 I, § 364 III ZPO), etc.

²¹³ GOLDSCHMIDT, “Teoría general del proceso”, p. 867 ss.

²¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA / HERCÉ QUEMADA, *Derecho procesal civil (Vol. I)*, p. 188 ss.

²¹⁵ Por todos, ASECIO MELLADO, “§ 5. Jurisdicción y competencia”, p. 794 ss.;

²¹⁶ Por todos, ASECIO MELLADO, “§ 1. La prueba”, p. 4 ss.

²¹⁷ Estas condiciones le otorgan a esta prueba el carácter de prueba tasada o legal y, por ende, el juez debe necesariamente ceñirse a ésta cuando motive su decisión (art. 316.1 LEC). Sobre el particular, ABEL LLUCH, *El interrogatorio*, p. 66 ss.; MONTERO AROCA, *La prueba*, p. 273 ss. En contra del carácter tasado de esta prueba, NIEVA FENOLL, *La valoración*, p. 261 ss.

²¹⁸ Por todos, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 245 ss.

²¹⁹ Como veremos a continuación, la alusión expresa al juez en la redacción legal del subtipo de estafa procesal excluye del ámbito de aplicación de la estafa procesal la realización fraudulenta unilateral de algunos de estos actos de parte (concretamente, los relativos a algunas de las formas de terminación anormal del procedimiento). A este respecto, vid. *infra* 5.ii.

común es ejecutado a favor del demandante, éste posteriormente transfiere extrajudicialmente dichos bienes al demandado y perjudica de esta manera al tercero en su patrimonio.²²⁰

iv Modalidades de comisión

La expresión *manipulación de pruebas en que pretendieren fundar sus alegaciones* contenida en la redacción legal, se refiere a la modalidad de comisión más frecuente en la jurisprudencia que denominamos *estafa procesal clásica*: las alegaciones falsas de una parte en detrimento de la otra o de terceros, apoyadas en cualquier medio de prueba igualmente falso (“alterado clandestinamente”, según la expresión usada por ÁLVAREZ GARCÍA²²¹) (los más, documentales, pero también testimonios, peritajes, y un largo etc. –cualquiera admitido por la legislación procesal-, creados *ex novo* o alterados *a posteriori*²²²) y, por otro lado, engloba a la menos frecuente colusión de partes en detrimento de terceros ajenos al procedimiento.²²³

Por su parte, la amplísima frase residual (“...o emplearen otro fraude procesal análogo...”), abarca conductas menos frecuentes pero igualmente gravosas que no implican necesariamente la producción de un medio de prueba falso. Por ejemplo, algunos casos de colusión de partes²²⁴, el engaño típico del demandante respecto del domicilio del demandado, algunos casos de realización de la conducta típica por parte del demandado, etc. En todo caso, la introducción del término *análogo* (ausente en el CP 1995 previo a la reforma de 2010, presente en el CP 1983) otorga distensión y por lo tanto permite incluir un amplísimo espectro de modalidades siempre que se respete el ámbito comisivo, circunscrito como dijimos, a los actos procesales de parte.^{225,226}

²²⁰ Respecto de la colusión de partes, vid. *infra* II.2.b).2.

²²¹ ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 273.

²²² QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 515.

²²³ Por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 270 ss.

²²⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 273.

²²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 270 ss., Tras un análisis minucioso acerca de qué podría considerarse *fraude procesal análogo*, descarta la posibilidad de incluir dentro de la frase residual a las diligencias policiales y a la prueba anticipada o preconstituida. Respecto de las primeras, dice con razón que no se trata de actos procesales. Respecto de la prueba anticipada, acierta también al sostener que ésta no es considerada prueba hasta que no se introduzca en el proceso según lo establece la ley (cita el art. 730 LECrim). La objeción a su análisis radica en que (obviamente para el primer ejemplo, pero relativamente para el segundo) contextualiza la actuación fraudulenta al proceso penal y no al ámbito natural de la estafa procesal que es el proceso civil en sentido amplio (o lo que es lo mismo: todos aquellos procesos jurisdiccionales que no tienen carácter penal). Huelga decir que, aparte de la circunstancia de que el juez penal goza de amplias facultades *ex officio* que impiden en gran medida la

Huelga decir que el uso reiterado del término *fraude procesal*, previsto también en la norma derogada junto la novedosa introducción del término *estafa procesal* confirman legalmente la concepción, acuñada en su momento por FERRER SAMA, *que la segunda es una especie (muy gravosa) del primero*.²²⁷

- v Las consecuencias directas del señalamiento expreso del juez en la redacción legal
- a. La exclusión definitiva de algunos supuestos en expedientes de jurisdicción voluntaria

La alusión expresa en la redacción típica al procedimiento judicial como ámbito de comisión del delito y el señalamiento también expreso del juez como sujeto pasivo del engaño implica una reducción del ámbito de aplicación de la figura. A este respecto, la disposición vigente confirma el criterio *formal-jurisdiccionalista* de la jurisprudencia: quedan definitivamente excluidos del ámbito de aplicación de la agravante los supuestos de jurisdicción voluntaria de los que conocen funcionarios distintos del juez (secretarios judiciales, notarios, etc.), en el marco de las normas que han sido citadas *ut supra*.²²⁸ En este sentido, la entrada en vigor de la nueva LJV (Ley 15/2015, de 2 de julio) reduce aún más el ámbito de aplicación de la estafa procesal en virtud de que con el objeto primordial de descongestionar la Administración de justicia, la reciente reforma “...opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria, a los

configuración del engaño típico propio de la estafa, en el proceso penal (salvo contadas excepciones) la conducta engañosa no es idónea para ocasionar el perjuicio patrimonial que exige el tipo penal, dado el especial contexto en el que se desarrolla. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 516, se muestra crítico con la introducción en la reforma del término “análogo”. Según el autor, se deja de lado la cuestión de la analogía *in malam partem*. Dice, en forma parecida a ÁLVAREZ GARCÍA (*Op. Cit.*) (p. 516) que “...no se atina a ver a efectos de la estafa, qué puede existir análogo en un proceso a una manipulación de pruebas.” Nos remitimos a los ejemplos expuestos en el texto principal para responder a esta postura.

²²⁶ Por razones de economía legislativa el legislador recurre al uso del término “análogo” para intentar subsumir la mayor cantidad de casos posibles en el supuesto de hecho de la norma. En otras palabras, la ausencia de taxatividad permite al intérprete pasarse por un rango amplísimo de conductas punibles. No obstante, queda en el aire la cuestión de si el empleo por el legislador de este término u otros similares constituiría una excepción a la exigencia constitucional de *lex stricta* o mandato de determinación de la ley penal (*Cfr.*, MIR PUIG, *DP*, Lección 4, n.m. 16 ss.. En detalle sobre el particular, MONTIEL FERNÁNDEZ, *Analogía favorable*, p. 119 ss.).

²²⁷ FERRER SAMA, *ADP* (1), 1966, pp. 5-11 (6 ss.); MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p. 779.

²²⁸ Vid. *supra* a).3.ii.

Secretarios Judiciales, a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles...”.²²⁹

b. La exclusión de los casos de estafa procesal impropia

Asimismo, con la alusión expresa al error judicial y al acto *judicial* de disposición patrimonial en la nueva regulación, se excluyen del ámbito de aplicación de la agravante los casos de estafa procesal que implican el engaño directo al adversario procesal y, en consecuencia, la disposición directa del propio patrimonio.²³⁰ Nos referimos a la denominada estafa procesal impropia:²³¹ supuestos carentes de la estructura triangular que caracteriza a la estafa procesal propiamente dicha²³² en los que, por el contrario, el engaño de una de las partes se dirige directamente a la contraparte en el marco de actos procesales que implican el ejercicio del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso (art. 19 ss. LEC). Es decir, supuestos de estafa en el seno formas de terminación anormal del proceso como la transacción judicial (art. 1809 CC) o la enervación del desahucio por falta de pago (art. 22.4 LEC).²³³

²²⁹ Exposición de motivos LJV, apartado V. Por ejemplo, el secretario judicial es competente para conocer del trámite de declaración de ausencia y fallecimiento (art. 28.1 LJV) y del deslinde de fincas no inscritas en el Registro de la propiedad (art. 105 LJV). Asimismo, junto al secretario judicial y al alcalde del municipio (o al concejal delegado por éste), los notarios son competentes para la celebración del matrimonio (art. 52.1 LN) y, de forma alterna al secretario judicial, están facultados para otorgar escritura pública de separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo (en caso de que no existan hijos menores no emancipados) (art. 53 bis LN). Por otra parte, el registrador mercantil es competente para conocer de la solicitud de sometimiento a auditoría de cuentas anuales de una empresa (art. 40 CCo). Al respecto, por todos, LIÉBANA ORTIZ / PÉREZ ESCALONA, *Comentarios*, pp. 102 ss., 445 ss., 521 ss.

²³⁰ En esto coincide casi toda la doctrina posterior a la reforma de 2010, a excepción de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 516 ss. Así, por ejemplo, PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8. Estafa”, p. 233, n.m. 1908; ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 267; DE LA PEÑA OLIETE, “Estafa procesal”, p. 218; GONZÁLEZ RUS, “Capítulo 23”, p. 506.

²³¹ En la terminología de OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 98 ss. También, RAGNO, *Contributo*, p. 85 ss.

²³² Dice por ejemplo CRAMER/PERRON, *Sch-Sch StGB*, § 263, n.m. 70, que no se da en estos casos la divergencia entre engañado y perjudicado propia de la estafa en triángulo, paradigmática en casos de estafa procesal: „*In diesen Fällen liegt allerdings nicht die für den eigentlichen Prozessbetrug typische Situation vor, dass Getäuschter und Geschädigter personenverschieden sind und die Verfügungsbefugnis des Getäuschten sich aus dessen hoheitlicher Stellung ergibt.*“

²³³ Por todos, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 98 ss. Respecto de los supuestos de estafa en transacciones extrajudiciales o pre-procesales (art. 1809 CC) o por medio de la satisfacción extraprocesal de la pretensión (art. 22.1 LEC), no albergamos ninguna duda en afirmar que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la estafa procesal, inclusive desde antes de la entrada en vigor de la reforma penal de 2010. Ello en virtud de que, aunado al hecho del engaño directo a la contraparte y, consecuentemente, a la no intervención del juez como sujeto pasivo del engaño, el hecho típico se configura totalmente *al margen* del proceso. Respecto de todas las formas de terminación anormal del procedimiento, por muchos, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil*, p. 245 ss.

El legislador acoge, por lo tanto, un criterio restrictivo sostenido en la doctrina antes de la reforma de 2010 por BAJO FERNÁNDEZ y CHOCLÁN MONTALVO, entre otros.²³⁴ Para estos autores, en la estafa procesal impropia no existe la lesión a la Administración de Justicia que exige la agravante porque el juez se limita simplemente a homologar la situación jurídico-procesal que ha generado el acto procesal de parte (art. 415 LEC).²³⁵ No puede hablarse por lo tanto, de una resolución judicial errónea y por esta razón, de apreciarse el delito de estafa, habría que remitirse al tipo básico del art. 248.1 CP.²³⁶ En este sentido, hay una solución de continuidad entre esta opinión y la de los autores que antes de la introducción del subtipo agravado de estafa procesal exigían la subsunción de estas conductas al tipo de estafa²³⁷ en análogas condiciones a lo sostenido por la doctrina penal alemana (que prácticamente desde comienzos del s. XX no encuentra mayores particularidades en esta especie de casos²³⁸ y consecuentemente no tiene objeción en considerarlos incluidos en el tipo de estafa (§ 263 *StGB*)²³⁹).

²³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos*, p. 110 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 314 ss. También, SOTO NIETO, *La Ley* (5902), 2003, 1862/2003, p. 2. Dice PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8. Estafa”, p. 233, n.m. 1908 que esta opinión era la dominante antes de la reforma de 2010. Consideramos, por el contrario, que el criterio respecto de este particular estaba absolutamente dividido y no había preeminencia de una postura frente a otra, máxime cuando la jurisprudencia se decanta por una concepción más amplia.

²³⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 110 ss.

²³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos*, p. 110 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 314 ss. Por su parte, la STS 7 noviembre 1997 (ponente Soto Nieto), se acerca cautelosamente a esta opinión cuando exclama (FJ 138º): “La estafa procesal impropia no tiene con el proceso más relación que la mera ocasionalidad, el hallar en el mismo su sede y desarrollo. El artificio se dirige directamente a la contraparte, que ha de realizar el acto disposición, siendo a la vez objeto engañado y perjudicado.”

²³⁷ Principalmente, CEREZO MIR, *Estudios*, p. 254 ss.; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 103 ss.

²³⁸ Dice, por ejemplo, BINDING, *LB*, t. I, § 85, p. 350, n.p. 2: „...so ist unbestritten, daß die eine Partei durch täuschende Vorspiegelung der andern zu einem Vergleiche, Verzichte oder zu nachteiliger Anerkennung bewogen und so betrogen werden kann. Der streit beginnt, wenn der Richter als getäuscht und die Partei als benachteiligt erscheint.“ Asimismo, GRÜNHUT, *RhZZP*, 1924, pp. 127-155 (137 ss.), quien, como hemos expuesto (vid. *supra* I.1 A)) ha sido uno de los más prominentes detractores de la tipicidad de la estafa procesal clásica en la doctrina alemana, no tenía impedimento en reconocer la inclusión en el § 263 *RStGB*, de la allí denominada *Betrug im Prozeß*. Sostenía en efecto (p. 138): „Ob jemand einen andern innerhalb oder außerhalb eines Rechtsstreits durch Täuschung zu einer verhängnisvollen Vermögensverfügung bestimmt, zu einem Vergleich, Anerkenntnis, Verzicht, macht keinen Unterschied.“ Para apoyar su argumento cita el § 377 („des vorgegebenen Besitzes“ –de la posesión fingida-) del Código Civil austríaco (öBGB), aun vigente, que es ilustrativo al tipificar un supuesto de *Betrug im Prozeß*: „Wer eine Sache, die er nicht besitzt, zu besitzen vorgibt, und den Kläger dadurch irreführt, haftet für allen daraus entstehenden Schaden.“ (“Quien por fingir la posesión de una cosa que realmente no posee ocasiona un error en el demandante responde de la totalidad del daño así producido”).

²³⁹ Así, entre otros, KRELL (13), *JR*, 2012, pp. 102-109 (104 ss.); CRAMER/PERRON, *Sch-Sch StGB*, § 263, n.m. 70, p. 2346; PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 19 ss.; LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 304, p. 222 ss.; LENCKNER, *Prozeßbetrug*, p. 170 ss.; KOFFKA, *ZStW* (54), 1935, p. 62 ss.; GANSKE, *Prozeßbetrug*, p. 170 ss.; FRANK, *RStGB*, § 263, p. 594 ss.; GRÜNHUT, *RhZZP*, 1924, pp. 127-155 (137 ss.); BINDING, *LB*, t. I, § 85, p.350, n.p. 2; MICHEL, *Der strafbare Betrug*, p. 16. Existe sin embargo una antigua objeción a la

No obstante, antes de la reforma de 2010 otro importante sector de la doctrina española aceptaba plenamente la aplicación del art. 250.1.2 CP 1995 (actual art. 250.1.7 CP) a estos casos límite.²⁴⁰ A favor de este criterio operaba el tenor literal de la norma derogada que posibilitaba una interpretación amplia y, por lo tanto, incluyente de la estafa procesal impropia.²⁴¹ Además, la mayor parte de la jurisprudencia española se limitaba a reproducir el contenido de la STS de 4 marzo de 1997 (ponente Delgado García) (FJ 9º), que es del siguiente tenor:

“...también puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción, etc. como solución para él más favorable.”²⁴²

Betrug im Prozeß, basada en la concepción liberal que dominó la doctrina procesal durante la segunda mitad del s. XIX (vid. *supra* I.1 B)). Por ejemplo, KÖSTLIN, *System* (t. II), p. 149 ss.; sostiene que la parte que se deja engañar por su adversario procesal, *se engaña a sí misma*, porque en el proceso civil *nadie* espera la verdad de su adversario procesal. En general, como ya se ha dicho, esta opinión se inscribe dentro del marco de la impunidad del engaño de las partes en el proceso: „*Laßt sich der Prozeßgegner dadurch täusche, so wird er nicht von dem Andern getäuscht, sonder täuscht sich selbst; indem er auf den Beweis verzichtet. In keinem solchen Falle dürfte eine solche Täuschung als verbrecherisch angesehen werden...*“

²⁴⁰ Así, por ejemplo, GIBBERT POMATA, *RDP* (1-3), 2004, p. 304 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual. PE*, p. 198 ss. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, 6.ª ed., 2010, p. 516 ss., mantiene este criterio aun después de la reforma penal de 2010.

²⁴¹ Sin embargo, de conformidad con la terminología expuesta por MONTIEL FERNÁNDEZ, *Analogía favorable*, p. 98 ss., es más que discutible que además de *posible* ésta pudiese constituir una interpretación *óptima* de la norma derogada. En este orden de ideas, si bien es cierto que, como dice el propio autor (p. 114 ss.), este criterio de amplitud podría acercarse por un lado, a las exigencias de prevención (general y especial) del Derecho penal (Cfr. entre otros, MIR PUIG, *DP*, Lección 3, n.m. 14 ss.). No es menos cierto que una correcta limitación al *ius puniendi* con base en (por ejemplo) la fragmentariedad del Derecho penal (Cfr. MIR PUIG, *DP*, Lección 4, n.m. 44 ss.), pasaría por considerar únicamente los engaños efectuados directamente al juez con exclusión de cualquier otro, como la afectación a la Administración de justicia que justifica la agravante de estafa procesal. Por otro lado, con base en la exposición general crítica realizada por el mismo autor (p. 98 ss.) acerca del estado de la cuestión de los límites entre interpretación y analogía, nos abstenemos de utilizar el término *interpretación extensiva*, que tiende a superponerse a lo que se entiende por analogía. En el presente caso nos encontramos ante un problema de interpretaciones *posibles* de la ley penal y no de integración del Derecho penal a través de la analogía (al respecto, en detalle, MONTIEL FERNÁNDEZ, *Analogía favorable*, p. 101 ss.).

²⁴² Así, entre muchas otras, SSTS 14 marzo 2002 (ponente Delgado García), FJ 2º; 8 noviembre 2003 (ponente Martín Pallín), FJ 2º; 12 julio 2004 (ponente Saavedra Ruiz), FJ 3º; 18 abril 2005 (ponente Saavedra Ruiz), FJ 2º; 4 julio 2006 (ponente Berdugo Gómez de la Torre), FJ 4º; 12 de noviembre 2007 (ponente Granados Pérez), FJ 3º; 9 diciembre 2008 (ponente Marchena Gómez), FJ 1º; ATS 16 abril 2009 (ponente Berdugo Gómez de la Torre), FJ Único lit. B); 24 octubre 2010 (ponente Jorge Barreiro), FJ 2º. Tras la entrada en vigor de la reforma penal de 2010 (23/12/2010) la jurisprudencia continúa reproduciendo esta máxima. Así por ejemplo, las recientes SSTS 9 febrero 2010 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca), FJ Único núm. 1; 27 octubre 2011 (ponente Berdugo Gómez de la Torre), FJ 14º y 10 mayo 2012 (ponente Giménez García), FJ 2º lit C). Conviene aclarar que la generalización que hace la máxima jurisprudencial respecto de los fraudes ocurridos en el contexto de distintas formas de terminación anormal del procedimiento es a todas luces inconveniente puesto que no todos estos casos

vi El momento consumativo: la promulgación de la resolución judicial

Por otra parte, se produce un adelantamiento expreso de las barreras de protección ya que la nueva norma sitúa el momento consumativo de la estafa procesal con la promulgación de la resolución judicial.²⁴³ Con esta solución legal se pone término, al menos parcialmente, a la polémica acerca de la consumación de la estafa procesal y se acoge el criterio dominante que, sin embargo, había venido perdiendo fuerza hasta poco antes de la entrada en vigor de la reforma penal de 2010.²⁴⁴ En este aspecto de la reforma pudiera advertirse un ápice de los supuestos indicios de autonomía del tipo agravado respecto del tipo básico que proclama una parte de la doctrina.²⁴⁵ Podría sostenerse, por ejemplo, que estamos ante un tipo de peligro concreto y, por ende, ante una manifestación más del fenómeno que SILVA SÁNCHEZ denomina *expansión del Derecho penal*.²⁴⁶ Sin embargo, no es necesario acudir a complejas elaboraciones dogmáticas para advertir que es precisamente esta alusión expresa a las resoluciones judiciales la que supedita definitivamente la estafa procesal a los componentes del tipo básico de estafa.²⁴⁷

pueden considerarse estafas procesales impropias y, por ende, excluidas del subtipo agravado de estafa procesal. Al respecto con más detalle vid. *infra* II.2.A).

²⁴³ Por todos, PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8. Estafas”, p. 234, n.m. 1909. *Cfr. infra* II.

²⁴⁴ En contra, ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 275, sostiene que la posición jurisprudencial mayoritaria es la que entiende que el delito se consuma con la ejecución de la sentencia. En detalle, *Cfr. II.2.*

²⁴⁵ Así por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, “Artículo 250”, p. 683 ss., entre otros.

²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 4 ss.,

²⁴⁷ Sobre esto ahondaremos en *infra* II.

C) Naturaleza jurídica de la estafa procesal

A partir de la reforma penal de 1983, la estafa procesal no es más que un añadido del edificio conceptual constituido por su referente o delito base: el tipo básico de estafa (art. 248.1).¹ La doctrina ha denominado a esta especie de tipos de muy distintas formas: subtipos cualificados o privilegiados (también, agravados o atenuados), agravantes o atenuantes específicas, tipos dependientes, tipos derivados, derivaciones típicas, variantes dependientes, causas especiales de modificación de la punibilidad, elementos típicos accidentales, casos especialmente graves, etc.² En contraste con los denominados tipos derivados autónomos (también conocidos como *delicta sui generis*³), la estafa procesal

¹ Hacemos aquí paráfrasis de lo expuesto por NAGLER, *ZAKDR* (23), 1940, pp. 365-367 (366): „Dem Grunddelikte wird gewissermaßen ein weiteres Stockwerk aufgesetzt; der Zusatz zum Tatbestand tritt als Teilmoment in das bisherige Gefüge ein.“

² Por todos, GÓMEZ MARTÍN, *RECPC* (07), 2005, p. 3. Por su parte, SALINERO ALONSO, *Teoría general*, p. 1 ss., al hacer referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (y, por ende, a pesar de sus particularidades, al caso de los tipos cualificados de la parte especial) afirma que la poca atención que la doctrina penal ha dedicado a estas instituciones ocasiona una persistente confusión en torno a cuestiones básicas como la terminología que se emplea para identificarlas. Esta confusión se hace patente cuando esta autora intenta una clasificación de las mismas y no consigue arribar a conclusiones satisfactorias (p. 19 ss.). A lo largo del presente trabajo hemos preferido emplear los términos (*sub*)tipo agravado, agravante específica o simplemente agravante por ser los calificativos más usados en manuales y comentarios para referirse al catálogo de circunstancias contenidas en el art. 250.1 CP (así, por ejemplo, en MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p.777; MUÑOZ CONDE, *PE*, p. 440; PASTOR MUÑOZ, “Tema 11 (II)”, p. 241; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 508, entre otros).

³ El infructuoso intento doctrinal de creación de una teoría general de los *delicta sui generis* está en la actualidad plenamente superado ante la imposibilidad manifiesta de apreciar (por las limitaciones del concepto) un criterio general de distinción entre los tipos derivados autónomos y los tipos derivados dependientes. Por ello, debe acudirse a cada caso en particular con las herramientas de la interpretación teleológica (Cfr., por todos, ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 10, n.m. 132 ss. (136), p. 340 ss (n.m. 131 ss. (135), p. 338 ss. de la trad. castellana)). Consecuentemente, quienes se han ocupado del tema se sirven de estas concepciones para analizar las relaciones existentes entre, por ejemplo, el delito de parricidio (antiguo § 215 StGB), el homicidio a solicitud de la víctima (§ 216 StGB) y el infanticidio (antiguo § 217 StGB) con el tipo básico del homicidio (§ 212 StGB) y/o el asesinato (§ 211 StGB); o, por otro lado, los vínculos entre las agravantes específicas del hurto (tipos derivados dependientes cualificados) (§ 243 StGB), el hurto familiar (tipo derivado dependiente privilegiado) (§ 247 StGB) o el robo (tipo derivado autónomo) (§ 249 StGB) con el tipo básico de hurto (§ 242 StGB) (al respecto el catálogo de tipos penales que esboza MAURACH, „Die Behandlung“, p. 251 ss.) Como es sabido, la autonomía o dependencia respecto del tipo básico determinan o no importantes efectos sobre los tipos penales derivados (en palabras de CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, 1978, p. 43: “...de un tipo de la Parte especial se dice que se encuentra en una relación de delito ‘sui generis’ respecto a su correspondiente tipo básico, cuando en la interpretación de aquél el tipo básico no puede producir efecto alguno.” Por su parte, MAURACH, „Die Behandlung“, p. 253 ss., intenta una enumeración de estos efectos), así por ejemplo, en supuestos de dependencia, el tipo básico desplazado en concurso de leyes por el subtipo agravado o privilegiado aun rige en caso de que se configure un error de tipo o si existe participación de un *extraneus* en la comisión de un elemento típico accidental (delito especial impropio), etc. (Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *RECPC* (07), 2005, p. 5 ss.). Respecto del *delictum sui generis* y su problemática, Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *RECPC* (07), 2005, p. 2 ss.; CUELLO

forma parte del catálogo cerrado y exclusivo de *accidentalia delicti* o cualificaciones típicas del art. 250.1 CP.⁴ A este respecto, la estafa procesal depende normativamente del tipo básico de estafa pero expresa un mayor contenido de desvalor de la acción.⁵ En otras palabras, existe entre ambos una “relación por estratos o capas”⁶: los elementos del tipo cualificado modifican el contenido del injusto del delito base e incrementan su “peculiaridad valorativa” sin que ello implique autonomía o “especificidad socio-valorativa” de la cualificación respecto del tipo básico (caso de los *delicta sui generis*)⁷. No obstante, el especial juicio de desvalor al que nos referimos genera en virtud del principio de proporcionalidad un mayor merecimiento de pena y, por lo tanto, el art. 250.1 CP establece un marco penal autónomo.⁸

Así, a diferencia de la pretendida y aun cuestionada autonomía de los tipos penales previstos en el art. 251 CP (estafas impropias)⁹, en la actualidad

CONTRERAS, *ADPCP*, 1978, pp. 35-95; MAURACH, „Die Behandlung“, p. 249 ss.; NAGLER, *ZakDR* (23), 1940, pp. 365-367 (365 ss.); el mismo, *ZakDR* (23), 1940, pp. 365-367 (383 ss.), entre otros). En todo caso, los conceptos de *delictum sui generis* (o tipo derivado autónomo) y tipo derivado dependiente, acuñados entre otros autores por NAGLER, *ZakDR* (23), 1940, pp. 365-367 (365) y MAURACH, „Die Behandlung“, p. 250, aun son utilizados por la doctrina penal para referirse a estas figuras. Así por ejemplo, ROXIN, *Op. Cit.*; JESCHECK, *Tratado*, § 26, p. 287 ss.; MURMANN, *Grundkurs*, § 14, n.m. 40 ss., p. 73. En España, LUZÓN PEÑA, *Curso PG I*, p. 317 ss. (hacemos puntual uso de estos términos en I.2.A)). En contra, JAKOBS, *PG*, § 6, n.m. 98, p. 216, sostiene: “Tal diferenciación carece de apoyatura legal y sacrifica la técnica legal de los tipos en aras de ideas prejurídicas poco claras del tipo de delito (*Deliktstyp*), motivo por el cual ha de rechazarse.”

⁴ En la manualística, por todos, PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8. Estafas”, p. 226 ss. (p. 232 ss., n.m. 1905 ss.). También SALINERO ALONSO, *La protección*, pp. 230 ss., 237 ss. y MANJON-CABEZA OLMEDA, *Diario La Ley* (3), 1988, 4868/2001.

⁵ SALINERO ALONSO, *La protección*, p. 237 ss.; el mismo, *Teoría general*, p. 64 ss.; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, p. 151, al referirse a los subtipos agravados del delito de hurto (art. 235 CP); ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 10, p. 340 ss, n.m. 132 ss. (133) (de la trad. castellana, p. 338 ss., n.m. 131 ss. (132)). También JAKOBS, *PG*, § 6, n.m. 99, ss., p. 217 ss., sostiene: “Así como la ley, en el § 242 StGB, no distingue entre el hurto de una pequeña cantidad y el hurto de una gran suma, y sin embargo la diferencia de cantidad entre ambas clases de hurto fundamenta una diferencia de injusto, así también todo lo que el juez (siguiendo un ejemplo vinculante, o un ejemplo del género ‘concorre por lo general cuando...’, o libremente) reúne considerándolo elemento de un supuesto especialmente grave o menos grave, pertenece al tipo como material imputable en sentido atenuatorio o agravatorio. Los elementos de este material ni siquiera por su indeterminación legal cabe distinguirlos de los otros elementos del delito que fundamentan o modifican la pena; una indeterminación de este género también la evidencian los elementos complementadores de los tipos cerrados de modo indeterminado.”

⁶ La expresión (*Schichtungsverhältnis*) es usada por NAGLER, *ZakDR* (23), 1940, pp. 365-367 (366) y MAURACH, “Die Behandlung”, p. 250.

⁷ DíEZ RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1991, pp. 715-790 (762, n.p. 174).

⁸ Por todos, ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, p. 285 ss.; SALINERO ALONSO, *La protección*, p. 237 ss.

⁹ Como sostiene MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 251”, p. 804 ss., existe aun polémica en la doctrina respecto de la autonomía de los tipos penales contenidos en el art. 251 CP. Dice la autora que un sector de la doctrina proclama la absoluta dependencia de estas figuras respecto del tipo básico de la estafa (así por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 297 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos*, p. 149 ss., entre otros). Por otro lado, la autora alude a la opinión contraria y mayoritaria, la cual sostiene que ciertamente en

prácticamente no hay discusión acerca de la dependencia de los supuestos previstos en el art. 250.1 CP respecto del tipo básico de estafa, independientemente de cómo se les denomine.¹⁰ Constituyen, por el contrario, una muestra del método tradicional usado por el legislador español para la elevación del grado del injusto¹¹ y en consecuencia del marco penal de una figura delictiva. A este respecto, la inclusión y el paulatino mantenimiento de la estafa procesal dentro de esta disposición no ofrece lugar a dudas acerca de la intención del legislador: no estamos ante un *delictum sui generis* sino ante una cualificación del tipo básico de estafa.

algunos casos hay coincidencia con los elementos del tipo de estafa (arts. 251.1 y 251.2, inciso primero, Cfr. CONDE-PUMPIDO, *Estafas*, p. 181 ss., entre otros), y en otras (arts. 251.2, inciso segundo y 251.3, Cfr. CONDE-PUMPIDO, *Op. Cit*) "...bastaba con la realización dolosa por parte del sujeto de las conductas defraudatorias descritas en el tipo sin que fuera preciso el engaño previo como motor esencial de la reacción penal." Asimismo, según este postulado, no son aplicables a las estafas impropias las agravantes previstas en el art. 250.1 CP. (Cfr. entre otros, QUINTERO OLIVARES, "Artículo 251", p. 687; ÁLVAREZ GARCÍA, "Estafas (II)", p. 277 ss.; PASTOR MUÑOZ, "Capítulo 8", n.m. 1915 ss., p. 235 ss. Detalladamente acerca de las estafas impropias y su problemática, con comentario acerca de la jurisprudencia (hasta el año 2007), Cfr. SOLAZ SOLAZ, *Diario La Ley* (42), Octubre 2007, 5130/2007, p. 1 ss. También, LORCA MARTÍNEZ, *Diario La Ley* (6432), Marzo 2006, 3416/2005, p. 1 ss., entre otros trabajos).

¹⁰ Por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, "Estafas (II)", p. 260 ss. En contra, GALLEGO SOLER, "Artículo 250", p. 556, sostiene una opinión parecida a la posición ya abandonada por BAJO FERNÁNDEZ, en "Las circunstancias", pp. 1213-1215 (Cfr. la opinión contraria en, el mismo, *Los delitos*, p. 105 ss.). Según este criterio, en el art. 250.1 se entremezclan subtipos agravados y delitos autónomos. Por su parte, como hemos mencionado *ut supra*, HUERTA TOCILDO, *CPC*, 1981, p. 496 ss. se muestra crítica con el contenido del art. 257 del Proyecto CP 1980, equivalente al actual art. 250 CP. Dice que hay una proliferación excesiva de tipos agravados y, por ende, se mantiene el criticado casuismo del CP 1973. En este sentido, aboga únicamente por el tipo agravado contenido actualmente en el art. 250.1.1º CP: cuando la estafa recaiga "...sobre cosas de primera necesidad, vivienda u otros bienes de reconocida utilidad social." Para esta autora, todas las demás agravantes son innecesarias e injustificadas desde el punto de vista político-criminal. También VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 130 ss. y el mismo, *RJC* (2), 1988, pp. 321-343 ss. (324), se muestra crítico con el articulado en cuestión aunque está a favor de la agravación de la estafa procesal.

¹¹ Existe una discusión doctrinal en cuanto a la ubicación sistemática y, por consiguiente la perspectiva de análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La mayor parte de la doctrina española se inclina por orientarlas hacia el seno de la teoría del delito. En Alemania, por el contrario, es dominante la opinión de quienes sostienen que estamos en presencia de meras reglas de determinación de la pena. La primera postura sostiene que el injusto y/o la culpabilidad son elementos graduables y por lo tanto las circunstancias modificativas, en tanto accidentales, modifican también accidentalmente estas categorías dogmáticas. El marco penal autónomo de los tipos cualificados es, por ende, una consecuencia y no una razón en sí misma considerada que no afecta la esencia o existencia del delito (como pretende la segunda tendencia doctrinal). Por el contrario, al formar parte del injusto los elementos previstos en el subtipo agravado les son aplicables los preceptos de la parte general del CP como el dolo o la tentativa. Al respecto, inclinándose a favor de la tendencia mayoritaria española, entre muchos otros, CEREZO MIR, *Curso* (II), p. 349 ss.; MIR PUIG, *DP*, Lección 25, n.m. 4 ss.; ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, p. 330 ss.; SALINERO ALONSO, *Teoría general*, p. 64 ss.; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, p. 152 ss. En contra, vbg., KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 243, n.m. 3, tras explicar las características de los llamados ejemplos-regla (vid. *infra*), sostiene que la interpretación más usual que se tiene de éstos como reglas de determinación de la pena en nada afecta sus afirmaciones previas en tanto y en cuanto los verdaderos tipos cualificados, son también reglas de determinación de la pena: „*Die Interpretation des § 243 als Strafzumessungsregel ändert an diesem Befund nichts, da auch echte Qualifikationstatbestände Strafzumessungsregeln sind.*“ (el subrayado es mío).

En este sentido, a diferencia de la problemática planteada en Alemania en torno al carácter no vinculante de normas igualmente agravatorias, como es el caso de los “ejemplos-regla” (*Regelbeispiele*) contenidos, por ejemplo, en el § 243 StGB (supuestos agravados de hurto), la redacción cerrada del art. 250.1 CP, entre otros ejemplos, no permite una discusión equivalente en la doctrina penal española: el juez está obligado a aplicar la norma contentiva del marco penal agravatorio si apreciare cualquiera de los supuestos fácticos previstos en el art. 250.1 CP y, por otro lado, está impedido de aplicar la sanción prevista en dicha norma ante la constatación de un supuesto grave no contemplado (análogo o no a los previstos) en ella.¹²

¹² A partir de la propuesta de LANGE, “Die Systematik”, p. 76 ss., entre otros, fueron introducidas en la legislación penal alemana (sobre todo a partir del Proyecto StGB de 1962) normas denominadas ejemplos-regla (*Regelbeispiele*). Son consideradas por la mayor parte de la doctrina alemana *reglas de determinación de la pena*. La diferencia esencial con los tipos cualificados (por ejemplo, el art. 250.1 CP o los hurtos cualificados –art. 235 CP–, entre otras tantas normas de la legislación penal española. O en el caso alemán el hurto con armas –§ 244 StGB– o el robo agravado –§ 250 StGB–) es que son ejemplos *no vinculantes para el juez*. La norma es abierta (por ejemplo, el encabezado del § 243 StGB establece lo que *por regla general* puede entenderse como un caso grave de hurto antes de pasar a la enumeración – „*Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter...*”-) y por lo tanto, tienen un efecto indiciario: pueden dejar de aplicarse si aun realizado el supuesto previsto en el ejemplo, el injusto y la culpabilidad del hecho no se desvía en lo esencial del tipo básico. Asimismo, el juez podría apreciar otros supuestos graves análogos o no a los previstos en la norma. LANGE, *Op. Cit.*, p. 84, justificaba su propuesta como un “sano camino intermedio entre la casuística y la cláusula general”. Asimismo, sostenía (p. 81 ss.) que, por un lado se aseguraba el mandato de determinación a través de “reglas flexibles” y, por otro lado, la permeabilidad de las mismas garantizaba su permanencia ante la evolución de la sociedad a la que regula la norma, lo que este autor denomina la “modificación en las relaciones de vida o las valoraciones” (*Änderung der Lebensverhältnisse oder der Wertungen*). Se critica principalmente que este método legislativo afecta sobre todo y precisamente al mandato de determinación (§ 103 GG, art. 25.1 CE) y, por ende, a la seguridad jurídica, ya que su aplicación queda en manos del juez y de la valoración que éste tenga del caso. Al respecto, Cfr. WAHLE, *Die Rechtsnatur*, p. 10 ss., analiza en profundidad la naturaleza jurídica de esta institución. Concluye que por razones político-criminales el legislador no debe renunciar a éstos. Constituyen elementos típicos y son contentivos de una “discrecionalidad judicial típica” (*richterliches “Tatbestandsmessen”*). También WESSELS, „Zur Problematik“, p. 296 ss., realiza un análisis pormenorizado -p. 297 ss.- de los principales problemas de esta clase de normas, respecto de, por ejemplo, su naturaleza jurídica (¿reglas de determinación de la pena? ¿Tipos cualificados? ¿Una mezcla de ambos?), su interpretación, cuándo el juez debe valorarlos y cuándo no, autoría y participación y, principalmente, su tratamiento como elementos típicos en situaciones concursales. También, detalladamente y con críticas sobre todo por la afectación grave de estas normas al mandato de determinación, MAIWALD, *NSiZ* (10), 1984, 433 ss. (p. 440), entre otros trabajos. En la manualística, con críticas, ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 10, p. 340 ss, n.m. 132 ss. (135), (de la trad. castellana, p. 338 ss., n.m. 131 ss. (134)); JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, § 26, p. 291 ss. y JAKOBS, *PG*, § 6, n.m. 101, p. 219. Específicamente acerca del caso paradigmático, esto es la regulación de los casos especialmente graves de hurto en la legislación penal alemana (§ 243 StGB), ESER/BOSCH, *Sch-Sch StGB*, § 243, nn.mm. 1-3, p. 2182 ss. También, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 243, n.m. 3 ss., sostiene que la consideración de los ejemplos-regla como meras reglas de determinación de la pena permite que no se viole el mandato de determinación, siempre y cuando se considere que éste solamente exija la descripción precisa en la norma del correspondiente supuesto de hecho y las circunstancias básicas de su punición y no, además, la tipificación de la sanción. En España, NAVARRO FRÍAS, *RP*, 2007, pp. 106-119, expone, con críticas, el estado de la cuestión.

En conclusión, las principales consecuencias de que la estafa procesal sea considerada una cualificación típica, derivada y dependiente del tipo básico de estafa son las siguientes:¹³

- Al igual que el resto de los subtipos previstos en el art. 250.1 CP, en la estafa procesal deben concurrir todos y cada uno de los elementos típicos de la estafa (art. 248.1 CP).
- Las particularidades de la estafa procesal deben ser abarcadas por el dolo en tanto son consideradas elementos (accidentales) del tipo básico de estafa. En consecuencia, si el autor del hecho desconoce que su actuación engañosa se sitúa en el marco de un procedimiento judicial y constituye un acto procesal fraudulento de parte, no procede la estimación del contenido del art. 250.1.7º CP y debe aplicarse únicamente el marco penal del tipo básico de estafa tanto en situaciones de error vencible como invencible, de conformidad con lo que establece el art. 14.2 CP.¹⁴
- Debe partirse del marco penal propio del art. 250.1 CP para determinar la pena en supuestos de participación y formas imperfectas de ejecución.

¹³ Por todos, SALINERO ALONSO, *La protección*, pp. 239-256.

¹⁴ Huelga decir que en la normalidad de los supuestos conocidos por los tribunales es particularmente difícil hallar un ejemplo análogo en virtud de la intermediación a título de instrumento del abogado que necesariamente debe servir a la parte engañosa para cometer el fraude: en todo caso el desconocimiento de la situación cualificante es atribuible (siempre en error vencible) al abogado que, por ejemplo, interpone a nombre de su representado la demanda de una deuda inexistente y aporta las pruebas falsas que fundamentan la pretensión. A este respecto (aun cuando se hace cuesta arriba fundamentar incluso un error vencible en virtud de los conocimientos especiales del autor) un posible ejemplo de un supuesto de esta naturaleza sería el caso del propio abogado que demanda a título personal una deuda inexistente.

D) Los bienes jurídicos protegidos. Fundamento de la agravación

a) Introducción. Pluriofensividad.

La doctrina y jurisprudencia coinciden en que la mayor penalidad para la estafa procesal viene determinada por el ámbito en que se desarrolla la conducta típica. Éste se concreta en el engaño al titular de la función pública de administrar justicia y la consecuente producción viciada de una resolución judicial. La obtención de un beneficio económico ilícito a través del abuso de la institución jurisdiccional determina un menoscabo al patrimonio de contrapartes o de terceros y además una afectación a la recta administración de Justicia que fundamenta la mayor penalidad para estos supuestos.¹

En este orden de ideas, existe consenso en considerar a la estafa procesal como un delito pluriofensivo:² el aumento de la sanción penal no deriva de una afectación más intensa del bien jurídico patrimonio (como sí ocurre en la mayoría de los supuestos previstos en el art. 250.1), sino del atentado a la Administración de Justicia.³ Ha sido pues voluntad del legislador que ambos

¹ Así, entre otros muchos, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 314 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos*, p. 110 ss. Por su parte, la jurisprudencia por medio de la muy citada STS de 4 marzo 1997 (ponente Delgado García), FJ 9º, establece que la estafa procesal es "...una figura más de la estafa ordinaria, pues ha de cumplir todos los requisitos exigidos en la definición genérica del art. 528 [hoy art. 248.1 CP], pero con una agravación específica, la del núm. 2.º del art. 529 [hoy art. 250.1.7 CP], porque al daño que supone para el patrimonio del particular afectado, se une lo que encierra de atentado contra el Poder Judicial al que se utiliza como instrumento al servicio de ilícitas finalidades defraudatorias." (el contenido de los corchetes es mío). Otra sentencia a la que se recurre constantemente es la STS de 30 septiembre 1997 (ponente Conde-Pumpido Tourón) FJ 11º: "El número segundo del art. 529 del Código Penal 73 (...) recoge la modalidad agravada de estafa doctrinalmente conocida como estafa procesal, (...), **encontrándose la 'ratio legis' de su agravación precisamente en el hecho de no dañar únicamente el patrimonio privado sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez...**". Asimismo, la STS de 9 mayo 2003 (ponente Conde-Pumpido Tourón) FJ 1º dice expresamente: "La estafa procesal constituye una modalidad específicamente agravada de la estafa porque al daño o peligro que supone para el patrimonio del particular afectado, se une el atentado contra la seguridad jurídica representada por el Juez, al que se utiliza como instrumento al servicio de la actuación defraudatoria." Estos fundamentos han sido reproducidos en infinidad de decisiones. Por ejemplo, las más recientes SSTS de 15 de febrero 2012 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) FJ 2º, de 30 abril 2012 (ponente Monterde Ferrer) FJ 2º, de 3 mayo 2012 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) FJ 8º.

² MIRA BENAVENT, "El delito de estafa", p. 379 ss. Expresamente, STS de 27 Octubre 2011 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) FJ 14º núm. 1º lit. b).

³ Entre otros, PASTOR MUÑOZ, "Capítulo 8. Estafas", p. 232, n.m. 1905. También, la muy reiterada máxima contenida en la STS 30 de septiembre 1997 (ponente Conde-Pumpido Tourón) FJ 11º: El número

bienes jurídicos (patrimonio y Administración de Justicia) estén protegidos conjuntamente a través de una derivación típica de la estafa (art. 250.1.7º CP). Por medio de esta ubicación sistemática –y con un fundamento más subjetivo-valorativo que objetivo-conceptual se quiere transmitir con contundencia que el objeto de protección primordial es el patrimonio, o lo que es lo mismo, que la alusión expresa al ámbito de la Administración de Justicia como sede de la conducta engañosa constituye, como hemos dicho, *una medida de la determinación de la pena* y que, por lo tanto, la figura bajo estudio carece de una *doble dimensión de injusto*.⁴ No obstante, en atención a las particulares características de esta figura delictiva y su ulterior interpretación no debe olvidarse que, tanto respecto del desvalor de acción (“alegatos engañosos con base en manipulación de pruebas u otros fraudes procesales en el contexto de un procedimiento jurisdiccional”) como respecto del desvalor de resultado (“el dictamen de una resolución judicial errónea”) la alusión de protección a la administración de Justicia es prácticamente indisoluble de la protección patrimonial (art. 248.1 CP). Ello a diferencia de, por ejemplo, el delito de extorsión (art. 243 CP), entre otras figuras delictivas pluriofensivas o, inclusive, de la regulación de la estafa procesal anterior a la reforma penal de 2010, donde la afectación junto al patrimonio de otros bienes jurídicos se produce respecto del desvalor de acción.⁵

segundo del art. 529 del Código Penal 73 (...) [actual art. 250.1.7º CP] recoge la modalidad agravada de estafa doctrinalmente conocida como estafa procesal, figura ya acogida jurisprudencialmente con anterioridad a su expresa tipificación legal (...), encontrándose la ‘ratio legis’ de su agravación precisamente en el hecho de no dañar únicamente el patrimonio privado sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez...” (el subrayado y el contenido de los corchetes es mío), reproducida en infinidad de decisiones. Entre las más recientes: STS 24 de abril de 2014 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) FJ 5º y STS de 22 de octubre de 2014 (ponente Conde-Pumpido Tourón) FJ 9º.

⁴ Respecto de las figuras delictivas *pluriofensivas* dice MEZGER, *Derecho penal. PE*, p. 23 s.: “...una dificultad fundamental consiste en la (...) circunstancia de que *bienes jurídicos distintos* obtienen juntos protección jurídico-penal (...). Aquí se plantea el problema de *cuál* es el bien jurídico que es decisivo a los efectos de la clasificación sistemática.

Si no se quiere separar lo que está unido, no se deben considerar todos los posibles puntos de vista, sino *elegir* el bien jurídico que está situado en primer lugar y tomar sólo a éste como base de la clasificación sistemática. No se debe olvidar que en una tal clasificación sistemática de los hechos punibles, existe cierta arbitrariedad y que interviene la apreciación subjetiva. Pero al mismo tiempo también se logra con ella una decisión importante sobre lo que es *lo más transcendente* en la esencia del hecho punible particular. De tal manera, pueden extraerse de la clasificación sistemática datos de significación acerca del *carácter* del delito particular y puntos de apoyo para la interpretación. La estructura formal puede estar de tal modo influenciada por cuestiones en disputa. De ahí que en muchos casos la cuestión de la sistemática no es tanto una *cuestión de concepto* como una *cuestión de valoración*. Se toman debidamente en cuenta ‘valores accesorios’ de cada determinación penal *dentro* de la clasificación sistemática que se guía por el ‘valor principal’.” También, ANTOLISEI, *Manuale*, t. I, p. 23 ss.

⁵ La redacción legal derogada pudo servir de base para justificar la ubicación sistemática de la estafa procesal (art. 250.1.2º derogado que prevenía, como hemos dicho, la comisión de la estafa por medio de

b) El patrimonio como bien jurídico protegido

1. Introducción

Así pues, por una parte, el subtipo agravado reproduce la configuración de su delito base (art. 248.1 CP) cuyo elemento distintivo de otros engaños típicos es, precisamente, que es un delito contra el patrimonio -tal y como ha establecido la mayoría doctrinal-.⁶ Con ello entramos en la interesante discusión en torno *a qué*

“simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal”). Respecto del objeto y la forma de protección del delito de extorsión, entre otros, ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, “Tema 12”, p. 253 ss. También, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 253, n.m. 2.

⁶ Así, WITTIG, *Tatbestandsmäßige Verhalten*, p. 189 ss. También, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, pp. 29 ss., 49 ss., que expone además un compendio de antiguas opiniones contrarias o complementarias a la concepción de la estafa como delito patrimonial. Por ejemplo (30 ss.), la percepción de quienes asumían que la estafa era también un delito contra la buena fe en la actividad económica (por ejemplo, KOHLER, *Treue und Glauben*, p. 1 ss., quien además es, como veremos, un detractor de la estafa procesal, p. 50 ss.). También, especialmente, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 4 „*Geschütztes Rechtsgut ist ausschließlich das Vermögen.*“ Igualmente, HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 1 ss. Una opinión contraria retomada recientemente que concibe a la estafa como un delito contra la libertad de disposición ha sido abandonada a la postre básicamente porque vaciaba de contenido al elemento típico perjuicio y, además, era contradictoria con el ordenamiento jurídico en general. Según sus postulados se protegería penalmente con mayor intensidad a la libertad de disposición que a la libertad general de obrar (Cfr. PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 53 ss.). Por su parte, MOHRBOTTER, *GA*, 1969, pp. 225-234 (231 ss.), intenta, creemos con fortuna, sostener una posición ecléctica. Dice por ejemplo (p. 232): „*Bei Zugrundelegung des heute vorherrschenden wirtschaftlichen Vermögensbegriffes zeigt sich nun, daß die Begriffe Vermögen und Dispositionsfreiheit einander nicht ausschließen, wenn sich die Dispositionsfreiheit nur im Rahmen des geltenden Vermögensbegriffes hält. Ja, es läßt sich sagen, daß ‘Vermögen’ und ‘Dispositionsfreiheit’ weitgehend zusammenfallen.*“. Más recientemente, KINDHÄUSER, *ZStW* (103), 1991, pp. 398-424 (398 ss.), tiene una opinión similar: dice que la estafa es un *delito patrimonial contra la libertad (ein vermögensschädigendes Freiheitsdelikt)*, o lo que es lo mismo, un tipo penal que, junto al patrimonio, protege además la libertad de disposición. En este sentido, sólo son relevantes a los fines de la tipicidad en la estafa aquellos engaños que implican una violación del Derecho a la verdad de la víctima. Así (p. 402), el resultado de la acción en la estafa implica un autodaño carente de libertad. El autor por medio del engaño ha sustraído a la víctima de la libertad de disposición para satisfacer sus propios intereses. A partir de, el mismo, “*Betrug als vertypte*”, p. 354, n.p. 40, modifica su opinión aunque no abandona sus postulados. Dice que a través del engaño no hay una violación específica de bienes jurídicos en el sentido de la estafa. Por ejemplo en, el mismo, *NK-StGB*, § 263, n.m. 13 ss., sostiene que la discusión en torno al ámbito de protección de la estafa y la inclusión de la libertad de disposición de la víctima es ociosa porque no tiene consecuencias prácticas para la propiedad del lesionado, ya que el tipo de estafa no protege puramente de engaños sino de disminuciones patrimoniales con fundamento en hechos falsos que son competencia del autor. La libertad de disposición solo puede estar garantizada por el tipo de estafa siempre que se trate de libertad de disposición sobre el patrimonio de la víctima. Esto es, autorresponsabilidad para poder disponer libremente de su patrimonio. En este sentido, siempre según el autor, el engaño solamente ejerce la función de fundamentar la competencia del autor respecto del acto del disponente patrimonial. El engaño no es una modalidad de lesión de bienes jurídicos junto al perjuicio patrimonial y tampoco la libertad de disposición es un bien jurídico que, junto al patrimonio es protegido por la estafa. De una opinión similar es PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 82 ss. En España, detalladamente, GALLEGU SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 238 ss. asume, con la mayor parte de la doctrina, que el objeto de protección del delito de estafa es el patrimonio, sin embargo (p. 242): “...**la libertad de disposición patrimonial tiene relevancia en el ámbito de protección penal, hasta el punto de dotar de contenido**

debe entenderse por patrimonio. Como es sabido, con el transcurso del tiempo la dogmática de la estafa ha depurado esta cuestión al punto de que en la actualidad existen cuatro grandes maneras de concebir el patrimonio en el Derecho penal. Estos planteamientos han ido surgiendo sucesivamente para enriquecer al concepto y otorgarle así más *elasticidad* con el propósito de que pueda hacer frente a casos límite que no son más que el reflejo del surgimiento paulatino y permanente de nuevas modalidades de defraudación patrimonial.⁷

En la dogmática de la estafa la concepción del patrimonio tiene un punto de partida (concepto jurídico de patrimonio) que intenta explicar un orden de cosas desde lo que se denomina la unidad del ordenamiento jurídico (BINDING). Surge entonces un caso o un grupo de casos límite que ponen a prueba los postulados de esta concepción primigenia y obligan a una revisión. La reacción conceptual ulterior (concepto económico de patrimonio) permite la inclusión de los supuestos cuestionados y se caracteriza por una marcada autonomía respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico pero se torna extrema y hasta cierto punto insostenible porque carece de límites. Surgen entonces posiciones intermedias o *eclécticas* (concepciones económico-jurídicas o jurídico-económicas del patrimonio) que intentan de forma más o menos coherente limitar (jurídicas o económicas) el análisis. Finalmente, la aparición de otros supuestos obliga nuevamente a una revisión que concluye con un cambio de paradigma (concepciones personales del patrimonio).⁸

El objeto de discusión de estas teorías está constituido, básicamente, por las tareas o funciones específicas que el concepto de patrimonio debe cumplir en el tipo de la estafa (art. 248.1 CP). Por una parte, el concepto de patrimonio constituye la base para la determinación del perjuicio patrimonial típico. Se discute entonces si el perjuicio inherente al delito de estafa está constituido por la afectación o menoscabo de un derecho, por una devaluación económica o por la pérdida de la facultad de tomar decisiones de forma libre. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el delito de estafa, en tanto delito patrimonial, es además

al fin de protección de la norma. De forma similar, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 263 ss., sostiene también que la estafa protege el bien jurídico patrimonio, no obstante, (p. 281) "...la libertad de disposición es un factor esencial en la definición del patrimonio." Por su parte, BACIGALUPO, *Falsedad, estafa*, p. 157 ss. hace una reseña favorable de estas posiciones dogmáticas.

⁷ Cfr. GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 106 ss.

⁸ Cfr. PASTOR MUÑOZ, "La evolución", pp. 84-109 (86 ss.). Dice por ejemplo (88): "...la jurisprudencia suele admitir una determinada definición de un bien jurídico-penal mientras no haya casos en los que la aplicación de tal concepto de bien jurídico conduzca a consecuencias que hagan dudar de su corrección."

considerado un delito de desplazamiento patrimonial y, por lo tanto, implica un enriquecimiento patrimonial antijurídico.⁹ Se cuestiona también bajo qué criterios se considera que el perjuicio patrimonial equivale a lucro ilícito.¹⁰

Sin más preámbulos a continuación se presenta una breve exposición de los lineamientos generales de cada teoría patrimonial y posteriormente se hará uso de este marco teórico desde la perspectiva de la estafa procesal.¹¹

2. Concepto jurídico o jurídico-técnico de patrimonio

La concepción primigenia del patrimonio en la dogmática jurídico-penal es, fundamentalmente, la formulada por BINDING hace más de un siglo.¹² Partiendo de la tesis de la accesoriedad del Derecho penal respecto del resto de las ramas del Ordenamiento jurídico -Derecho civil en sentido amplio-¹³ este autor entendía al patrimonio como la “suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona”.¹⁴ En consecuencia, según esta postura, el perjuicio patrimonial consiste en la pérdida o gravamen de un derecho subjetivo (y, por lo tanto, de una pretensión jurídicamente sostenible) sobre un bien.¹⁵ Por lo tanto, para BINDING la estafa se define como “el perjuicio antijurídico y doloso de derechos

⁹ Sobre este particular, concretamente BINDING, *LB*, t. I, § 85, p. 340, que llega incluso a negar la tipicidad de la conducta del estafador a sueldo.

¹⁰ Por todos, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 17. Agrega además que en aras de coherencia sistemática el concepto de patrimonio debe ser único para todos los delitos patrimoniales.

¹¹ Una explicación detallada en cuanto a este particular excede con creces el propósito de la presente investigación. Nos remitimos a dos trabajos seminales de la discusión española: GALLEGO SOLER, *perjuicio patrimonial*, pp. 103-221 y PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, pp. 29-87.

¹² BINDING, *LB*, t. I, § 63, p. 238, § 85, p. 341. También fue defendida por MERKEL, *Kriminalistische (I)*, p. 99 ss. Un poco más reciente (1964), NAUCKE, *strafbarer Betrug*, p. 115 ss., sostiene una postura similar, aunque no puede decirse que sea una concepción puramente jurídica ya que reclama una pérdida material para que pueda existir perjuicio patrimonial y al mismo tiempo sostiene –junto a MERKEL– que la pérdida de un Derecho subjetivo no es determinante para la configuración del perjuicio. Sobre el concepto jurídico de patrimonio en la doctrina española, vid. entre otros, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 80 ss.; GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 108 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 32 ss.

¹³ Detalladamente, CRAMER, *Vermögensbegriff*, pp. 36 ss., acertadamente crítico, 77 ss.

¹⁴ BINDING, *LB*, t. I, § 85, p. 341. Cfr., al respecto, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 32 ss.

¹⁵ BINDING, *LB*, t. I, § 85, p. 355 ss.; HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 294 s. (vid. n.p. 866). En la jurisprudencia alemana, por ejemplo RGSt 3, 332, 333, que condena por estafa a un deudor que al momento del vencimiento de unas cambiales solicita un aplazamiento de la deuda. La sentencia considera que existe perjuicio patrimonial a partir del aplazamiento porque ya existe un acto de renuncia del acreedor engañado al derecho al pago inmediato de la misma tras el vencimiento del plazo original. De forma similar, RGSt 11, 72-77 (73 ss.), que considera acreditado el perjuicio patrimonial típico en la anulación de un contrato de compra-venta de un inmueble por medio de la suscripción de otro contrato de compra-venta que una de las partes ha suscrito bajo engaño.

patrimoniales ajenos por medio del engaño al disponente patrimonial con el propósito de enriquecimiento antijurídico del autor o de un tercero”.¹⁶

A efectos prácticos esto se traduce en una protección penal sumamente amplia y restringida a la vez:¹⁷ por una parte, el ámbito de aplicación del tipo de estafa se extiende a objetos depositarios de afectos o sentimientos personales sobre los que existe un derecho subjetivo de propiedad y que carecen de valor económico (por ejemplo, los folios sobre los cuales los niños a la más tierna edad han realizado sus primeros dibujos y que son guardados celosamente por sus padres, etc.), o a casos en los que la contraprestación del autor de la estafa equivale desde el punto de vista económico a la prestación realizada por la víctima por medio del acto de disposición patrimonial (por ejemplo, según esta postura el caso enjuiciado en RGSt 16, 1 debería ser constitutivo de estafa: la víctima suscribe bajo engaño una póliza de seguros equivalente a la que tenía originalmente la intención de contratar¹⁸).¹⁹ Por tal motivo, la doctrina ha llegado a afirmar acertadamente que esta concepción desvirtúa el carácter patrimonial del delito de estafa y lo convierte en un delito contra la libertad de disposición.²⁰ Por otra parte, el aspecto económico del patrimonio es absolutamente irrelevante para esta concepción ya que únicamente interesa la dimensión jurídico-civil del bien, es decir, el Derecho subjetivo (patrimonial) que se ostente sobre ese objeto determinado. En este sentido, no se considera que formen parte del patrimonio las meras posiciones económicas que no sean objeto de un Derecho subjetivo aun cuando estén reconocidas por el Ordenamiento jurídico (por ejemplo, el secreto empresarial, la fuerza de trabajo, los casos del servidor de la posesión, etc.).²¹

3. Concepto económico de patrimonio

Las críticas a la teoría jurídica del patrimonio resultaron en una concepción desprovista de consideraciones jurídico-civiles (que no normativas) y enriquecida

¹⁶ BINDING, *LB*, t. I, § 85, p. 339 ss.

¹⁷ Cfr., entre otros, GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 118 ss.

¹⁸ Vid. *infra*.

¹⁹ GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 119 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 33 ss. (n.p. 27.). También, CRAMER, *Vermögensbegriff*, p. 86 ss.; LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 121.

²⁰ Así, GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 120 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 33. También CRAMER, *Vermögensbegriff*, p. 85.; LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 121. Por su parte, MAURACH/SCHROEDER MAIWALD, *BT*, § 41, n.m. 93, consideran que -llevado hasta sus últimas consecuencias- el concepto jurídico de patrimonio convierte a la estafa en un delito contra la buena fe en las transacciones comerciales.

²¹ Así, entre otros, GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 120 ss.; LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 121.

con elementos económico-materiales (fácticos).²² Con base en estos argumentos la jurisprudencia emanada del Tribunal imperial alemán sentó las bases del concepto económico de patrimonio al considerar acreditado el perjuicio patrimonial fundamentalmente en dos casos límite: en el primero de estos supuestos²³, el *Reichsgericht* consideró que no existía perjuicio patrimonial en la contratación de una póliza de seguros distinta a la que la víctima del engaño tenía la intención de contratar *a priori*.²⁴ La sentencia llegó a afirmar que la existencia del perjuicio estaba estrechamente relacionada con una disminución del valor dinerario del patrimonio y en este caso se evidenciaba una equivalencia entre la prestación a la que el sujeto engañado pretendía y la que le fue finalmente entregada por medio de la contraprestación económica.²⁵

En otra resolución²⁶, el *Reichsgericht* reacciona frontalmente contra los postulados de la teoría jurídica y esboza la que será la teoría dominante por muchos años tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana.²⁷ El tribunal condenó en este caso por estafa (§ 263 RStGB) a un sujeto que vendió placebos a un número indeterminado de mujeres embarazadas por un precio veinte veces superior a su valor real afirmando falsamente que la sustancia en cuestión era abortiva (no debe olvidarse que para esa época en Alemania la práctica del aborto estaba a todo evento tipificada penalmente²⁸ y, por ende, la venta de sustancias abortivas constituía un contrato con objeto y causa ilícitos, es decir, viciado de nulidad y en consecuencia carente de forma absoluta del amparo del ordenamiento jurídico). La motivación de la sentencia dice en primer lugar

²² PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 34 ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 255 ss.

²³ RGSt 16, 1-14, ratificada por la BGHSt 16, 220-225 (221 ss.). Al respecto, LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 122; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 34 ss.

²⁴ RGSt 16, 1-14 (12 ss.).

²⁵ RGSt 16, 1-14 (2 ss., 12 ss.). Al respecto, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 34 ss.

²⁶ RGSt 44, 230-249. Al respecto, GALLEGU SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 128 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 35 ss.

²⁷ Así se afirma por ejemplo en CRAMER, *Vermögensbegriff*, p. 57 ss. (1968); WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 374 (1969) y en LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 122, que alude además a los principales valedores de la teoría económica, entre quienes se encuentra, recientemente, ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *BT*, § 20, n.m. 87. Al respecto, también, GALLEGU SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 128 ss. y PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 37, entre otros. Desde el punto de vista jurisprudencial fue ratificada por la BGHSt 2, 364-370 (365 ss.).

²⁸ Para la fecha de promulgación de la RGSt 44, 230-249 (14 de diciembre de 1910), el § 218 RGStB establecía: „(1) Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft. (2) Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein. (3) Dieselben Strafvorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat., Por su parte, la positivización de la impunidad de la interrupción del embarazo (§ 218a StGB) no fue introducida hasta 1975. Al respecto, ESER, *Sch-Sch StGB*, Vorbem. §§ 218 ff., n.m. 1 ss. La evolución de estas normas puede verse en FUCHS, *StGB*, p. 1001 ss.

que la teoría jurídica es insuficiente porque impide una protección total del patrimonio del individuo.²⁹ Sostiene que las mujeres engañadas efectivamente sufrieron una disminución fáctica en su patrimonio aun cuando sus actos de disposición carecían de protección jurídica. En tal sentido afirmaba que el patrimonio es un concepto de la vida económica y que, por lo tanto, es todo aquello que posee valor para las relaciones económicas de una persona: *la suma de sus bienes valorados monetariamente*.³⁰ En consecuencia, el perjuicio patrimonial según esta concepción es una cuestión meramente fáctica, es decir una pérdida material que implica un empobrecimiento en lo económico para la víctima del engaño.³¹ Asimismo, es absolutamente irrelevante que dicho empobrecimiento esté amparado o no por el Derecho y, por lo tanto, poco importa si existe o no acción (en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva) para recuperar el objeto del acto de disposición patrimonial típico.³²

En virtud de lo antes expuesto el concepto de patrimonio se amplía llegando a incluir elementos que traspasan los límites de la concepción jurídica. Básicamente todos los bienes de valor económico tienen cabida en esta concepción del patrimonio y, por lo tanto, “posiciones fácticas de poder” que no están reconocidas por el Derecho privado pueden tener amparo en el orden penal. Por ejemplo: pretensiones inexigibles o nulas, el producto de acciones delictivas o negocios ilícitos y por lo tanto viciados de nulidad (situaciones antijurídicas), etc.³³ Ello supone una contradicción valorativa que violenta la llamada unidad del ordenamiento jurídico. En definitiva es el poder fáctico sobre la cosa y no el derecho sobre la misma lo determinante para esta concepción cuando precisamente es el derecho –manifestado en este caso a través del ordenamiento jurídico-civil- el vehículo para interdecir la arbitrariedad de poderes de *facto* sobre bienes.³⁴

4. Concepciones eclécticas

Las limitaciones de las teorías anteriores y, sobre todo, las ilimitadas consecuencias de las teorías económicas, llevaron a la doctrina a plantear

²⁹ RGSt 44, 230-249 (232 ss.).

³⁰ RGSt 44, 230-249 (233). Al respecto, entre otros, GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 131; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 36.

³¹ RGSt 44, 230-249 (233); LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 122; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 36.

³² GALLEGO SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 130 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 36 ss.

³³ CRAMER, *Vermögensbegriff*, p. 90 ss.

³⁴ CRAMER, *Vermögensbegriff*, p. 90 ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 255 ss.; GALLEGO SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 139 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 37.

fórmulas de compromiso entre lo fáctico y lo jurídico.³⁵ La tendencia dominante en la doctrina y jurisprudencia tanto alemana como española consiste en una concepción que tiene un punto de partida económico y está sometida a un marco jurídico.³⁶ Es decir, más allá de sus distintos matices³⁷, la definición tradicional establece que el patrimonio *es el conjunto de valores económicos amparados por el ordenamiento jurídico*.³⁸ Específicamente, la postura dominante entiende que pertenecen al patrimonio todos aquellos valores de los que puede disponer un sujeto “sin la desaprobación del ordenamiento jurídico”. Por lo tanto, se entiende por perjuicio patrimonial la pérdida de un valor de tipo económico que implique *una contradicción con el ordenamiento jurídico*.³⁹

La consecuencia inmediata de esta limitación normativo-jurídica de la teoría económica del patrimonio es una evidente reducción de sus fronteras: siguen estando fuera del patrimonio los bienes que carecen de valor económico y, además, *tampoco forman parte del mismo aquellos bienes o valores cuya tenencia es contraria al ordenamiento jurídico*.⁴⁰

Por otra parte, un sector minoritario de la doctrina hace lo propio con la teoría jurídico-técnica del patrimonio. Es decir, al discurso estrictamente jurídico-patrimonial de la teoría de BINDING le son incorporados limitaciones fáctico-económicas. En tal sentido, el patrimonio estaría constituido por “la suma de los Derechos patrimoniales de valor monetario de una persona”.⁴¹ Así pues, los Derechos subjetivos sobre bienes carentes de valor económico no tienen cabida

³⁵ Cfr., Cramer, *Vermögensbegriff*, p. 100 ss. Críticamente, PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 259.

³⁶ Por todos, PASTOR MUÑOZ / COCA VILA, “Tema 11”, pp. 253-275 (256).

³⁷ Por ejemplo, para GALLEGU SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 149: “...en la concepción ‘jurídico-económica’ **sólo existe unidad en cuanto al punto de partida**; a partir de aquí existen versiones no siempre coincidentes de esta postura...”

³⁸ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 372 que toma como basamento lo establecido en la RGSt 66, 281-287 que apreció estafa (281 ss.) en la conducta de un sujeto que recibe financiamiento mensual por parte de una administración local para la construcción de una vivienda con la condición de alquilarla por un canon de arrendamiento que no podía superar una cantidad determinada. Posteriormente, en evidente contravención de lo pactado, el sujeto en cuestión procedió a arrendar dicha vivienda por un canon ostensiblemente superior al estipulado por la entidad otorgante del crédito haciendo constar mediante documento falso que lo había arrendado por una cantidad permitida. El RG considera (284 ss.) que la pretensión a favor del arrendatario del inmueble que constituye la diferencia entre el canon de arrendamiento no permitido y el debido es parte integrante de su patrimonio en virtud de que dentro de este concepto se incluyen todos los intereses o valores económicos que pueden ser protegidos por medio del Ordenamiento jurídico. También, WESSELS/HILLENKAMP, *BT2*, § 13, n.m. 534 ss. Al respecto, GALLEGU SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 151.

³⁹ Cramer, *Vermögensbegriff*, p. 100.

⁴⁰ La doctrina discute respecto del alcance de esta afirmación. Es controvertido, por ejemplo, si los bienes con apariencia jurídica forman parte del patrimonio aun en el caso de que sean el objeto de un negocio ilícito o de posesión contraria a Derecho. Sobre esta cuestión, por todos, GALLEGU SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 166 ss y PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 66 ss.

⁴¹ Así, por ejemplo, GALLAS, „Betrug“, pp. 401-436 (417, 427 ss.).

en este concepto de patrimonio.⁴² Por otra parte, los defensores de esta postura parecen contentarse con las evidentes limitaciones de la concepción jurídica: todo aquello que no sea objeto de un derecho subjetivo carece de protección penal. Por ejemplo, no consideran objeto de protección penal el bien mueble detentado por un servidor de la posesión o las expectativas de derecho.⁴³

En definitiva, las teorías jurídico-económicas procuran una solución práctica a casos problemáticos que las teorías puramente jurídicas o económicas son incapaces de resolver. Esta aparente falta de sistematicidad ha sido criticada por autores que proponen soluciones alternativas como las que exponemos a continuación.⁴⁴

5. Concepción personal (-funcional)

A diferencia de las posturas anteriores que procuran una definición desde el *objeto* –los bienes y/o derechos que formarían parte del concepto de patrimonio–, la perspectiva *personal* enfatiza en la relación del *sujeto* con el objeto del patrimonio.⁴⁵

Esto implica, como hemos dicho, un cambio de paradigma: supone un viraje del concepto desde una perspectiva abstracta, impersonal a un punto de vista que toma en cuenta de forma prioritaria las peculiaridades “intersubjetivamente relevantes” del titular del objeto del patrimonio en el marco de una relación económica⁴⁶. En este sentido, el concepto de patrimonio se constituye en “garantía concreta del desarrollo de la persona”⁴⁷: tiene como punto central de su

⁴² Así, GALLAS, „Betrug“, pp. 401-436 (410, 429).

⁴³ Así, GALLAS, „Betrug“, pp. 401-436 (418 ss.).

⁴⁴ Por ejemplo, PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 258 s. Al respecto, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 39.

⁴⁵ El exponente más representativo de esta concepción en la doctrina penal alemana es OTTO, *Grundkurs BT*, § 38, n.m. 1 ss., § 51, n.m. 54; el mismo, *Die Struktur*, pp. 34-84 (específicamente, 69 ss.). También, con sus respectivas particularidades (que en la mayor parte de los casos se hacen valer por algunos de los autores que siguen al definir sus respectivas posturas como *funcionales*) MOHRBOTTER, *GA* 1969, pp. 225-234 (227 ss.), que parte de considerar, como hemos dicho, que la estafa es un delito contra el patrimonio y contra la libertad de disposición; JAKOBS, *JuS*, 1977, pp. 228-231; SCHMIDHÄUSER, *BT*, p. 112 s., n.m. 1 ss.; SCHMOLLER, *JZ* (3), 1991, pp. 117-129 (119 ss.); HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung*, p. 115 ss.; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 35 ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte*, pp. 259 ss., 263 ss., que no obstante la denominación que utiliza para su propuesta (“nueva formulación del concepto jurídico de patrimonio”) consideramos que está especialmente vinculada con la postura que aquí intentamos describir. Al respecto, GALLEGO SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 177 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 44 ss., que en la doctrina española son valedores a su vez de concepciones personales del patrimonio.

⁴⁶ PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 73 ss. La frase entre comillas está en p. 76.

⁴⁷ OTTO, *Grundkurs BT*, § 38, n.m. 4.

análisis los fines a los que el sujeto en cuestión (con base en la actividad económica que desempeña) destina su patrimonio.⁴⁸ Así, según esta opinión, la disminución del valor de mercado del patrimonio *in abstracto* es atípica si no está acompañada de una valoración personal (limitada con parámetros objetivos –*intersubjetivos*–, es decir, los parámetros del *hombre medio* o *espectador objetivo*⁴⁹) que la considere perjudicial (valor de utilidad o valor de uso).⁵⁰

Por lo tanto, para quienes defienden esta postura, el patrimonio no es el conjunto de bienes o derechos sino una relación de dominio entre el sujeto y sus bienes. Es el poder de disposición que un sujeto determinado tiene sobre ellos.⁵¹ La coherencia con el resto del ordenamiento jurídico obliga a que este poder esté jurídicamente reconocido⁵² y, además, los Derechos y/o bienes sobre los que se dispone deben ser susceptibles de originar poder económico. Es decir, más allá de su valor *in abstracto* o de mercado, el bien objeto de la relación jurídica de poder debe ser capaz de generar en un sujeto determinado la disposición a negociar por él.⁵³

En consecuencia, según esta perspectiva, el perjuicio patrimonial se concreta en la frustración del fin económico pretendido por el titular del bien: el sujeto en cuestión no recibe como contraprestación a su acto de disposición el objeto o

⁴⁸ Así por ejemplo, PAWLIK, *Das unerlaubte*, pp. 259 ss. 263 ss., afirma palabras más palabras menos, que el patrimonio en tanto “poder” (Können) es expresión de la libertad de autodeterminación y en consecuencia *sirve* a los propósitos de su titular. También, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 75 ss.

⁴⁹ GALLEGOSOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 344 ss. Por su parte, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 82 ss., propone distintos grados de *personalización* del patrimonio. La personalización de primer grado, relativa a las relaciones económicas estandarizadas (cliente, comprador, vendedor, consumidor, proveedor de un servicio determinado, etc.) y la *personalización de segundo grado*, que atiende a las preferencias y peculiaridades del sujeto en su relación con el bien en cuestión y que, por lo tanto, están fuera de la generalidad que aporta el criterio estandarizado.

⁵⁰ GALLEGOSOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 344 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 77 ss.

⁵¹ OTTO, *Grundkurs BT*, § 38, n.m. 7; HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 333 ss. También, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 79 ss.

⁵² En este sentido, HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung*, p. 115 ss.; el mismo, *MK-StGB*, § 263, n.m. 333 ss. Afirma por ejemplo (334): „Herrschaft (und damit Vermögen) ist immer dann zu begründen, wenn eine Person über mit der Rechtsordnung vereinbare Potenziale wirtschaftlicher Betätigung mit Hilfe rechtlich (meist zivilrechtlich) anerkannter Durchführungsmöglichkeiten nach ihrem Belieben verfügen und externen Störfaktoren effektiv begegnen kann.“ De forma similar, PAWLIK, *Das unerlaubte*, pp. 259 s.: „Das Strafrecht muß nämlich anerkennen, daß es seine Freiheitsgarantien nicht in ein normatives Vakuum, sondern in eine rechtlich umfassend vorstrukturierte Welt einzeichnet. Der Verweis auf die zivil- und öffentlich-rechtlichen Vorwertungen hat zudem lediglich die negative Funktion, faktische Positionen ohne rechtliche Fundierung aus dem strafrechtlichen Vermögensbegriff auszuschließen.“

⁵³ PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 80 ss.

bien al que pretende y, por lo tanto, sufre un menoscabo porque pierde la posibilidad jurídicamente reconocida de disponer sobre dicho objeto.⁵⁴

Huelga decir que en la generalidad de los casos asumir una concepción abstracta (jurídico-económica) o concreta (personal) no tiene mayores repercusiones. Ello debido a que en la inmensa mayoría de los supuestos de estafa el valor *in abstracto* o de mercado de los bienes que son objeto del patrimonio experimenta una disminución que necesariamente debe coincidir con una sensación personal de pérdida intersubjetivamente valorada (criterios de *homo oeconomicus*).⁵⁵ El problema surge cuando en el marco del libre mercado nos encontramos con contraprestaciones que son objetivamente equivalentes o más valiosas que la prestación efectuada por la víctima.⁵⁶ Es el caso, por ejemplo, del supuesto enjuiciado en la STS 23 de abril de 1992 (ponente Bacigalupo Zapater) (FJ 9º) (caso del aceite de colza). Como se recordará (entre otras cuestiones) en esta sentencia se discutía si las víctimas podían verse perjudicadas en su patrimonio en el marco de un delito de estafa por pagar un precio equivalente al coste de un aceite comestible cuando habían recibido, por el contrario, una sustancia venenosa. La polémica quedó zanjada en la sentencia al esgrimir, precisamente, una concepción personal del patrimonio. En efecto, en la mencionada resolución se aludió a los “componentes individuales del titular del patrimonio” y a la “finalidad patrimonial del titular del patrimonio” para la construcción del perjuicio: más allá de su valor de mercado las personas afectadas tenían la intención de adquirir un aceite para el consumo humano y recibieron, en cambio, aceite para uso industrial.⁵⁷

A pesar de sus numerosos partidarios, la perspectiva concreta o personal se mantiene a la zaga del concepto jurídico-económico de patrimonio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.⁵⁸ En líneas generales estas teorías son criticadas, en primer lugar, por un subjetivismo muy difícil de delimitar que permitiría la entrada de meras arbitrariedades en el concepto de patrimonio. Sería en cierta medida y respecto de este particular un retorno a concepciones abstractas de tipo técnico-jurídico en virtud de que se daría cabida a meras

⁵⁴ Así, OTTO, *Grundkurs BT*, § 51, n.m. 54: „...die Vermögensminderung ist nur –und immer dann– Vermögensschaden, wenn der mit der Vermögensminderung erstrebte wirtschaftliche Erfolg nicht erreicht wird.“ También, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 86 s.

⁵⁵ GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 347 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 82 ss.

⁵⁶ GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 349 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 84 s.

⁵⁷ Una síntesis de esta sentencia puede verse en GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 212 ss.

⁵⁸ Como hemos mencionado, tanto la doctrina penal alemana como la española coinciden en señalar al concepto jurídico-económico como el dominante. Así, por ejemplo, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 30 y PASTOR MUÑOZ / COCA VILA, “Tema 11”, pp. 253-275 (256).

valoraciones de tipo afectivo. Asimismo, se cuestiona que el enriquecimiento del concepto por medio de criterios personales desnaturalice la estafa al punto de convertirla en un delito contra la libertad de disposición. Por último, se ha considerado que la asunción de una concepción personal del patrimonio en el Derecho penal español está excluida por la alusión *in abstracto* del concepto de patrimonio que hace el art. 249 CP cuando señala la cuantía de la defraudación como medida de determinación de la pena.⁵⁹

6. El concepto de patrimonio en el ámbito de la estafa procesal ¿Otra venganza de BINDING?

Cabe destacar que las particulares características de la estafa procesal obligan a asumir una concepción *abstracta* del patrimonio. En efecto, tanto el especial ámbito de desenvolvimiento de las conductas constitutivas de estafa procesal como su estructura triangular encorsetan a este concepto a una concepción impersonal que incurre en el riesgo de incurrir en incoherencia sistemática.

Así pues, por una parte, creemos que la naturaleza triangular de la estafa procesal y, específicamente, las peculiaridades del juez como sujeto pasivo del engaño, excluyen de plano la concepción personal del patrimonio que se acaba de exponer. Ello obedece a la especial relación de dominio (poder de disposición) que por atribución constitucional existe necesariamente entre el juez y los derechos patrimoniales de las partes (objeto del proceso) en el contexto del procedimiento jurisdiccional. En este ámbito –conforme a los postulados de la teoría personal⁶⁰– la disminución o pérdida de Derechos con contenido patrimonial conlleva (respecto del sujeto pasivo del engaño) la frustración de fines que no tienen contenido económico. Por el contrario, el propósito del juez en tanto disponente del objeto (patrimonial) del proceso es, como es sabido, la resolución de un conflicto intersubjetivo por medio de la “determinación irrevocable del Derecho en el caso concreto”⁶¹. En consecuencia, el delito de estafa procesal pasaría a ser considerado como un tipo penal contra la Administración de Justicia en abierta contradicción con lo que dispone la ubicación sistemática y el sentido de la norma que contiene al tipo penal en

⁵⁹ Por todos, GALLEGO SOLER, *Perjuicio patrimonial*, p. 218 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 86 s.

⁶⁰ Vid. *supra*.

⁶¹ Según la conocida definición de SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, pp. 20-62 (50). Al respecto, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal I*, p. 45.

cuestión. Asimismo, los casos límite que motivaron las teorías de frustración del fin no tienen cabida en la estafa procesal precisamente por la estructura triangular de esta figura: el perjudicado patrimonial es aquí testigo de un acto judicial de menoscabo material de sus derechos patrimoniales y, por lo tanto, estos supuestos nada tienen que ver con las estafas bilaterales que, según esta teoría, se producen mayoritariamente en el ámbito de negocios jurídicos sinalagmáticos en los que el valor económico del acto de disposición realizado por el titular del patrimonio se equipara o es inferior a la contraprestación que ha sido entregada.⁶²

Por todo lo expuesto debe asumirse una perspectiva abstracta en la concepción del patrimonio que tome en cuenta tanto elementos jurídicos como económicos (concepciones eclécticas).⁶³ No obstante, es necesario hacer también aquí una salvedad. Contra lo que opina la mayoría doctrinal en relación al tipo básico de la estafa, creo que en la estafa procesal el punto de partida debe ser obligatoriamente jurídico y limitado por medio de consideraciones fáctico-económicas.⁶⁴ En efecto, en el caso de la estafa procesal, la teoría económica (limitada o no por medio de elementos jurídicos) parte de premisas erradas y, por lo tanto, llega a conclusiones incoherentes con el texto del art. 250.1.7º CP. En efecto, el punto de partida fáctico-económico intenta englobar sin consideraciones jurídicas conductas consistentes en el abuso del derecho de acción (tutela judicial efectiva) que se concretan en aparentar (por ejemplo, en caso de que el autor del hecho sea el demandante) la titularidad de un derecho subjetivo inexistente.⁶⁵ Con ello, intenta equiparar al acto de disposición patrimonial en la estafa procesal con un mero acto de entrega material, cuando el

⁶² Al respecto, por todos, GALLEGO SOLER, *perjuicio patrimonial*, p. 358 ss. Estos supuestos, por el contrario, pudieran plantearse en el contexto de las denominadas estafas procesales impropias en los que sí tendría cabida una concepción personal del patrimonio. Como se explica en *infra II.2.B).a)*, las estafas procesales impropias son estafas bilaterales que ocurren durante la celebración de una transacción judicial. En estos casos, la contraparte afectada en sus derechos patrimoniales sustituye a la actividad jurisdiccional y, por ende, realiza ella misma el acto de disposición patrimonial.

⁶³ Vid. *supra* 4.

⁶⁴ Vid. *supra* 4.

⁶⁵ En contra, LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 108 ss. que defiende para la estafa procesal un concepto jurídico-económico tradicional. Este autor niega, por ejemplo, la procedencia de un concepto jurídico-técnico (y, por ende de un concepto jurídico limitado por consideraciones fácticas) porque esta acepción excluye la puesta en peligro del patrimonio en el concepto de perjuicio patrimonial. Ilustra su afirmación haciendo uso del ejemplo de la producción viciada de una sentencia mero declarativa (y arguye que la puesta en peligro de un Derecho es impune). La afirmación –aunque rebatible– es congruente con esta línea de pensamiento. El ejemplo, por el contrario, es absolutamente desacertado: una resolución judicial mero declarativa produce perjuicio (no peligro) patrimonial en la misma medida que una sentencia absolutoria viciada (por argumentos falaces del demandado) que niega, por ejemplo, un Derecho de crédito legítimo al demandante. Ello es así en virtud de consideraciones jurídico-civiles que son inherentes a esta problemática: se anula (o lo que es lo mismo, se declara la inexistencia) por vía judicial de un Derecho y esto implica una disminución del valor monetario del patrimonio.

art. 250.1.7º CP establece que es la propia resolución judicial errónea –un acto jurídico- la que produce efectos perjudiciales en el patrimonio de la parte o tercero afectados.

En este sentido, el patrimonio debe ser aquí definido como “la suma de los derechos patrimoniales de valor monetario de una persona”.⁶⁶ La estafa procesal es un claro exponente de lo que la doctrina denomina “estafa triangular de derechos o pretensiones”⁶⁷ y ello responde, como es sabido, al fin a que sirve el proceso jurisdiccional (fundamentalmente civil): “la *declaración, ejecución y aseguramiento* tanto de relaciones jurídicas como de Derechos subjetivos” que se concreta principalmente en la “realización del Derecho subjetivo privado a una prestación” (de dar, hacer o no hacer).⁶⁸

Por otra parte, un requisito formal de toda pretensión es que su objeto debe responder en líneas generales a un valor dinerario. Esto es la denominada cuantía de la demanda (arts. 248 ss. LEC). Aunque desde el punto de vista procedimental esta exigencia es un determinador de la competencia objetiva en el proceso civil (art. 9 LOPJ) y, además, de la clase de procedimiento civil declarativo a seguir (juicio ordinario o verbal, según sea el caso en la legislación procesal española)⁶⁹, de la cuantía de la pretensión y de las reglas positivas para su determinación (art. 251 LEC) se infiere el interés económico *in abstracto*, conforme a criterios de mercado que existe detrás de la generalidad de los procesos jurisdiccionales y, respecto del tema que nos ocupa, el elemento fáctico-económico que, conforme a esta concepción, debe delimitar el concepto jurídico de patrimonio.⁷⁰

⁶⁶ Principalmente, GALLAS, „Betrug“, pp. 401-436 (417, 427 ss.).

⁶⁷ Al respecto, con más detalle *infra II.1.B).b*).

⁶⁸ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil I*, p. 5 s.

⁶⁹ NIEVA FENOLL, *Proceso civil*, p. 127 ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, *Determinación del procedimiento*. P. 1 ss. ; En el proceso civil alemán cumple una función análoga. Los §§ 2 ss. ZPO contienen disposiciones equivalentes a lo establecido en el art. 251 LEC. Al respecto, entre otros, HEINRICH, *Musielak-ZPO*, § 2, n.m. 2 ss.

⁷⁰ Por ejemplo, el art. 251.2ª LEC establece: “La cuantía se fijará según el interés económico de la demanda, que se calculará de acuerdo con las reglas siguientes: (...) 2.ª Cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase.

Para este cálculo podrá servirse el actor de cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, si no es posible determinar el valor por otros medios, sin que se pueda atribuir a los inmuebles un valor inferior al que conste en el catastro.” Al respecto, entre otros, DE ANDRÉS HERRERO, *La cuantía*, p. 113 ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, *Determinación del procedimiento*, pp. 54 ss., 95 ss., que define a la cuantía como (101): “...la medida -en cuanto ‘resultado’, no como ‘acto’ de medir- del interés económico en juego en

c) La Administración de Justicia como bien jurídico protegido

Asimismo, como ya hemos mencionado, el fraude en el seno del procedimiento jurisdiccional afecta gravemente la función sistémica de la administración de Justicia en cuanto a la aplicación del derecho al caso concreto. Ello en virtud de que se ve afectada la confianza del colectivo social que (por medio del cumplimiento de la función jurisdiccional) el proceso judicial establezca expectativas normativas y garantice la vigencia de la libertad de organización o libertad general de acción.⁷¹ La parte afectada en su derecho acude al juez porque confía en que sea éste quien procure el restablecimiento de la situación jurídica infringida. Existe confianza pero no *certidumbre* de que el juez le otorgará la razón. Por el contrario, tanto el demandante como el demandado desconocen la forma como el juez decidirá y, precisamente, en esta *incertidumbre* radica la confianza en la Administración de Justicia. La confianza en el rol del juez como solucionador del conflicto genera en el justiciable la disposición de arriesgarse a acudir al tribunal a exigir sus derechos aun a sabiendas de que existe la posibilidad de que el juez no decida total o parcialmente a su favor.⁷² Si, por el contrario, existe la certeza de que el juez es, por ejemplo, un sujeto absolutamente mendaz o es un corrupto, se pierde la confianza en la administración de Justicia y, por ende, se afecta gravemente la libertad general de obrar porque el procedimiento judicial (en tanto manifestación concreta de la potestad jurisdiccional) no podrá garantizar el libre uso y disfrute de bienes jurídicos individuales como la propiedad, el patrimonio, la libertad sexual, etc.⁷³

un proceso concreto, conforme a reglas legales ordenadas directamente a la fijación de ese interés, para establecer través de ella determinados presupuestos procesales.”

⁷¹ Así, entre otros, WILENMANN, *RDCh*, 2011, pp. 531-573 (556 ss.).

⁷² DEWEY, *RSCh*, 2008, pp. 193-216 (196 ss.), con base en lo sostenido por LUHMANN, *Legitimation*, p. 38 ss., cuando afirma, por ejemplo: “*Ein Verfahren kann nicht als eine festgelegte Folge bestimmter Handlungen angesehen werden*”

⁷³ DEWEY, *RSCh*, 2008, pp. 193-216. (198 ss.); WILENMANN, *RDCh*, 2011, pp. 531-573 (543 ss.).

E) Las objeciones al modelo de la estafa

Aun cuando la doctrina y jurisprudencia españolas han ignorado la discusión acerca de la tipicidad de la estafa procesal, consideramos que es fundamental hacer un repaso de los aspectos más importantes de la discusión. El análisis de las opiniones de quienes se han opuesto y se siguen oponiendo de muy distintas formas a la tipicidad de la figura, permite delimitar con más precisión la conducta típica y facilita con ello el análisis posterior que se pretende de los problemas de subsunción del fraude procesal en el tipo penal de la estafa (art. 248.1 CP).

Las objeciones a la inclusión de la conducta fraudulenta de las partes en el tipo penal de la estafa proceden en su mayor parte de la doctrina penal alemana e italiana.¹

Así, los detractores de la tipicidad de la estafa procesal² (tanto en Alemania³ como en Italia) sostienen, por ejemplo, (a) la atipicidad de la conducta procesal fraudulenta, bien porque (1) está dentro del ámbito de lo permitido, porque (2) el juez *no puede ser engañado* y por consiguiente no puede configurarse el error típico de la estafa o bien porque (3) existe un tipo penal que excluye estos supuestos del ámbito de aplicación del tipo básico de estafa. Asimismo, de forma conjunta o separada con las objeciones anteriores, otro grupo de autores sostiene (b) que las *resoluciones judiciales no pueden constituir el acto de disposición patrimonial típico* de la estafa.

¹ Al igual que la mayoría de las cuestiones introductorias que se han referido hasta aquí, las objeciones de la doctrina italiana y alemana están referidas exclusivamente al despliegue de la estafa procesal en el proceso civil.

² En la discusión alemana, por todos, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 164 ss. En España, CEREZO MIR, *Problemas*, p. 256 ss.; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 132 ss. y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 131 ss., aluden también a la polémica.

³ En Alemania, como veremos, han prácticamente desaparecido las opiniones contrarias a la figura. Un importante detractor de la *Prozeßbetrug* hasta finales de los años treinta del s. XX fue GRÜNHUT, por ejemplo en *SchweizZStr*, 1937, pp. 43-77, entre otros trabajos. Otra opinión aislada durante los años 70 fue la de HARTMANN, *Die Vermögensverfügung*, p. 60 ss.

a) La conducta procesal fraudulenta es atípica

1. El fraude procesal está penalmente permitido

En el marco de la concepción extrema del principio dispositivo que establecía la RCPO 1877 durante sus primeros años de vigencia⁴, un sector de la doctrina procesal alemana fuertemente influenciado por un garantismo procesal inspirado en el liberalismo surgido en la Europa del s. XIX, proclamó la total impunidad de las conductas fraudulentas que fuesen desplegadas en los procesos jurisdiccionales.^{5,6} Así, con base en esta opinión⁷, sostenían que el proceso civil era un *estado de lucha (eine Kampfsituation)*⁸ entre intereses privados. Una lucha en la que el juez asume un papel absolutamente *pasivo y expectante* limitándose a garantizar la observancia de normas elementales.⁹ Una consecuencia inevitable de esta concepción del proceso civil es el uso de la mentira como medio de ataque y de defensa. La legislación debe permanecer indiferente ante el despliegue de la conducta engañosa ya que ésta no es más que una manifestación del principio dispositivo en el contexto del principio de contradicción del procedimiento y comporta a lo sumo un reproche moral.¹⁰ En este sentido, la introducción en la legislación de cualquier clase de sanción al comportamiento

⁴ Como hemos mencionado, la reforma de 13 de febrero de 1924 atenuó considerablemente el principio de aportación de parte por medio de la ampliación de las facultades judiciales contenidas en el § 139 ZPO (*Aufklärungspflicht*) y de las iniciativas *ex officio* que fueron introducidas a lo largo del texto, especialmente en materia probatoria. Por su parte y como ha sido ya apuntado, la reforma operada el 27 de octubre de 1933 asestó el golpe de gracia a la concepción pura del principio dispositivo por medio de la introducción del deber de las partes de decir la verdad y de forma exhaustiva (*Wahrheitspflicht* -§ 138 I ZPO-). Al respecto vid. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 44 ss.; HEB, *Wahrheits- und Aufklärungspflicht*, p. 7 ss.; PÉREZ RAGONE / ORTIZ PRADILLO, “Introducción”, p. 50 ss.; WELZEL, *Die Wahrheitspflicht*, p. 6 ss.

⁵ Así, entre otros, WACH, *ZSPröffRG*, 1879, pp. 546-549; SCHNEIDER, *RhZZP*, 1909, p. 393; SCHMIDT, *DJZ*, 1909, p. 42 ss. Este autor sostenía, por ejemplo (p. 43): „*Die Lüge im Prozeß ist zwar nichts sittlich Erlaubtes oder gar Lobenswertes, aber etwas sittlich Indifferentes - genau so wie überall im menschlichen Leben, auch außerhalb des Rechtslebens, wo das Gewissen der Persönlichkeit sie im Ringen nach freier Selbstdurchsetzung zur Lüge notigt.*“ Manifiestamente en contra de esta visión liberal del proceso, BINDING, *DJZ*, 1909, pp. 161-167 (162 ss.). Acerca de la discusión, recientemente, JÄNICKE, *Gerichtliche*, p. 178 ss. También, (más antiguo) GANSKE, *Prozeßbetrug*, p. 15 ss.

⁶ JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 178 ss., considera con razón que la impunidad del fraude procesal sostenida por estos autores tuvo como fundamento razones de política legislativa. Intentaremos analizar las consecuencias dogmáticas de la asunción de esta postura.

⁷ Vid. las acertadas síntesis acerca de esta problemática que hacen HEB, *Wahrheits- und Aufklärungspflicht*, p. 4 ss.; BERNHARDT, *JZ*, 1963, p. 246 ss. y WELZEL, *Die Wahrheitspflicht*, p. 6 ss., entre muchos otros

⁸ HEB, *Wahrheits- und Aufklärungspflicht*, p. 4 y ss.; BERNHARDT, *JZ*, 1963, p. 246 y ss.; WELZEL, *Die Wahrheitspflicht*, p. 6 ss.

⁹ WACH, *Conferencias*, p. 53 ss.

¹⁰ Expresamente, SCHMIDT, *DJZ*, 1909, p. 43 y ss.

desleal de las partes implicaría la introducción indirecta de un deber de veracidad y por lo tanto la imposición de un control estatal inadmisibles.¹¹

Según esta opinión, el interés público se supedita hasta tal punto a la garantía de los derechos subjetivos de los ciudadanos que la normativa constitucional (en el caso español, arts. 24.1.2, 33 y 38 CE) y procesal (arts. 399.1, 216 y 19 LEC) que otorga a las partes el carácter de dueñas absolutas del proceso y, por lo tanto, la facultad plena para iniciarlo, impulsarlo y disponer de su objeto,¹² les ampara incluso en el caso de que desplieguen conductas fraudulentas graves que, fuera de ese contexto, son generalmente constitutivas de delito.^{13,14}

Probablemente por su origen predominantemente procesalista, estos autores no se detuvieron en las consecuencias dogmático-penales de esta concepción *hipertrofiada* del principio dispositivo en el proceso civil. No ocurrió así con sus homólogos italianos y con la jurisprudencia de ese país, los cuales sostenían que la conducta procesal fraudulenta estaba *justificada* por constituir el *ejercicio legítimo de un derecho*.¹⁵ Así, según esta opinión, el ejercicio del derecho de

¹¹ WACH, *ZSPröffRG*, 1879, pp. 546-549. De forma parecida, SCHNEIDER, *RhZZP*, 1909, p. 408 ss.

¹² PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, p. 99 ss.; MONTERO AROCA, “El abuso del proceso”, p. 264 ss.

¹³ En España, las primeras ediciones de RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, 2.ª ed. 1966, p. 430 –al p.pág. 23. Expresamente en contra, JIMÉNEZ HUERTA, “Fraude maquinado”, p. 135 ss.; CEREZO MIR, *Problemas*, p. 257 ss. y OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 133 ss.

¹⁴ Huelga decir que algunas de las pocas sentencias que antes de la reforma penal de 1983 negaron la tipicidad de la estafa procesal lo hicieron con base en una opinión semejante. Por ejemplo, la STS de 8 de mayo de 1956 (ponente Rodríguez de Celestino): el autor demandó por un crédito vencido y ocultó al tribunal que el deudor ya le había pagado la mitad de la deuda. La Sala 2.ª declaró la atipicidad del engaño porque la parte demandada (víctima) había tenido ocasión de comparecer y defenderse. Dice textualmente la sentencia: “...no es dado apreciar la existencia del delito de estafa (...), por no concurrir en el hecho uno de sus elementos integrantes, cual es el engaño, ya que no se concibe abrigue tal propósito el que inicia dicho procedimiento judicial y menos que éste constituya medio engañoso aunque la reclamación sea excesiva (...), por no desconocer el ejecutante que la persona contra la que lo interponía podía y había de personarse para defenderse por los medios que la Ley pone a su disposición...”. En parecidos términos se pronuncia la STS de 25 de enero de 1962 (ponente García Gómez) que enjuiciaba un caso análogo: el autor demanda ante los tribunales del trabajo el cobro de unas horas extraordinarias que ya le han sido pagadas por su patrono. Para soportar sus alegatos se sirve de un documento falso. La Sala declaró: “...es de tener muy en cuenta que el procesado acudió a la Magistratura del Trabajo ejercitando un Derecho del que se creía asistido reclamando una cantidad que estimaba lo (sic.) era debida por su patrono (...), y si bien es cierto que ante la excepción de pago que alegó el demandado y que trató de justificar con la presentación de una libreta en la que había estampadas varias firmas del actor, éste negó la legitimidad de tales firmas, esta negativa no constituye propiamente el engaño que es el requisito esencial e indispensable para que pueda surgir la figura delictiva de la estafa, sino que por haberse vertido este mendaz testimonio en proceso laboral primero y cognitivo civil después, en las que fue parte el procesado, como demandante y demandado respectivamente, constituye lo que en la doctrina se denomina fraude procesal, atípico en nuestra vigente legislación penal y por tanto no incriminable...” En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, 2.ª ed., 1966, p. 430, n.p. 23.

¹⁵ MARSICH, *Il DirComm* (I), 1927, p. 126 ss.; MANCI, *La truffa*, p. 94 ss.

acción o el ejercicio del derecho a la *tutela judicial efectiva*¹⁶ (art. 24.1 CE) sería una manifestación de la causa de justificación contenida en el art. 20.7º CP (art. 51 CPit¹⁷). En este sentido, la conducta del demandante que acude a los tribunales a ejercer una pretensión engañosa¹⁸ o del demandado que ejerce su defensa en modo análogo (en concordancia con el art. 24.2 CE) no es en modo alguno antijurídica.¹⁹

Esta concepción es a todas luces insostenible. Ciertamente, según planteamientos más recientes, el ejercicio de un Derecho fundamental como los contenidos en el art. 24 CE tiene *eficacia justificante*²⁰, bien como un supuesto de la eximente contenida en el art. 20.7º CP o bien como una causa *supralegal* de justificación.²¹ Así pues, la exclusión del injusto en estos casos presupone la existencia, a favor del autor, de un Derecho subjetivo (el *objeto litigioso*) del que, precisamente, el autor de la estafa procesal carece.²²

¹⁶ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 259 ss.; GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho procesal*, p. 241.

¹⁷ La redacción de esta norma es prácticamente la misma que la contenida en la legislación penal española en cuanto a esta causa de justificación en particular.

¹⁸ MARSICH, *Il DirComm* (I), 1927, p. 126 ss.; MANCI, *La truffa*, p. 94 ss. También la *Trib. Firenze*, de 27 de noviembre de 1925 (Rel. Agostini), *RDPC*, 1926, pp. 258-268. Por ejemplo, estableció (p. 267 ss.): “*Orbene, nel caso in esame non vedesi quale allarme sociale, può derivare del fatto di chi si rivolga, si apure senza diritto alcuno, all’ autorità giudiziaria, per ottenere il legale riconoscimento di un diritto che pur sa non spettargli*”, se enjuiciaba un supuesto de estafa procesal clásica: el encausado ejerce demanda por una deuda inexistente apoyado en un documento falso.

¹⁹ Sin temor a adelantarnos en la exposición, consideramos que, a diferencia del proceso penal, en donde la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) concretada en la no obligación de declarar, impide que se extraigan consecuencias típicas de la declaración falsaria o del silencio del acusado. La estructura del proceso civil y las cargas que la ley procesal civil impone al demandado permiten que su actitud eventualmente pueda integrar el elemento típico engaño en cuanto al delito que nos ocupa. También MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 386 ss.; PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, p. 181 ss. y COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, “La buena fe”, p. 130 ss.).

²⁰ CÓRDOBA RODA, “Artículo 20.7.º”, p. 218 ss. Utiliza como ejemplo el caso del testigo al que se le realizan preguntas inculpatórias y se niega a contestar o miente en su declaración con el propósito de evitar su incriminación. La conducta desplegada es, en efecto, típica en cuanto al delito de desobediencia (art. 556 CP) o al de falso testimonio (art. 458 CP), pero está justificada por el ejercicio del Derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 CE).

²¹ MESTRE DELGADO, *La eximente*, p. 128 ss.; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, pp. 53 ss. y 70 ss.

²² A efectos de la eximente, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia*, pp. 36 ss. y 43 ss. afirma que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia españolas sostienen que debe partirse de un concepto amplio de Derecho subjetivo. Esto es “la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico” (MESTRE DELGADO, *La eximente*, p. 158 ss.). Sin embargo, el mencionado autor (p. 48 ss.) coincide en señalar junto a MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 158 ss. y 177 ss. que para una *coherente comprensión del ejercicio legítimo de un Derecho* es necesario partir de una concepción estricta del término *pretensión*: “...poder jurídico, otorgado al individuo por el Ordenamiento jurídico como medio para la satisfacción de sus intereses”. Acerca de las distintas concepciones de Derecho subjetivo, vid. NINO, *Introducción*, p. 195 ss.; DíEZ-PICAZO / GULLÓN, *Instituciones*, vol. I/1, p. 263 ss.

En este orden de ideas, la estafa procesal implica la reclamación judicial no justificada de un derecho subjetivo de contenido patrimonial inexistente o ajeno. Esta irregularidad configura una situación que está a todas luces fuera del ámbito normativo de la causa de justificación contenida en el art. 20.7 CP. El autor simplemente abusa de su condición de *justiciable* ya que también se encuentra fuera del marco de la norma jurídica que atribuye el Derecho que éste en forma ilícita reclama.²³ Por esta razón, en la estafa procesal prevalece el interés de protección del bien jurídico patrimonio por sobre *el disfrute del Derecho* que motiva la causa de justificación jurídico-penal del art. 20.7 CP.^{24,25}

²³ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 134 ss., sostiene (pp. 134, 135): “Si alguien en vez de acudir a los tribunales para someterle lo que cree es su Derecho, va con el único objeto de defraudar a su adversario por este medio, amparándose en una pretensión totalmente infundada, es evidente que no está ejercitando un Derecho, porque ejercitar un Derecho no significa abusar de él.” Para apoyar su argumento cita en el párrafo siguiente (p. 135) a un autor italiano que sostiene la tesis del abuso del Derecho en la estafa procesal y posteriormente afirma (p. 135): “No obstante, no me parece la crítica del todo convincente, porque si bien es cierto que el ejercicio del Derecho de acción no puede amparar verdaderas conductas fraudulentas, también lo es que la moderna doctrina civilista considera totalmente superada la categoría del abuso de Derecho.” Concluye diciendo (p. 136) que, al estar fuera del Derecho subjetivo, el fraude procesal no constituye un abuso de Derecho, sino un *exceso* de Derecho y, por ende, un acto ilícito. El Derecho de accionar no implica, dice, (p. 137) la facultad de violar el ordenamiento jurídico sino de garantizar el Derecho objetivo.

Nuestra conclusión es fundamentalmente la misma: la estafa procesal *no es un caso de abuso de Derecho*. Sin embargo diferimos de sus premisas: consideramos, por el contrario, que *no es un caso de abuso de Derecho porque no es un ilícito atípico*, es decir, un ilícito que está permitido por una regla o cuya prohibición no está prevista expresamente en una regla (de mandato -en un tipo penal o en una infracción administrativa, por ejemplo-) y prohibida por un principio (normas que dan sentido a las reglas o las dotan de contenido) (vid. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, p. 33 ss.; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, p. 162 ss., entre otros). En este orden de ideas, como es sabido, el *principio* de legalidad prohíbe la analogía *contra reo* en materia penal (vid. MIR PUIG, *DP*, Lección 4, n.m. 40 ss.) y por ende en este contexto no procede la sanción (a través del encausamiento hacia un tipo penal) por abuso de Derecho (o por fraude de ley, vid. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, p. 81 ss. En contra, RIGGI, *Interpretación y ley penal*, p. 275 ss. y MORALES PRATS, “Artículo 20.7º”, p. 258 ss.). No obstante, los fundamentos de la determinación del engaño típico en la estafa procesal, descansan sobre el análisis de ésta y otras instituciones similares (por ej. el fraude de Ley procesal y el fraude procesal) (vid. *infra*. X).

²⁴ MESTRE DELGADO, *La eximente*, p. 149 ss.; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *La eficacia justificante*, p. 176 ss.

²⁵ Tampoco puede configurarse la eximente si estamos en presencia de las denominadas *vía de hecho*: el autor del fraude procesal es titular de un derecho subjetivo y por ende interpone una pretensión legítima pero apoyada en medios probatorios fraudulentos. Estos casos constituyen un problema de tipicidad y no de justificación. Acerca de la problemática del *autoauxilio* (*Selbsthilfe* -§ 229 BGB-) o *vías de hecho*, vid. MORALES PRATS, “Artículo 20.7º”, p. 258 ss.; CÓRDOBA RODA, “Artículo 20.7.º”, p. 221; MIR PUIG, *DP*, Lección 18, n.m. 32 ss., entre otros. A pesar de que por lo general el estudio de esta institución se realiza junto a la causa de justificación del art. 20.7 CP, debe distinguirse el supuesto de *realización del Derecho de acreedores y propietarios a través de cauces ilegales* de la justificación general (vid. MESTRE DELGADO, *La eximente*, p. 40 ss.) que constituyen, generalmente, supuestos de *atipicidad* (por ausencia del *ánimo de lucro* exigido, por ejemplo, en los delitos de hurto y estafa). La excepción la constituye el ejercicio del Derecho con *violencia, intimidación o fuerza en las cosas*, que integra el tipo penal de

Excluido el argumento de la justificación, conviene recordar que en concordancia con postulados más recientes, esta *hipertrofia* del contradictorio procedimental y del principio dispositivo impediría en cualquier caso la imputación al tipo objetivo, o lo que es lo mismo: implicaría la atipicidad de toda clase de conducta procesal fraudulenta (art. 250.1.7º CP en cuanto al tema que nos ocupa). Ello en virtud de que *todo valdría* en la dialéctica extrema de esta concepción y por lo tanto toda clase de conductas engañosas estarían, a pesar de su peligrosidad, (*¿socialmente?*) permitidas en el ámbito del proceso civil.²⁶

En la actualidad es prácticamente unánime la opinión de que es perfectamente posible que el Derecho penal intervenga en el proceso a través del tipo de estafa.²⁷ No obstante, como veremos en el apartado correspondiente, la doctrina penal aún considera objeto de polémica la tipicidad de algunos supuestos de estafa procesal en comisión por omisión precisamente porque su admisión repercute negativamente en el contenido del principio dispositivo.²⁸

2. No hay error judicial típico

Algunos autores sostienen que es *imposible* engañar al juez y en consecuencia es imposible la producción de una sentencia errónea.²⁹ Respecto de esta afirmación, existen dos tendencias, que pasamos a exponer a continuación en ese mismo orden:

- i El error judicial es atípico porque el juez incumple sus deberes de *heteroprotección*

Según un importante sector de la doctrina penal italiana, el juzgador está dotado de *todas* las herramientas posibles para desarticular *todas* las maquinaciones engañosas de las partes, por la posición que ocupa ante los litigantes y por los

realización arbitraria del propio Derecho (art. 455.1 CP) (En contra, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 340 ss.).

²⁶ Respecto del concepto y alcance del riesgo permitido, ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 11, n.m. 65 ss., p. 382 ss. (p. 376 ss. de la trad. castellana); JAKOBS, *PG*, § 7, p. 248 ss. n.m. 43.

²⁷ Afirma por ejemplo OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 239: “Hemos insistido continuamente en afirmar que la estafa procesal es simplemente una estafa común...”

²⁸ Por todos KRELL, *JR* (13), 2012, pp. 102-109 (104 ss.). Acerca de esta problemática vid. *infra* II.2.D).a).5.iii.

²⁹ Entre otros, BELLAGAMBA, *FT*, 2000, p. 59 ss.; LUCARELLI, *La Truffa*, p. 374 ss.; PAGLIARO, *Principi*, t. III, p. 337 ss. y ZANOTTI, *La Truffa*, p. 66 ss.

instrumentos que le otorga la ley. En otras palabras, la función de juzgar no puede equipararse a la actividad de un particular que carece de todas las herramientas que son inherentes a la potestad jurisdiccional.³⁰ Por lo tanto, si tales mecanismos no son efectivos y, no obstante, el juez yerra a la postre, el error judicial no es atribuible a la maquinación engañosa de las partes sino a la conducta negligente del juzgador, en otras palabras, a su infracción de deber. Se niega entonces la causalidad entre el engaño de la parte litigante y la sentencia errónea del juez.³¹ En otras palabras, el juez *no puede y tampoco le está permitido dejarse engañar*.³²

Asimismo, en la doctrina alemana autores como KOHLER sostenían que la formación de la resolución judicial es un proceso intelectual incontrolable. Según esta opinión, la libre apreciación probatoria (§ 286 ZPO)³³ impide sostener que la parte que aporte pruebas falsas en apoyo de alegatos igualmente falsos tenga la posibilidad cierta de determinar la producción de una sentencia errónea porque el

³⁰ DE MARSICO, “Sulla idoneità della”, p. 158 ss.; el mismo, *RP*, 1941, p. 683-685.

³¹ *La Trib. Firenze*, de 27 de noviembre de 1925 (Rel. Agostini), en *RDPC*, 1926, Vol. III Parte I, p. 261 ss., estableció: “*Potrebbe obbietare che l'errore del magistrato è conseguenza dei raggiri dell'agente, talchè la truffa sussisterebbe, in quanto che dottrina e giurisprudenza accettano che altri possa essere colui che è indotto in errore ed altri chi il danno subisce. Ma è facile osservare, che nella fattispecie, l'autorità giudiziaria è per l'appunto chiamata a vagliare ed accertare tutti gli elementi che il preteso truffatore porta a sostegno del suo preteso diritto, e che per tale sua delicata funzione, il magistrato deve essere naturalmente cauto e fidente di fronte alle offerte prove, e porle a base del suo responso solo quando abbia il convincimento della loro fondatezza.*”

³² ZANI, *RDPC*, 1926, Vol. III Parte I, p. 259 ss.; TOESCHI, *GP*, 1948 (II), p. 500 ss.

³³ Como ha expresado TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 387, el sistema de libre valoración de la prueba “...implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón.” Tradicionalmente se contraponen al sistema de la prueba tasada o legal que básicamente consiste en un instructivo contenido en la norma procesal que le indica al juez cuál prueba debe ser más valorada que otra (por ejemplo, dos testigos de un hecho constituyen *probatio semiplena*, tres testigos, *plena probatio*; el documento tiene mayor valor probatorio que el testimonio, etc.). La LEC constituye un sistema mixto de valoración con predominancia de la sana crítica: en su seno conviven normas que exigen la tasación legal para un número reducido de medios de prueba y la valoración libre sobre la mayor parte de éstos. Así por ejemplo, la valoración tasada está prevista para la fuerza probatoria de los documentos públicos (art. 319 LEC) y la sana crítica está establecida para los documentos privados no impugnados (art. 326.2 LEC), para las copias reprográficas (art. 334.1 LEC), para la prueba pericial (art. 348 LEC) y para el interrogatorio de testigos (art. 376 LEC), entre otros. En el proceso civil alemán rige en forma general el sistema de la libre valoración de las pruebas. A tales efectos, el § 286 ZPO establece: (1) „*Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.* (...)“ (“En su consideración respecto de la veracidad o la falsedad de una afirmación de hecho el tribunal decidirá de acuerdo a su libre convicción y con apoyo en la totalidad del contenido del procedimiento y de los resultados de la práctica de las pruebas. En la resolución judicial deben exponerse los motivos que llevaron a tal convicción judicial.”). Al respecto, entre otros, ABEL LLUCH, “La valoración de la prueba”, pp. 461-528 (475 ss.); NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II*, p. 181 ss.; FOERSTE, *Musielak-ZPO*, § 286, n.m. 9 ss.

juez, conforme a su leal saber y entender, es libre de valorar una u otra prueba sin el encorsetamiento propio de la llamada prueba legal o tasada.³⁴ Por esta razón, de configurarse un error judicial en el proceso, éste sería atribuible exclusivamente al juzgador.³⁵

En ese orden de ideas, si bien es cierto que las facultades judiciales en los sistemas procesales civiles del ámbito europeo-continental distan de ser las meramente arbitrales que tradicionalmente han caracterizado a sus equivalentes en los países del *common law*³⁶, no es menos cierto que en nuestro ámbito y particularmente en lo que respecta al Derecho procesal civil español, rige en forma general el principio dispositivo y el principio de aportación de parte, que confieren a las partes la competencia en la determinación del objeto del proceso y, en principio, la facultad de ofrecer las pruebas que sustenten sus alegatos³⁷.

³⁴ Según una opinión más reciente (OTTO, *NStZ*, 1985, pp. 74-76 (76)), el juez (penal) carecería en estos casos del *dominio del hecho* sobre la producción de la sentencia errónea.

³⁵ KOHLER, *Treu und Glauben*, p. 50 ss. (Sin embargo, en un trabajo anterior *-Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, p. 9, n.p.*, admite la posibilidad de la estafa procesal con las siguientes palabras: „Daher ist auch ein Betrug gegen den Beklagten möglich, sofern der Kläger den Richter täuscht und dadurch ein unrichtiges Urtheil hervorruft.“). También, con argumentos similares, KÖSTLIN, *Abhandlungen*, p. 149 ss. Por su parte OTTO, *NStZ*, 1985, pp. 74-76 (76), en un comentario más reciente, utiliza argumentos muy similares para negar la condición de instrumento de un juez penal que utiliza como basamento de una condena un informe pericial elaborado por un sujeto que se hace pasar por médico y que es consecuentemente acusado de autoría mediata por el tipo penal privación ilegítima de libertad (§ 239 StGB). El autor sostiene que el juez penal no puede constituirse en instrumento del acusado porque está en la obligación de utilizar todos los medios a su alcance para probar las circunstancias de hecho y en consecuencia decidir conforme a su propia responsabilidad, so pena de incurrir en contrariedad a deber: “Das Gericht ist verpflichtet, die maßgeblichen Umstände zu prüfen und eigenverantwortlich zu beurteilen. Es ist bei einer Unterbringung nicht durch Beweislastregeln gebunden. Es verschafft sich einen eigenen Eindruck vom Zustand des Unterzubringenden. Zeugen, Beweismittel und Sachverständige sind Hilfsmittel der Überzeugungsbildung des Gerichts. Auch wenn sie die Grundlage der Überzeugungsbildung verfälschen, wird damit das Gericht nicht zum Werkzeug des Täters, solange ein rechtsstaatliches Verfahren gesichert ist und die betroffenen Richter ihre richterlichen Pflichten ernst nehmen“.

³⁶ En la actualidad esta concepción es exclusiva del modelo norteamericano (sobre el proceso civil inglés y las *Civil Procedure Rules*, vid. *infra* ii). Se afirma por ejemplo, que tradicionalmente en los Estados Unidos de América rige un sistema acusatorio extremo en el que las partes, enfrentadas, además de determinar el objeto del proceso, tienen la plena disponibilidad de todo lo que ocurra en su seno, sobre todo en cuanto al control de la prueba practicada. Así, el juez, en esencia, asume un único papel “...de garante de la correcta aplicación de las ‘reglas del juego’.” (TARUFFO, *Páginas*, p. 368 ss; HAZARD/TARUFFO, *La justicia civil*, p. 104 y ss; RESNIK, *HarvLRev*, 1982, p. 380 ss.), o en palabras de PIZZI, “Sentencing in the US”, p. 67: “The role of the trial judge in the United States is frequently analogised to that of a ‘neutral referee’ in the world of sport, meaning that the judge is not one of the players, but rather someone who makes sure the contest is fair and played according to the rules, but who should be indifferent to the outcome”. También, POUND, *AnnuRepABA*, 1906, p. 404 ss. (a quien se atribuye el término histórico –por demás crítico– “sporting theory of justice” –p. 404-).

³⁷ Como hemos mencionado, con base en los aforismas *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, el art. 399.1 LEC consagra junto al art. 19 LEC el principio dispositivo: a las partes corresponde en exclusiva el Derecho de demanda y la determinación del objeto del proceso. El juez está obligado por la congruencia de su decisión respecto de las peticiones de las partes (*ne eat iudex ultra petita partium*).

Por esta razón, está descartada una concepción absolutamente *autorresponsable* del error judicial porque precisamente, a la dialéctica que caracteriza al sistema acusatorio,³⁸ garantizada por medio del principio de contradicción entre las partes (que en su versión atenuada o *garantista* rige el proceso civil de Italia, Alemania y España, entre otros³⁹) le son inherentes las conductas desleales de las partes que se traducen en el abuso del proceso, el fraude de Ley procesal y el fraude procesal⁴⁰. Afirmar lo contrario es, como dice la STS 25 Octubre 1978 (ponente Sáez Jiménez), asumir una concepción bienintencionada pero inexacta

Asimismo es competencia exclusiva de las partes la finalización anticipada de la actividad jurisdiccional. Por su parte, el principio de aportación de parte está consagrado en los arts. 216 y 282 LEC. El primero establece: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes...”. Al respecto, entre otros, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 346 ss.; PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, p. 99 ss.; VÁZQUEZ SOTELO, *Justicia* (1-2), 2009, pp. 23-74, (p. 38 ss.) y ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, p. 25 ss. y p. 124 ss.

³⁸ El término “acusatorio” no es exclusivo del proceso penal, se usa en este contexto como equivalente al término “dispositivo”, más ambiguo para algunos autores. En este sentido TARUFFO, *Páginas*, p. 365 ss. Sobre el principio procedimental de contradicción *inter partes*, GIMENO SENDRA, *Introducción*, p. 272 ss.

³⁹ Al respecto PIZZI, *WVaLRev* (1997-1998), p. 847 ss., en referencia al proceso penal, critica el uso del término *adversarial* en norteamérica (equivalente al castellano “acusatorio” -en contra, VOGLER, “El sistema”, p. 177 ss. (p. 180 ss.-) para describir en exclusiva al sistema procesal norteamericano y oponerlo a los sistemas procesales europeo-continetales que son considerados inquisitivos. Considera por el contrario que el sistema norteamericano es un ejemplo extremo dentro de todo un espectro de sistemas procesales más o menos acusatorios. También JOLOWICZ, *Int'l&CompLQ*, 2003, p. 281: “*We must recognise that the most that can be said is that some systems are more adversarial-or more inquisitorial-than others. There is a scale on which all procedural systems can be placed, at one end of which there is the theoretically pure adversary system and at the other the theoretically pure inquisitorial.*”; RESNIK, *HarvLRev*, 1982, p. 382 (al p.pág. 33): “*No system of justice is purely adversarial or inquisitorial...*”; TARUFFO, *Páginas*, p. 369 y ss; ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, p. 111 ss. Específicamente acerca de la situación alemana SCHELLHAMMER, *Zivilprozess*, p. 569 ss.; ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, p. 395 ss., entre otros. Sobre el estado de la cuestión en Italia, *vid. supra*.

⁴⁰ Esta conclusión se hace partiendo de dos premisas. En primer lugar, como menciona TARUFFO, *Páginas*, p. 366 ss. y POLLOCK/MAITLAND, *The History of English Law*, Vol. II, p. 701 ss., a diferencia del desarrollo histórico del proceso penal (*vid. entre otros*, BACHMAIER WINTER, “Acusatorio vs Inquisitivo”, p. 11 ss. (p. 15 ss.)), actualmente no existe un modelo de proceso civil que pueda calificarse como *puramente inquisitivo*, esto es, iniciado de oficio e instruido en secreto únicamente por el juez (el extinto sistema procesal civil soviético es el ejemplo moderno que más se acercaría a esta concepción, *Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO*, “Liberalismo y autoritarismo”, pp. 245-290 (245 ss.); DAMAŠKA, *Las caras de la justicia*, p. 253 ss.). En segundo lugar, a mayor protagonismo de las partes en el proceso y menor control judicial, mayor es la incidencia del abuso del proceso y del fraude procesal. Precisamente, la reforma de un proceso civil típicamente acusatorio como el británico en 1998, obedeció en gran medida a que el *adversarial system* degeneró en litigios que eran concebidos como un campo de batalla en el que no existían reglas y, textualmente: “...*questions of expense, delay, compromise and fairness may have only low priority...*” (Lord WOOLF, *Access to Justice, Interim Report*, Sección I, Capítulo 3 (“The Problems and their causes”), <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap3.htm> (última visita, 10 de julio de 2012). También, O’HARE & BROWNE, *Civil litigation*, 14.ª ed., pp. 7 ss. (n.m. 1.013)). Ello nos permite concluir, en palabras de TARUFFO, “General Report”, p. 4: “*One may probably say that no legal system is completely indifferent to the APR [Abuse of Procedural Rights]...*” (el contenido de los corchetes es mío). En este sentido, TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (889 ss.).

de la función judicial y, además, contradictoria de normas materiales y procesales.⁴¹ En este sentido, es perfectamente posible que tales conductas escapen al control de cualquier juez diligente y dotado de las facultades técnicas e instructoras que le confiera cualquiera de estos ordenamientos, cuando excedan el nivel de riesgo permitido y configuren, desde un punto de vista *ex ante*, el tipo penal (en el caso español) del art. 248.1 CP.⁴² En otras palabras, nada impide que el juez en ejercicio de sus facultades pueda ser instrumentalizado por cualquiera de las partes y que actúe en consecuencia.⁴³

Por otro lado, ante el supuesto que por su frecuencia denominamos a lo largo de este trabajo como *estafa procesal clásica* (el demandante alega hechos falsos acompañados de pruebas falsas y dirige su acción en perjuicio del demandado) y en el caso de que la conducta típica sea desplegada en el ámbito de un procedimiento declarativo (o en un procedimiento que por su naturaleza no restrinja las posibilidades de contradicción de la parte demandada), el principio dispositivo y el principio de aportación de parte confieren al demandado que eventualmente pueda ser perjudicado en su patrimonio por la actividad engañosa la facultad (carga) de *autoprotgerse* a través de la aportación de alegatos y pruebas que hagan constar el efectivo ejercicio de su Derecho a la defensa y también, desde el punto de vista dogmático-penal, la tipicidad de la conducta del demandante.⁴⁴

⁴¹ Dice textualmente la mencionada sentencia: "...la previsión de ser presentado un documento falso a un juicio; la sanción de los delitos de falso testimonio tanto en sus facetas propias testificales como la impropia pericial; la tipificación de los delitos de acusación falsa o calumniosa y de la simulación de delito en el aspecto penal, y el juicio especial de audiencia en justicia a favor del litigante rebelde y sobre todo el proceso extraordinario de revisión contra la sentencia firme en el ámbito procesal son reconocimientos paladinos y explícitos de la posibilidad, no por remota menos imposible, de que el juez se engañe o sea engañado."

⁴² Esto es así inclusive para ámbitos procesales que, como el proceso penal, son regidos por el principio de oficialidad. Respecto de la configuración de la estafa procesal en el proceso penal, vid. *infra* II.2.C).b).3.

⁴³ TORÍO LÓPEZ, "estafa procesal", pp. 877-900 (890 ss.); ROXIN, *Autoría y dominio*, § 22, p. 257 ss. Al referirse a los casos de instrumentos que creen erróneamente obrar conforme a Derecho dice, por ejemplo: "Si partimos de los ejemplos principales de la estafa procesal y de la provocación de condena penal materialmente infundada, el juez engañado ciertamente obra de conformidad a Derecho y es 'libre' al adoptar la resolución; no puede, pues, decirse que el juez (mucho menos el juez penal) haya sido 'dominado' en sus resoluciones por las partes procesales. También conoce las consecuencias materiales y jurídicas de su actuar; sabe contra quién se dirige la sentencia y qué efectos surtirá. Pero yerra en cuanto al sentido concreto de su comportamiento: cree adoptar una sentencia justa, siendo así que materialmente falla de modo injusto, y en esa medida es un instrumento ciego en manos del sujeto de detrás, quien merced a la supradeterminación configuradora del sentido del acontecer se convierte en autor mediato."

⁴⁴ Por todos, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 123 ss. Por su parte, la jurisprudencia española se ha pronunciado respecto de la relación directa entre los deberes de autoprotección del demandado en el

- ii El error judicial es atípico porque el juez está impedido legalmente de contrarrestar la acción engañosa

Fuera del caso italiano y del referente histórico alemán, cabe resaltar que RODRÍGUEZ DEVESA, el único autor en España que sostuvo reiteradamente la atipicidad de la estafa procesal, partía también de la imposibilidad de considerar que el juez fuera víctima de engaño. Sin embargo, el argumento de este autor tiene un fundamento totalmente opuesto: sostuvo que la veracidad de la sentencia siempre es relativa y cuestionable, depende de lo alegado y probado por las partes. Por lo tanto, según este autor, es imposible construir el error típico sobre la base de una ficción jurídica.⁴⁵

RODRÍGUEZ DEVESA se inclinaba desde el punto de vista procesal por la tendencia liberal que dominó la doctrina procesal europeo-continental durante el s. XIX y comienzos del s. XX, que inspiraba la derogada LEC de 1881⁴⁶ y que aun es mayoritaria en España a pesar de que la norma procesal vigente (LEC de 2001) otorga al juez civil determinadas facultades de actuación *ex officio* entre las cuales se encuentran una iniciativa probatoria complementaria que ha fundado opiniones contrarias.⁴⁷ Este liberalismo procesal de raíz romano-

proceso y la tipicidad del engaño en la estafa. Por ejemplo, la STS de 10 de abril de 2003 (ponente Andrés Ibañez), entre otras. Al respecto, con más detalle *infra II.2.D).a).iii.c.*

⁴⁵ A pesar de haber admitido, al menos parcialmente, la tipicidad de la estafa procesal en las primeras ediciones de su manual (Cfr., *Derecho penal*, 2.^a ed., 1966, p. 430, n.p. 23 –donde como hemos mencionado, admitía la tipicidad de la colusión de partes y rechazaba la tipicidad de la estafa procesal clásica), RODRÍGUEZ DEVESA se pronuncia a favor de la visión *extrema* del principio dispositivo y por lo tanto, a favor de la impunidad de la conducta fraudulenta con el argumento de que el demandado ha tenido oportunidad de defenderse (vid. *supra* I.1.B)). Poco después (a partir de la 4.^a ed.) modifica su opinión, se muestra totalmente en contra de la tipicidad de la estafa procesal y mantiene un punto de vista inmovible a lo largo de las ediciones posteriores. Rechaza, por ejemplo, el primer esbozo de la figura en el proyecto de reforma del CP de 1980 y su introducción en la legislación con la reforma penal de 1983. Por ejemplo, en RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, 4.^a ed., 1971, p. 437 ss.; el mismo, *Derecho Penal*, 8.^a ed., 1980, p. 505 ss.; el mismo, *Derecho penal*, 9.^a ed., 1983, p. 488 ss. y el mismo, *Derecho penal*, 18.^a ed. (póstuma), 1995, p. 510 ss.

⁴⁶ Acerca de la RCPO 1877, sus principios inspiradores y sus principales exponentes en la doctrina procesal alemana vid. *supra* B). Por ejemplo WACH, *Conferencias*, p. 224 ss., afirmaba: “...Ciertamente, la verdad es siempre una sola, y no podemos obligar al juez en lo civil a considerar como verdadero algo que no lo es. Sin embargo, podemos y debemos obligarlo a tratar como verdaderas muchas cosas de cuya veracidad de ningún modo está convencido.” Respecto del CPCit de 1865, concebido por Pisanelli, TARUFFO, “Giuseppe Pisanelli”, p. 85 ss. Entre los principales exponentes en ese país, CHIOVENDA, *Principii*, p. 725 ss. Respecto de la LEC 1881 y la doctrina procesal española, MANRESA, *Comentarios*, t. I, p. 9 ss., entre otros (Huelga decir, que la LEC 1881 preveía un resquicio a la iniciativa probatoria de oficio por medio de las diligencias para mejor proveer del art. 340).

⁴⁷ En la doctrina procesal española moderna, son aun mayoría las opiniones de por ejemplo, MONTERO AROCA, *Los principios*, p. 116 ss., que se muestra contrario a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. Así por ejemplo, sostiene (p. 123) “Como puede comprobarse en la nueva LEC y en materia de poderes del

canónica sigue una orientación análoga a la tradición del *adversarial system* anglosajón⁴⁸ que, como se ha dicho, da relevancia a la actuación de las partes en detrimento del papel del juez en el proceso. Según esta postura, la sentencia es la solución a la controversia y se considera justa, independientemente de su contenido, porque es el producto de la “...libre e incondicionada competición de las partes...”.⁴⁹

La objeción a esta postura constituye la otra cara del argumento expuesto en el apartado anterior. Así, en la experiencia histórica del *adversarial system* anglosajón, las partes, ante un juzgador eminentemente pasivo, orientan su iniciativa de acuerdo a sus intereses, con el fin de que el jurado les dé la razón y con ello solucionar la controversia.⁵⁰ La reconstrucción histórica de los hechos nunca ha sido un propósito del sistema procesal acusatorio puro (“*veritas odium*

juez en la prueba se ha llegado a una solución de compromiso entre la tendencia liberal, propia del Proyecto de Ley, y la concepción autoritaria, introducida por las enmiendas admitidas. Esta solución de compromiso conduce a la indeterminación del modelo de proceso y serán los jueces los que le den contenido. No hace falta tener mucha experiencia para estar convencido de que el juez español no hará uso de la facultad que le confiere el artículo 429.1,II de la nueva LEC.” (el subrayado es mío). En contra de esta postura se erigen los criterios de PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, p. 118 ss. y ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, p. 31, que se muestran a favor de un rol más activo del juez en la dirección material del proceso y en la prueba de los hechos objeto del litigio. Por su parte DE LA OLIVA SANTOS, *IeP*, 2012, pp. 243-294 (248 ss.), entre otros trabajos, asume una razonable posición intermedia. Acerca de esta polémica y sus principales representantes (hasta 2005), Cfr., ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria*, p. 120 ss.

⁴⁸ TARUFFO, *Páginas*, p. 414

⁴⁹ TARUFFO, *Páginas*, pp. 368 ss. y 411 ss.; el mismo, *Simplemente la verdad*, p. 35 ss., tras un riguroso análisis histórico concluye que la consolidación del jurado en Inglaterra estuvo directamente vinculado a la desaparición de las ordalías. Una institución vino a sustituir a la otra (a diferencia del sistema romano-continental en el que fue sustituida no por una institución decisoria sino por otros medios de prueba). En este sentido, la decisión del jurado (al igual que el producto del juicio ordálico), se asume como un acto de fe: no se considera necesario averiguar cómo y por qué un determinado hecho se considera como probado o no probado. La sentencias son por consiguiente, según la concepción continental, *inmotivadas*. También, WALPIN, *HarvJL&PubPol’y*, 2003, p. 175 y ss, quien, por ejemplo, expresa (p. 184): “...*the adversarial system allows a sharp clash of proofs presented by adversaries during a fixed procedure of presenting evidence, and the adversaries have an opportunity to question each other's evidence. The result is that the neutral decision-maker has the information necessary to resolve the dispute in a manner that is acceptable to the parties and society; thus, justice is rendered.*”

⁵⁰ En forma crítica, entre muchos otros autores, TARUFFO, *Páginas*, p. 375 ss.; DAMAŠKA, *UPaLRev*, 1973, p. 580 ss.; el mismo, *Hastings LJ.*, 1998, p. 304 ss.; PIZZI, *Trials*, pp. 35 ss., 53 ss. (ojo buscar versión en inglés); MENKEL-MEADOW, *Wm&MaryLRev*, 1996, p. 12 ss.; JOLOWICZ, *Int'l&CompLQ*, 2003, p. 281 ss., apoyado en jurisprudencia emanada de los tribunales civiles británicos, dice, por ejemplo (p. 283): “*On the first point it is a major defect of the adversary system that the judge has no duty to try to ascertain the truth.*” Respecto del caso *Amanda Knox* y las inevitables comparaciones que éste suscitó entre el proceso penal norteamericano y el italiano, de forma acrítica, MIRABELLA, *BUInt'l LJ*, 2012, p. 248 ss. En contra, autores como FULLER, *HarvLRev*, p. 382 ss., sostienen que el *adversarial system* es un método eficaz para la determinación de la verdad de los hechos.

parit”).⁵¹ Se trata de una actividad análoga a una competición deportiva en la que dos contrincantes se enfrentan ante un árbitro y obtiene la victoria quien hace mejor uso de los instrumentos que la ley procesal no le prohíbe (*Sporting Theory of Justice, Kampfsituation, etc.*).⁵²

Con base en esta concepción *liberal* irrestricta del proceso civil, si partimos (como hace la mayor parte de la doctrina penal española), de una concepción subjetiva o psicológica del error típico en la estafa,⁵³ tendríamos que dar en parte la razón a RODRÍGUEZ DEVESA y sostener que la resolución judicial producto del engaño en el contexto del juez-pasivo *adversarial* no podría integrar dicho elemento típico. Así, la sentencia producto de una colusión de partes, o de una estafa procesal clásica (siempre que la contraparte eventualmente perjudicada en su patrimonio sea incapaz de contrarrestar el fraude procesal por medio del ejercicio efectivo de su Derecho de defensa) no podría configurar un error judicial típico porque ésta sería el fruto de la posición pasiva y expectante del juez ante la actividad de las partes. La resolución judicial sería errónea por causa de la incapacidad legal del juez para defenderse (*heteroprotección patrimonial*), importando poco si ha sido o no engañado efectivamente por el autor del hecho.⁵⁴

No obstante, en la tradición continental la concepción absolutamente liberal del proceso fue abandonada progresivamente a lo largo del s. XX por leyes procesales que definieron, entre otros elementos, un rol más activo del juez.⁵⁵

⁵¹ TARUFFO, *Páginas*, p. 414 ss.; el mismo, *Simplemente la verdad*, pp. 35 ss. y 125 ss. También, LANGBEIN, *The Origins*, p. 332 ss. Menciona, por ejemplo (p. 332): “*In contrast to the Aufklärungspflicht, the duty to clarify, of the European judge, in an English trial neither the judge nor the jury was responsible for the evidence on which adjudication would rest. European judges had a duty to seek the truth. English judges insisted that the jury’s verdict ‘does pass for truth’...*”.

⁵² POUND, *AnnuRepABA*, 1906, p. 404 ss.; WELZEL, *Die Wahrheitspflicht*, p. 6 ss. Recientemente, PIZZI, “Sentencing in the US”, p. 67, entre otros.

⁵³ Así, BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, p. 46 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 177 ss.; GALLEGO SOLER, “Artículo 248”, p. 550; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, 18.ª ed., p. 433; PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 12”, p. 332 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, 6.ª ed., p. 496. En contra GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1985, p. 333 ss., sostiene que, a diferencia del § 263 StGB que exige la efectiva representación errónea de la realidad (*Positive Fehlvorstellung*) en el sujeto engañado, el art. 248.1 (antiguo 528) CP prevé el error típico (p. 345): “...más como posibilidad objetiva [que delimita el ámbito del engaño *bastante*] que como verdadero ‘estado’ de la víctima...” (el contenido de los corchetes es mío). Huelga decir que por mor de la redacción legal del § 263, la concepción psicológica del error típico en la dogmática penal alemana es también mayoritaria frente a una concepción normativa del elemento típico como delimitador del engaño. Por todos, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 170 ss. Sobre el particular, vid. II.2.

⁵⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1985, p. 342 ss. Acerca de la concepción normativa del elemento típico error y su fundamento en la dogmática penal alemana, vid. II.2.

⁵⁵ Como hemos ya mencionado, se considera a KLEIN y su obra, la Ley de enjuiciamiento civil austríaca (öZPO) de 1895 (aun vigente), la influencia principal de las reformas procesales europeas ocurridas a lo

Asimismo, en el ámbito del *common law* se afirma en la actualidad que su equivalente, el *adversarial system*, es exclusivo del sistema procesal estadounidense.⁵⁶ Una de las razones más importantes obedeció a los múltiples inconvenientes que acarrea la concepción acusatoria pura, muy criticada en los últimos años por eminentes juristas anglosajones de ambos lados del atlántico.⁵⁷ Lord WOOLF, artífice de la reciente reforma del proceso civil inglés (1999), los resume magistralmente: ocasiona que la Administración de justicia sea lenta y por lo tanto ineficiente, es impredecible, de una complejidad innecesaria y genera altos costos. Además, generalmente favorece a quien tiene más posibilidades de costear los honorarios de los mejores abogados.⁵⁸ En este orden de ideas,

largo del s. XX. Así por ejemplo, es notable su influencia sobre las reformas de la ZPO alemana ocurridas entre los años 1909 y 1933 o sobre el CPCit de 1940. Fue KLEIN, quien introdujo en el proceso civil austríaco el principio de dirección del proceso por el juez y el deber de veracidad a las partes procesales (§ 178 öZPO, que inspira a su vez el § 138 I ZPO). Defendía además el principio de oralidad como forma principal del procedimiento. Sobre el particular vid. *supra I.I.B.a*). En España, sobre la obra de KLEIN, FAIRÉN GUILLÉN, *Estudios*, p. 301 ss. Recientemente, en contra del modelo propuesto por el célebre procesalista austríaco, MONTERO AROCA, “Ideología y proceso civil”, p. 280 ss.

⁵⁶ No obstante, en el ámbito de la *justicia federal norteamericana* (y por extensión, en el sistema de justicia estatal), se ha realizado un intento de atenuación del modelo acusatorio extremo por medio del otorgamiento al juez federal de amplias facultades discrecionales en la dirección del proceso (*managerial judgement*, término acuñado por RESNIK, *HarvLRev*, 1982, p. 386 ss.). Cuestión ésta reforzada en materia probatoria a través de la introducción de las *Federal Rules of Evidence (FRE)*, promulgadas en 1975, (con límites poco definidos, según THORNBURG, *URichLRev*, 2010, p. 1262 ss.). Son por lo general atribuciones, surgidas para controlar y dirigir la etapa previa al juicio (*pretrial*) en la que no existen reglas análogas a las previstas en los códigos procesales propios del *civil law*. Entre otras atribuciones, el juez estaría facultado para promover la resolución alternativa al conflicto (*trial*). También puede realizar un esquema de desarrollo de la etapa de juicio, limitar el tiempo de intervención de los litigantes y admitir o rechazar determinadas pruebas (THORNBURG, *URichLRev*, 2010, p. 1262 ss., RESNIK, *HarvLRev*, 1982, p. 403 ss.). Sus facultades se han extendido a la posibilidad de influir en la selección del jurado y en materia probatoria, por ejemplo, puede ordenar *ex officio* la comparecencia de un testigo o el nombramiento de expertos (*Rules* 614(a) y 706, respectivamente). En contra del *managerial judgement*, con amplia bibliografía, THORNBURG, *URichLRev*, 2010, p. 1262 ss. Considera (p. 1287 ss.) que con la excusa de obtener una mayor eficacia en los procesos, estas facultades han afectado gravemente la imparcialidad judicial. Por su parte, PIZZI, “Sentencing in the US”, p. 66 y ss, sostiene (p. 67) “...the system strongly discourages judges from doing either of these things. Part of the reason (...) is that there is no affirmative mandate on judges in the US to see that justice is done in their courtrooms. Instead, ethics codes emphasise the need for judges to be ‘impartial’ in their rulings, which usually is interpreted to mean that the judge should be passive”. En este sentido, el mismo autor (p. 66 ss.) y otros como TARUFFO, *Páginas*, p. 365 ss.; el mismo, *La prueba*, p. 169 ss., afirman que esta versión extrema del modelo acusatorio se mantiene en Estados Unidos, en virtud de que esta concepción *adversarial* hunde sus raíces en la particular cultura jurídica y social de ese país.

⁵⁷ Por todos, dos excelentes trabajos: LANGBEIN, *UChiLRev*, 1985, p. 823 ss. realiza un análisis de Derecho comparado entre el proceso civil norteamericano y el proceso civil alemán y MENKEL-MEADOW, *Wm&MaryLRev*, 1996, p. 5 ss., realiza un examen crítico de las premisas sobre las cuales está fundado el sistema acusatorio y propugna un cambio de paradigma.

⁵⁸ Lord WOOLF, *Access to Justice, Interim Report*, Sección I, Capítulo 3 (“The Problems and their causes”) (online); el mismo, *Access to Justice, Final Report*, Sección I (“Overview”), *The Problems*, (online): “The defects I identified in our present system were that it is too expensive in that the costs often exceed the value of the claim; too slow in bringing cases to a conclusion and too unequal: there is a lack of equality between the powerful, wealthy litigant and the under resourced litigant. It is too uncertain: the

sorprende (al menos a quienes no somos versados en materia procesal comparada) que haya sido precisamente Inglaterra, cuna de la versión moderna del *adversarial system*, la que precediera por pocos años al legislador español con una reforma procesal que la acerca a la tradición romano-canónica propia del continente.⁵⁹ En efecto, a través de las *Civil Procedure Rules (CPR)* (vigentes desde el 26 de abril de 1999, aprobadas por el Parlamento británico el 17 de diciembre de 1998), se introducen en los procesos civiles de ese país amplias facultades de intervención judicial (*Judicial Case Management*).⁶⁰

A esta tendencia se adscribió la legislación procesal española con la entrada en vigor de la LEC 2001 (8 de enero). La solución del legislador español respecto de la iniciativa judicial probatoria es considerada de compromiso entre las posturas doctrinales liberales (predominantes) que niegan espacio a esta facultad judicial y nuevas opiniones publicistas⁶¹ ya que, a diferencia de la ZPO alemana⁶² o del

difficulty of forecasting what litigation will cost and how long it will last induces the fear of the unknown; and it is incomprehensible to many litigants. Above all it is too fragmented in the way it is organised since there is no one with clear overall responsibility for the administration of civil justice; and too adversarial as cases are run by the parties, not by the courts and the rules of court, all too often, are ignored by the parties and not enforced by the court.”; ZUCKERMAN, *ModLRev*, 1996, p. 773 y ss.;

⁵⁹ ANDREWS, *English civil procedure*, p. 334 ss., sostiene que la nueva norma reemplaza el *adversarial system*.

⁶⁰ Así por ejemplo, la *CPR's Rule 1.4 (Court's duty to manage cases)* ordena (1) la dirección judicial activa del litigio para favorecer su objetivo principal (2) mediante medidas concretas, como (a) incitar la cooperación entre las partes, (b) la identificación temprana del objeto de la controversia, (c) decidir qué aspectos de la controversia pueden resolverse por medio del litigio o sumariamente, (d) fomentar la resolución alternativa del conflicto, etc. En la tercera parte de este compendio de normas (titulada “*The Court's Case Management Powers*”) se especifican con rigor las distintas facultades judiciales (*Judicial case management*). Asimismo, en materia probatoria, entre otras atribuciones, (*CPR's Rule 32.1*) el juez está facultado para dar instrucciones a las partes acerca (a) de los asuntos que requieran de prueba, (b) indicar la prueba idónea para decidir un determinado asunto y (c) el modo en que la prueba debe ser evacuada ante el tribunal. También, en relación con la prueba pericial (*Rule 35.3*) se imponen al perito (2) los deberes de actuar con independencia de quien lo haya promovido y (1) de auxiliar a la corte en las materias que vayan a ser objeto de la experticia. Con todo, como dice O'HARE & BROWNE, *Civil litigation*, 14.^a ed., p. 553 (n.m. 33.013): “*This power to control evidence must, of course, be exercised in accordance with the overriding objective of dealing with cases justly.*” Sobre el particular, Lord WOOLF, *Access to Justice, Interim Report*, Sección II, (“Case Management”), Capítulo 5 (“The need for case management by the courts”) (online); el mismo, *Access to Justice, Final Report*, Sección II (“Case Management”). También, ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, p. 104 ss.; TARUFFO, *La prueba*, p. 171 ss.; ANDREWS, *English civil procedure*, p. 333 ss.; O'HARE & BROWNE, *Civil litigation*, 14.^a ed., pp. 7 ss. (n.m. 1.013) y 537 ss. (n.m. 33.001 ss.); JOLOWICZ, *Int'l&CompLQ*, 2003, p. 281 ss., p. 287 ss.; ZUCKERMANN, *ModLRev*, 1996, p. 773 ss.; el mismo, “Litigation”, p. 1 ss., reflexiona una década después de implementada la nueva norma procedimental y concluye afirmando que los jueces no han realizado una aplicación adecuada de las amplias facultades que ésta les atribuye.

⁶¹ En esto coinciden dos autores generalmente enfrentados en este plano como MONTERO AROCA, *Los principios*, p. 116 ss., que suscribe la opinión mayoritaria, contraria a dotar al juez de mayor iniciativa y PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, p. 124 ss. Las modernas opiniones publicistas o comunitaristas, son herederas de la senda iniciada principalmente por KLEIN, *Pro Futuro*, p. 10 ss., entre otros trabajos.

CPCit,⁶³ no se establecen de manera expresa poderes de instrucción *ex officio iudici*. Sin embargo, la simple lectura de los arts. 282 y 429.1.II LEC permite deducir que el juez español está facultado para ocupar un importante papel en la obtención de la prueba de los hechos objeto del proceso si ello fuese necesario.⁶⁴ Además, la estructura de la nueva norma procesal comprende un juez con un papel más activo en la dirección material del proceso. Por ejemplo, respecto de los actos de comunicación judicial, el art. 156 LEC establece el deber judicial de averiguación del domicilio del demandado en determinados supuestos. Asimismo, la facultad de iniciativa probatoria contenida en el art. 429.1.II, permite al juez realizar las comprobaciones correspondientes en caso de apreciar indicios de una situación de violación a la buena fe procesal y actuar en consecuencia (art. 247.2 LEC). Asimismo, según el art. 306.1.II, el juez está facultado para interrogar a la parte llamada a declarar. Puede también (art. 327.2 LEC) solicitar que se presenten ante él determinados documentos privados (libros de los comerciantes) y su soporte informático, etc.⁶⁵

Desde el punto de vista dogmático-penal, estas facultades judiciales de dirección material e instrucción probatoria complementaria son fundamentales para la determinación del engaño típico en la estafa procesal.⁶⁶ Ello se debe a que se confieren al juez deberes de cuidado (*deberes de heteroprotección*) que en determinados casos complementan las facultades de autoprotección que el

⁶² Para la doctrina procesal alemana mayoritaria, la consecución de la verdad no es un fin del proceso sino un medio para la consecución de otros fines. Uno de los cometidos de la función judicial es la máxima aproximación posible a la certeza de los hechos con el fin de obtener una decisión que implique la justa protección de los Derechos subjetivos de las partes (SCHUMANN, “Einleitung” *Stein-Jonas ZPO*, p. 36 ss. (n.m. 21 ss.); ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, p. 398 ss. (n.m. 6); LEIPOLD, “Wahrheit und Beweis”, p. 303 ss.). En este sentido, el juez alemán posee amplias facultades de instrucción en comparación con el juez español. Así el § 139 ZPO (*Materielle Prozessleitungsrichterlicher Hilfestellung*), considerado fundamental para garantizar el proceso justo (Cfr. STADLER, *Musielak-ZPO*, § 139, n.m. 1; PRÜTTING/DE FALCO, “Estudios”, pp. 33-150 (50 ss.), establece el deber judicial de (I) aclarar las cuestiones de hecho y de Derecho, siempre que sea necesario, a través de preguntas a las partes; (III) puede llamar la atención sobre consideraciones que considere deban ser examinadas *ex officio*. También puede ordenar de oficio la práctica de todos los medios de prueba, a excepción de la prueba testimonial. Así por ejemplo, conforme a §§ 144 I, 273 II Nr. 4, 287 I 2, 372 I, respecto de la inspección judicial y la prueba de peritos y § 448, respecto de la declaración de partes (SCHELLHAMMER, *Zivilprozess*, pp. 317 ss. y 323 ss.; STADLER, *Musielak-ZPO*, § 144, n.m. 3 ss.). Conforme al § 142 (*Anordnung der Urkundenvorlegung*) puede ordenar la exhibición a las partes o a terceros de documentos que se encuentren en su poder (STADLER, *Musielak-ZPO*, § 142, n.m. 2 ss.).

⁶³ *vid. supra I.*

⁶⁴ Al respecto, PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, p. 125 ss.; ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria*, p. 111 ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*; TARUFFO, *La prueba*, p. 170 ss.;

⁶⁵ Al respecto, GIMENO SENDRA, “§ 3. La buena fe”, t. III, p. 813 ss.; el mismo, “Art. 429-430”, t. V, pp. 457-469 (461 ss.); PICÓ I JUNOY, *El principio*, p. 122 ss.; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, “La posición del juez”, p. 74 ss.

⁶⁶ *Vid. infra II.2*

principio dispositivo y el principio de aportación de parte otorgan a los justiciables. Esto explica en gran medida que la inmensa mayoría de los casos de estafa procesal sean conductas en grado de tentativa. La estructura triangular de la estafa procesal genera un doble nivel de protección ante el engaño: la libre disposición de las partes en el marco de la contradicción (dialéctica) procedimental y los poderes jurisdiccionales de control e instrucción se complementan estableciendo barreras que impiden en la mayoría de los casos el despliegue del resultado dañoso.⁶⁷

Sin embargo, las facultades de intervención judicial están circunscritas principalmente al procedimiento declarativo ordinario “como generalidad de los procesos civiles”⁶⁸ (sin perjuicio de los procedimientos civiles especiales no dispositivos, en los que naturalmente la intervención judicial *ex officio*, sobre todo en materia probatoria, es notablemente incrementada⁶⁹ y del proceso penal, donde rige también el principio de oficialidad que lógicamente incrementa las aptitudes judiciales de heteroprotección⁷⁰). En otras palabras, la norma procesal limita el impedimento legal del juez de contrarrestar acciones engañosas a lo mínimo indispensable. De manera que la objeción de RODRÍGUEZ DEVESA⁷¹ en cuanto al error judicial típico aún encuentra asidero en el marco de situaciones excepcionales y/o procedimientos especiales en los que la intervención judicial está restringida de forma considerable. A manera de ejemplo conviene distinguir, entre otros, dos constelaciones de casos: los primeros obedecen a lo que la doctrina alemana denomina *non liquet Situation*.⁷² Esto es, la situación excepcional en la que el juez debe decidir conforme a las reglas de la carga de la prueba (art. 217.1 LEC) porque la insuficiencia probatoria le genera dudas acerca de la certeza de los hechos objeto del proceso.⁷³ Asimismo, es especialmente problemática la verificación del error judicial típico en el contexto de procesos jurisdiccionales *especiales* que por su naturaleza restringen el contradictorio procedimental *inter partes* y ofrecen pocas posibilidades de maniobra al juez (por

⁶⁷ Vid. *infra* II.2

⁶⁸ DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del juez*, p. 17 ss.

⁶⁹ Nos referimos a procesos civiles de objeto indisponible (capacidad, filiación, matrimonio y menores) previstos en los arts. 748 ss. LEC. Al respecto, entre muchos otros, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II*, p. 756 ss.

⁷⁰ Respecto de la configuración de la estafa procesal en el proceso penal, vid. *infra* II.2.C).b).3.

⁷¹ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, 18.ª ed. (póstuma), 1995, p. 510 ss.

⁷² Por todos KRELL, *JR* (13), 2012, pp. 102-109 (105 ss.) y JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 523 ss.

⁷³ Sobre el particular, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 415 ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil* (t. I), p. 671 ss., entre otros.

ejemplo, procedimientos para la ejecución de títulos judiciales y no judiciales – art. 517 ss. LEC-, procedimiento monitorio –art. 812 ss. LEC- y cambiario –art. 819 ss. LEC-).

3. La existencia de un tipo penal de aplicación exclusiva. El caso particular italiano

Desde hace muchos años la tipicidad de la estafa procesal (*truffa processuale*) es objeto de controversia en la doctrina y jurisprudencia italianas.⁷⁴ En la actualidad, la mayor parte de la doctrina se opone a la subsunción de la conducta fraudulenta de las partes procesales en el tipo penal que regula la estafa (*truffa*, art. 640 CPit⁷⁵) debido principalmente a la existencia del tipo penal de *frode processuale* (art. 374 CPit⁷⁶) y también porque se considera que la sentencia es un acto expresivo de la majestad jurisdiccional que no puede integrar el acto de disposición patrimonial típico de la estafa, originariamente concebido (según esta opinión) para las relaciones entre particulares.⁷⁷

⁷⁴ Cfr. MANTOVANI, *Diritto*, t. II, 3.ª ed., p. 185 y PAGLIARO, *Principi*, t. III, pp. 337, 338, exponen el estado de la cuestión. En España, CEREZO MIR, *Problemas*, p. 256 ss.; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 132 ss. y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 131 ss., aluden también a la polémica. Entre los autores que se oponen a la estafa procesal se encuentran, por ejemplo: CAPITELLI, *CassPen*, 2005, pp. 2603-2611; CIARNIELLO, *CassPen*, 2000, pp. 1275-1284; DE VERO, *RIDPP*, 1979, pp. 664-675; el mismo, *APen.*, 1977, pp. 166-205, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, vol. II, t. II, p. 189 ss. (aunque matiza su opinión respecto de ediciones anteriores en las que es más tajante en negar la tipicidad de la figura, vid., por ejemplo, el mismo, 3.ª ed., p. 184 ss.); LA CUTE, “Truffa”, pp. 273-275; LETO, *RP*, 2007, pp. 1237-1239; MANZINI, *Trattato*, t. IX, 5.ª ed., pp. 719-721; PEDRAZZI, *Inganno*, pp. 104-108; ZANNOTTI, *La Truffa*, pp. 63-67. Asimismo, los defensores de la *truffa processuale* están encabezados por ANTOLISEI, *Manuale*, t. I, p. 361 ss. También, BELLAGAMBA, *FT*, 2000, p. 58 ss.; el mismo, *IP*, 2005, p. 1095 ss. (aunque en ambos trabajos es muy cauteloso en admitir su opinión favorable); MANGANO, *Frode*, pp. 113 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, t. II, 3.ª ed., pp. 184, 185; PAGLIARO, *Principi*, t. III, pp. 337-340; RAGNO, *Contributo alla configurazione*, p. 1 ss. (con cita de abundante bibliografía alemana), entre otros.

⁷⁵ Art. 640 CPit: “Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito...”

⁷⁶ La disposición establece: “Chiunque, nel corso di un procedimento civile o amministrativo, al fine di trarre in inganno il giudice in un atto d’ispezione o di esperimento giudiziale, ovvero il perito nella esecuzione di una perizia, immuta artificiosamente lo stato dei luoghi o delle cose o delle persone, è punito, qualora il fatto non sia preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La stessa disposizione si applica se il fatto è commesso nel corso di un procedimento penale, o anteriormente ad esso, ma in tal caso la punibilità è esclusa, se si tratta di reato per cui non si può procedere che in seguito a querela, richiesta o istanza, e questa non è stata presentata.” Acerca de este delito, vid. entre los más recientes, CONTI, “Frode Processuale”, pp. 159-165; FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, vol. I, 4.ª ed., p. 387; MANGANO, *Frode e Truffa*, pp. 5-89 y PAGLIARO, *Principi*, t. II, pp. 143 y 144 y PIFFER, “I delitti”, p. 485 ss.

⁷⁷ Respecto de ésta y otras objeciones más antiguas a la tipicidad de la estafa procesal producidas tanto por la doctrina alemana como italiana, vid. *infra*. Respecto de las principales características del tipo del art. 374 CPit haremos una somera referencia en este apartado.

En este sentido, sigue estando vigente lo que señalaba OLIVA GARCÍA hace más de cuarenta años: “La admisión de la estafa procesal ha repugnado generalmente a la doctrina italiana...”.⁷⁸

i El art. 374 CPit

Pero antes de entrar a conocer esta polémica con más detalle conviene esbozar brevemente las particularidades de esta figura. El delito de *frode processuale* tutela la correcta formación de la convicción judicial al castigar la alteración dolosa de los medios de prueba taxativamente previstos en el art. 374 CPit: el reconocimiento judicial (*ispezione*⁷⁹), la reconstrucción de los hechos (*esperimento giudiziale*⁸⁰) y la prueba pericial (*perizia*⁸¹). El tipo penal no exige que el juez haya sido efectivamente engañado por la acción delictiva. Se castiga únicamente la mera actividad de alteración probatoria. La norma en cuestión surgió en el marco de una discusión análoga a la que tuvo lugar en Alemania y que ha sido ya objeto de nuestra atención.⁸² En este sentido, la concepción liberal del sistema procesal civil italiano de la época (CPCit 1865⁸³) entró

⁷⁸ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 121 (el subrayado es mío).

⁷⁹ Previsto en los arts. 258-262 CPCit y 244-246 CPPit y practicable *ex officio iuris*, análogos a lo que prevén los arts. 353-359 LEC.

⁸⁰ Previsto en los arts. 262 CPCit y 218 CPPit y también practicable *ex officio iuris*. La reconstrucción de los hechos no está prevista expresamente en la legislación procesal española. Es considerada una variante excepcional de la inspección ocular (arts. 326-333 LECrim). Carece de regulación propia por su casi nula utilidad en el contexto del proceso penal español (cuyo juez, carece de muchas de las facultades *ex officio* de su par italiano), cfr. RIFÁ SOLER/VALLS GOMBAU/RICHARD GONZÁLEZ, *Proceso penal*, p. 525 ss., entre otros.

⁸¹ Prevista en los arts. 61-68 CPCit –denominada *consulenza tecnica di ufficio* en el proceso civil- y 220-233 CPPit. Son disposiciones análogas a las contenidas en los arts. 335-352 LEC y 456-485 LECrim.

⁸² Vid. *supra a*).

⁸³ Este cuerpo legal, al igual que la LEC 1881 española o la RCPO alemana, amén de estar influenciado por normas previas a la creación del Estado italiano como el *Codice* sardo de 1859, o en menor medida, el *Codice* napolitano de 1819, está inspirado en el modelo liberal propuesto en el CPCfr 1806. Fue promulgado en el marco del proceso de unificación legislativa llevado a cabo tras la proclamación del Reino de Italia (1863). En este sentido, el CPCit 1865 ha sido definido como la “...piú coerente razionalizzazione dell’ideologia liberale della giustizia civile attuata nell’ordinamento italiano.” (TARUFFO, *La giustizia civile*, p. 142). En consecuencia estaba caracterizado, al igual que sus homólogos español y alemán, por otorgar a las partes la más amplia disponibilidad del proceso en todos sus aspectos. No sólo los propios que tradicionalmente conciernen a las partes (el inicio del proceso, la determinación del objeto procesal, etc.) sino también todo lo referente a la duración, la modalidad y el desenvolvimiento del proceso. Por su parte, la pasividad era característica del juez en esta norma procesal. Su intervención en el litigio estaba limitada a lo absolutamente indispensable y a que las partes la solicitasen. En consecuencia, el CPCit 1865 estaba caracterizado por la completa libertad que otorgaba a los litigantes no sólo respecto de *qué* dirimir en el proceso sino también de “cuándo” y “cómo” hacerlo. No había límites a los actos de las partes y, por lo tanto, de los incidentes procesales que de éstos se generasen. Tampoco existía una secuencia ordenada y precisa para su cumplimiento. Al respecto, con una cronología detallada, TARUFFO, *La giustizia civile*, pp. 107-149 (142 ss.). También, el mismo, “Giuseppe Pisanelli”, p. 85 ss.

paulatinamente en crisis a medida que iba avanzando el s. XX. Con base principalmente en el modelo procesal austríaco vigente desde 1898⁸⁴, se abogó cada vez con más fuerza por la introducción en el proceso civil de elementos limitantes o correctivos de la autonomía individual (que, como hemos mencionado, se traducen fundamentalmente en la ampliación de la iniciativa judicial *ex officio* y la imposición de deberes específicos a las partes procesales)⁸⁵, amén de principios hoy ampliamente reconocidos por la doctrina procesal, como la oralidad, la concentración, etc.⁸⁶ Aunado a ello, la mayor parte de la doctrina penal reclamaba un tipo penal específico que castigase la conducta desleal y fraudulenta de las partes en el proceso frente a quienes, dentro de un criterio liberal (y apoyados, naturalmente, por representantes del libre ejercicio de la abogacía) consideraban que esta intervención penal en los procesos jurisdiccionales violentaba el principio dispositivo y el Derecho de defensa.⁸⁷

La diferencia fundamental con el caso alemán es que la propuesta del sector dominante influyó en el Derecho penal material incluso antes de que se

⁸⁴ Uno de los principales impulsores de este cambio de paradigma en el derecho procesal civil italiano fue CHIOVENDA, a quien se atribuye la introducción de la obra de KLEIN en la doctrina procesal italiana. Al igual que en el caso alemán, el proceso civil italiano deja de considerarse únicamente destinado a la tutela de intereses privados y comienza a concebirse además como la concreción de un interés público materializado en la correcta administración de justicia. Ello a partir de una importantísima redefinición del concepto de acción procesal: deja de ser una manifestación del derecho privado y pasa a ser un derecho autónomo de naturaleza pública. Al respecto, CHIOVENDA, *Ensayos*, pp. 123-154 (142 ss.). Dice por ejemplo (p. 144): “El mismo concepto fundamental de la acción tiene influencia sobre la configuración del proceso. Menciono a este respecto el nuevo reglamento procesal austríaco, entrado en vigor el 1º de enero de 1898, que por ser la última expresión importante de la legislación procesal, preparada por un largo período de elaboración científica, merece la máxima atención. Llevando al extremo la concepción de la acción como razón de derecho público, se ha llegado con esta ley a poner el derecho formal sobre bases en parte nuevas. Puesto que la pretensión del actor y del demandado está dirigida contra el Estado, y por eso su órgano judicial, tiene el deber y así un derecho suyo propio de alcanzar la finalidad mediante una participación directa, una investigación directa de la existencia del presupuesto de aquella pretensión, esto es, la acción civil, prescindiendo y en su caso separándose de las peticiones procesales de las partes. *Los únicos límites naturales del poder del juez son las demandas de mérito de las partes*, para usar la expresión de KLEIN, el ilustre procesalista al cual correspondió llevar a puerto esta ley...”. También, el mismo, *Op. Cit.*, pp. 175-218 (es particularmente elocuente su exposición de las “Diferencias entre el proceso italiano, germánico y austríaco [e inglés], demostradas en un caso práctico” p. 188 y ss.) y el mismo, *Op. Cit.*, pp. 219-353 (p. 262 ss.). Sobre el particular, TARUFFO, *La giustizia civile*, pp. 183 ss.; RECHBERGER, *RitsLR*, 2008, pp. 101-110 (106 ss.).

⁸⁵ Vid. *supra* A).

⁸⁶ CHIOVENDA, *Ensayos*, pp. 219-353.

⁸⁷ MANZINI, *Trattato*, t. V, 5.ª ed., p. 952 ss., fue uno de sus principales artífices, en su labor de co-redactor junto a Arturo ROCCO del CPit 1930 (al respecto vid. SÁNCHEZ-OSTIZ, “Vincenzo Manzini”, pp. 898-900). Sobre la polémica, el mismo MANZINI, *Trattato*, t. V, 5.ª ed., p. 953 ss., se refería a sus adversarios (p. 954) como “*fautori della libertà di imbroglio*”. Sobre el alcance limitado del nuevo tipo penal, vid. p. 956 ss.

introdujeran los cambios en el código de procedimiento civil italiano.⁸⁸ En efecto, el tipo penal de *frode processuale* (art. 374 CPit) fue introducido en el contexto de reforma total que implicó la sustitución del CPit 1889 (*Codice Zanardelli*) por el aun vigente CPit 1930 (*Codice Rocco*⁸⁹).

ii La polémica doctrinal y jurisprudencial

La introducción del *frode processuale* (art. 374 CPit) llevó a la mayor parte de la doctrina penal italiana a sostener hasta el día de hoy que este delito es el único tipo destinado a castigar las conductas engañosas dirigidas al órgano judicial en el transcurso de un procedimiento jurisdiccional (o administrativo).⁹⁰ Según esta opinión, es voluntad del legislador italiano que prevalezca exclusivamente el atentado al órgano y a la actividad jurisdiccional que supone el castigo de los supuestos específicos previstos en el art. 374 CPit.⁹¹ En otras palabras, el ataque al patrimonio por medio de la conducta fraudulenta de una o de ambas partes procesales es atípica o reconducible al tipo penal del art. 374 CPit.⁹²

⁸⁸ A pesar de los importantes Proyectos de reforma realizados a partir del presentado por CHIOVENDA en 1918 no es sino hasta 1940 que, con base en aquél, se realiza una reforma integral del proceso civil italiano que derivó en el CPCit 1942 (aun vigente). Este instrumento legal amplía considerablemente las facultades directivas del juez (art. 112 ss. CPCit) e impone deberes procesales a las partes (art. 88 CPCit “Dovere di lealta’ e di probita”) Cfr. CHIOVENDA, *Ensayos*, pp. 123-154 (142 ss.) y el mismo, *Op. Cit.*, pp. 219-353 (p. 262 ss.). El texto del proyecto CHIOVENDA 1918, en *Op. Cit.*, pp. 357-466. También, TARUFFO, *La giustizia civile*, pp. 183 ss., 193-251, 253-288 (281 ss.). En el caso alemán, como mencionamos, los proyectos de reforma penal no llegaron a prosperar (vid. *supra* a).

⁸⁹ Este texto legal tuvo una notable influencia en algunos países de América Latina (al respecto vid. ZAFFARONI, *Los Códigos penales iberoamericanos*, pp. 29 ss. y 84 ss.). Por ejemplo, puede encontrarse casi una copia al calco del art. 374 CPit en el art. 347 del Código Penal brasileño (Código de 1940), que establece: “**Fraude processuale.** Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito.” Al igual que en la discusión italiana, la existencia de este tipo penal ocasiona que, entre otras razones, la mayor parte de la doctrina penal brasileña se muestre en contra de la configuración de la estafa procesal (*estelionato processual o judiciário*) vid. DELMANTO, *Código penal comentado*, p. 396 ss., entre otros.

⁹⁰ Prosperó en cierto modo una opinión análoga a la de GRÜNHUT, *RhZZP*, 1924, pp. 127-155 (151 ss.); el mismo, *SchweizZStR*, 1937, p. 51 y ss., que como hemos visto no tuvo mayores repercusiones en la doctrina penal alemana (vid. *supra* a).

⁹¹ Cfr. MANZINI, *Trattato*, t. V, 5.^a ed., p. 953 y 954; PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, p. 107: “Quando si introduce una posizione di supremazia, come quella del giudice, mutano le dimensioni del fatto: non ei troviamo di fronte a una truffa, ma di fronte a un abuso de la funzione giurisdizionale...”, también dice que con los arts. 374 ss CPit (p. 108) “...la lesioni degli interessi privati perde la sua autonomia di significato giuridico; il silenzio circa gli effetti della frode nel proceso civile (...) prova che la legge, a ragione o a torto, non ha ritenuto di attribuire alla lesione degli interessi privati coinvolti nel proceso civile neppure questa rilevanza accesoria e accidentale.” También, al igual que GRÜNHUT, echa en falta una norma específica que, además del art. 374 CPit, regule estas conductas. Según el autor, debido a esta carencia se ha tenido que improvisar indebidamente con la construcción dogmática *truffa processuale*.

⁹² MANZINI, *Trattato*, t. IX, 5.^a ed., p. 719 ss. Sin embargo aceptaba (p. 721) la tipicidad de la figura cuando el *iter criminis* se iniciaba fuera de la sede jurisdiccional y se consumaba durante un

En este orden de ideas, un importante aunque minoritario sector doctrinal considera un sinsentido que el tipo penal del art. 374 CPit tenga la exclusividad que le ha otorgado la opinión mayoritaria en detrimento del tipo de estafa. Sostienen que la represión penal de las conductas procesales fraudulentas es hoy mucho más reducida que en la etapa previa a la introducción del art. 374 CPit. Ello es debido a que el ámbito de aplicación de este tipo penal se limita a un conjunto muy específico de medios de prueba, cuestión que en la *praxis* se traduce en muy pocos casos que son del conocimiento de los organismos encargados de administrar Justicia.⁹³

Por su parte, la jurisprudencia dominante emanada de la Corte Suprema de Casación italiana mantiene un criterio restrictivo concordante con la opinión doctrinal mayoritaria: sostiene que, debido a la prohibición de analogía *in malam partem* y en aras de “congruencia sistemática” (“la estafa no es delito contra la administración de justicia”), no puede apartarse de los casos expresamente previstos en el art. 374 CPit.⁹⁴ De manera que la inmensa mayoría de los tribunales penales italianos declaran la atipicidad de conductas con mayor contenido de injusto que los supuestos incluidos en el art. 374 CPit y que, durante la vigencia del *Codice Zanardelli*, se castigaban por medio del delito de estafa⁹⁵ (art. 413 CPit 1889⁹⁶). Los casos más evidentes son, como es lógico,

procedimiento. Por todos, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, vol. II, t. II, 3.ª ed., p. 189 ss. También PIFFER, “I Delitti”, p. 516: “...appare infatti incongruo ipotizzare che il legislatore abbia da un lato ritenuto che le ipotesi di c.d. truffa processuale fossero sussumibili nella fattispecie di cui all’art. 640 ed abbia nel contempo previsto, tra i reati contro l’amministrazione della giustizia, solo la limitata fattispecie di frode processuale.”

⁹³ Por todos, PAGLIARO, *Principi*, t. III, p. 337 ss. En este sentido, dice MANZINI, *Trattato*, t. V, 5.ª ed., p. 956: “...l’incriminazione contenuta nell’art. 374 rappresenta il minimo del minimo esigibile in questa materia...”. Por su parte, algunos autores atribuyen el reducido ámbito de aplicación del art. 374 CPit a la polémica que contextualizó la gestación de esta norma. Dice, por ejemplo, GALLO, *Il falso processuale*, p. 162: “E si capisce che, come ogni compromesso, la norma abbia finito per lasciare insodisfatte ambo le parti...”. También menciona PISANI, *La tutela penale*, p. 139: “Ed il concreto risultato attraverso cui si è espresso normativamente il tentativo di superare, nella materia in oggetto, quello che con Fortunata preziosità literaria fu chiamato il capo Horn della scienza giuridica, viene a risultare, se valutato con metro critico, notevolmente inferiore alla motivazione della sua genesi.”

⁹⁴ Cass., Sez. II, de 23 de julio de 2007 (Rel. Esposito) (también en *RP*, 2007, p. 1235 ss., con comentario de Leto) y Cass., Sez. II, de 6 de febrero de 2008 (Rel. Macchia), entre otras. En este sentido, la Cass., Sez. II, de 31 de Mayo de 1976 (Rel. Galterio), *RitDPP*, 1979, pp. 670 y 671: “L’introduzione della norma sindacata conferma l’inapplicabilità, allo stato dell’art. 640 citato all’ipotesi della truffa processuale esplicitamente esclusa dal citato art. 374 al di fuori delle tassative ipotesi in esso previste.”; Cass., Sez. II, de 16 de mayo de 1976 (Rel. Marongiu), en *RP*, 1977, pp. 736, 737; Cass., Sez. VI, de 28 de febrero de 2000, (Rel. Milo): “...la frode processuale assume rilievo penale solo nei ristretti limiti tipizzati dall’art. 374 c.p., dai quali rimane fuori l’ipotesi comportamentale di cui all’impostazione accusatoria.” (también en *RP*, 2000, p. 708 ss.).

⁹⁵ BELLAGAMBA, *IP*, 2005, p. 1103 ss.; CONTI, “Frode Processuale”, p. 160 ss.; FASCE, *RivPen*, 1990 p. 1043 ss.; PAGLIARO, *Principi*, p. 144 ss.; PIFFER, “I Delitti”, p. 488; RAGNO, *Contributo a la*

aquellos en los que junto a los alegatos falsos se aportan pruebas falsas cuya producción no requiere de intervención judicial (documentos, testigos, etc.) y consecuentemente están fuera del ámbito de aplicación del art. 374 CPit. Por ejemplo, en sentencia de 23 de Julio de 2007, la Suprema Corte italiana declaró la atipicidad de la conducta de un sujeto que demandó a una compañía de seguros alegando falsamente haber sido víctima de un siniestro apoyándose por medio de la aportación de testigos falsos al procedimiento.⁹⁷

A pesar de que este criterio jurisprudencial constituye una opinión sistemática, tradicional y prácticamente unánime de la máxima instancia judicial de ese país,⁹⁸ las nulidades decretadas por la Suprema Corte en aplicación de esta tendencia demuestran que existen tribunales de instancia que se pronuncian en

configurazione, p. 17 ss. Por su parte, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 153 ss., realiza una enumeración de los casos en los que, durante los primeros años del s. XX y bajo la vigencia del *Codice Zanardelli*, la Corte Suprema italiana admitía la estafa procesal. Los más relevantes son los que señala al inicio de su exposición, que intitula (p. 153) “Ejecución de cambial extinguida por pago”. Menciona una sentencia (p. 154) que condena por estafa en el caso de reclamo judicial al deudor de una cambial, alegando falsamente que se desconoce el domicilio del demandado a sabiendas de que se encontraba fuera de Italia. En otra sentencia se consideró estafa la conducta de un acreedor que al momento del pago entrega al deudor un título falso, quedándose en posesión de la cambial auténtica que posteriormente endosa a su hijo para que éste finalmente demande su ejecución. No obstante, huelga decir que, como admite este autor (p. 164 ss.) tampoco en aquella época había unanimidad de criterio (así por ejemplo, la *Trib.Firenze* de 27 noviembre 1925 (Rel. Agostini), en *RDPC*, 1926, pp. 258-268 (con comentario de ZANI), niega la *truffa processuale* por no aceptar posibilidad de engaño al juez).

⁹⁶ Art. 413 CPit 1889: “*chiunque, con artifici o raggiri, atti a ingannare o a sorprendere l'altrui buona fede, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto...*”

⁹⁷ Cass., Sez. II, de 23 de julio de 2007 (Rel. Esposito). También en *RP*, 2007, p. 1235 ss., con comentario de LETO.

⁹⁸ Cfr. FANELLI, *La truffa*, pp. 367-372; MANGANO, *Frode*, p. 115; MAGGINI, *La truffa*, p. 68-70 y LETO, *RP*, 2007, p. 1237 ss., entre otros. Existen sin embargo algunas excepciones. La más citada es la Cass., Sez. II, de 29 de octubre de 1998 (Rel. Perna La Torre), (también en *Giur it.*, 1999, p. 2136 ss. y en *CP*, 2000, p. 1275 ss. con comentario de CIARNIELLO) en la que la CSCit por vía incidental se pronuncia a favor de la *truffa processuale*. Se acusaba (infundadamente, según se desprende del texto de las sentencias) a un acreedor de haber obtenido fraudulentamente un requerimiento de pago. La sentencia estableció (FJ 2º) (aun cuando no decidía acerca de la debida o indebida aplicación del tipo penal de la estafa sino de una incidencia procesal): “*Poiché la struttura del delitto di truffa non postula l'identità tra la persona offesa del reato e quella indotta in errore e, quindi, il reato sussiste pur in assenza di tale identità, sempre che gli effetti dell'inganno e della condotta dell'ingannato si riversino sul patrimonio del danneggiato, non può escludersi, in via di ipotesi, la configurabilità della truffa nel caso in cui sia il giudice il soggetto ingannato dall'attività fraudolenta preconstituita da una parte avendo egli il potere di incidere pregiudizialmente con un suo provvedimento sul patrimonio della parte contraria; ed invero i reati specifici riguardanti la frode nel giudizio di cui all'art. 374 c. p. non esauriscono le ipotesi criminose possibili nel caso di condotte fraudolente, che ben possono rientrare nella più ampia previsione dell'art. 640 c. p.*” (sin embargo, posteriormente, en la ocasión de pronunciarse acerca del Derecho material aplicado, la CSCit sigue la tendencia jurisprudencial mayoritaria, vid. Cass., Sez. VI, de 28 de febrero de 2000 (Rel. Milo) (también en *RP*, 2000, p. 708 ss.)). Otro ejemplo a favor de la *truffa processuale* lo constituye la Cass., Sez. II, de 30 de octubre de 1996 (Rel. Sirena), en *Giust. Pen.*, 1997, II, p. 545 ss., *comete estafa el deudor poseedor de un bien mueble en virtud de un contrato de leasing, que induce en error al funcionario judicial encargado de ejecutar el depósito del mismo al mentir acerca del lugar en que se encuentra el bien objeto del procedimiento judicial.*

sentido contrario al subsumir estas conductas fraudulentas en el tipo penal de la estafa (art. 640 CPit).

Así pues, de las sentencias provenientes de la jurisprudencia italiana que han sido objeto de análisis hemos extraído y clasificado los casos en los que los tribunales aprecian y por tanto aplican el tipo de estafa. Por ejemplo:

(A) El demandante obtiene un requerimiento de pago (*decreto ingiuntivo*, art. 641 ss. CPCit⁹⁹) por medio de la aportación al procedimiento de un documento falso o de un documento auténtico que ha sido satisfecho previamente;^{100,101}

(B) El demandado alega falsamente haber cancelado un crédito y aporta un documento falso con el fin de lograr la suspensión de la ejecución hipotecaria llevada a cabo en su contra;¹⁰²

(C) Uno de los litigantes aporta un documento falso determinante para que se le adjudique un inmueble en detrimento del otro¹⁰³ y, por último,

(D) La demandante, tutora de un incapaz, inicia un procedimiento con el fin de obtener una autorización judicial para disponer de los bienes de su tutelado. Por medio de la aportación al procedimiento de un informe pericial falso logra su objetivo y procede de inmediato a vender a un cómplice un bien inmueble perteneciente a la víctima por un precio mucho menor al del mercado.¹⁰⁴

En definitiva, no obstante las excepciones que han sido expuestas, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia italianas persisten en un criterio que genera polémica y que produce importantes lagunas de punibilidad respecto de

⁹⁹ Análogo a lo establecido en el art. 580 ss. LEC.

¹⁰⁰ *CAppGenova* de 5 de febrero de 1990, (Rel. Capasso), *RP*, 1990, pp. 1041-1045; Cass., Sez. II, de 31 de mayo de 1976 (Rel. Galterio), *RitDPP*, 1979, pp. 664-675; Cass., Sez. VI, de 6 de noviembre 1996 (Rel. Caso), *foro it.*, 1998 (II), pp. 627-631; Cass., Sez. VI, de 28 de febrero de 2000 (Rel. Milo), también en *RP*, 2000, p. 708 ss.; Cass., Sez. II de 22 de enero de 2003 (Rel. Sirena) (también en *RP*, 2003, p. 298 ss.); Cass., Sez. II, de 26 de septiembre de 2007 (Rel. Zappia) (también en *RP*, 2008, p. 37 ss.) y Cass., Sez. II, de 9 de octubre de 2009 (Rel. Bartolini).

¹⁰¹ La *CAppFirenze* de 10 de diciembre de 1999 (Rel. Romoli), *foro.tosc* (1/2000), pp. 58-62, condena por *truffa* (*processuale*). La Cass., Sez. II, de 14 de febrero de 2007 (Rel. Iorio) y la Cass., Sez. II, de 6 de diciembre de 2010 (Rel. Taddei) anulan las sentencias impugnadas que habían apreciado *truffa* y declaran que los hechos no son constitutivos de estafa.

¹⁰² Cass. núm. 7346, Sez. V, de 20 de julio de 1996 (Rel. Cicchetti) (también en *giur. it.*, 1997, II, 666, con comentario de TIRABASSI).

¹⁰³ Cass., Sez. II, de 5 de junio de 2002 (Rel. Pagano), (también en *CP*, 2003, p. 1572 ss.).

¹⁰⁴ Cass., Sez. V, de 14 de febrero de 2004 (Rel. Nappi), (también en *CP*, 2005, p. 2601 ss. con comentario de CAPITELLI y en *RP*, 2004, p. 707 ss.).

conductas mucho más gravosas que las incluidas en el art. 374 CPit.¹⁰⁵ Asimismo, es paradójico que una tesis que ha sido determinante en España para la consolidación del criterio de punición de la estafa procesal tenga como fundamento exclusivo, precisamente, al sector de la doctrina penal italiana que nunca ha logrado imponerse.¹⁰⁶

b) El juez no realiza actos de disposición patrimonial

Algunos detractores de la estafa procesal sostienen que la singular autoridad que ostenta el juez, producto de las facultades jurisdiccionales que le han sido atribuidas constitucional y legalmente, le impediría producir lo que tradicionalmente se define en la dogmática de la estafa como el acto de disposición patrimonial.¹⁰⁷

A este problema se enfrentó la doctrina penal alemana a comienzos del s. XX y hasta el período de entreguerras. Particularmente, un sector de la doctrina sostuvo la atipicidad de la figura (*Prozeßbetrug*) porque la resolución judicial no puede constituir el acto de disposición patrimonial propio de la estafa, pues a la sentencia judicial es inherente una autoridad que ningún particular posee.¹⁰⁸ Con base en lo anterior, HAMM sostuvo que la resolución judicial no puede integrar el elemento típico porque no es el acto de voluntad entre particulares al que el tipo

¹⁰⁵ Llama la atención que éste no es un fenómeno único (aunque sí minoritario) en el contexto europeo-continental. Por ejemplo, existe una situación análoga en Suiza. Mientras que la mayor parte de la doctrina penal de ese país acepta el castigo de estas conductas por medio del art. 146 SchweizStGB que recoge la estafa (*Betrug*), la jurisprudencia emanada del Tribunal Federal suizo (*BG*) aun niega la existencia de estafa en estos casos e insiste en que la punición del engaño al juez en los procesos jurisdiccionales solo puede realizarse a través de los tipos penales contenidos en los arts. 306 (falsa declaración de parte –*falsche Beweisaussage der Partei*–) y 307 (falso testimonio –*falsches Zeugnis*–, falso informe pericial –*falsches Gutachten*–, falsa traducción –*falsches Übersetzung*–) SchweizStGB. Sostiene la jurisprudencia que el juez no puede disponer sobre Derechos patrimoniales en el sentido del tipo penal de la estafa. El art. 306 SchweizStGB establece: „*Wer in einem Zivilrechtsverfahren als Partei nach erfolgter richterlicher Ermahnung zur Wahrheit und nach Hinweis auf die Straffolgen eine falsche Beweisaussage zur Sache macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft*“ (...). El art. 307 SchweizStGB establece: „*Wer in einem gerichtlichen Verfahren als Zeuge, Sachverständiger, Übersetzer oder Dolmetscher zur Sache falsch aussagt, einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten abgibt oder falsch übersetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft*.“ (...). Al respecto vid., entre otros, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 510 y ss; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. BT I*, p. 243 ss.; REHBERG/SCHMID, *Strafrecht III*, p. 173 ss.

¹⁰⁶ Nos referimos al trabajo de OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 2.ª ed., Madrid 1974, basado fundamentalmente en el sector más germanista de la doctrina penal italiana.

¹⁰⁷ Por todos FIANDACA/MUSCO, *Diritto*, vol. 2, t. II, p. 189 ss.

¹⁰⁸ Por todos JÄNICKE, *Gerichtliche*, p. 170 ss.

penal se refiere¹⁰⁹. Por su parte, GRÜNHUT siguió en principio a HAMM y además negó la posibilidad de la estafa en triángulo para estos casos. En este sentido, dicho autor exigía para las estafas en triángulo una estricta relación de reemplazo (*Vertretungsverhältnis*) que, en su opinión, no concurría en la estafa procesal, porque el juez no es un representante de la parte perjudicada y, por lo tanto, no concurre una *identidad relativa* entre el sujeto engañado (el estado, representado por el juez) y el perjudicado (un particular) que permita afirmar la concurrencia del tipo.^{110,111}

Una opinión similar ha sido sostenida tradicionalmente por un importante sector de la doctrina italiana. Según esta opinión, el acto de imperio del juez sobre el patrimonio de las partes -de orden público- no puede integrar el mencionado elemento típico porque en principio éste está concebido para abarcar actos jurídicos que provengan del ámbito *ius privatista*.¹¹² Este argumento, junto a la existencia del tipo penal de *frode processuale* (art. 374 CPit) es uno de los escollos más difíciles de superar para la doctrina de ese país que propugna la tipicidad de la *truffa processuale*¹¹³ hasta el punto de que se ha llegado a

¹⁰⁹ HAMM, *DJZ*, 1908, pp. 1020, 1021.

¹¹⁰ GRÜNHUT, *RhZZP*, 1924, pp. 144-151 y *JW*, 1925, pp. 1498, 1499. También, HARTMANN, *Vermögensverfügung*, p. 62 ss.

¹¹¹ En concordancia con su planteamiento, el mismo autor en un trabajo posterior (GRÜNHUT, *JW*, 1931, pp. 3557, 3558, considera típico el caso de una estafa procesal en el ámbito de un procedimiento para la obtención del beneficio de justicia gratuita (*Prozesskostenhilfverfahren*), porque en este supuesto el engaño dirigido al funcionario competente repercute en un perjuicio directo al Estado representado por la Administración tributaria.

¹¹² Fue el principal argumento de PEDRAZZI, *Inganno*, p. 106 ss., en contra de la figura. También, CIARNIELLO, *CP*, 2000, p. 742 ss.; DE VERO, *RIDPP*, 1979, p. 666 ss.; LETO, *RP*, 2007, p. 1237 ss.; VENDITTI, *GP*, 1957, II, p. 843 ss. En cuanto a la jurisprudencia, la máxima que citan la mayoría de las decisiones de la *Suprema Corte di Cassazione* que han enjuiciado conductas constitutivas de *truffa processuale* establece: "...ai fini della sussistenza del delitto di truffa, occorre un atto di disposizione patrimoniale da parte del soggetto ingannato; atto che non sussiste nella c.d. 'truffa processuale', perché il giudice non esercita un potere di disposizione riguardo al patrimonio delle parti, ma un potere giurisdizionale eminentemente pubblicistico" (el subrayado es mío). Criterio establecido en las SSCSC, de 26 de mayo de 1977, Sez. II, (Rel. Marongiu) (en *RP*, 1977, p. 736 ss.); de 20 de julio de 1996, Sez. V (Rel. Cicchetti); de 28 de febrero de 2000, Sez. VI (Rel. Milo); de 17 de octubre de 2001, Sez. VI (Rel. Colla); de 5 de junio de 2002, Sez. II (Rel. Pagano); de 22 de enero de 2003, Sez. II (Rel. Sirena); de 14 de febrero de 2004, Sez. V (Rel. Nappi); de 23 de julio de 2007, Sez. II (Rel. Esposito); de 6 de febrero de 2008, Sez. II (Rel. Macchia); de 6 de diciembre de 2010, Sez. II (Rel. Taddei), entre otras.

¹¹³ Por todos, entre otros, ANTOLISEI, *Manuale*, t. I, p. 361; LUCARELLI, *La Truffa*, pp. 380-383 y 389 ss.; RAGNO, *Contributo*, p. 117 ss. Éste último autor acude a la doctrina procesal para apoyar profusamente su argumento y correctamente expone (p. 117): "*In realtà non v'è differenza, da un punto di vista sostanziale, tra atto dispositivo vincolante compiuto dal rappresentante e incidente sul patrimonio del rappresentato ed atto dispositivo vincolante del giudice incidente sul patrimonio di una parte. L'essere, in un caso, la volontà stessa della parte ad istituire il vincolo ed il titolo legittimante la disponibilità di un interesse patrimoniale altrui e, nell'altro, la volontà stessa della legge, il versarsi, nel primo, in una sfera di rapporti privatistici e, nel secondo, su terreno pubblicistico non sono elementi che diversifichino sostanzialmente le ipotesi, omogenee in quanto a potere di disposizione patrimoniale, ad incidenza*

proponer que debe prescindirse (¿?) del acto de disposición patrimonial como elemento típico de la *truffa* en aras de la tipicidad de la *truffa processuale*.¹¹⁴

A excepción del caso italiano, la doctrina antes expuesta no tuvo repercusiones.¹¹⁵ En España no se reprodujo la polémica en cuanto a este particular.^{116,117} Actualmente para los autores que tanto en Alemania como en España se han ocupado del tema está fuera de toda discusión que la concepción amplia del elemento típico disposición patrimonial (*Vermögensverfügung*) o acto de disposición patrimonial (según el art. 248.1 CP) permite incluir el ejercicio bajo engaño de la función pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según se establece en el art. 117.3 CE.¹¹⁸ Ello, claro está, siempre y cuando la resolución judicial producto de esta actividad implique un perjuicio al patrimonio de cualquiera de las partes procesales o de un tercero ajeno al procedimiento¹¹⁹. Es más, los manuales alemanes y los comentarios al Código penal alemán ni

diretta, a vincolatività di essa. E ciò è certamente vero per chi accolga la costruzione che ci è sembrato poter fissare, dietro le mutevoli apparenze esteriori del giuoco formale delle parti, con un criterio di realismo normativo contenutistico.” También, tras citar a CHIOVENDA, dice (p. 121): “*Evidentemente se il proceso è un ‘succedaneo della prestazione dell’obligato’ il giudice con il suo atto subentra al posto dell’obligatto, effettuando quasi la prestazione (in effetti rendendola possibile anche contro la sua volontà). Ma se subentra, ha il diritto di subentrare nella sua sfera patrimoniale, dalla quale la prestazione detrarà uno o più beni.*”

¹¹⁴ Por ejemplo MANGANO, *Frode e Truffa*, p. 101 ss. El acto de disposición patrimonial no está previsto expresamente en la redacción del art. 640 CPit en análoga condición al §263 StGB.

¹¹⁵ La opinión expuesta en Alemania por HAMM, *DJZ*, 1908, p. 1021 ss. fue rechazada expresamente en su momento por autores como KEUNECKE, *Prozeßbetrug*, p. 7 ss. y LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 24 ss.: „*Der Einwand Hamms (...), erkennt das Wesen der richterlichen Entscheidung. Denn der Richter beurteilt nicht nur, sondern er verurteilt auch, d.h. seine Entscheidung enthält zugleich ein Gebot, ein unter der Autorität der Staatsgewalt sich vollziehendes Wollen.*“

¹¹⁶ Por el contrario, dice la STS 25 Octubre de 1978 (ponente Sáez Jiménez): “Tampoco es (...) admisible la objeción de que el Juez no ejercita en su sentencia actos de disposición del ajeno patrimonio que es esencial para que se genere y consume el delito de estafa. Esta argumentación cae por su base si se recuerda que entre las facultades jurisdiccionales están no sólo las de juzgar sino también las materiales de ejecutar lo juzgado; que cuando el Juez impone una prestación o condena a un pago actúa la facultad que subrogatoriamente la Ley le confiere de imponer al convenido al que se condena, un hacer, no hacer, pagar, entregar cosa determinada o realizar determinado acto hasta tal punto que si el demandado adopta una posición de rebeldía frente al mandato judicial coercitivamente, por medio de la acción judicial, se le obliga a cumplir la ejecutoria o se llega, también subrogatoriamente, a ejecutar en su nombre las condenas impuestas.”

¹¹⁷ Como hemos mencionado, la discusión acerca de la tipicidad de la estafa procesal fue, en líneas generales, ajena a la doctrina penal española, *Cfr.* OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 125 ss.

¹¹⁸ Entre los autores alemanes destaca lo expuesto por KRETSCHMER, *GA* 2004, pp. 458-477 (460 ss.); JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, pp. 181 ss. y 518 ss.; PIECH, *Prozeßbetrug*, p. 103 ss.; EISENBERG, „*Wahrheitspflicht und Prozessbetrug*“, pp. 15-29 (23 ss.) y LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 315 ss., entre otros. En la discusión española, CEREZO MIR, *Problemas*, p. 268 ss.; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 143 ss. y p. 372 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 137 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, 2.^a ed., p. 311 ss.

¹¹⁹ Por todos, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 519 ss. Sin embargo, como menciona LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 316 ss., no es necesario que se trate de un litigio cuyo objeto sea estrictamente patrimonial.

siquiera hacen alusión a las facultades jurisdiccionales de intervención patrimonial con el objeto de justificar que las decisiones judiciales integran el elemento típico. Ello se da por sentado. La discusión alemana se centra en la actualidad en un sector minoritario que considera que, entre otras decisiones judiciales, la sentencia dictada en perjuicio de una de las partes o de un tercero puede integrar el elemento típico siempre y cuando tenga autoridad de cosa juzgada y una tendencia mayoritaria que considera que sólo es necesario que la sentencia pueda ser ejecutada provisionalmente.¹²⁰

En España, la reforma penal de 2010 acabó con la discusión en torno a considerar si el pronunciamiento de la resolución judicial o su ejecución configuraban el acto de disposición patrimonial típico y en consecuencia el momento consumativo de la estafa procesal.¹²¹ Con la nueva redacción (art. 250.1.7º CP), el legislador se inclina por la primera postura, que en los últimos años había sido la dominante tanto en doctrina¹²² como en jurisprudencia.¹²³ La discusión española en doctrina y jurisprudencia se centra ahora, fundamentalmente, en determinar qué tipo de resolución judicial podría integrar el elemento típico y con base en qué concepción del patrimonio y del perjuicio patrimonial.¹²⁴

¹²⁰ Así por ejemplo, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, „§ 263“, n.m. 340 y SATZGER, *K-StGB*, n.m. 133, son defensores de la posición minoritaria. Por otro lado, con base en la construcción dogmática que propugna la equiparación de la puesta en peligro del patrimonio con el elemento típico perjuicio patrimonial (*Schadensgleiche Vermögensgefährdung*), la abrumadora mayoría de autores alemanes se decantan por incluir a la sentencia carente de firmeza en el concepto de acto de disposición patrimonial. Así por ejemplo, LACKNER, *LK-StGB*, „§ 263“, n.m. 315 ss.; HEFENDEHL, *MK-StGB*, n.m.617, el mismo, *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, p. 404 ss.; LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 116 ss.; el mismo, “Prozeßbetrug”, p. 4 ss.; EISENBERG, “Wahrheitspflicht und Prozeßbetrug”, pp. 15-29 (24 ss.); PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 104 ss.; JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 490 ss., entre muchos otros.

¹²¹ La tendencia doctrinal (mayoritaria) en España que considera a las resoluciones judiciales como el acto de disposición patrimonial típico en la estafa procesal tiene su origen en la obra de OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 383 ss., aun cuando algunos años antes ya CEREZO MIR, *Problemas*, p. 269 ss., había también tomado posición al respecto. Así por ejemplo, antes de la reforma de 2010 ya eran seguidores de la postura autores como CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 137 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, p. 116 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, 2.ª ed., p. 318 ss.; GONZÁLEZ RUS, “La estafa”, p. 678 ss.; MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p. 783 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, 5.ª ed., p. 470 ss., entre otros. La postura minoritaria (“la estafa procesal se consume por medio de la ejecución de la sentencia”) era sostenida principalmente por TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (891 ss.) (aunque bajo el contexto del sistema de cuantías previsto en el art. 529 CP 1973); VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 232 ss.; SERRANO HOYO, *AFD* (14-15), 1996-1997, p. 201 ss. y MUÑOZ CLARES, *Diario La Ley* (5906), 1925/2003, entre otros.

¹²² PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8. Estafas”, p. 234, n.m. 1909; GALLEGO SOLER, “Artículo 250”, p. 559 ss., entre otros.

¹²³ La nueva redacción legal recoge una tradición jurisprudencial iniciada con la STS de 9 de marzo de 1992 (ponente Martín Pallín).

¹²⁴ Al respecto, vid. *infra* II.2.D).b)

F) Críticas a la tipificación expresa española

A pesar de la ausencia de polémica que ha sido ya reseñada¹, pareciera que por medio de la introducción del subtipo agravado el legislador penal de 1983 no quiso dejar lugar a dudas respecto de la tipicidad de la estafa procesal. Ello, sin embargo, no ha estado exento de críticas.²

Como ya hemos mencionado, se aduce que el subtipo de estafa procesal es *redundante* porque ya está contenido en el tipo básico y además, según esta opinión, tampoco existen suficientes razones para su agravación porque el concurso ideal entre la estafa y las falsedades ya cubren el desvalor de la conducta, por lo que es *innecesario* el subtipo agravado.³

En efecto, bastaría con acudir a la tradición doctrinal y jurisprudencial españolas previas a la reforma penal de 1983⁴ y al ejemplo alemán actual⁵ para sostener que la figura es perfectamente subsumible en un concepto general de estafa como el previsto en el art. 248.1 CP sin que se tenga que recurrir a un catálogo de supuestos que según estos mismos autores no son más que una versión eufemística del tan criticado casuismo del CP 1973.⁶

Sin embargo, no comparto la pretendida *innecesariedad* de la que se ha echado mano para desestimar la tipificación vigente. Si bien es cierto que en la inmensa mayoría de los supuestos la conducta típica se produce en concurso con los delitos previstos en los arts. 390 ss. CP (estafa procesal clásica), no podemos dejar de mencionar la infinidad de ejemplos en los que únicamente el alegato falso de una o de ambas partes en un proceso jurisdiccional determina la producción de una sentencia errónea y un consecuente perjuicio patrimonial para una de las partes o para un tercero. Basta recordar, por ejemplo, el engaño de una

¹ Cuestión a la que nos hemos referido con más detalle en *supra I.I.C.a).I.i.*

² HUERTA TOCILDO, *CPC*, 1981, p. 473 ss. (p. 499); MIRA BENAVENT, “El delito de estafa”, p. 365 ss. (p. 379 ss.).

³ HUERTA TOCILDO, *CPC*, 1981, p. 499, dice que la norma es *superflua*; igualmente, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 130 ss. MIRA BENAVENT, “El delito de estafa”, p. 379 ss. es de la misma opinión. Sostiene, por ejemplo (p. 380): “Entiendo que únicamente con el tipo básico de estafa, junto con la posibilidad de estimar en su caso un eventual concurso de delitos con diversas infracciones contra la Administración de Justicia, basta para hacer frente a esta peculiar modalidad comisiva.”

⁴ Vid. *supra I.I.C.a).I.*

⁵ Cfr. por todos, KRELL, *JR* (13), 2012, pp. 102-109 (102 ss.).

⁶ HUERTA TOCILDO, *CPC*, 1981, p. 496 ss., dice por ejemplo (respecto del Proyecto CP 1980) (p. 496) que “...el casuismo no es que haya desaparecido sino que ha cambiado de orientación.”, también VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 130.

de las partes respecto del domicilio del demandado o la colusión de partes para remitirnos a conductas tan o más graves que el caso estándar.⁷

Por otra parte, como mencionamos *supra*, el mayor contenido de injusto de estas conductas es más que evidente no tanto por el medio comisivo, sino por el ámbito en el que se desenvuelve la conducta típica y, por ende, por los sujetos a los que afecta. A este respecto, el engaño en sede jurisdiccional exige una entidad superior a la requerida por el tipo básico y precisamente esta gravosidad es la razón principal de la inclusión de la estafa procesal en el catálogo de tipos cualificados de la estafa según la opinión expuesta por los redactores del proyecto.⁸

⁷ Acerca de estos grupos de casos, detalladamente vid. *II*.

⁸ GARCÍA VALDEZ, *Notas sobre el Proyecto CP 1980*, p. 53; DÍAZ PALOS, *RJC*, 1980, p. 64 ss.

G) Otros modelos de tipificación de fraudes procesales

a) *De lege lata*

1. Tipos nucleares y/o sus derivados dependientes

Además del modelo de la estafa, el ordenamiento jurídico vigente ofrece distintas vías para castigar la conducta fraudulenta de las partes procesales. Para ello se utilizan, por una parte, tipos penales básicos o como en el caso de la estafa procesal, subtipos agravados dependientes de éstos.

i Otras derivaciones del *falsum*

Así por ejemplo, si seguimos en la línea de las derivaciones del antiguo *falsum* romano, el atentado a la correcta convicción judicial que supone la aportación dolosa de documentos falsos a un proceso jurisdiccional se sanciona por medio del delito de falsedades en documento público o privado (arts. 390 y 395 CP), si la acción es realizada por el propio autor de la falsificación.¹

ii Insolvencias punibles

También, figuras delictivas que pertenecen formalmente al género de las insolvencias punibles (arts. 257-261 *bis* CP) recogen conductas específicas constitutivas de fraude procesal. En este sentido, dentro del tipo de alzamiento de bienes se prevé expresamente la sanción penal de quien realice actos de disposición patrimoniales tendientes a eludir la eficacia de un embargo, procedimiento ejecutivo o de apremio (art. 257.1.2º CP).² En este sentido, con el

¹ La doctrina ha considerado tradicionalmente que el uso del documento falso corresponde a la fase de agotamiento material de la acción falsaria. Ello debido a que se considera que el delito de falsedad presupone un propósito posterior de uso del documento producido por ésta. Por lo tanto, la falsedad típica del autor abarca además el uso ulterior que éste haga del documento. Al respecto, entre otros, QUINTERO OLIVARES, "Artículo 393", p. 1644 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *AP*, 1996-I, N° 4, nn.mm. 47-73 (68 ss.)

² Cfr. por todos, SOUTO GARCÍA, *alzamiento de bienes*, p. 379 ss. Cabe destacar que GRÜNHUT, *SchweizZStR*, 1937, pp. 43-79 (73), critica la sanción de la colusión de partes a través del tipo de estafa y propone la aplicación de un tipo análogo al contenido en el art. 257.1.2º CP. Se trata del tipo penal de "impedimento de una ejecución forzosa" (*Vereiteln der Zwangsvollstreckung*), contenido actualmente en

objeto de proteger el derecho de crédito del acreedor, este tipo penal sanciona, por ejemplo, la conducta del deudor que una vez condenado al pago de diversas deudas de carácter laboral y durante el trámite de ejecución de la sentencia, logra eludir el embargo sobre un inmueble de su propiedad vendiéndolo a sus hijos. Los hijos presentaron posteriormente tercería de dominio ante el tribunal que llevaba el trámite de ejecución de demanda en contra de su padre y éste se allanó a la pretensión interpuesta por sus hijos.³

iii Mediante el tipo de extorsión

Fuera del ámbito español, es particularmente interesante la posibilidad puesta de relieve por la doctrina alemana, de apreciar un delito de extorsión en autoría mediata (art. 243 CP, § 253 RStGB⁴) en sentencias del *Reichsgericht* que enjuician conductas constitutivas de fraude procesal.⁵ En efecto, alguna jurisprudencia aislada proveniente del Tribunal Imperial alemán ante la

el § 288 I StGB que dice: „*Wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens veräußert oder beiseite schafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*“ (el RStGB vigente durante la época de esta propuesta tenía prácticamente la misma tipificación).

³ SAP La Rioja, Sección 1ª, de 11 octubre de 2006 (ponente Santisteban Ruiz). Se plantea en este caso y en otro análogo (AAP Guipúzcoa, Sección 3ª, de 21 de junio de 2006 (ponente Suárez Odriozola) un concurso normativo entre este tipo penal (art. 257.1.2º CP) y la estafa procesal (colusión de partes) que deciden a favor del primero aplicando el art. 8.1ª CP (*lex specialis derogat legem generalem*). Creemos, por el contrario, que en estos casos debe plantearse un concurso medial (art. 77 CP). Existen dos hechos delictivos en una relación de medio a fin: si el comportamiento típico de este alzamiento de bienes procesal consiste en la realización de “cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que produzca el fracaso del embargo” este tipo penal se consuma en el momento en que el autor se obliga a través del instrumento cambiario falso a pagar una deuda ficticia o vende sus bienes a testaferos. Por otra parte, la colusión de partes se inicia justo en el momento en que se acude a los tribunales a incoar el procedimiento ejecutivo aparente al vencimiento de los instrumentos cambiarios falsos. Existen, en definitiva dos supuestos de hecho sancionados por dos normas penales distintas. (al respecto, sobre el concurso medial de delitos y el concurso de leyes penales, MIR PUIG, DP, Lección 27, nn.mm. 47 ss. y 70 ss. Respecto de la realización típica del delito contenido en el art. 257.1.2º CP, vid. SOUTO GARCÍA, *alzamiento de bienes*, p. 379 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, EPC (24), 2002-2003, pp. 445-516 (505 ss.); HUERTA TOCILDO, “alzamiento de bienes”, pp. 791-812 (808 ss.)

⁴ El tipo penal en cuestión no ha sufrido mayores modificaciones. La redacción vigente para el momento de la promulgación de estas sentencias (1890-1901) era del siguiente tenor: „§ 253. (1) *Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, einen Anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt, ist wegen Erpressung mit Gefängniß nicht unter einem Monat zu bestrafen.*“ La redacción vigente dice así: „§ 253. **Erpressung.** (1) *Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*“ Respecto de la evolución de esta figura delictiva, vid., FUCHS, StGB, p. 1123 ss.

⁵ Cfr. PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 201 ss.

problemática de la determinación del error judicial típico de la estafa en procesos ejecutivos de títulos extrajudiciales (juicios monitorios) se decanta en algunos de estos casos por el delito de extorsión para su enjuiciamiento y posterior condena.⁶ Sostiene que el requerimiento judicial de pago y el posterior mandamiento de ejecución de un crédito inexistente (obtenidos por medio de la aportación de un título falso) puede integrar el elemento típico *amenaza* (o, agregamos, *intimidación* en su equivalente español) del delito de extorsión, siempre y cuando el autor del hecho no se limite a la sola obtención de la orden judicial sino que por medio de ésta inste al embargo y realice todo lo conducente a abusar del derecho que erróneamente le confiere la Administración de Justicia con el fin de perjudicar el patrimonio de la víctima.⁷

2. *Delicta sui generis*

i La aportación subrepticia de medios de prueba

En el ámbito de los tipos derivados autónomos vigentes en la legislación española existen otras formas de sanción del fraude procesal. Así, se tipifica expresamente la aportación dolosa por las partes de determinados medios de prueba falsos al procedimiento jurisdiccional.

- Por ejemplo, en el caso de que la aportación del documento falso al proceso sea realizada por un sujeto distinto al autor de la falsificación, la legislación vigente la tipifica expresamente (393 CP para el documento

⁶ Así, RGSt 26, 305-307 y RGSt 34, 279-283.

⁷ Así por ejemplo en RGSt 26, 305-307, ante el alegato del recurrente de que el tribunal de instancia ha errado en la aplicación del derecho al calificar como extorsión la conducta descrita previamente, el Tribunal Imperial afirma (307): „Damit ist über die rechtliche Qualifizierung der Androhung einer Zwangsvollstreckung als Drohung im Sinne des § 253 a.a.D. nicht entschieden, und insbesondere nicht die rechtliche Möglichkeit verneint, daß eine solche Androhung unter besonders gearteten Umständen als die Inaussichtstellung eines Übels sich darstellen und den Begriff der Drohung im Sinne des § 253 erfüllen könne. Derartige Umstände aber sind vorliegend festgestellt. Die angeklagten haben sich nicht darauf beschränkt, den Vollstreckungstitel einfach den Gerichtsvollziehern zur Vollstreckung zu übergeben und dem N. [víctima] die Geltendmachung seiner Einreden zu überlassen. Sie haben vielmehr gerade durch die Ausdrückliche Androhung sofortiger Auspfändung und Fortschaffung seiner Möbel den N. Zur Unterlassung dieser Geltendmachung und zu sofortiger Zahlung bestimmen wollen, indem sie darauf rechnet, daß er aus Furcht vor der Ausführung der Drohung und der damit verbundenen „Blamage“ vorziehen werde, ihrem Verlangen auf Zahlung nachzukommen. Das Vorgehen der Angeklagten erfülle unter diesen Umständen unbedenklich den Begriff einer Drohung, und auch sonst sind rechtliche Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 253 St.G.B's auf den festgestellten Thatbestand nicht zu erheben.“ (el contenido de los corchetes es mío). Por su parte, JAKOBS, “Coacciones por medio de amenazas”, pp. 461-480 (467), sugiere algo similar respecto del delito de coacciones (§ 240 StGB).

público y 396 CP para el caso del documento privado).⁸ Actualmente no existe discusión en cuanto a la expresa referencia a este *modus operandi* de uso y a su ubicación sistemática. Sin embargo, no debe olvidarse que antes de la reforma llevada a cabo a través de la LO 15/2003 de 25 de noviembre, esta conducta también estaba tipificada como un delito contra la Administración de Justicia (antiguo art. 461.2 CP⁹) junto al tipo penal de presentación en juicio de testigos falsos que se analiza en el apartado siguiente.¹⁰ Esta doble tipificación planteaba al intérprete un problema evidente de concurso normativo que nunca encontró una solución satisfactoria.¹¹ Así, respecto al tema que nos ocupa, interesa el argumento doctrinal según el cual el tipo derogado gozaba de más amplitud que el previsto en el art. 396 CP porque su aplicación no estaba restringida a los tres primeros números del apartado 1 del art. 390 CP y, en consecuencia, sí era posible sancionar la aportación de un documento privado que incorporase una declaración falsa de una o de ambas partes procesales.¹²

- Por su parte, el art. 461.1 CP castiga la presentación dolosa de testigos, peritos o intérpretes falsos. Al igual que el delito anteriormente

⁸ Los destinatarios de las normas que castigan expresamente el uso del documento falso son aquellos sujetos que no hayan tomado parte en la falsificación. Huelga decir que, a diferencia de la legislación vigente, el CP 1983 (art. 307) hacía expresa referencia a esta particularidad. Al respecto, QUINTERO OLIVARES, “Artículo 393”, p. 1644 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *AP*, 1996-I, N° 4, nn.mm. 47-73 (68 ss.).

⁹ La norma derogada establecía: “La misma pena [del delito de falso testimonio -seis meses a dos años y multa de tres a seis meses-] se impondrá al que conscientemente presente en juicio elementos documentales falsos. Si el autor del hecho lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior.” (el contenido de los corchetes es mío).

¹⁰ Así era sostenido además por BUSTOS RAMÍREZ, *Manual. PE*, p. 349, antes de la entrada en vigencia de esta doble tipificación (CP 1995). Hacen breve referencia a la reforma penal de 2003 en cuanto a este particular, entre otros BENLLOCH PETIT, “Tema 17”, pp. 359-383 (374) y QUINTERO OLIVARES, “Artículo 461”, p. 1922 ss. Durante la vigencia de esta doble tipificación, cfr. GRINDA GONZÁLEZ, “El falso testimonio”, pp. 211-240 (231 ss.).

¹¹ Así, QUINTERO OLIVARES, “Artículo 461”, p. 1922 ss. Por su parte, GRINDA GONZÁLEZ, “El falso testimonio”, pp. 211-240 (233 ss.), hace una síntesis de las distintas propuestas (doctrinales y jurisprudenciales) para encontrar campos diferenciados de aplicación entre ambos preceptos. El autor relata que se llegó a sostener, por ejemplo, que la expresión “elementos documentales” de la norma derogada tenía una mayor amplitud que el término “documento” utilizado por las falsedades de uso.

¹² QUINTERO OLIVARES, “Artículo 461”, p. 1922 ss.; VIVES ANTÓN, *Derecho penal PE*, p. 699. Como es sabido, por lo general la conducta consistente en “faltar a la verdad en la narración de los hechos” en un documento privado es atípica. En este sentido, el modelo liberal (principio de autonomía individual) que rige las relaciones entre particulares fundamenta que las mentiras escritas u orales que éstos profieran en su interacción sean impunes siempre y cuando no constituyan un medio para perjudicar a un tercero (el caso paradigmático de la estafa, por ejemplo). Excepcionalmente, la inveracidad no perjudicial *ex post* de un particular es punible en la medida en que el ordenamiento jurídico establece en determinadas situaciones un deber especial de decir la verdad cuya infracción tiene consecuencias jurídico-penales. Es el caso del tipo penal contenido en el art. 261 CP que analizamos en el párrafo siguiente. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 79 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *falsedad documental*, p. 68 ss.

mencionado, éste solo puede ser cometido fundamentalmente por las partes procesales que son quienes tienen la facultad de proponer pruebas en el procedimiento jurisdiccional.¹³ Básicamente, el legislador tipifica por medio de este delito la autoría por falso testimonio (art. 458.1 CP) del *extraneus* a título de inductor o cooperador necesario y con ello no deja lugar a dudas acerca de la tipicidad de estas conductas.¹⁴

Huelga decir que se prevé una agravante específica de este tipo penal (art. 461.2 CP) cuyos destinatarios son los profesionales del Derecho: abogados o procuradores en representación de las partes, graduados sociales y representantes del Ministerio Fiscal cuando estén facultados para ello (principalmente en el proceso penal).¹⁵ Esta cualificación pone de manifiesto una cuestión apenas mencionada en el ámbito de la problemática de la estafa procesal, a saber, la determinación de la autoría del representante legal de la parte engañosa o, en su defecto, su instrumentalización¹⁶ previa a la instrumentalización típica del juez (art. 248.1 CP).¹⁷

ii Falsedades ideológicas

Otra excepción del modelo de la estafa (procesal) está constituida por la falsedad ideológica contenida en el delito de falsedad contable concursal (art. 261 CP).¹⁸ El delito en cuestión sigue esencialmente la estructura de la estafa procesal aunque constituye un adelantamiento notable de las barreras de protección¹⁹: castiga la presentación de datos falsos relativos al estado contable en un

¹³ Por todos, QUINTERO OLIVARES, “Artículo 461”, p. 1923 ss.

¹⁴ GONZÁLEZ RUS, “Lección 47”, p. 958 ss. No debe olvidarse la polémica en torno a la participación de *extranei* en delitos especiales cuando no existe una tipificación expresa como en este caso y el intérprete y/o el aplicador del derecho deben remitirse a lo establecido en el art. 65.3 CP. Al respecto, vid., por todos, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 105 ss., 112 ss.

¹⁵ Por todos, QUINTERO OLIVARES, “Artículo 461”, p. 1924 ss.

¹⁶ Prácticamente no existe literatura al respecto y mucho menos una vinculación de esta cuestión con la muy relacionada respecto de si cabe exigir al abogado como profesional del derecho y parte integral del sistema de administración de justicia deberes de diligencia o heteroprotección. Al respecto, vid. *infra* II.2.

¹⁷ Sobre el particular, específicamente respecto de la estafa procesal como un caso de autoría mediata tipificada y la consecuente instrumentalización del juez como sujeto pasivo del engaño, Cfr., §, *ZStW* (102), 1990, pp. 563-595 (565 ss.).

¹⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 134. Para un análisis detallado de este tipo penal, GONZÁLEZ CUSSAC, “(art. 261 CP)”, pp. 173-203.

¹⁹ Cuestión esta que la mayor parte de la doctrina se encarga de destacar. Así, por todos, NIETO MARTÍN, *AP* (40), 1996, pp. 765-786 (774 ss.) y GONZÁLEZ CUSSAC, “(art. 261 CP)”, pp. 173-203, p. 175 ss. En todo caso, podría constituir una referencia para aquellos que propugnan la autonomía de la figura (vid. *infra* B)).

procedimiento concursal sin que sea necesaria la constatación de un resultado perjudicial.²⁰ Es, por lo tanto, un delito de peligro patrimonial que, sin embargo, exige *ex ante* (por medio del empleo de la palabra “falso” en la redacción legal) un grado de verosimilitud suficiente como para que pueda producirse la declaración errónea de concurso por parte del juez mercantil.²¹

La mayor parte de la doctrina considera que esta figura delictiva es una excepción a la regla general de impunidad de la mentira que rige en Derecho penal respecto de las relaciones entre particulares.²² En otras palabras, salvo puntuales excepciones como la que aquí anotamos, en la legislación vigente no existe un deber general de veracidad con consecuencias jurídico-penales y por lo tanto no se castiga la falsedad ideológica cometida por particulares²³ (o, lo que es lo mismo, “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, como estipula el art. 390.1.4º para el caso de que la conducta sea cometida por “autoridad o funcionario público”)²⁴. A este respecto, el art. 261 CP impone al deudor (o a

²⁰ Así, entre otros SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 134.

²¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, “Artículo 261”, p. 747 ss. (749); GONZÁLEZ RUS, “Falseamiento”, p. 487 ss. (491); GARCÍA RIVAS, “Insolvencias punibles”, p. 391 ss. (394).

²² Así, SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 77; GARCÍA RIVAS, “Insolvencias punibles”, p. 391 ss. (392); BACIGALUPO ZAPATER, *falsedad documental*, p. 72 ss. Dice, por ejemplo, (p. 72): “Los deberes de veracidad en las declaraciones sólo han sido considerados por el legislador como objeto de protección en determinados tipos penales.”

²³ En palabras de GÓMEZ BENÍTEZ, *Derecho penal de los negocios*, pp. 173 y 174: “La profusión de mendacidades en documentos públicos y la existencia de vías legales alternativas para la fijación de los hechos influyeron en la jurisprudencia sobre las falsedades ideológicas cometidas por los particulares consistentes en faltar a la verdad en la narración de los hechos. En sentido literal, este tipo penal [vigente en el CP 1973] ponía fuera de juego a una buena parte de la población.” (el contenido de los corchetes y el subrayado es mío).

²⁴ No obstante, esta opinión en el ámbito jurisprudencial es controvertida. Existe, por una parte, una tendencia a favor de la impunidad de la falsedad ideológica de particulares (principalmente en documentos mercantiles como por ejemplo facturas falsas) iniciada, tras la entrada en vigencia del CP 1995, con el conocido caso *Argentia Trust* (STS de 26 de febrero 1998 (ponente Jiménez Villarejo) FJ 10º, entre otras decisiones. El argumento principal de esta tendencia es el respeto al principio de legalidad (y a la prohibición de analogía *in malam partem*). El desarrollo ulterior de este criterio ha llevado a la jurisprudencia a distinguir entre el deber de veracidad y el deber de autenticidad. Así, por ejemplo la STC de 4 junio 2001 (ponente González Campos), hace suya la distinción al declarar: “El primero consiste en la obligación de que sea veraz lo declarado en el documento y no es exigible a los particulares; esta inexigibilidad es el motivo de la despenalización en el Código Penal de 1995 de la falsedad ideológica cometida por particular. En tanto que el deber de autenticidad supone la obligación de que exista una correspondencia entre quien aparece como firmante de un documento y quien ha realizado la declaración que se contiene en dicho documento; este deber sí es exigible al particular y fundamenta el mantenimiento en el nuevo Código de las restantes modalidades falsarias que sí son aplicables a los particulares.” En consecuencia, según este criterio, un documento puede ser auténtico aun cuando contenga declaraciones inveraces, porque el concepto de autenticidad responde a un criterio formal y no material. Por otra parte, para una segunda tendencia jurisprudencial no está tan claro que todas las falsedades ideológicas cometidas por particulares estén fuera de la tipificación general de las falsedades (art. 390.1.2º). Así, el criterio iniciado con el caso *Filesa* (STS de 28 de octubre de 1997 (ponente De

quien esté facultado para solicitar el concurso) la obligación de aportar datos veraces (y documentados) al procedimiento que genere la solicitud de declaración de concurso.²⁵ Todo ello, con el fin último de proteger el patrimonio (derecho de crédito) de los acreedores, en virtud de que la declaración judicial errónea de concurso produce la inmediata demora en la satisfacción de la deuda y la reducción de su cuantía.²⁶ En este orden de ideas, cabe destacar que la acción será típica únicamente cuando el deudor sea el solicitante de la declaración de concurso (concurso voluntario). O lo que es lo mismo, siempre que el acreedor solicite el concurso (concurso necesario) el hecho será atípico.²⁷

Asimismo, a pesar de que esta figura constituye en toda regla un delito de infracción de deber (de acuerdo con la conocida clasificación bipartita)²⁸, la

Vega Ruiz)), entre otras decisiones (un caso reciente puede verse en la STS de 15 de marzo de 2010 (ponente Jorge Barreiro)), critica el concepto de autenticidad utilizado por la otra postura y amplía el ámbito de aplicación del art. 390.1.2º también a los casos en que el documento sea inveraz en su contenido (o mendaz como dice la jurisprudencia) y que esta inveracidad tenga la aptitud de producir un error respecto de su autenticidad. Al respecto, cfr. con críticas hacia esta última postura, SILVA SÁNCHEZ, “Inveracidades”, p. 124 ss.; el mismo, “Caso Filesa”, pp. 541-569 (561 ss., 567 ss.). Muy interesante el planteamiento de BACIGALUPO ZAPATER, *falsedad documental*, p. 66 ss. para quien las falsedades ideológicas además de estar expresamente tipificadas en el art. 390.1.4º CP, se encuentran implícitas en los ordinales 2º y 3º del mismo artículo. En este sentido considera que la exclusión del contenido del art. 390.1.4º a conductas llevadas a cabo por particulares, se debe extender al resto de los números del mismo artículo que tipificarían también falsedades ideológicas. Así (p. 68): “Carecería de todo sentido político criminal que se diera a ciertas falsedades ideológicas cometidas por un particular un trato y a otras, sustancialmente iguales, uno completamente contrario.”

²⁵ La Ley Concursal (Ley 22/2003 de 22 de julio), establece un procedimiento único para todos los casos de insolvencia (“concurso”). Si el deudor es insolvente a tal punto de no estar capacitado para cumplir con sus obligaciones es procedente la declaración de concurso (art. 2.1 y 2.2 LC). Ésta se presenta ante el juez de lo mercantil (art. 8 LC). La solicitud puede realizarla tanto el deudor (concurso voluntario) como cualquiera de sus acreedores (concurso necesario) (arts. 3.1 y 22 LC). Si la solicitud es realizada por el propio deudor, la ley le obliga a presentar documentos y datos contables que soporten la insolvencia alegada (art. 6 LC). Si el juez considera acreditado el estado de insolvencia y el deudor emplazado se allana a la pretensión del solicitante o no formula oposición en el plazo previsto en la Ley, dictará auto declarando el concurso (arts. 13 ss. LC). El deudor está facultado para oponerse a la declaración del concurso (art. 18 LC). Puede alegar la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud (hecho negativo) o si el hecho alegado existiese, debe argüir que no se encuentra en estado de insolvencia. Según las reglas de la carga de la prueba, correspondería al deudor (en el segundo supuesto) demostrar su solvencia (art. 18.2 LC). Si el deudor efectivamente se opone al concurso, el juez convocará a ambas partes a una vista (art. 19 LC) en la que se practicarán todos los medios de prueba que sean posibles de evacuar en ese mismo acto y sobre la base de todos estos datos, dentro de los 3 días siguientes a la vista, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud (art. 20 LC). Al respecto, cfr. GONZÁLEZ RUS, “Falseamiento”, p. 487 ss. En virtud de lo antes expuesto el “espacio típico” del art. 261 CP estaría, según doctrina mayoritaria entre la solicitud del deudor y la declaración judicial de concurso (Cfr., por todos GARCÍA RIVAS, “Insolvencias punibles”, p. 391 ss. En contra, GONZÁLEZ CUSSAC, “(art. 261 CP)”, pp. 173-203 (191 ss.).

²⁶ Así, por muchos, GONZÁLEZ RUS, “Falseamiento”, p. 489 ss.

²⁷ Cfr. GARCÍA RIVAS, “Insolvencias punibles”, p. 393 ss., entre otros.

²⁸ Como es sabido, el tipo penal del art. 261 CP se encuentra fuera del ámbito de los conocidos como delitos de dominio del hecho o de organización y por el contrario pertenece al campo minoritario de los denominados delitos de infracción de deber. Según establece la teoría, no tiene relevancia que el autor

mayor parte de la doctrina descarta la tipicidad de la alternativa omisiva (comisión por omisión). Ello debido a que este tipo penal tiene la particularidad de especificar que la infracción del deber de veracidad exigido se realice de una forma determinada, esto es única y exclusivamente a través de la *presentación* de los documentos falsos al juicio.²⁹ Así, el criterio predominante considera que es atípica la conducta del deudor que se allana ante la solicitud del acreedor que cree erróneamente que existe una situación de insolvencia cuando no es así.³⁰

Tampoco se ha tipificado la omisión del deber del deudor de solicitar la quiebra (contenido en el art. 5 LC), contrariando así la opinión de autores como NIETO MARTÍN³¹, que propugnan una regulación semejante a la establecida en ordenamientos como el alemán, el cual contiene delitos como la violación del deber de declarar pérdidas en una sociedad de responsabilidad limitada, mediante el cual se castiga al director o gerente que omite notificar pérdidas a los socios cuándo éstas sean iguales o superiores a la mitad del capital social de la empresa (§ 84.1 GmbHG).³² Asimismo, el § 401 (1) AktG contiene el tipo equivalente para el supuesto de las sociedades anónimas. Esta disposición, además de tipificar la omisión de notificar la pérdida del capital social, castiga la omisión de los miembros de la junta directiva de solicitar el concurso en caso de sobreendeudamiento o incapacidad de pago.³³

tenga aquí el dominio del hecho descrito en el tipo penal sino que incumpla el deber de veracidad que por vía institucional le ha sido impuesto. Como el fundamento de la responsabilidad penal en los delitos de infracción de deber es el incumplimiento de un deber extrapenal y no la descripción precisa de una conducta punible, la distinción entre acción y omisión es irrelevante. Respecto de la problemática respecto de los delitos de infracción de deber, por todos cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 27 ss., 37 ss.

²⁹ Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, “(art. 261 CP)”, pp. 173-203 (193 ss.). En contra, QUINTERO OLIVARES, “Artículo 261”, p. 748 (aunque no entra en mayores consideraciones al respecto).

³⁰ Así, GONZÁLEZ RUS, “Falseamiento”, p. 490 y GARCÍA RIVAS, “Insolvencias punibles”, p. 393.

³¹ NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, pp. 24 y 25. También, CUGAT MAURI, “Artículo 261”, p. 905 ss.

³² La norma en cuestión establece: **§ 84 Verletzung der Verlustanzeigepflicht.** „(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es als Geschäftsführer unterläßt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen.“ Al respecto, vid. TIEDEMANN, *GmbH-StK*, § 84, p. 146 ss., n.m. 1 ss.

³³ **§ 401 Pflichtverletzung bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit.** „(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es

1. als Mitglied des Vorstands entgegen § 92 Abs. 1 unterläßt, bei einem Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals die Hauptversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen, oder
2. als Mitglied des Vorstands entgegen § 92 Abs. 2 oder als Abwickler entgegen § 268 Abs. 2 Satz 1 unterläßt, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.“ Al respecto, vid. SCHAAL, *Erbs/Kohlhaas StNG*, t. 1, § 401 AktG, A116, n.m. 1 ss., p. 163 ss.

b) *De lege ferenda*: tipo autónomo de fraude procesal

1. Introducción

Más allá de las distintas soluciones que el legislador español ha dispuesto para sancionar penalmente al fraude procesal, existe un reducido sector de la doctrina de este país que (sin entrar en mayores detalles) se muestra favorable a la introducción de un tipo autónomo que sancione concretamente la conducta fraudulenta de las partes procesales. Así, por ejemplo, algunos reclaman una regulación autónoma para la estafa procesal similar a la establecida para las denominadas estafas *impropias*, con el objeto de que, según su opinión, exista un tratamiento adecuado a la doble dimensión de injusto (patrimonio/Administración de Justicia) que caracteriza a estas conductas.³⁴

Pese a su poca repercusión, este criterio sirvió de base a los redactores del anteproyecto CP 2006 que, como hemos señalado, propusieron una regulación autónoma, redactada en forma idéntica a la vigente pero fuera del art. 250.1 CP e incluida como un supuesto adicional a las tres figuras autónomas de la estafa que están contempladas en el art. 248.2 CP.³⁵

La desestimación de esta propuesta y el consecuente mantenimiento de la norma en su ubicación sistemática original generó, naturalmente, críticas desde este sector de la doctrina. Según esta opinión, el legislador persiste en el error de identificar como un subtipo agravado una definición que merece un artículo aparte.³⁶ Ciertamente, la novísima redacción del tipo cualificado de estafa procesal se caracteriza por estar mucho mejor estructurada y ello pareciera hacerla tendente a una cierta autonomía. No obstante, si la comparamos con la regulación anterior, la norma que sí tiende a la autonomía respecto del tipo de estafa es precisamente la que está derogada (art. 250.1.2º CP 1995), principalmente por su imprecisión.³⁷ Una redacción típica externa al art. 250.1 que dijese por ejemplo: “será castigado con la pena de prisión de 1 a 6 años quien realice una simulación de pleito o emplee otro fraude procesal”, sería a todas luces un tipo penal que ni siquiera podría calificarse como una derivación típica

³⁴ QUINTERO OLIVARES, “Artículo 250”, p. 683 ss.; el mismo, *RDPP* (3), 2000, p. 45 ss. (p. 58 ss.).

³⁵ El art. 248.2 CP castiga como figuras autónomas la estafa informática, la estafa mediante utilización de tarjeta de crédito, débito, cheque de viaje o los datos obrantes en ellos y la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de estafas, respectivamente. Al respecto con más detalle, vid. *supra* I.1.C).d).1.

³⁶ QUINTERO OLIVARES, “Artículo 250”, p. 683 ss.

³⁷ Vid. las críticas al respecto en *supra* I.1.C).a).2.iii.

autónoma de la estafa. Estaríamos en presencia de un delito contra la Administración de Justicia. En cambio, la disposición vigente en razón de su especificidad se acopla a la perfección al tipo básico de estafa, no tanto por el señalamiento expreso que hace de las modalidades de comisión y del sujeto pasivo del engaño, sino, sobre todo, por el orden de los elementos típicos que sigue su formulación y la alusión expresa al perjuicio patrimonial como consecuencia directa de la resolución judicial errónea.

Por lo tanto, independientemente de dónde se encuentre la norma en cuestión, su estructura típica la vincula indefectiblemente al tipo de estafa. Es un delito de organización³⁸: el fraude procesal no es punible en sí mismo, sino que debe trascender un amplio espacio, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, "...de libre organización permitida..."³⁹, que permita la consecución del resto de los elementos típicos: el error judicial y, sobre todo, la consecuente resolución perjudicial en el patrimonio de una de las partes o de un tercero.

En la doctrina alemana las propuestas a favor de un tipo autónomo de fraude procesal tampoco trascendieron. No obstante, como hemos mencionado, el movimiento anti-liberal o *autoritario* que jugó un papel determinante en las reformas a las que fue sometido el proceso civil alemán durante finales del s. XIX y hasta el período de entreguerras generó también en el ámbito penal un debate interesante y de poca repercusión debate en torno a la cuestión de si debía sancionarse penalmente la "mentira procesal".⁴⁰ Dentro de este contexto, el principal argumento a favor de una tipificación semejante era que la protección de la Administración de Justicia debía tener un carácter preeminente y, en este sentido, preocupaba a estos autores encontrar una sanción a conductas fraudulentas que no podían incluirse en el tipo de estafa (§ 263 StGB).⁴¹

³⁸ También denominados delitos en virtud de una organización, en la terminología de JAKOBS, *PG*, § 7, nn.mm. 56 y 57, 68, 70, 71 y *passim*. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 37 ss. Expresamente acerca de la estafa como delito de organización, SILVA SÁNCHEZ, "Las inveracidades", p. 98 ss. (p. 106). Con más detalle, vid. *infra* aparte siguiente *d*).

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, "Las inveracidades", p. 106.

⁴⁰ Respecto de las reformas procesales llevadas a cabo en Alemania, vid. *supra* I.1.B.a).

⁴¹ Así, BINDING, *DJZ*, 1909, pp. 161-167 (163 ss.) y *Lehrbuch*, t. I, pp. 350 ss. (n.p. 2). También, DAHM, „28. Betrug“, pp. 458-473 (471 ss.); WOLF, *JW*, 1938, pp. 1921-1923 (1923), entre otros. Posterior a 1945, en parecidos términos, LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 37 ss. y WEIMAR, *MDR*, 1963, pp. 189, 190, defienden la promulgación de un tipo autónomo. Recientemente, PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 213 ss. hace una decidida defensa a favor de la promulgación de un tipo autónomo. Sobre el particular vid. JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 168 ss.

A continuación se exponen (sin seguir un orden estrictamente cronológico) las distintas concepciones que surgieron. Se parte de posiciones más extremas para terminar con aquellas que son menos *invasivas* de principios procesales.

2. Delito de infracción de deber

Así, en primer lugar, autores como BINDING (que describía a sus detractores “liberales” como representantes de lo que denominaba „*manchesterlicher Lässigkeit*“⁴²) y, posteriormente, juristas ligados al nacionalsocialismo defendieron la tipificación de las consecuencias penales de la vulneración del deber general de veracidad procesal (§ 138 I ZPO⁴³) por medio de un tipo penal autónomo que se denominaría “abuso de los órganos de la Administración de Justicia a través de la violación del deber de verdad procesal civil” („*Mißbrauch der Rechtspflegeorgane durch Verletzung der zivilprozessualen Wahrheitspflicht*“).⁴⁴

El problema de una tipificación semejante salta a la vista: implica de una afectación de la estructura misma del proceso civil. No podemos olvidar que la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil se materializa generalmente en un contexto dialéctico (principio del contradictorio procedimental). Ambas partes tienen la facultad/carga de aportar al proceso versiones contrapuestas de un mismo hecho⁴⁵ y, por lo tanto, tienen la potestad, en principio, de alegar únicamente aquello que favorezca a sus intereses sin tener que hacer mención de aquello que le perjudique.⁴⁶

⁴² BINDING, *DJZ*, 1909, pp. 161-167 (166). Sin embargo, fuera del contexto del denominado *civil law*, la expresión es poco feliz. En los sistemas procesales de los países del *common law* el engaño consciente de las partes al juez o al tribunal es absolutamente punible incluso con mayor rigor que en nuestro entorno. En este sentido, piénsese por ejemplo en los delitos (*offences*) denominados *contempt of Court* (desacato) y/o *attempting to pervert the course of Justice*, tipificados desde hace siglos en el *common law* británico (aunque el *contempt* ha sido corregido y limitado por el *statutory law* a través de la *Contempt of Court Act de 1981*) (vid. *infra B.c*)).

⁴³ Como hemos mencionado (vid. *supra*), esta norma obliga a las partes a exponer sus afirmaciones de hecho de forma exhaustiva y conforme a la verdad.

⁴⁴ Cfr. BINDING, *DJZ* (3), 1909, pp. 161-167 (162 ss.), DAHM, „28. Betrug“, pp. 458-473 (472) o WOLF, *JW*, 1938, pp. 1921-1923. Dice por ejemplo BINDING, *Op. Cit.* (pp. 162, 163): „*Ein auf lugnerische Klage begründeter Zivilprozeß kann doch für die Gerichtsbehörden eine noch viel schwerere Belastung und für den armen Beklagten unter Umständen eine noch viel härtere Qual sein als ein auf falscher Anklage begründeter Strafprozeß. Das Interesse des Staates wie des Beklagten ist in beiden Fällen wesentlich das gleiche.*“ Un resumen de estas consideraciones puede encontrarse en PIECH, *Der prozeßbetrug*, p. 209 ss.

⁴⁵ Cfr., por muchos, GIMENO SENDRA, *Introducción*, p. 271 ss.

⁴⁶ Por muchos, PICÓ I JUNOY, *El principio*, p. 146 ss.

Por ello, si partimos de la conocida distinción entre delitos de organización y delitos de infracción de deber⁴⁷, la introducción de un tipo penal que sancione la

⁴⁷ Como es sabido, la distinción es una propuesta de ROXIN, *Autoría y dominio*, § 34, p. 385 ss. También hace alusión a la problemática en, el mismo, *Política criminal*, p. 61 ss (aunque alude a los delitos de dominio del hecho (*Tatherrschaftsdelikte*) como delitos de acción o delitos manuales (*Handlungsdelikte*)). Así, los delitos de dominio del hecho son aquellos descritos en la ley penal de la forma más precisa posible. Por ejemplo en el tipo penal del art. 248.1, se expresan una serie de sucesos concatenados que procuran describir de la mejor manera posible la forma como un estafador actuaría para poder ser sujeto de una sanción penal. En este sentido, solo será autor del delito de estafa quien tenga el dominio del hecho descrito en el tipo penal. El problema surge, en principio, cuando se intenta aplicar el concepto a la autoría del *extraneus* en los delitos especiales. Es el caso del Ministro de Justicia que ordena a un juez (por medio de amenazas de influir en una eventual destitución) decidir injustamente en una causa criminal. El ministro actúa a través de un juez que usa como instrumento, por lo tanto, tiene el dominio del supuesto de hecho coincidente con lo descrito en el art. 446.1° CP. Como la norma en cuestión exige expresamente que el autor de este delito tiene que ser un Juez o un Magistrado, el Ministro, aun a pesar de tener el dominio del hecho no puede ser autor del mencionado tipo penal porque se violenta al principio de legalidad. Ante la evidencia de que el concepto de dominio del hecho no puede aplicarse a todos los casos, a partir del planteamiento de ROXIN surge una categoría de tipos penales minoritaria en la que el dominio del hecho es irrelevante, sólo importa que el autor del hecho incumpla un deber extrapenal que le obliga a actuar de una forma determinada y que le ha sido impuesto por la posición especial que ostenta en la sociedad, por ej. el Juez o Magistrado en el delito de prevaricación judicial. Son los denominados delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*). Una importante consecuencia de esta concepción consiste en que, precisamente, si la base de responsabilidad penal es la vulneración de un deber extrapenal específico, poco importa si el deber se violenta por acción o por omisión. ROXIN utiliza el ejemplo del funcionario de prisiones que colabora en la fuga de un preso. Su deber funcional de custodia puede incumplirlo al abrir las puertas de la prisión (acción) o simplemente con no cerrar las puertas que estaban abiertas (omisión) (Sobre esto último, Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio*, § 37, p. 498 ss.; ROXIN, *Política criminal*, p. 62 ss.). Este criterio es prácticamente indiscutido inclusive por autores que niegan la teoría del delito de infracción del deber (así, por ejemplo, STRATENWERTH, *PG*, § 13, n.m. 12 ss.; n.m. 10 ss. de la última ed. alemana). Más resistencias ha encontrado la segunda conclusión del análisis de ROXIN: que los delitos de dominio en comisión por omisión son también delitos de infracción de deber (*Vid., Op. Cit.*). Corresponde por su parte a JAKOBS el desarrollo ulterior de estos conceptos. Utiliza una clasificación similar a la de ROXIN y, por lo tanto, distingue también entre delitos de dominio (que denomina delitos de organización o en virtud de una organización) y delitos de infracción de deber (que también denomina delitos en virtud de una relación institucional). Sin embargo, en JAKOBS esta distinción deja de ser únicamente una regla de determinación de la autoría y las dos categorías pasan a ser fundamentos de la imputación jurídico-penal. Sostiene que la posibilidad de que las personas puedan organizar el ámbito que las rodea y la circunstancia de que vivan en un mundo ya organizado por medio de instituciones da lugar a dos tipos de ámbitos normativos: por una parte, el de la expectativa de autoorganización del propio ámbito de cada persona con el fin de lograr una efectiva separación de los ámbitos de organización del resto de las personas y así evitar que unos afecten a los otros. La decepción de esta expectativa organizativa, o lo que es lo mismo la expansión del ámbito de organización en perjuicio de otras personas ocasiona los delitos de dominio o delitos en virtud de responsabilidad por organización. Por otra parte, el segundo grupo de normas deriva de la necesidad de que las instituciones que “organizan al mundo” (por ejemplo, las relaciones paterno-filiales) funcionen correctamente, esto es que haya armonía entre éstas y los ámbitos de organización individuales. Si se decepciona esta expectativa, estamos ante un delito de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) o delitos en virtud de una responsabilidad institucional (*Delikte kraft institutioneller Zuständigkeit*). En este sentido, el autor de un delito de infracción de deber ocupa un lugar (un estatus) en la sociedad que le obliga a proteger una determinada institución (por ejemplo, el padre respecto de los hijos en las relaciones paterno-filiales). El deber surge de la posición *institucional* que ocupa y no del deber general de no lesionar a otros (*alterum non laedere*) como ocurre en los delitos de organización (Cfr., JAKOBS, *PG*, § 1, n.m. 7. Respecto de los delitos de organización, vid. el mismo, *PG*, § 7, n.m. 56 ss.; § 21, n.m. 16 ss.; § 28, n.m. 14 ss.; § 29, n.m. 29 ss. Respecto de los delitos de infracción de deber, vid. el mismo, *PG*, § 7, n.m. 70 ss.; § 21, n.m. 115 ss.; § 25, n.m. 43 ss.; § 28, n.m. 15 ss.). Asimismo, este autor se da a la tarea

infracción del *deber general de decir la verdad en el proceso*⁴⁸ constituiría la puerta de entrada a la obligada sanción penal de la omisión de las partes con efectos fraudulentos, ya que la relación entre autor y bien jurídico dejaría de estar basada en el comportamiento descrito en el tipo penal, como es el caso de la estafa.⁴⁹ Por el contrario, el vínculo sería preexistente a la conducta de la parte engañosa y, por lo tanto, la tipicidad del engaño de la parte podría desplegarse sin problemas tanto en acciones como en omisiones⁵⁰ siempre y cuando se incumpla con el deber extrapenal que la relaciona con el bien jurídico *institucional* (que en este caso sería la Administración de Justicia).⁵¹

En este sentido, el conflicto con el principio dispositivo surgiría en caso de que se exigiese exhaustividad a las partes procesales con el objeto de proteger a la Administración de Justicia.⁵² Para la naturaleza intrínsecamente dispositiva y

de enumerar las que él considera son las instituciones generadoras de deberes jurídico-penales y hace una serie de consideraciones acerca de cada una de éstas. Básicamente las reduce a los siguientes grupos: la relación paterno-filial, el matrimonio (que luego excluye "...desde que el matrimonio con aprobación del Derecho es entendido como un lazo resoluble...", Cfr., el mismo, *La imputación*, p. 56 ss., especialmente nota al pie núm. 76, e incluye nuevamente con la salvedad de que sea el matrimonio "no solo entendido desde el punto de vista formal", así, el mismo, *System*, p. 84), la confianza especial, los deberes de los poderes del estado, la especial preocupación policial por la seguridad elemental y la vinculación de la administración y de la jurisdicción (administración de Justicia) a la Ley como fundamento de todo estado de derecho (Cfr. el mismo, *PG*, § 29, n.m. 57 ss.; El mismo, *System*, p. 84. En la doctrina penal de habla hispana, entre muchos otros, los trabajos de ROBLES PLANAS, in *Dret* (4), 2013, pp. 1-21 (3 ss.); SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 27 ss., 37 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 480 (especialmente, n.p. 26); BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación*, p. 53 ss.; CARO-JOHN, *ADPw*, 2003, p. 54 ss. Respecto de las excepciones al modelo de la estafa con base en la infracción de deberes específicos de verdad Cfr., SILVA SÁNCHEZ, "Las inveracidades", p. 79 ss. (p. 81).

⁴⁸ Esto constituiría una vuelta al *falsum* en el ámbito del proceso. Como es sabido, cuando la ciencia del Derecho a partir del s. XIX comienza el análisis de los tipos penales por medio del prisma del Estado de Derecho, se presta especial atención al *falsum*, la figura genérica que castigaba la mentira y que posteriormente derivó en tipos penales como las falsedades y la estafa. Al respecto, entre otros, JAKOBS, *Falsedad*, p. 31 ss. y LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 33.

⁴⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción*, p. 38; SILVA SÁNCHEZ, "Las inveracidades", p. 98 ss. (p. 106).

⁵⁰ PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 220 ss. Admite la omisión en su propuesta *de lege ferenda*: el tipo autónomo de afirmación falsaria de parte.

⁵¹ En este sentido, JAKOBS, *PG*, § 7, n.m. 57, p. 259, dice que "Tanto en la comisión como en la omisión, en caso de falta de incumbencia de la organización puede existir desde luego responsabilidad, a saber, a causa de un deber de dedicación solidaria (...)". También, n.m. 70, p. 267: "En los delitos de infracción de deber no se suele distinguir entre comisión y omisión. Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional (...) son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional. Ejemplo: El director de un orfanato, sin consideración al género de su contribución, o incluso sin contribución alguna (esto es, por omisión), es responsable como autor si los niños sufren daños en la salud por la pésima calidad de la comida (§ 223b StGB)."

⁵² Dice BRINKMANN, *Die Neuaufrichtung*, p. 80 ss., que la introducción en el sistema procesal de lo que él denomina un deber procesal de verdad material (§ 138 I ZPO) afecta considerablemente al principio dispositivo. Ello redundaría claramente a favor de la concepción profundamente antiliberal de este autor y su época en el contexto de la Alemania nacionalsocialista. Consecuentemente, (p. 88 ss.) sostiene que el deber de verdad material incluye además un deber jurídico de exhaustividad y aclaración procesal que

contradictoria del proceso sería inadmisibles que las partes tuvieran la obligación (so pena de sanción penal) de alegar todos los hechos de los que tengan conocimiento (incluso aquellos que vayan en contra de sus propios intereses) y de aportar en apoyo de éstos todas las pruebas a las que puedan acceder, incluso si esta conducta va en su propio detrimento.⁵³ En este sentido, por mor del principio procedimental contradictorio, nadie está obligado en el proceso civil a ayudar a su contraparte a obtener una sentencia favorable a sus pretensiones.⁵⁴ El carácter predominantemente autoorganizativo del proceso civil se vería severamente afectado por una intromisión externa al sistema procesal que lo convertiría en algo muy distinto al instrumento específicamente destinado a la resolución de conflictos entre intereses privados⁵⁵ que hoy conocemos.⁵⁶ En otras

permite la sanción penal por medio del tipo de estafa (§ 263 StGB) de la comisión por omisión. Huelga decir que el § 138 I ZPO aun se mantiene en el Derecho procesal civil alemán, pero su contenido ha sido reducido por la doctrina procesal para que no afecte al principio dispositivo. Se habla en la actualidad de un deber de veracidad o de verdad subjetiva en el proceso, nunca de un deber de verdad material. Para la doctrina mayoritaria tampoco es sostenible un deber jurídico general de aclaración (*Aufklärungspflicht*) de las partes con base en el párrafo en cuestión. Asimismo, no se prevé sanción alguna (procesal o penal) a su vulneración (al respecto, Cfr. STADLER, *Musielak-ZPO*, § 138, n.m. 2 ss.). Por su parte la existencia de la estafa procesal en comisión por omisión es mayoritariamente rechazada, precisamente porque no puede sostenerse que exista en el proceso civil una posición de garante basada en deberes *inter partes* con consecuencias jurídico-penales (al respecto, por todos, KRELL, *JR* (3), 2012, pp. 102-109 (p. 104). En detalle, vid. *infra* II.2).

⁵³ Al respecto, CHIOVENDA, *Principios t. II*, p. 206 ss. y GOLDSCHMIDT, *Derecho I*, p. 164 ss., sostienen que a diferencia de los sistemas procesales modernos donde por regla general rige el principio dispositivo, en los procesos antiguos (específicamente el proceso romano y el proceso germánico, hasta la *Jüngster Reichsabschied* de 1654) el demandado tenía el deber de comparecer al proceso y constituirse en parte. Existía la idea de que el proceso no podía iniciarse sin la presencia del demandado debido a la función primordial de pacificación social que a éste se atribuía. No podía instituirse la paz social sin la presencia de los sujetos en conflicto.

⁵⁴ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 109, n.m. 8 ss., p. 611 ss.

⁵⁵ Por todos, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 308 ss.

⁵⁶ Concluiría un acercamiento al modelo descrito por DAMAŠKA, *Las caras de la justicia*, p. 253 ss. (p. 262 ss.) de proceso judicial implementador de políticas. Como ya mencionamos, este autor expone que el modelo de Estado que denomina *auténticamente activista* está contrapuesto al *Estado reactivo* o liberal (y por ende a sus sistemas procesales de resolución de conflictos) (Cfr., respecto de los dos modelos, p. 125 ss.). En efecto, si se impone a las partes la obligación de aportar toda la información que tengan sobre el objeto del litigio se les sustraería del carácter de tal y se convertirían en "...principales participantes en un proceso..." (p. 263) por el simple hecho de que carecerían de "...poder autónomo para dar forma al procedimiento..." (p. 262). Por ende, su relevancia en el proceso se reduciría a la de meras fuentes de información. Al respecto expone (p. 283): "El deber de cooperar incluye (...), el deber de revelar documentos y otras pruebas materiales a los funcionarios a cargo del proceso. Atenazados por el deseo del Estado de controlar la vida social, en la determinación de los hechos los responsables de ello pueden penetrar el mundo privado con relativa facilidad. Pero en este sentido es más importante el deber de la parte de someterse al proceso de interrogatorio y presentar pruebas testimoniales. Ausentes del proceso de implementación de políticas no sólo están los escrúpulos ideológicos contra transformar a la parte en testigo (es decir, fuertes concepciones de autonomía personal), sino también los diversos impedimentos estructurales a esa conversión generada por un proceso dedicado a la resolución de disputas. Sin tener nunca el control completo de las acciones procesales, ni ser nunca objeto soberano a cargo de sus intereses procesales, la parte puede ser fácilmente convertida en objeto de la acción procesal, es decir, en fuente informativa" (el subrayado es mío).

palabras, se limitarían significativamente las posibilidades de actuación de los justiciables en un ámbito que necesariamente debe ofrecer amplios espacios de libertad individual.⁵⁷

3. El modelo de tipificación autónoma en los proyectos de reforma del StGB
 - i La falsedad y la ocultación de medios de prueba

Por otra parte, con una tendencia más derivada del delito de falsedad que del tipo penal de estafa, a partir del proyecto de Código Penal alemán de 1922 y hasta el año 1938, se pretendió infructuosamente introducir tipos penales de mera actividad como la *falsedad de medios de prueba* (*Fälschung von Beweismitteln*) y la *ocultación de medios de prueba* (*Unterdrückung von Beweismitteln*).⁵⁸ Los tipos penales propuestos castigaban con pena corporal la aportación al proceso de medios de prueba falsos y la ocultación al tribunal (durante el litigio) de medios probatorios verdaderos.⁵⁹

⁵⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 147 ss., admite que el legislador puede no considerar necesario recurrir a tipificar infracciones de deberes (p. 148) “...como es lógico y natural por razones de política criminal.” En este sentido, dice PHILIPSBORN, „Wahrheitspflicht“, p. 206, que la criminalización del engaño procesal es perjudicial para el proceso civil. Fungiría como una espada de damocles que entorpecería la correcta Administración de justicia al impedir que las partes hagan valer sus intereses legítimos ante los tribunales civiles. Se legitima al juez penal para imponer sanciones en el proceso lo cual constituye una intervención de máximas inquisitivas en el proceso civil. El argumento coincide con lo sostenido en líneas generales respecto de los límites de la intervención penal, que para la tipificación penal exige respeto a las garantías constitucionales, además de la lesividad del hecho y la imputación al sujeto. En este sentido, HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 68 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 78 ss. SILVA SÁNCHEZ, “Prólogo”, p. 13; el mismo, *Aproximación*, p. 453 ss. También VON HIRSCH, “El concepto”, p. 39 ss., desde el principio del daño (*harm principle*) como base legitimadora de las normas penales. El *harm principle* es la versión angloamericana del *neminem laedere*: se justifica la institución de una norma penal cuando mediante ello se evitan los daños a terceros. Asimismo SEHER, “La legitimación”, p. 80 ss.; el mismo, *Liberalismus und Strafe*, pp. 53 ss.; 99 ss. Estos dos últimos autores hallan fundamento en las concepciones de FEINBERG, *The moral limits (I)*, pp. 2 ss., 109 ss., 187 ss.

⁵⁸ PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 206 ss.

⁵⁹ Estaban incluidos todos los medios de prueba a excepción de la declaración de parte, la prueba documental y el sello de fe pública. Al respecto, PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 206 ss. Por ejemplo, los §§ 193 y 194 del Proyecto de StGB de 1930 establecían: „§ 193. **Fälschung von Beweismitteln.** (1) *Wer, abgesehen von den Fällen der Urkundenfälschung und der Fälschung öffentlicher Beglaubigungszeichen, ein Beweismittel in der Absicht fälscht oder verfälscht, dass davon in einem Rechtsverfahren vor einer Behörde oder vor einem Schiedsgericht Gebrauch gemacht werde, oder von einem falschen oder verfälschten Beweismittel in einem Rechtsverfahren vor einer Behörde oder vor einem Schiedsgericht Gebrauch macht, wird mit Gefängnis bestraft.* (2) *Betrifft die Fälschung nur einen Umstand, der für die Sache ohne Bedeutung ist, so ist die Tat nicht strafbar.*“

„§ 194. **Unterdrückung von Beweismitteln.** (1) *Wer, abgesehen von den Fällen der Urkundenunterdrückung, ein Beweismittel, das zur Verwendung in einem Rechtsverfahren vor einer Behörde oder einem Schiedsgericht bestimmt ist und über das er nicht allein verfügen darf, in der Absicht vernichtet, beschädigt, beseitigt oder unterdrückt, zu verhindern, dass davon in dem Verfahren Gebrauch gemacht werde, wird mit Gefängnis bestraft.* (2) *Betrifft das unterdrückte Beweismittel nur einen*

La *falsedad de medios de prueba* respondía a la misma dinámica de los tipos penales contenidos en los arts. 393, 396 y 461.1 CP a los que hemos hecho ya referencia.⁶⁰ Con la *ocultación* entramos nuevamente en el debate en torno a si puede imponerse, bajo amenaza de sanción penal, la obligación a las partes de aportar pruebas desfavorables de su pretensión.⁶¹ La introducción de un tipo semejante en la legislación penal española implicaría una vulneración de la estructura del proceso civil, fundado (como dijimos) en la autonomía de la voluntad ya que implicaría la introducción *extraprocesal* de un deber de exhaustividad o esclarecimiento probatorio (*Aufklärungspflicht*). Esto es, la obligación de no omitir pruebas desfavorables a sus pretensiones o, lo que en líneas generales es lo mismo: aportar al proceso pruebas sin tener la carga de hacerlo.⁶²

En este orden de ideas, como es sabido, el principio dispositivo y el contradictorio procedimental exigen que la incorporación de la prueba al proceso se haga a través de las reglas de distribución de la carga de la prueba (art. 216.2.3 LEC). Según éstas, a cada parte corresponde probar sus respectivas afirmaciones de hecho *sin que exista la obligación de esclarecer las cuestiones alegadas por el adversario*.⁶³

ii La subrepción de funcionario público

Asimismo, una norma con un ámbito de aplicación mucho más amplio fue incluida en distintos proyectos de reforma del Código Penal alemán presentados entre 1933 y 1936. En efecto, el § 144 de la primera lectura del proyecto (1933/34) establecía también un delito de peligro denominado “subrepción de

Umstand, der für die Sache ohne Bedeutung ist, so ist die Tat nicht strafbar.“ (en *Materialien*, t. 15, p. 135).

⁶⁰ Vid. *supra* I.2.A).b).

⁶¹ vid. *supra*.

⁶² Respecto del deber de veracidad y exhaustividad procesal previsto en el § 138 I ZPO, vid. *infra* II.2.D).a).5.iii.b.2.2.

⁶³ Por todos, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 420 ss. También, NIEVA FENOLL, *RDPPr* (3-4), 2011, pp. 91-120 (96-103). Existen no obstante, excepciones a esta regla general. Así por ejemplo, el denominado criterio judicial de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC). A través de esta norma se introduce un criterio de solidaridad intersubjetiva para garantizar la igualdad de las partes en el proceso: se puede invertir la carga de la prueba en el supuesto de que la parte que no tiene la carga de probar un determinado hecho tenga mejor acceso que su contraparte a una prueba determinada. Al respecto, entre otros, GIMENO SENDRA, *Op. Cit.*, p. 426 ss.; PICÓ I JUNOY, *El principio*, p. 173 ss.; NIEVA FENOLL, *RDPPr* (3-4), 2011, pp. 91-120 (108 ss.).

funcionario público” (*Erschleichung von Amtshandlungen*). La figura delictiva castigaba con pena corporal a quien engañase a un funcionario público de tal forma que le hiciera incurrir en error (y, por consiguiente, en un acto de autoridad erróneo o de tolerancia indebida de una determinada conducta u omisión).^{64,65}

En años posteriores la discusión sobre los bienes jurídicos afectados por medio de estas conductas (*patrimonio-Administración de Justicia* o viceversa) siguió ocupando a un sector muy reducido de la doctrina penal alemana. LENCKNER, por ejemplo, propone de *lege ferenda* la introducción de la *subrepción*. Afirma que en virtud del ámbito de aplicación de esta figura (concebida para proteger al poder público o a la Administración pública en general y no a la Administración de Justicia en particular) el fraude en el proceso jurisdiccional constituiría un *sub-caso* (*Unterfall*) perfectamente subsumible en este tipo penal. Justifica su argumento haciendo una comparación con el amplísimo delito del Derecho penal británico denominado *Contempt of Court*.^{66,67}

⁶⁴ LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 31 ss.; PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 207 ss. El tipo penal propuesto era del tenor siguiente: „*Wer eigenen oder fremden Vorteils wegen einen Amtsträger oder eine Behörde durch arglistige Täuschung oder durch arglistiges Verschweigen zu einer amtlichen Handlung, Duldung oder Unterlassung bestimmt, wird, soweit die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, mit Gefangnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft.*“

⁶⁵ El Código Penal colombiano contempla un tipo penal análogo. Se trata del delito de *fraude procesal*, previsto y sancionado en el art. 182: “*El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.*”

⁶⁶ LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 38 ss.

⁶⁷ Los sistemas penales del *common law* ofrecen distintos ejemplos de tipos penales similares al mencionado *Erschleichung von Amtshandlungen* e incluso de otros que protegen concretamente a la Administración de justicia. Dos ejemplos ilustrativos lo constituyen el arriba nombrado *Contempt of Court* (castigado con una pena máxima de 2 años de prisión) y, por otra parte, el delito de *attempting to pervert the course of Justice* (no existe un límite legal de castigo máximo, aunque el promedio en la condena varía de 4 a 36 meses de prisión). Ambas *Offences* están tipificadas desde hace siglos en el *common law* británico (aunque el *contempt* ha sido corregido y limitado por el *statutory law* a través de la *Contempt of Court Act* de 1981).

Guardando las distancias con el sistema jurídico europeo continental (ya que ambos delitos, siguiendo la característica común a los tipos penales tipificados por medio de la tradición jurisprudencial propia de esos países –*common law*, en contraposición al *statutory law*- abarcan una gran cantidad de supuestos), estas dos figuras guardan estrecha similitud en determinados casos con los tipos penales descritos en los proyectos legales citados *ut supra*. Por ejemplo se considera *contempt of court* impedir el acceso a un testigo para que rinda declaración u ofrecer sobornos a un testigo para que modifique su declaración. Asimismo, se considera *attempting to pervert the course of justice* la conducta consistente en destruir documentos que serán utilizados como pruebas durante el juicio o la elaboración de pruebas falsas con el propósito de engañar a un órgano de la Administración de justicia. Al respecto, vid. CARD, CROSS & JONES, *Criminal Law*, 14.^a ed., pp. 397 ss. y 404 ss. (en la última edición de esta obra -19.^a, 2010- ha sido

4. Delito de organización

Por su parte, las propuestas que más se acercan a la estructura de la estafa y, por consiguiente, al tipo agravado de estafa procesal contenido en el art. 250.1.7° CP son principalmente dos. La primera, formulada en 1937 por GRÜNHUT⁶⁸, uno de los detractores de la estafa procesal con mejores fundamentos⁶⁹ y la segunda, formulada hace pocos años (1998) por PIECH, quien, preocupada por la impunidad del fraude procesal en procesos con objeto no patrimonial, propone una tipificación complementaria.⁷⁰

Como hemos mencionado, GRÜNHUT no puede concebir la instrumentalización del juez en la comisión de la estafa (§ 263).⁷¹ Según su opinión, en estas conductas prima el ataque a la Administración de Justicia y ello merece una tipificación aparte. Propone la introducción de un delito de medios determinados cuya consumación (como en el caso español) se materialice con la emisión de una resolución judicial. La figura en cuestión castigaría (con excepción de la colusión de partes⁷²) a todo aquél que en un procedimiento jurisdiccional -por medio de engaños o a través de la manipulación tendenciosa de las pruebas aportadas al proceso- ocasione el dictado de una sentencia que sea perjudicial para el verdadero titular del Derecho subjetivo que se reclama.⁷³

excluido el capítulo correspondiente a los delitos contra la Administración de justicia); BORRIE & LOWE, *The Law of Contempt*, p. 361 ss. y DAVIES, *JCrimL*, 1993, pp. 380-384. También, *Sentencing Manual* del *Crown Prosecution Service* británico acerca de los delitos (*offences*) contra la Administración de justicia, http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sentencing_manual/ (última visita, 25 de mayo de 2012). Por su parte, en los Estados Unidos de América las leyes federales (U.S.C.) contemplan figuras delictivas similares agrupadas bajo el término general de *Obstruction of Justice* (18 U.S.C. §§ 1501-1521), algunas castigadas hasta con un máximo 20 años de prisión. También han tipificado el *Contempt of court* (18 U.S.C. § 401, análogo al previsto en la Ley británica). Sobre el particular vid. ABRAMS / BEALE, *Federal criminal Law*, p. 653 ss.; DOYLE, *CRS Report for Congress. Obstruction of justice*, p. 18 ss. y 33 ss.

⁶⁸ GRÜNHUT, *SchweizZStR*, 1937, pp. 43-79 (67 ss.).

⁶⁹ Hemos hecho referencia a sus argumentos en *supra* I.1.E).

⁷⁰ PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 223 ss.

⁷¹ GRÜNHUT, *SchweizZStR*, 1937, pp. 43-79 (71): „Der Richter ist nicht ein Medium, durch das der Gegner betrogen wird, wie das Mündel oder der Verein durch Täuschung des Vormundes oder des Vorstandes. Die Prozessführung bedingt eine Verschiebung der juristischen Perspektive.“

⁷² El autor propone castigar la colusión de partes por medio del delito de administración desleal (*Untreue*, § 266 StGB) o, como hemos mencionado *supra* (I.2.A).a.2) a través del tipo penal “impedimento de una ejecución forzosa” (*Vereiteln der Zwangsvollstreckung*) contenido en el § 288 I StGB.

⁷³ GRÜNHUT, *SchweizZStR*, 1937, pp. 43-79 (74 ss.): „Wer es unternimmt, in einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit durch Täuschung über einer Person oder durch arglistige Beeinflussung der Beweisführung eine Entscheidung zum Nachteil des Berechtigten zu erwirken, wird...bestraft.“ El Código Penal para el Distrito Federal de México (promulgado en 2002) prevé en su art. 310 un tipo penal de fraude procesal para el fuero común o estatal de esa entidad territorial que guarda también estrechas

Por su parte, la segunda propuesta se incluiría en un hipotético § 153a StGB.⁷⁴ La nueva figura se denominaría “falsa afirmación de parte” (*falsche Parteibehauptung*) y sancionaría a la parte o a sus representantes que aleguen inveracidades que produzcan una sentencia errónea y perjudicial para la contraparte o un tercero.⁷⁵

La principal característica de ambas propuestas es la notable ampliación de su campo de aplicación con respecto al tipo penal del art. 248.1 CP. Así, por un lado, prescinden del elemento típico “error”, propio de la estafa y con ello permiten la inclusión de conductas fraudulentas en procesos jurisdiccionales en los que el juez y la contraparte tienen un campo de actuación muy limitado de modo que el juzgador está en el deber de admitir en forma “mecánica” la pretensión y pronunciarse en consecuencia (caso de los procesos monitorios, por ejemplo).⁷⁶ Asimismo y como es lógico, la norma propuesta prescinde de frases como la que finaliza el tipo agravado de estafa procesal de la legislación española (“...que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.”) permitiendo de esta manera la inclusión de fraudes procesales cometidos en el seno de procesos con contenido no patrimonial.⁷⁷

Por último, cabe destacar que, si bien es cierto que la discusión en torno a la tipificación de un tipo autónomo de fraude o estafa procesal no tuvo lugar preponderante en la dogmática penal española, la inevitable comparación entre el

similitudes con esta propuesta. Dice expresamente: “**ARTÍCULO 310.** Al que para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, simule un acto jurídico, un acto o escrito judicial o altere elementos de prueba y los presente en juicio, o realice cualquier otro acto tendiente a inducir a error a la autoridad judicial o administrativa, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, se le impondrán de seis meses a seis años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa. Si el beneficio es de carácter económico, se impondrán las penas previstas para el delito de fraude...” (Sobre el particular, HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, *El fraude procesal penal*, p. 15 ss.).

⁷⁴ PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 223 ss.

⁷⁵ PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 223 ss. „*Wer als Partei, Vertreter der Partei oder sonstiger Beteiligter in einem zivilgerichtlichen Verfahren oder zur Einleitung eines solchen wider besseres Wissen eine unwahre Tatsache behauptet, um eine unrichtige, für den Prozeßgegner oder einen Dritten nachteilige Entscheidung zu bewirken, wird ... bestraft.*

Ebenso wird bestraft, wer als Partei, Vertreter einer Partei oder sonstiger Beteiligter eine unwahre Tatsache durch einen Vertreter oder einen sonstigen Beteiligten in einem zivilgerichtlichen Verfahren behaupten läßt, um eine unrichtige, für den Prozeßgegner oder einen Dritten nachteilige Entscheidung zu bewirken.“

⁷⁶ Como veremos en el capítulo correspondiente, la inclusión de estas conductas en el tipo de estafa es aun muy discutida precisamente por la existencia del elemento típico error.

⁷⁷ Así por ejemplo, sería punible (en concurso normativo con el art. 396 CP), la conducta enjuiciada en la STS de 21 de julio de 2004 (ponente Soriano Soriano): en unas diligencias preliminares en las que se le exige que exhiba una documental que tiene en su poder (art. 256.1.2º LEC), la parte eventualmente demandada aporta al procedimiento un documento privado falso.

art. 250.1.7º CP y los ejemplos anteriormente expuestos, nos lleva a preguntarnos si la nueva redacción legal constituye un avance más hacia la introducción de un tipo autónomo cuya gestación genere un debate similar al llevado a cabo durante el primer tercio del s. XX en Alemania e Italia.⁷⁸ Asimismo, en la doctrina procesal española tiene lugar una polémica que no es más que el reflejo de la discusión llevada a cabo en estos países entre autores liberales (o garantistas procesales) y los defensores del denominado autoritarismo o publicismo procesal y que terminó con la introducción de normas como el deber de veracidad procesal (§ 138 I ZPO).⁷⁹ La polémica en España ha sido generada principalmente por el primero de estos sectores que se ha manifestado en contra de la introducción (en la LEC de 2000) del deber de buena fe procesal y la sanción de su incumplimiento (art. 247 LEC), frente a los segundos que consideran que la norma en cuestión no afecta al principio dispositivo y es

⁷⁸ Acerca de la naturaleza del tipo agravado del art. 250.1.7º vid. *infra* I.2.B)

⁷⁹ Esta es una discusión de vieja data en la doctrina procesal. Sobre el particular, por ejemplo, Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “Liberalismo y autoritarismo”, pp. 245-290 (252 ss.), reconoce que se hace uso de los términos liberalismo y autoritarismo para identificar ambas tendencias y reconoce que aunque son (p. 252) “...etiquetas tomadas del campo político...” y que por lo tanto son (p. 254) “...innegables las gravitaciones políticas, sociales y económicas sobre el Derecho en general y sobre el procesal en concreto...”, hace una salvedad: “...adviértense, sin embargo, acerca de los influjos ideológicos del enjuiciamiento, contrastes muy agudos: mientras, verbigracia, el sistema procesal penal mixto, o anglofrancés, brotó por obra de factores a todas luces vinculados con la Revolución (sic.) francesa –aunque su consagración la alcanzase con el hoy en día derogado código de instrucción criminal de 1808, en pleno Imperio-, en otros casos un cuerpo legal resiste imperturbable toda suerte de embates y vaivenes políticos (al menos, en su letra, puesto que en su aplicación no siempre podrá soslayarlos): baste citar el siglo y medio largo de vida de los códigos napoleónicos; los casi cien años de existencia de la ley de organización judicial española de 1870 (...); la subsistencia de leyes e instituciones prerrevolucionarias en las naciones comunistas, comenzando por la Unión Soviética, o bien la de los códigos no tanto fascistas como musolinianos, bajo la República en Italia.” En la actualidad se usan con más frecuencia los términos garantismo y publicismo procesal y se siguen sometiendo ambas tendencias a una confrontación por demás innecesaria. A este respecto, los detractores del publicismo procesal vinculan erróneamente esta matriz de opinión con posiciones políticas autoritarias (Cfr. MONTERO AROCA, “Proceso civil ‘social’”, p. 142 ss.). Conviene recordar las palabras de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Op. Cit.*, p. 258 ss.: “En definitiva, pues, el criterio político, o más exactamente, histórico-político, no sirve, a causa de sus propios vaivenes, para caracterizar de liberal o de autoritario un determinado proceso. (...) si mediase siempre la correlación indisoluble entre situación política y enjuiciamiento, en los países con frecuentes cambios políticos como Francia bajo la Tercera y Cuarta Repúblicas (...), el mecanismo procesal sería un continuo tejer y destejer (...). Por tanto, y prescindiendo del *uso*, del *abuso* o del *desuso* de que un sistema procesal sea objeto en atención a factores políticos fluctuantes, su caracterización como liberal o autoritario habrá que buscarla no mirándolo desde fuera, sino examinándolo desde dentro, en consideración a sus *rasgos intrínsecos* y a los *principios en que su funcionamiento se inspire*, sin perjuicio luego de que para diferenciarlos de los *técnicos*, los segundos sean denominados *políticos*...”. Del mismo tenor, DE LA OLIVA SANTOS, *IeP*, 2012, pp. 243-294 (248 ss.).

necesaria para dotar de contenido a la justicia proclamada como valor superior por el texto Constitucional.⁸⁰

⁸⁰ Principalmente en España, MONTERO AROCA, “Ideología y Proceso civil”, p. 253 ss. (el artículo aparece en una obra colectiva posterior con el título “Sobre el mito autoritario de la ‘buena fe procesal’”, p. 291 ss.); quien asocia la introducción de esta norma a ideologías autoritarias (p. 260) en detrimento del fundamento eminentemente liberal del principio dispositivo. Critica a autores como PICÓ I JUNOY (p. 295 ss.), quien en trabajos como *El principio de la buena fe procesal*, p. 83 ss., se manifiesta a favor de la positivización del principio en aras de Derechos constitucionales como la tutela judicial efectiva, la defensa, la igualdad procesal y el Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. También, el mismo, “El proceso civil llamado ‘social’”, p. 137 ss.

II. Estructura y elementos de la estafa procesal

II.1 La estafa procesal como estafa en triángulo

A) Introducción

La doctrina penal es prácticamente unánime en definir a la estafa en triángulo como aquella en la que el acto de disposición patrimonial no lo realiza el titular del patrimonio afectado sino un tercero bajo engaño. O lo que es lo mismo, en la estafa en triángulo el acto de disposición realizado por la persona engañada no tendrá efectos perjudiciales sobre el patrimonio del sujeto disponente sino sobre otro distinto.¹ Así pues, es plenamente aceptado que el tipo de estafa solo exige identidad entre el sujeto engañado y el disponente y no entre el disponente y el perjudicado. A diferencia de otras legislaciones (caso alemán e italiano por ejemplo) el art. 248.1 CP hace mención expresa de estos supuestos por medio de la conjunción “o” y el adjetivo “ajeno” de su frase final.²

Además de los casos de estafa procesal, constituye estafa en triángulo las conductas cometidas en perjuicio de personas jurídicas.³ Así, por ejemplo, la llamada “estafa de hospedaje” que la doctrina utiliza para ilustrar los supuestos de engaño mediante silencio en la modalidad de comportamiento concluyente: el autor se hospeda en un hotel o come en un restaurante con la intención de no

¹ Por todos, HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (202).

² Es muy probable que la definición de ANTÓN ONECA (en “Estafa”, p. 57) (inspiradora, como hemos dicho, de la norma vigente), haya encontrado fundamento en el § 252 del Proyecto StGB 1962 que también hace expresa mención de esta particularidad. Al respecto, Cfr. OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 22 ss.; HARTMANN, *Die Vermögensverfügung*, p. 3 ss. (para más detalle, vid. *supra* I.1.B.a).

³ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, p. 458; ARROYO DE LAS HERAS, *Los delitos de estafa*, p. 33; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 209: „*Ein solcher Dreiecksbetrug ist stets gegeben, wenn der Geschädigte eine juristische Person ist*“. También, HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 283: „*Im Geschäfts- und Gesellschaftsleben ist es nicht untypisch, dass die Person des Irrenden bzw. des Verfügenden auf der einen und diejenige des Geschädigten auf der anderen Seite auseinander fallen. Dies liegt an arbeitsteiligen Strukturen, an über die Person hinausreichenden Verfügungsmöglichkeiten über das Vermögen sowie an institutionalisierten (streit-)entscheidenden Dritten*“. Por su parte, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 113, menciona que en la medida de que la persona jurídica no puede ser engañada y por lo tanto no puede cometer errores, el acto de disposición patrimonial realizado erróneamente por su representante puede reputarse como realizado por la propia corporación. En este sentido, dice el autor que pueden parecer dudosos los criterios sobre los cuales se configuraría la imputación del acto de disposición del tercero disponente partiendo del supuesto de que la estafa es un delito de “autodaño”.

pagar el importe del servicio correspondiente.⁴ En estos casos, el estafador se aprovecha de la práctica (actualmente poco común) en hoteles⁵ y (muy usual en) restaurantes de admitir como cliente a cualquiera que se hospede en una habitación o se sienta en una mesa a comer en el entendido de que, tras la prestación del servicio, se pagará por él.⁶ En lo que aquí interesa, el autor engaña entonces al recepcionista del hotel o al camarero que lo atiende y perjudica patrimonialmente a la sociedad mercantil que por lo general es propietaria de estos establecimientos comerciales.

También es común la estafa en triángulo en detrimento de bancos y otras instituciones financieras. Por ejemplo, un caso frecuente de la jurisprudencia española es el uso de tarjetas de crédito falsas en establecimientos comerciales.⁷ En estos supuestos, el autor altera la firma del titular de la tarjeta de crédito y mediante el uso de otros documentos falsos que materializan la suficiencia del engaño hace uso de la tarjeta de crédito en uno o varios establecimientos comerciales con el fin de hacer distintas compras. El vendedor -sujeto pasivo del engaño- efectúa la disposición patrimonial y perjudica patrimonialmente al titular del derecho de crédito (el titular de la tarjeta) concedido por el banco⁸.

Otro caso frecuente es el enjuiciado en la STS de 1 de marzo de 2004 (ponente Sánchez Melgar) (FJ 1º): el autor presenta para su cobro un número determinado de cheques en distintas entidades bancarias durante varios días. Para ello rellena los cheques “al portador” e imita la firma de uno de los titulares de la cuenta corriente que soportaba los cheques. En este caso, el acto de disposición patrimonial lo realiza la entidad bancaria y los perjudicados son los titulares de la cuenta contra la cual fueron girados los cheques.⁹

⁴ Por todos, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 171.

⁵ Como es sabido, en la actualidad para reservar habitación en un hotel se exige por lo general al cliente la aportación de un número de tarjeta de crédito. Esta particularidad descarta toda posibilidad de engaño mediante silencio y abre la puerta a comportamientos activos (aportar un número falso de tarjeta de crédito, por ejemplo).

⁶ Por todos, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 171.

⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, pp. 166, 167.

⁸ En casos similares, es discutible si concurre el tipo de estafa por la posible atipicidad del engaño: son los casos de *utilización abusiva de una tarjeta de crédito*. Por ejemplo, si es el mismo titular el que utiliza su tarjeta, pero una vez agotado el crédito, por un monto mayor al crédito concedido, o cuando la tarjeta ha caducado. También es discutible en estos casos, si la disposición patrimonial la hace el banco al conceder la tarjeta o el establecimiento comercial al efectuarse la compra. En este sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, pp. 169-172; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 434.

⁹ Caso análogo a los planteados en las: STS de 19 de junio de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) y STS de 4 de julio de 2007 (ponente Delgado García): el autor presenta para el cobro un cheque falso en una entidad bancaria y éstos son girados contra una cuenta que pertenece a un tercero.

B) Grupos de casos

El estudio de la estafa en triángulo comienza distinguiendo entre la “estafa de cosas” (*Sachbetrug*) y la estafa de pretensiones o derechos (*Forderungsbetrug*).¹ En los primeros casos, el acto de disposición patrimonial consiste en la entrega por el tercero disponente de una cosa mueble. En los segundos se agrupan el resto de conductas típicas (incluyendo a la estafa procesal).²

a) Estafa de cosas

La doctrina penal ha ahondado en el análisis de esta clase de estafa con mayor intensidad que en la estafa de pretensiones o derechos. Así, la principal cuestión que se aborda en el tratamiento de la estafa de cosas es su delimitación respecto al delito de hurto en autoría mediata (Art. 234 CP).³ Por esta razón es muy común encontrar en la literatura sesudas construcciones dogmáticas que procuran un criterio razonable de delimitación entre ambas figuras. Ello en virtud de que la inclinación hacia una u otra sanción, esto es, la asunción de que determinada conducta es constitutiva de hurto en autoría mediata o estafa en triángulo tiene, en el caso español, consecuencias penológicas importantes. En este sentido, el legislador considera menos gravoso el hurto que la estafa y, por lo tanto, si el autor de los hechos es condenado por la comisión de aquel delito recibiría menor

¹ Generalmente la distinción es de uso común entre comentaristas cuando se entra en el análisis de la *conciencia* del disponente exigida en la estafa de cosas para realizar el acto de disposición patrimonial, elemento diferenciador de ésta con el hurto (caracterizado por el concepto de *sustracción*). Así, por ejemplo, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 98 ss.; HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 248 ss. y HOYER, *SK-StGB*, § 263, n.m. 165 ss., entre otros. Se sostiene por lo general que en la estafa de derechos o pretensiones no se entra en tales consideraciones porque se considera que el acto de disposición es mucho más amplio e incluye por lo tanto *disposiciones inconcientes*. No obstante, JOECKS, *Zur Vermögensverfügung*, p. 42 ss., tras sostener que la criticada inconsecuencia de la distinción es solo aparentes, se dedica a exponer argumentos que contradicen los fundamentos de la distinción por él anotados. Así, respecto del principal (la conciencia de la disposición en la estafa de cosas), sostiene que pueden también realizarse actos de disposición inconcientes de cosas muebles y utiliza como ejemplo el del sujeto que hereda un objeto o la prescripción adquisitiva. Sin embargo sus observaciones más que rechazar la distinción, parecen intentar precisarla.

² HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (202 ss.); OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, pp. 27 ss., 175 ss. y HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, nn.mm. 283 ss. y 290 ss., entre otros.

³ ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, p. 208; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 219, hace referencia expresa a casos en los que “...el engañado haga entrega de una cosa perteneciente a un tercero...”; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, p. 49. También, HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (203 ss.); OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 27 ss.; SCHRÖDER, *ZStW*, 1940, pp. 33-114 (60 ss.), entre otros.

pena (tipo básico –art. 234 CP- 6 a 18 meses de prisión y tipo agravado –art. 235 CP- 1 a 3 años de prisión) que si fuere condenado por estafa (hasta tres años en su límite máximo para el tipo básico, según establece el art. 249 CP).⁴

El punto central de la discusión es, por lo tanto, la cualidad de la relación entre el sujeto disponente y el patrimonio que a la postre resulta perjudicado.⁵ En otras palabras, qué tipo de vinculación del tercero disponente con la cosa objeto del delito preserva el carácter *autolesionador* del delito de estafa: la exigencia de que que sea el titular del patrimonio quien bajo engaño haga entrega del bien. Esta diferencia resulta fundamental respecto al delito de hurto que, precisamente, es un delito de *heterolesión*: según sus preceptos, el bien ha sido obtenido en contra de la voluntad de su dueño.⁶

En este orden de ideas, si por ejemplo se exige única y exclusivamente que el sujeto disponente esté autorizado por el derecho (bajo el prisma de las llamadas teorías jurídicas o de la facultad), esto es que tenga un poder jurídico de disposición sobre la cosa, el ámbito de aplicación del tipo de estafa se reduce en principio a los supuestos indiscutidos dentro de esta especie: los casos en los que el disponente actúa en representación del titular del patrimonio.⁷ Para ilustrar el supuesto, piénsese en el caso del sujeto que por motivos académicos debe hacer una larga estancia en el extranjero y antes de viajar confiere un poder general de administración y disposición sobre todos sus bienes a su madre. Pasado un tiempo, ante la premura económica en la que se encuentra su hijo y poderdante en el extranjero, la madre decide vender uno de los relojes de oro que éste le dejó en custodia y hacerle llegar el producto de la venta. Tras muchos anuncios en prensa e internet finalmente aparece un sujeto dispuesto a comprar el reloj. El día pactado para efectuar la operación de compra-venta, la madre del estudiante hace entrega del objeto al comprador y éste paga con dinero falso.

Partiendo de esta interpretación (de eminente raíz *ius privatista*), no podrían subsumirse en el tipo de estafa y, por consiguiente, serían constitutivos de hurto

⁴ Así lo sostiene HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (203) para el caso chileno que en algunos casos es precisamente contrario a la normativa española. Todo ello a diferencia del caso alemán, por ejemplo, en el que la pena de ambas figuras está equiparada tanto en sus tipos básicos (§§ 242 y 263 StGB) como en sus agravantes específicas (§§ 243 y 263.3 StGB) (hasta 5 años de prisión o multa y hasta 10 años de prisión o multa, respectivamente). Al respecto, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 28.

⁵ OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 31 ss.

⁶ Así, KINDHÄUSER, “Estafa como autoría mediata tipificada”, p. 117 ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (206 ss.); CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 162.

⁷ Así, por todos, HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (204).

en autoría mediata (art. 234 CP) los supuestos en los que el sujeto disponente ostenta un simple poder *de facto* sobre el bien mueble objeto de la acción delictiva.⁸ El caso paradigmático lo constituye la realización del acto de disposición patrimonial por el servidor de la posesión. En estos casos, la entrega bajo engaño de la cosa mueble es realizada por un sujeto que no es titular del objeto y tampoco está vinculado jurídicamente a éste, sino que simplemente ejerce un señorío de hecho sobre la cosa por otra persona en el ámbito doméstico, empresarial, etc.⁹

Los ejemplos más citados por la doctrina española son los del sirviente que bajo engaño entrega al sujeto autor del delito una cosa mueble perteneciente a su patrón, o la encargada del guardarropa que a cambio de un ticket falso entrega una valiosa prenda de vestir a un sujeto distinto al propietario.¹⁰ Por su parte, la doctrina alemana se ha abocado a la tarea de distinguir con más detalle los casos problemáticos¹¹. Así, el conocido como el caso del “parking público” (recogido resumidamente por algunos autores españoles¹²): el portero de una finca (D), encargado a su vez del parking de la misma, posee una llave suplementaria de cada uno de los coches que allí se guardan. Entre los usuarios regulares del mencionado parking se encuentra el propietario E. En repetidas ocasiones, E ha solicitado por vía telefónica a D que entregue la llave suplementaria de su coche a su compañera sentimental T. Posteriormente, a raíz de una fuerte discusión entre la pareja (que el portero D desconocía), T acude nuevamente al parking en cuestión y solicita al portero D que le haga entrega de la llave, petición a la que este último accede permitiendo con ello que T tome posesión del vehículo y huya del lugar.¹³ Dos ejemplos igualmente interesantes son el caso del leñador y el caso del tranvía. En el primero, el vendedor T hacer creer falsamente al comprador D que es propietario de un pedazo de terreno considerable en el bosque y de todo lo que en él se halla. D, que tiene la intención de comprar una

⁸ Por todos, HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (204).

⁹ DIEZ-PICAZ

O, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 571

¹⁰ ANTÓN ONECA, *Obras*, p. 95; BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad, estafa*, p. 174, entre otros. Una variante del caso del sirviente (el sujeto que hace entrega del bien es un niño de 11 años de edad) fue enjuiciado por sentencia del BGH de 19 de junio 1973, en *MDR*, 1974, p. 15 ss. (con comentario de DALLINGER); al respecto, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 37 ss.

¹¹ Principalmente, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 30 ss. También, más actualizado, SALIGER, § 263, *Matt/Renzikowski StGB*, n.m. 136 s.

¹² Así por ejemplo, BACIGALUPO, *falsedad, estafa*, p. 174.

¹³ El supuesto fue enjuiciado por BGHSt 18, 221-223. De la lectura de la sentencia se desprende que el tribunal *a quo* había apreciado hurto y por el contrario el Tribunal Federal alemán apreció estafa. Un caso análogo lo constituye el enjuiciado por la OLG Stuttgart, *JZ*, 1966, pp. 319-321, que, por el contrario aprecia estafa (para más detalles, vid. *infra*).

gran cantidad de madera, ofrece un precio a T por un lote de troncos que allí se encuentra. T acepta la oferta y recibe el dinero de D que posteriormente se encarga de talar y recolectar las piezas. Todo ello en detrimento de E, verdadero propietario del terreno.¹⁴ En el segundo, dos sujetos (B y C) abordan un tranvía con el objeto de ir a una fiesta. En el momento de subir al vehículo, a B se le cae (sin percatarse) un reloj de pulsera que llevaba en el bolsillo. Al llegar a la estación de destino, B se apea del vehículo aun sin percatarse de que ha perdido su reloj. C, un poco más rezagado en su salida, es abordado por otro pasajero (D) que había cogido el reloj del suelo. D pregunta a C si el reloj le pertenece a lo que éste contesta afirmativamente, por lo que D procede a hacerle entrega del mismo.¹⁵

Huelga decir que un sector importante de la doctrina (principalmente alemana) ha procurado fundar vínculos más allá de los jurídico-legales en la relación entre el disponente y la cosa objeto del delito con el fin de ampliar el tipo de la estafa y permitir con ello la inclusión de estos casos límite. El principal problema de esta opinión es, consecuentemente, la fundamentación de un vínculo no jurídico entre el acto de disposición del tercero y el titular del patrimonio.¹⁶ Tras analizar con más detalle las teorías jurídicas o “teorías de la facultad”, pasaremos a hacer referencia a estas propuestas de solución.

1. Teoría clásica de la autorización

También conocida como teoría de la “facultad jurídica de disposición”.¹⁷ Según sus postulados, para que la acción del autor del hecho sea propia de la estafa, el destinatario del engaño y disponente debe estar expresamente autorizado para disponer del patrimonio de la víctima.¹⁸ Es decir, lo relevante no es si está o no en poder del objeto o de si está cerca de él, sino la legitimación jurídica que le permite realizar el acto de disposición patrimonial.¹⁹ Ello implica a su vez que el acto de disposición ha de ser jurídicamente eficaz y con ello (al menos

¹⁴ RGSt 25, 244-248.

¹⁵ BayObLG, *MDR*, 1964, pp. 343 y 344, que aprecia estafa en la conducta del acusado (sujeto B).

¹⁶ Así, AMELUNG, *GA*, 1977, pp. 1-17 (14 ss.); KINDHÄUSER, “Estafa como autoría mediata tipificada”, p. 118 ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (206 ss.).

¹⁷ Así, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 44 ss.

¹⁸ OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 44 ss.

¹⁹ LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 111; HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (204).

aparentemente) lícito, es decir, permitido por el Derecho²⁰ (incluyendo los usos sociales y comerciales²¹).

Esta teoría fue defendida en su momento por autores como MERKEL y BINDING²² (y a pesar de ser hoy en día una tendencia minoritaria en la doctrina alemana y española, cuenta actualmente con un grupo considerable de defensores²³). Halla

²⁰ ARROYO DE LAS HERAS, *Los delitos de estafa*, p. 33

²¹ Como es sabido, actualmente el *usus mercatorum* (aunque con menos influencia que en la antigüedad) es una importante fuente del derecho mercantil español. Según lo previsto en el art. 2 CCo, el uso de comercio es supletorio a la ley. Un ejemplo de la aplicación de la costumbre mercantil a supuestos en los que pudieran plantearse estafas triangulares, lo constituye el contrato de comisión o mandato mercantil (arts. 244 ss. CCo). Según establece el art. 255 CCo, si el comisionista estuviese autorizado para obrar a su arbitrio o se viera impedido de consultar al comitente antes de realizar un acto u operación de comercio en su nombre y representación, deberá actuar con prudencia y conforme al uso del comercio. En este sentido, URÍA / MENÉNDEZ, “Concepto, evolución histórica y fuentes del derecho mercantil”, pp. 37,38; también, SÁNCHEZ ANDRÉS “I. El contrato de comisión”, pp. 617-623.

²² MERKEL, *Kriminalistische* (II), p. 203 ss. Dice por ejemplo, (203): “...so müssen der Benachtheiligte und der Getäuschte entweder eine und dieselbe Person sein, oder wenigstens in einem besonderen Rechtsverhältnisse, vermöge dessen der letztere über gewisse Vermögensrechte des ersteren disponieren kann, zu einander stehen“ (el subrayado es mío). Asimismo, BINDING, *LB*, t. I, § 85, p. 345: „So verlangt der Betrug Identität des Getäuschten und Benachteiligten, sei's absolute, sei's relative in dem Sinne, dass der Getäuschte ein Recht der Disposition über Vermögensrechte des Benachteiligten oder die rechtlich anerkannte Möglichkeit, ihn zu verpflichten, besitzen musste. Hatte er diese nicht, dann kann ein anderes Vermögensverbrechen, besonders eine Unterschlagung oder ein Diebstahl, aber kein Betrug vorliegen.“ Al respecto, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 110 y OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 44 ss., entre otros.

²³ Así, entre otros, SCHÜNEMANN, *GA*, 1969, pp. 46-56; OTTO, *ZStW* (79), 1967, pp. 59-102; BACKMANN, *Die Abgrenzung*, p. 127 ss.; AMELUNG, *GA*, 1977, pp. 1-17 (14 ss.); SAMSON, *JA*, 1978, 564-570 (566 ss.); JOECKS, *Zur Vermögensverfügung*, p. 130 ss.; OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, pp. 148 ss., 206 ss. Dice, por ejemplo (207): “Für Fälle eines möglichen Dreiecks-Sachbetrugs bedeutet dies, daß das schädigende Verhalten eines getäuschten Dritten als Vermögensverfügung i.S. von § 263 zu werten ist, wenn

1. der Geschädigte dem Dritten bewußt und gewollt die tatsächliche Gewalt oder die mittelbare Dispositionsmöglichkeit über die betroffene Sache übertragen oder überlassen hat (oder die Übertragung der Sachgewalt auf den Dritten auf Gesetz beruht),
und
2. die Weggabe der Sache oder die sonstige Disposition über die Sache durch den dritten dann, wenn die den Inhalt der Täuschung bildende Behauptung wahr gewesen wäre, dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschädigten (oder – sofern der Geschädigte nicht zu einer eigenen Willensbildung fähig ist – seinem Interesse) entsprochen hätte.“

(algunos autores la consideran representante de la teoría de la situación. Así por ejemplo KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 213 (n.p. 423) y SALIGER, *Matt/Renzikowski StGB*, n.m. 132 (n.p. 1047), no obstante pensamos que intenta depurar la teoría de la autorización al agregar el elemento de voluntariedad y de conciencia de la transmisión de las facultades de disposición y al proponer la concordancia de los intereses del titular del patrimonio con la representación errónea del disponente). Otros representantes de esta teoría son KINDHÄUSER, *ZStW*, 1991, pp. 398-424 (415 ss.) (aunque aquí parece no tenerlo del todo claro); el mismo, “Estafa como autoría mediata tipificada”, p. 117 ss. (aunque en publicaciones más recientes se inclina por la teoría de la cercanía, vid. el mismo, *NK-StGB*, § 263, n.m. 220 ss.). Entre los comentaristas, SAMSON, *SK-StGB*, § 263, n.m. 94 ss.; HEFENDEHL, *MiKo-StGB*, § 263, n.m. 286 y HOYER, *SK-StGB*, § 263, n.m. 144 ss. Son contrarios a esta teoría autores como LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 113; HERZBERG, *ZStW*, 1977, 367-415 (394 ss.); HILLENKAMP, *40 Probleme*, p. 153 y PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 214 ss., entre otros. Critican en líneas generales que por medio de esta teoría se le hace un flaco favor a la pretendida autonomía del concepto penal de acto de disposición patrimonial (cuando

su punto de partida en el concepto jurídico de patrimonio y de perjuicio patrimonial.²⁴ En este sentido, la legitimación jurídica para disponer de la cosa mueble objeto del delito puede derivar de un poder que ha sido otorgado consciente y voluntariamente por su titular, de la competencia que atribuye una Ley determinada o de un acto de autoridad.²⁵ En definitiva, se exige que el sujeto disponente ostente facultades de uso y disposición de la cosa mueble (*disposición sobre la custodia*²⁶) en el marco de una autorización específica o incluso dentro del ámbito objetivo de actuación que puede otorgar una norma jurídica.²⁷ No obstante, algún autor ha llegado a exigir la transferencia de facultades específicas

este elemento típico tiene, según su opinión, una ostensible naturaleza fáctica). Ello en virtud de que, según sostienen, cada uno de los defensores de esta teoría ofrece una propuesta distinta de delimitación. Sostienen además que la teoría tampoco ofrece una solución clara de delimitación entre el hurto en autoría mediata y la estafa en triángulo. También se dice que su aplicación produce lagunas de punibilidad innecesarias: el denominado *furtum usus* sería una conducta atípica según el § 242 StGB que exige ánimo de apropiación (en la legislación española lo es a todo evento, al menos para los tipos básicos de hurto y estafa por la existencia en ambos del elemento típico *ánimo de lucro*). Por su parte, en la doctrina española, si bien ROMERO, *Los elementos*, p. 208, asume una muy poco sostenible posición ecléctica cuando afirma que dependerá del caso si el engañado ocupa una función de hecho o de derecho sobre el patrimonio afectado, otros autores se manifiestan como firmes defensores de la teoría de la facultad. Así por ejemplo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 87: “...Se trata entonces de una cuestión de legitimación para la ejecución del acto de disposición...” (el subrayado es mío); CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 188 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 178; MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 248”, p. 759 ss.; ARROYO DE LAS HERAS, *Los delitos de estafa*, p. 33 y BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad, estafa*, p. 174. En contra, expresamente, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 220, dice en forma similar a sus pares alemanes que se dota al acto de disposición patrimonial de una especial configuración jurídica con el propósito de buscar en él al elemento diferenciador de la estafa de otros delitos patrimoniales cuando, al mismo tiempo, se pretende que este elemento típico sea independiente de su origen privatístico.

²⁴ Así, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 110 y OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 44 ss. Como veremos con más detalle, la concepción jurídica o jurídico-técnica del patrimonio considera que éste está integrado única y exclusivamente por la suma de los derechos patrimoniales de una persona. En consecuencia el perjuicio patrimonial está constituido por la pérdida de dichos derechos patrimoniales o la gravación de una obligación. Al respecto, entre otros, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 32 ss. Por su parte, HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (205), resta importancia a la vinculación entre la concepción de patrimonio que se asuma y la cualificación de la relación entre el disponente y el perjudicado “...como si de dicha toma de posición debiera fluir natural y necesariamente la respuesta a la cuestión del vínculo y disponente del patrimonio en la estafa triangular.” Lo cierto es que la concepción del patrimonio y del perjuicio patrimonial es un punto de partida fundamental (si bien, no único) para dotar de contenido dogmático a esta relación. Asumir que los sujetos legitimados jurídicamente son los únicos que pueden disponer del patrimonio ajeno es una consecuencia natural para quienes defienden un concepto estrictamente jurídico de patrimonio. Así por ejemplo una moderna defensora de la teoría jurídica del patrimonio como PASTOR MUÑOZ, *Op. Cit.*, p. 178, sostiene que las facultades de disposición del patrimonio ajeno deben tener un sentido eminentemente jurídico porque el acto de disposición “...debe ser adecuado para constituir una nueva situación jurídica [la cesión de un derecho, el término de un contrato, etc.], de tal modo que de no haber mediado engaño, el derecho habría reconocido efectos jurídicos a la decisión económica del disponente...” (el contenido de los corchetes es mío).

²⁵ LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 111; HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (204), entre otros.

²⁶ Expresamente, SCHUNEMANN, *GA*, 1969, pp. 46-56 (53 ss.).

²⁷ Así claramente, OTTO, *ZStW* (79), 1967, pp. 59-102 (84 ss.).

de dominio por parte del titular de la cosa.²⁸ Esta opinión peca, creemos, de rigorista porque reduce mucho más el ámbito de aplicación del tipo penal de por sí suficientemente reducido con la asunción de esta postura.²⁹

La puesta en práctica de la teoría de la facultad tiene dos aspectos. Por un lado, como hemos mencionado, se reduce notablemente el ámbito de aplicación del delito de estafa: si el sujeto que tiene la custodia del bien mueble (*Gewahrsamshüter*³⁰) se extralimita en las facultades que legítimamente le han sido conferidas y cede o transfiere dicha custodia, solo puede hablarse de sustracción en el sentido del tipo de hurto y no de acto de disposición patrimonial en el sentido de la estafa.³¹ En este sentido, con el propósito de extender el alcance del tipo de estafa, se ha propuesto la *subjetivización* de las facultades de disposición. Esto es, considerar que, para que pueda asumir la estafa en triángulo, basta con que el tercero disponente *crea* que actúa en el ejercicio de las facultades que le han sido conferidas, aunque realmente ello no sea así.³² Por ejemplo, el caso de la pareja que antes de salir de vacaciones hace entrega de las llaves de su vivienda al vecino de más confianza con el propósito de prever cualquier eventualidad durante su ausencia. Según esta variante subjetivizada de la teoría de la facultad, sería un acto de disposición patrimonial típico la entrega por parte del vecino de un objeto determinado a un sujeto que se presenta a éste, le hace creer que es amigo de los propietarios del inmueble y sugiere engañosamente que éstos le han pedido el favor de pasar a recoger el bien mueble en cuestión.³³ A este respecto, autores como KINDHÄUSER sostienen la extrema laxitud que conlleva esta interpretación de la teoría de la facultad, pues serían considerados actos de disposición patrimonial típicos conductas llevadas a cabo por terceros que ni siquiera ostentan la condición de servidores de la posesión.³⁴ Además, la teoría de la facultad no se diferenciaría en modo alguno

²⁸ Así, BACKMANN, *Die Abgrenzung*, p. 127 ss.; JOECKS, *Zur Vermögensverfügung*, p. 129 ss.

²⁹ De una opinión similar es, por ejemplo, HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231.

³⁰ Término equivalente al de servidor de la posesión, empleado primigeniamente por OTTO, *ZStW* (79), 1967, pp. 59-102 (80 ss.): „...Personen, die die Herrschaft für einen anderen ausüben wollen und sollen, gleichgültig, ob sie Mitgewahrsam an der Sache haben oder lediglich in die Verfügungsposition eingesetzt sind...“

³¹ Así, ROXIN/SCHÜNEMANN, *JuS* 1969, pp. 372-378 (375); SCHÜNEMANN, *GA*, 1969, pp. 46-56 (53); BACKMANN, *Die Abgrenzung*, p. 143 ss.; HOYER, *SK-StGB*, § 263, n.m. 145.

³² Así, expresamente, KÜPER, *Strafrecht BT*, p. 402. Al respecto, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 217.

³³ El ejemplo es de KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 217.

³⁴ Cfr. KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 217. HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (210), se muestra a favor de una cierta subjetivización aunque carente de la connotación extrema que defiende KÜPER. Dice el autor chileno, por ejemplo, que “La situación es bien distinta, sin embargo, si se considera que la creencia relevante del tercero que dispone es solo aquella que versa sobre la

de las teorías fácticas (específicamente de la teoría de la cercanía fáctica) que veremos a continuación.³⁵

Ahora bien, por otra parte, la teoría de la facultad es la única que responde con fundamento a la pregunta de por qué se debe imputar al titular del patrimonio el acto de disposición del tercero disponente como si fuera propio (*autolesión* característica de la estafa). En otras palabras, solo será típico (respecto de la estafa) el acto de disposición patrimonial realizado por un tercero que tiene la facultad de actuar *por* el titular del patrimonio porque su actuación en tanto *disposición del custodio* se halla en los límites del marco objetivo de facultades otorgadas³⁶, a diferencia del hurto, caracterizado, como hemos dicho, por la *interrupción de la custodia*.³⁷ En virtud de ello se ha sostenido con razón que esta teoría otorga mayor seguridad a la distinción entre estafa y hurto.³⁸

Desde el punto de vista jurisprudencial cabe resaltar la ostensible escasez de decisiones tanto en el Tribunal Supremo como en el *Bundesgerichtshof* (o del *Reichsgericht* en su caso) que se pronuncian al respecto. Casi lo mismo cabe decir respecto de sus respectivos tribunales de instancia (principalmente, Audiencias Provinciales y *Oberlandesgerichte*). Así, en las pocas oportunidades que los tribunales alemanes han tenido ocasión de pronunciarse a este respecto, la balanza es decididamente propensa a inclinarse (con muy poca claridad, dicho sea de paso) a favor de las teorías fácticas que exponemos a continuación.³⁹ No obstante, la literatura registra algunas decisiones que exigen autorización como requisito a la tipicidad de la conducta del tercero disponente. Sirva de ejemplo el siguiente caso: en un piso compartido A decide pedir prestado el coche a su

concurrencia en concreto de los requisitos de una disposición del tipo de aquéllas que objetivamente si están cubiertas por la facultad.” Bajo este punto de vista, todos los autores que defienden esta teoría estarían a favor de la subjetivización porque, precisamente, por medio del engaño el sujeto disponente realiza un comportamiento que cree correcto y que en todo caso está dentro de su ámbito de actuación.

³⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (210)

³⁶ OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, pp. 151 ss., 162 ss., 169.

³⁷ Por todos, AMELUNG, *GA*, 1977, pp. 1-17 (14 ss.), cuando dice por ej. (14): „...*die Frage, wann die schädigende Einwirkung eines Dritten auf ein fremdes Vermögen eine Verfügung i. S. d. § 263 StGB darstellt, eine Zurechnungsfrage ist. Ein Vermögensfremder ‚verfügt‘, wenn der Vermögensinhaber sich die Einwirkung des Dritten als eigene zurechnen lassen muß, denn nur dann ist der Selbstschädigungscharakter des Betrugs gewahrt.*

Nach der ‚Befugnistheorie‘ ist diese Voraussetzung gegeben, wenn der Vermögensträger den Dritten zur Übertragung eines Vermögensbestandteils ermächtigt hat.“ Asimismo, HOYER, *SK-StGB*, § 263, n.m. 145; KINDHÄUSER, “Estudios”, p. 120: “...un acto de disposición del engañado solamente es imputable al titular del patrimonio cuando se encuentre en el marco *objetivo* de atribución concedido.”; OTTO, *ZStW* (79), 1967, pp. 59-102 (84 ss.) y HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (206 ss.), entre otros.

³⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad, estafa*, p. 174.

³⁹ Vid. *infra*.

compañera de piso B. Ante la negativa de B, A acude a su otra compañera de piso (C) a quien B suele dejar la llave del vehículo de su propiedad. A exige la llave del coche a C sosteniendo falsamente que B le ha prestado el vehículo. Tras tener en posesión de la llave la acusada A desaparece por varios días con el coche en cuestión. El tribunal de instancia apreció estafa en la conducta antes descrita, mientras que el tribunal *a quem* no comparte dicha calificación porque considera, conforme a la teoría de la autorización, que la entrega de la llave por parte de C no constituye un acto de disposición patrimonial propio de la estafa, porque la disponente C no estaba expresamente facultada para permitir el uso del vehículo a la acusada. Por el contrario aprecia la comisión del tipo penal de *uso no autorizado de vehículo* (§ 248b (1) StGB) que no es más que una derivación típica del delito de hurto (§ 242 StGB).⁴⁰

El caso español es precisamente el contrario. Los tribunales españoles que se han pronunciado en torno a esta problemática se inclinan en forma unánime a favor de la teoría de la autorización. En este orden de ideas, la STS de 8 de febrero de 2002 (ponente Bacigalupo Zapater), FJ 3º, ha declarado:

“... la llamada ‘estafa triangular’, (...) se aprecia cuando el autor no engaña al que tendría que realizar la disposición patrimonial, pero engaña a quien tiene poder – otorgado por el propio titular o por la ley- para realizarla en nombre del titular del patrimonio perjudicado...” (el subrayado es mío).

⁴⁰ OLG Stuttgart, NJW, 1965, pp. 1930, 1931 (también en JZ, 1966, 319-321 con comentario de LENCKNER). Dice expresamente la sentencia (1931): „Die Verurteilung wegen Betruges im Fall P. konnte keinen Bestand haben. Zwar hat sich die Angeklagte von der Zeugin E. die Schlüssel zum Pkw der Zeugin P. auf Grund einer Täuschung über ihre Berechtigung aushändigen lassen. Jedoch kann in diesem Verhalten der Zeugin eine Vermögensverfügung, wie sie § 263 StGB voraussetzt, nicht gesehen werden. Die Zeugin war weder befugt, über die Schlüssel, die sich im Zimmer der Zeugin P. befanden, zu verfügen, noch irgendeine Entscheidung darüber zu treffen, ob die Angeklagte den Pkw der Zeugin P. benutzen durfte. Infolgedessen hatte sie bei der Herausgabe der Schlüssel weder den Willen noch die Vorstellung, eine eigene Entscheidung zu treffen. Sie glaubte vielmehr, lediglich eine Anweisung auszuführen, die von der Berechtigten, der Zeugin P., stammte. Da darin eine Vermögensverfügung nicht gesehen werden kann, kann die Angeklagte nicht wegen Betruges verurteilt werden...“ (el subrayado es mío). No obstante, en el párrafo siguiente pareciera desdecirse y acercarse a la teoría de la cercanía (vid. *infra*) cuando intenta justificar las razones por las cuales contradice el criterio de la BGHSt 18, 221-224 (caso del parking público) que precisamente acoge esta tendencia (vid. *infra*). Dice que a diferencia del encargado del parking en el caso enjuiciado por el Tribunal Federal alemán, en este supuesto no hay un vínculo o relación de custodia entre la llave del vehículo y la compañera de piso B que acude a la habitación de la propietaria del vehículo a recoger la llave para entregarla al acusado. Se configura, por el contrario, una interrupción de la custodia de la llave.

Por su parte, la SAP Tarragona, Sección 2ª, de 15 de Julio de 1998 (ponente Carril Pan), FJ 2º; califica como hurto la conducta del director comercial de una empresa comercializadora de productos textiles que aprovechándose de su condición se hace entregar por un operario bajo engaño mercancía sin autorización de la junta directiva y sin hacer reflejar documentalmente dicha entrega para posteriormente disponer de ésta “...con ánimo de lucro y en su propio beneficio...”.

Del mismo modo, la STS de 16 de septiembre de 2003 (ponente Bacigalupo Zapater) califica como hurto en autoría mediata la conducta del sujeto A que tras haberle vendido su coche al sujeto B (con el que mantenía relaciones comerciales) aprovecha un viaje de éste al exterior para acudir al lugar en donde se encuentra el vehículo y por medio de diversas estratagemas convence al empleado encargado de la custodia del mismo que le haga entrega del coche que logra posteriormente vender por piezas.⁴¹

Por su parte, la STS de 19 de Junio de 2007, (ponente Bacigalupo Zapater), califica como estafa en triángulo el caso de un sujeto que, sacando provecho de su cargo de contable de la empresa, logra engañar al cajero de una oficina bancaria al presentarle para su cobro cheques falsos girados contra una cuenta que pertenece a la empresa para la cual labora.⁴²

2. Teorías fácticas

i Consideraciones previas

Las teorías fácticas intentan ampliar el ámbito de aplicación del tipo de estafa a los casos límite ya descritos. No obstante, ofrecen soluciones poco satisfactorias por la poca claridad que tienen al explicar e intentar justificar sus propios límites. Sus defensores yuxtaponen sus argumentos (sobre todo a la hora de

⁴¹ Dice la sentencia (FJ 3º): “...la tolerancia del encargado de la custodia no produjo la disminución patrimonial sino que ésta es consecuencia de la apropiación de la cosa de la que es autor el otro sujeto. El encargado de la custodia, por lo tanto, sólo aparece vinculado indirectamente con el perjuicio del titular, pues entre su conformidad y el daño fue necesaria la apropiación por parte del autor.

Por otra parte, el encargado de la custodia carecía de poderes jurídicos para realizar ninguna disposición patrimonial respecto del patrimonio del perjudicado...” (el subrayado es mío).

⁴² Dice la sentencia (FJ 1º): “...el engaño se realiza a un tercero que actúa en representación del titular de los bienes. Aquí el engaño consistió e (sic.) la afirmación concluyente de la autenticidad del cheque ante el cajero de la institución bancaria, quien inducido a error por la falsificación ejecutó la disposición patrimonial que perjudicó el patrimonio del empleador...” (el subrayado es mío).

decidir qué casos límite quedan circunscritos a la estafa en triángulo y cuáles no) y ello dificulta su clasificación. Por otra parte, algunos comentaristas no hacen uso de la clasificación bipartita que aludimos a continuación y exponen estas teorías como parte de un todo que, creemos, dificulta aun más el análisis. Tampoco queda muy claro a cuál de las teorías fácticas (que circunscribimos a dos como hace la mayoría) se vincula la mayor parte de la jurisprudencia que invariablemente citan unos y otros autores. En todo caso, quienes se han adentrado con detalle en la materia, se atienen a la clasificación que exponemos seguidamente:

ii Teoría de la cercanía fáctica

La mayor parte de la jurisprudencia alemana⁴³ y un sector reducido de la doctrina (también alemana) solucionan el problema de delimitación entre la estafa

⁴³ OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 33 ss. hace un compendio de las decisiones más importantes de la jurisprudencia alemana (hasta 1994). Más reciente SALIGER, § 263, *Matt/Renzikowski StGB*, nn.mm. 133, 136, 137. Así por ejemplo, RGSt 25, 244-248 (cuyo supuesto de hecho ha sido ya descrito en *supra a*). En este caso el Tribunal Imperial no aprecia perjuicio patrimonial típico. Sin embargo, con base en la estructura triangular de la conducta descrita dice que de haberse configurado el perjuicio la conducta del acusado sería constitutiva de estafa (§ 263 RStGB). A tales efectos dice expresamente (247): „*Wenn auch Identität des Getäuschten und Beschädigten für den Betrugsthatbestand nicht notwendige Voraussetzung ist, so erfordert doch schon der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung, daß der Betrüger mindestens thatsächlich dergestalt in der Lage ist, über Vermögensstücke des Geschädigten zu verfügen, daß eine solche mit dem Getäuschten vorgenommene Verfügung dem Eigentümer der Vermögensstücke eine Vermögensminderung erbringt.*“ Otra sentencia muy citada es la BGHSt 18, 221-224 (caso del “párking público” al que también hemos hecho referencia en *supra a*), que dice también (223 ss.): „*Die Strafkammer übersieht jedoch, daß bei dem Betrugstatbestand der Getäuschte nicht auch der Geschädigte sein muß. Sie verkennt deshalb, daß es für die Unterscheidung, ob Diebstahl oder Betrug gegeben ist, allein auf die Willensentschließung des gutgläubigen Mitgewahrsamsinhabers ankommen kann, der der Sache am nächsten stehend die unmittelbar räumliche Einwirkungsmöglichkeit hat und der deshalb über sie, unabhängig vom Willen der anderen Mitgewahrsamsinhaber, tatsächlich verfügen kann. Dies war hier der Wärter; denn er war als Beauftragter des Garagenbesitzers in der Lage, den Wagen, ohne das Frau W. ihn hindern konnte, herauszugeben und damit nicht nur den Mitgewahrsam seines Auftraggebers, sondern zugleich den von Frau W. Aufzuheben.*“ (el subrayado me pertenece). Asimismo, en BGH NSTZ, 1997, pp. 32, 33, un abogado en ejercicio (A), es acusado de querer apropiarse de una cantidad determinada de dinero en efectivo que ha sido hallada en la celda del detenido B y por tal razón incautada por el centro de reclusión. Para lograr su cometido elabora documentos falsos entre los que se encuentran un supuesto contrato de honorarios profesionales en donde se hace constar que B se compromete a entregar a A en concepto de pago la cantidad hallada en su celda como contraprestación a la asistencia letrada de A en una serie de litigios. Asimismo A logra entrar en contacto con un funcionario del centro que tras varias gestiones finalmente le hace entrega del dinero. Además de plantearse, entre otros elementos típicos, la existencia de perjuicio patrimonial típico, el BGH se pregunta si el funcionario en cuestión tenía una relación de cercanía con el patrimonio afectado como para que se pueda hablar de acto de disposición patrimonial. Así, expresamente (33): „*Zudem wäre bei jeder dieser Konstellation auf der Grundlage der zu treffenden Feststellungen zu prüfen, ob der Zeuge R [el funcionario de prisiones] in einem solchem ‚Näheverhältnis‘ zu dem betroffenen Vermögen Dritter stand, daß sein vom Angekl. erstrebtes Verhalten*

triangular de cosas y el hurto en autoría mediata poniendo especial énfasis en la relación entre el autor del engaño y el sujeto que dispone del patrimonio ajeno⁴⁴ (a diferencia de la teoría de la autorización que como hemos visto pone el acento en la relación entre el patrimonio afectado y el tercero disponente⁴⁵). En efecto, con base en el concepto económico de patrimonio y de perjuicio patrimonial⁴⁶, existe estafa en triángulo cuando el tercero disponente se encuentra más cerca de la cosa mueble que el autor del engaño.⁴⁷ Es decir, cuando en un estadio previo al engaño el sujeto engañado tiene la custodia de la cosa y posee por lo tanto la posibilidad fáctica de disponer del bien ajeno. En consecuencia, habrá estafa cuando por causa del engaño el tercero disponente transfiera voluntariamente la custodia del objeto al autor. Por lo tanto, a diferencia de la teoría de la autorización, el ámbito de aplicación del tipo penal de la estafa se amplía considerablemente: la conducta de entrega de la cosa ajena por parte del servidor de la posesión (o inclusive del sujeto que no es tenedor de la cosa) es un acto de disposición típico respecto del delito de estafa.⁴⁸ En consecuencia, se incluyen dentro del ámbito conceptual del elemento típico “acto de disposición” los casos límite a los que más arriba hemos hecho referencia: el acto de entrega de la llave por parte del encargado del parking, por ejemplo y, también, casos como el siguiente: el viajero A que acaba de llegar al aeropuerto X, indica al maletero B que le ayude a llevar al taxi un grupo de maletas que señala como suyas que se encuentran en la cinta de equipajes cuando éstas realmente pertenecen a la familia C.⁴⁹

als Verfügung über dieses Vermögen angesehen werden kann... “ Del mismo tenor son la mayor parte de las decisiones de los tribunales de instancia de ese país. Así, entre otras, BayObLG, *MDR*, 1964, pp. 343, 344, que enjuicia el caso del tranvía previamente mencionado. También, OLG Köln, *MDR*, 1966, pp. 253, 254, se intenta una solución de compromiso bajo el prisma de la teoría de la cercanía: el acusado aprovecha un descuido del encargado de un parking y coge una bicicleta ajena del mismo. El encargado se percata momentos después de la presencia del sujeto (cuando está saliendo del estacionamiento con la bicicleta) y le increpa. Ante el requerimiento del encargado el autor arguye que ha perdido el tiquet y logra salir del parking en posesión de la bicicleta. El tribunal considera que hay concurso ideal entre hurto intentado y estafa. Considera que hay tentativa de hurto porque el sujeto antes de engañar al encargado intenta aprovecharse de que éste se encuentra distraído.

⁴⁴ Así, entre otros, v. LISZT, *LB*, p. 491; DREHER, *GA*, 1969, pp. 56-61(60); SCHMIDHÄUSER, *BT*, p. 119, n.m. 19.

⁴⁵ LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 113.

⁴⁶ Así, expresamente, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 110; JOECKS, *Zur Vermögensverfügung*, p. 125 ss. Desde una perspectiva económica el patrimonio es definido como “el conjunto de bienes de valor monetario de una persona”. Asimismo, bajo este prisma el perjuicio patrimonial es definido como “un hacer al engañado económicamente más débil” (*Cfr.* PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 36).

⁴⁷ Por todos, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 60 ss.

⁴⁸ Por todos, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 212.

⁴⁹ SCHRÖDER, *ZStW*, 1940, pp. 33-114 (67), expone un ejemplo similar.

A este respecto, la principal crítica que puede esgrimirse respecto de esta teoría es que las consecuencias de su aplicación desvirtúan el carácter autolesionador del delito de estafa: el fundamento de la relación objetiva entre el sujeto pasivo del engaño y el patrimonio afectado proviene de una mera “posibilidad de influencia fáctica” y por lo tanto cualquier persona puede ser sindicada de constituir el sujeto que realiza el acto de disposición patrimonial propio de la estafa y no únicamente aquella que actúa por el titular del patrimonio.⁵⁰

iii Teoría de la situación

Por último, la teoría de la situación (*Lagertheorie*), también denominada teoría de la cercanía normativa⁵¹, intenta precisar la hipotética relación de cercanía entre el tercero engañado y el patrimonio afectado que hemos expuesto en el aparte anterior⁵² y procura no extender el ámbito de aplicación de la estafa más allá de los casos del servidor de la posesión.⁵³ Esta teoría propone que la configuración de la estafa triangular de cosas en los casos límite dependa de que el tercero disponente esté, desde el punto de vista normativo, en el ámbito de poder del que proviene la cosa, bien sea como custodio o co-custodio de la misma o bien simplemente como vigilante o protector de ésta, ejerciendo siempre una posición de colaborador o auxiliar del titular del patrimonio.⁵⁴ En este sentido, la tipicidad del acto de disposición está sometida a la condición de que el autor saque provecho de la mejor situación del tercero como “guardián de la custodia” (*Gewahrsamshüter*) con respecto al objeto del que quiere apropiarse.⁵⁵ Así, el sujeto pasivo del engaño, al hacer entrega de la cosa al autor, está obrando *desde dentro* (*intraneus*), esto es, en el lugar que correspondería al perjudicado patrimonial y, consecuentemente, (desde su punto de vista) en interés expreso o presunto del titular del patrimonio, permitiendo así la unidad de imputación

⁵⁰ Así, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 113; JOECKS, *Zur Vermögensverfügung*, p. 125 ss.

⁵¹ HILLENKAMP, *40 Probleme*, p. 152.; SALIGER, § 263, *Matt/Renzikowski StGB*, n.m. 132.

⁵² OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 63. Al respecto, dice por ejemplo LENCKNER, *JZ*, 1966, pp. 319-321 (320 s.): „...so muß der Begriff der ‚tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit‘ einen anderen Sinn haben. Es kann nicht genügen, daß der Dritte imstande ist, einde das fremde Vermögen schädigende Handlung vorzunehmen, sondern es muß noch eine weitere Voraussetzung hinzukommen. Diese kann nur darin liegen, daß er schon vorher in einer besonderer Beziehung zu der Sache gestanden hat, über die er ‚verfügt‘.“

⁵³ SCHRÖDER, *ZStW*, 1940, pp. 33-114 (72 ss.).

⁵⁴ SCHRÖDER, *ZStW*, 1940, pp. 33-114 (70 ss.); LENCKNER, *JZ*, 1966, pp. 319-321 (321); OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, pp. 148 ss., 206 ss.; LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 114.; TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 116; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 213.

⁵⁵ Por todos, LENCKNER, *JZ*, 1966, pp. 319-321 (321).

exigida por el tipo penal (delito de autolesión).⁵⁶ En caso contrario, si el sujeto pasivo del engaño carece de la custodia de la cosa o infringe o excede de forma consciente sus funciones, no puede hablarse de disposición patrimonial porque se trata de un *extraneus*: el ataque instrumentalizado al patrimonio viene de fuera del ámbito de influencia del titular del patrimonio y, por lo tanto, se trata de una sustracción en el sentido del hurto.⁵⁷ La teoría fue desarrollada por LENCKNER⁵⁸, a partir (principalmente) de una aportación de SCHRÖDER⁵⁹ y es absolutamente mayoritaria tanto en el ámbito doctrinal alemán⁶⁰ como español.⁶¹

⁵⁶ Por todos, LENCKNER, *JZ*, 1966, pp. 319-321 (321).

⁵⁷ Por todos, LENCKNER, *JZ*, 1966, pp. 319-321 (321).

⁵⁸ LENCKNER, *JZ*, 1966, pp. 319-321.

⁵⁹ SCHRÖDER, *ZStW*, 1940, pp. 33-114 (70 ss.).

⁶⁰ Así, entre otros, SCHRÖDER, *ZStW*, 1940, pp. 33-114 (70 ss.); LENCKNER, *JZ*, 1966, pp. 319-321;); LINNEMANN, *wistra*, 1994, pp. 167-170 (169). SCHMIDHÄUSER, *BT*, p. 119, n.m. 19.; LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 114.; TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 116; CRAMER/PERRON, *Sch-Sch StGB*, § 263, n.m. 66; SALIGER, § 263, *Matt/Renzikowski StGB*, n.m. 134 s.; WESSELS/HILLENKAMP, *BT2*, § 15, n.m. 641. Por otra parte, la concepción de PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 205 ss., con sus particulares características es normalmente considerada como una variante de la teoría de la situación (Cfr., por ejemplo KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 218 s.). En el contexto de su concepción de la estafa como un delito patrimonial en el que la violación de determinados deberes de veracidad permiten la tipicidad de la conducta, para este autor la cuestión a determinar en la estafa triangular es precisamente, cuál de los sujetos receptores del mensaje engañoso (que denomina inducidos a error) es el que tiene la competencia para “vincularse” y administrar el patrimonio afectado. Según su opinión no se da esta problemática en los casos en los que bajo ningún aspecto existe la posibilidad de que el tercero intervenga en la esfera de organización del titular del patrimonio. Pone el ejemplo del transeúnte al que un sujeto desde una casa le pide le pase una pelota que acaba de caer a la calle que en realidad pertenece a la casa vecina (p. 208). También saca de la discusión los casos no problemáticos dentro de la constelación de la estafa en triángulo: aquellos en los que existe una relación jurídica entre el titular del patrimonio y el tercero disponente. Siempre y cuando la conducta del disponente se encuentre dentro de los cauces del convenio. Para los casos en los que existe posibilidad de intervención del sujeto pasivo del engaño en el patrimonio ajeno y no hay acuerdo expreso al respecto, propone considerar si la conducta del tercero se inscribe dentro del rol o de la función que realiza (p. 209). Así serían típicos los actos de disposición que el tercero receptor del engaño realiza en el ámbito de competencias o de funciones que normalmente pertenecen al oficio que éste ejerce. Por ejemplo, el ama de llaves es competente para decidir acerca de la veracidad de la afirmación del autor que pasa por la casa a recoger el abrigo de piel de su patrona con la excusa de que éste necesita ser reconfeccionado. Según esta opinión, consecuentemente la entrega del abrigo por parte del ama de llaves conformaría un acto de disposición patrimonial típico de la estafa. En caso contrario, si la entrega del objeto es hecha por el jardinero éste sería instrumento del autor mediato a título de hurto.

⁶¹ Más allá de posturas contradictorias como la de OLIVA GARCÍA, *La Estafa Procesal*, que en principio pareciera asumir esta postura al afirmar (p. 370): “...Si le es concedida la posibilidad al sirviente que entrega al estafador, enviado fingido de su amo, un objeto que en su nombre le es pedido, no hay razón para afirmar también en el juez esta posibilidad de facto...”, y posteriormente expresa a favor de la teoría jurídica lo siguiente (p. 373): “...basta que se tenga la posibilidad de disponer con eficacia jurídica y que ese acto sea lícito...” (el subrayado es mío); o del pretendido eclecticismo de ROMERO, *Los elementos*, p. 208, que dice que depende del caso si la relación es de hecho o de derecho, pero da cabida a ambas; están expresamente a favor de la teoría de la situación autores como ANTÓN ONECA, *Obras*, p. 95; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses*, p. 296; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual. PE*, p. 193; PÉREZ MANZANO, “Estafa.”, p. 451; MANZANARES SAMANIEGO, “Artículo 248”, p. 307; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos*, pp. 48 s.; VALLE MUÑIZ / QUINTERO OLIVARES, “Sección 1ª. De las Estafas”, p. 672 y, principalmente, VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, p. 221 ss.

En cuanto a la jurisprudencia alemana, existe un tímido acercamiento a esta concepción por parte de antiguas sentencias de los *Oberlandesgerichte*. Sirva de ejemplo el siguiente caso: en un supermercado la cliente E dejó olvidado su bolso al lado de la caja registradora. La cliente D se percató del bolso y preguntó al acusado (T) si el bolso le pertenecía. T respondió afirmativamente a la pregunta y salió del local con el bolso en la mano. La cajera B (que está facultada para disponer de los objetos perdidos) fue testigo de la escena pero no consideró necesario intervenir. El tribunal apreció hurto y no estafa porque consideró que en la conducta de la cajera, única legitimada para disponer del objeto, no concurre el requisito de conocimiento y voluntariedad en la realización del acto de disposición patrimonial.⁶² Por su parte, sentencias más recientes referidas a casos de estafa triangular de pretensiones o derechos (*vid. infra*) han entendido que tanto esos supuestos como los que ahora nos ocupan (estafas en triángulo de cosas) presuponen en forma genérica una relación de cercanía entre el disponente y la esfera patrimonial del perjudicado, relación que se apoya en fundamentos normativos.⁶³

Las principales objeciones a la teoría de la situación vienen de la mano de la imprecisión que ha sido ya comentada: se critica, por ejemplo, que el derecho solo reconoce criterios jurídicos o fácticos pero no “situaciones” (*Lagen*). Esta teoría tampoco aclara por qué debe imputarse la disposición del tercero como si fuera propia del titular del patrimonio en el sentido del carácter de la estafa como delito de “autolesión”. La imputación de responsabilidad a una persona viene dada conforme a su propia voluntad.⁶⁴

b) Estafa de derechos o pretensiones

1. Un análisis diferenciado. La necesidad de un concepto amplio de acto de disposición patrimonial

Como se ha mencionado, el segundo gran compendio de casos de estafa en triángulo lo constituyen aquellos supuestos en los que la disposición patrimonial es realizada sobre derechos patrimoniales.⁶⁵ Gran parte de la doctrina se preocupa por hacer esta distinción precisamente porque, a diferencia de la estafa

⁶² OLG Hamm, *NJW*, 1969, pp. 620, 621.

⁶³ Así, OLG Celle, *NJW*, 1994, pp. 142-144 (143).

⁶⁴ Por todos, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 214.

⁶⁵ Por todos, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, p. 175 ss.

de cosas, aquí no existe un problema de delimitación con el delito de hurto.⁶⁶ No puede hablarse de “custodia” y mucho menos de “pérdida de la custodia” cuando nos encontramos frente a derechos patrimoniales (aquí el sujeto pasivo del engaño no dispone de un bien que se encuentra bajo *su custodia*).⁶⁷ Por lo tanto, las propuestas para solucionar esta problemática no tienen aplicación en esta constelación de casos,⁶⁸ ya que en la estafa de cosas se parte de un concepto absolutamente restrictivo del acto de disposición patrimonial. Con otras palabras, como el objeto de la estafa de cosas son precisamente cosas muebles, el contenido del elemento típico acto de disposición patrimonial se limita al clásico “acto de entrega de una cosa mueble”. Por el contrario, al hablar de estafa de pretensiones se hace necesario asumir un concepto amplio de acto de disposición patrimonial,⁶⁹ de manera que prácticamente existe amplio consenso en sostener que la “pérdida de un derecho de crédito” o “la emisión de una resolución judicial” constituyen actos de disposición patrimonial.⁷⁰

Por esta razón, en este contexto resulta incongruente referirse a “vínculos fácticos” o a una “relación de cercanía” que produce una “nueva situación jurídica”.⁷¹ Es precisamente en la estafa de pretensiones cuando cobra mayor vigencia que el acto de disposición tenga la atribución de “...constituir una nueva situación jurídica...” en el sentido de que el Derecho reconozca “...efectos jurídicos a la resolución económica del disponente.”⁷² La amplitud del concepto

⁶⁶ HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 290 ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (211 ss.). Por su parte, JOECKS, *Zur Vermögensverfügung*, p. 42 ss., en la estafa de pretensiones o derechos no se exige la consciencia en la disposición que permite a la estafa de cosas distinguirse del simple apoderamiento propio del delito de hurto. En contra de esta distinción, KINDHÄUSER, *ZStW*, 1991, pp. 398-424 (416 s.).

⁶⁷ JOECKS, *Zur Vermögensverfügung*, p. 43 ss.

⁶⁸ No obstante, un importante sector de la doctrina alemana tiende a considerar esta diferenciación como injustificada y aplica a la problemática de la estafa de derechos o pretensiones las mismas propuestas de solución. Así, expresamente HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 290 ss. Por su parte, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 209 ss., tiende a prescindir de la distinción.

⁶⁹ Por todos, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 195 ss.

⁷⁰ Por todos, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 195 ss. (197).

⁷¹ Por el contrario, en OLG Celle, *NJW*, 1994, pp. 142-144 (143), aplican la teoría de la situación a un caso de estafa de pretensiones. Cfr. comentario de LINNEMANN, *wistra*, 1994, pp. 167-170. Por su parte FAHL, *Jura*, 1996, pp. 74-78 (77 ss.), intenta explicar la estructura triangular de la estafa en triángulo prescindiendo de la diferenciación entre estafa de cosas y estafa de pretensiones y, en consecuencia, llega a conclusiones absolutamente incoherentes cuando intenta relacionar la problemática de la estafa de cosas (en su delimitación con el delito de hurto) con la estafa procesal. Dice, por ejemplo (p. 78 final) que la doctrina ha pasado por alto considerar a la estafa procesal cuando analiza la estafa de cosas y no ha tenido grandes escrúpulos en obviar si el tercero disponente (el juez) se encuentra en una relación de cercanía o en el lugar de la parte afectada (*i?*).

⁷² PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 178, n.p. 44. También, LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción*, p. 528 ss.; LUMIA, *Principios*, p. 9 ss.

de acto de disposición patrimonial depende de la vinculación jurídica entre el sujeto engañado y el patrimonio. Ello se debe a que este elemento típico no está vinculado únicamente a simples actos de entrega de muebles y por tanto a la discusión referida a si el sujeto pasivo tiene o no la custodia sobre los mismos o si ésta es legítima sino a la posibilidad de tener influencia sobre los derechos patrimoniales de otro. En consecuencia, es requisito fundamental que el sujeto pasivo del engaño cuente con facultades para incidir en el patrimonio de la víctima. Como hemos mencionado, la legitimación para intervenir en el patrimonio de un tercero puede derivar de la voluntad del titular del patrimonio o de una norma jurídica.⁷³

Actualmente no existe mayor objeción en incluir dentro del elemento típico del acto de disposición patrimonial a los actos jurídicos ejercidos en función de una facultad (atribuida legalmente) de intervenir en el patrimonio de los particulares.⁷⁴ El ejemplo paradigmático de sujetos con esta atribución legal lo constituye el juez en su carácter de titular de la función de administrar Justicia.⁷⁵

2. La estafa procesal como estafa en triángulo. El juez como tercero disponente

Una vez superada la autotutela e instituida la prohibición penal de las vías de hecho, el hombre no ha inventado otro método mejor para dar arreglo a los conflictos intersubjetivos -inherentes a la convivencia humana⁷⁶- que plantear su resolución a un tercero dotado de independencia, desinterés objetivo⁷⁷ y por consiguiente imparcialidad: la denominada heterocomposición cuyo exponente tradicional es el proceso jurisdiccional encabezado por la figura del juez.⁷⁸

⁷³ Por muchos, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 178, n.p. 44; HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (212).

⁷⁴ Por todos, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 199.

⁷⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231 (212).

⁷⁶ GUASP / ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, p. 35, dice por ejemplo que “...es misión de la sociedad humana, y precisamente la razón de su existencia, el remedio de las limitaciones o imperfecciones que al hombre impone su propia naturaleza...” (el subrayado es mío).

⁷⁷ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil I*, p. 26 ss., utiliza el término desinterés objetivo para explicar que la jurisdicción (p. 26) “...hace observar normas jurídicas o sanciona su infracción siendo esas normas reguladoras o referentes, en último extremo, a *conductas ajenas...*”.

⁷⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios*, t. I, Nros. 1-11, p. 32 ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, p. 17 ss.; FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general*, p. 20. Ello sin perjuicio de la vigencia de medios alternativos a la resolución de conflictos, por ejemplo el arbitraje, que también tiene una naturaleza *heterocompositiva* y cuasi-jurisdiccional a tenor de lo establecido en los arts. 22 ss. de la Ley de Arbitraje. Sobre el particular, GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional I*, p. 40 ss.

Herederos de los poderes del estado absoluto, el Estado actual constituye una compleja institución. Sus principales características vienen definidas por la participación de sus habitantes en la organización de los poderes y por la tradicional y nunca absoluta división de las funciones estatales que, inspirada en el ideal ilustrado, pretende evitar que quienes ostentan el poder instrumentalicen al derecho (interdicción de la arbitrariedad).⁷⁹

En este sentido, la función jurisdiccional, contenida en el artículo 117.3 de la Constitución, concede a los jueces y tribunales determinados por las leyes “la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Es una potestad cualificada -distinguible del resto de las que competen al Estado- por su generalidad y por su función decisora.⁸⁰ La generalidad viene dada por su carácter *erga omnes* y se manifiesta a través del mandato constitucional (art. 118 CE⁸¹) de colaboración y obediencia de los justiciables y el resto de los poderes públicos a las resoluciones judiciales. Se concreta además en una fuerza de mando jurídicamente vinculante para con las partes y terceros y apoyada por el aparato coactivo del Estado.⁸² Por otra parte, la potestad decisora del poder judicial se caracteriza por ser precedente y superviviente a las pretensiones que le son planteadas. Su esencia es la función jurisdiccional.⁸³ Ésta, usando al proceso como vehículo para su materialización, consiste primordialmente en la tutela y realización del Derecho por medio de la resolución de casos concretos que le son planteados a través de la interposición de pretensiones.⁸⁴ En virtud de ello, cumple su papel de último garante del ordenamiento Jurídico⁸⁵.

Según las tesis contractualistas clásicas, la aplicación coactiva del Derecho a través de los órganos que ejercen la potestad jurisdiccional no solo es una condición para el ejercicio de la libertad de los ciudadanos (en el sentido de interceder en la solución del conflicto entre dos ámbitos libres de organización), sino que es una manifestación de la libertad ciudadana misma. Así, la aplicación coactiva de la norma jurídica es originada por la propia voluntad del ciudadano -

⁷⁹ FENECH, *Derecho procesal civil. Introducción*, p. 20; MALEM SEÑA, *El error judicial*, p. 14 ss.; WILENMANN, *RDCh*, 2011, pp. 531-573 (543 ss.).

⁸⁰ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 63 ss.; MALEM SEÑA, *El error judicial*, 14 ss.

⁸¹ “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.”

⁸² GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal*, p. 32 ss.

⁸³ FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del derecho procesal*, p. 21.

⁸⁴ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil I*, p. 22 ss., para este autor (p.23): “...Las grandes operaciones intelectuales y volitivas propias de la Jurisdicción (juzgar, ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado) han de ir precedidas y acompañadas de numerosos actos –también, ellos mismos, intelectivos y volitivos- que preparan y sostienen aquéllas...”.

⁸⁵ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 112 ss.; MALEM SEÑA, *El error judicial*, 14 ss.

coaccionado en el caso concreto por el operador jurídico- en virtud de que éste se ha sometido voluntariamente a la autoridad del tribunal por medio del contrato social.⁸⁶

Asimismo, según establece la doctrina procesal, la jurisdicción ejerce la función de protección de los derechos subjetivos o de los intereses jurídico-materiales de los ciudadanos y, al mismo tiempo, crea el derecho y lo aplica al caso concreto.⁸⁷ De esta manera cumple una función de complementación normativa subordinada a la ley, llenando las lagunas del ordenamiento jurídico a través de lo plasmado en las resoluciones judiciales.⁸⁸ En este sentido, no sin razón se ha dicho que la sentencia es norma jurídica individualizada continuadora de la labor de creación jurídica y garante último de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos.⁸⁹ Por lo tanto, la función jurisdiccional permite al Juez declarar el derecho a través de sus sentencias y ordenar su aplicación que, según el esquema tradicional, consistiría en tres tipos de sentencias, saber:

- La mera declaración de una situación jurídica que existía con anterioridad a la resolución judicial.
- La constitución de un estado jurídico inexistente al momento en que es promulgada la resolución.
- Y, la más común y la que más interesa a los fines de la estafa procesal en virtud del objeto eminentemente patrimonial que en esta categoría impera, consiste en la sentencia de condena o absolucón a través de la cual se impone o libera al demandado del cumplimiento de una obligación. En éstas se manifiesta con más claridad la fuerza del mandato jurisdiccional por ser uno de los desencadenantes de la actividad jurisdiccional de ejecución.⁹⁰

En efecto, en caso de que el destinatario de la orden incumpla con el mandato contenido en, por ejemplo, una sentencia declarativa de condena, el Juez de manera reglada está plenamente facultado para sustituir el poder de disposición del vencido sobre los bienes que conforman su patrimonio.⁹¹ Así pues, según la

⁸⁶ WILENMANN, *RDCh*, 2011, pp. 531-573 (534 ss.); MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, p. 105 ss.; ROUSSEAU, *El contrato social*, p. 54 ss.

⁸⁷ GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal*, p. 39 ss.

⁸⁸ GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal*, p. 42 ss.

⁸⁹ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 112 ss.

⁹⁰ Como acertadamente menciona FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, p. 23.

⁹¹ Por todos, ÁNGEL FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil III*, p. 25: "...Producido el incumplimiento, el Derecho desconfía del deudor –o, al menos, de su voluntad de pagar-, y vuelve los ojos a su patrimonio, que sigue siendo la garantía última y más sólida de la satisfacción de sus acreedores (...) es el patrimonio

concepción clásica *chiovendiana se sustituye una actividad privada por una pública*.⁹² De esta forma, el Juez satisface la pretensión convertida en sentencia del actor que ha vencido el litigio y cumple además con el estadio último del mandato constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En consecuencia, el particular que haciendo uso de su derecho de acción ejerce ante el órgano jurisdiccional una pretensión procurando la satisfacción del objeto de aquélla verá en la sentencia definitiva la satisfacción jurídica de su *petitum*. Asimismo, en la ejecución de la sentencia, el demandante evidenciará la satisfacción material de su solicitud en virtud de la potestad jurisdiccional que permite que la relación del vencido en juicio con su patrimonio sea fungible, al ser ejercida por el tribunal, a costa del patrimonio del vencido.⁹³

En fin, el poder de disposición del juez sobre el patrimonio de las partes en un litigio es inherente a la potestad pública independiente pero vinculada a la Ley que en virtud del principio de separación de poderes le ha sido conferida constitucionalmente como órgano del poder público.⁹⁴ Éste se convierte en situación jurídica con la promulgación de la sentencia y se materializa con la ejecución de lo concedido en ésta sin más límites que los previstos en el texto Constitucional y las Leyes.⁹⁵

del deudor el que está sometido directa e indirectamente –aunque con condiciones- a la actuación del juez ejecutor...”.

⁹² CHIOVENDA, *Principios*, t. I, p. 367 ss. (373 ss.): “Esta sustitución tiene lugar de dos maneras, correspondientes a los dos estadios del proceso, conocimiento y ejecución: a) En el conocimiento, la jurisdicción consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad *intelectiva* del juez a la actividad intelectual, no sólo de las partes, sino de todos los ciudadanos, al afirmar existente o no existente una voluntad concreta de ley *concerniente a las partes*. En la sentencia, el juez se sustituye para siempre a todos al afirmar existente el derecho a la separación personal o a la resolución de un contrato, o querido por la ley un castigo. Esta función no puede significarse mejor que la palabra *juzgar*; pero también esta palabra puede entenderse en otros sentidos, como cuando se dice: ‘cada uno *es juez* de sus propias acciones’, y cuando se dice: ‘ninguno *es juez* en pleito propio’. En la jurisdicción háblase de un juez en este segundo sentido: ‘de juez en pleito ajeno’. b) En cuando a la actuación definitiva de la voluntad declarada (...) cuando se trata de una voluntad de ley que debe cumplirse por la parte litigante, la jurisdicción consiste en la *sustitución* de la actividad material de los órganos del Estado a la actividad debida, sea que la actividad pública tenga sólo por fin constreñir al obligado a obrar, o que atienda directamente al resultado de la actividad debida. En todo caso, hay, pues, una actividad pública desarrollada *en lugar de otros*.” En España, principalmente, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 56., entre otros.

⁹³ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II*, p. 517 ss.

⁹⁴ TARUFFO, *Páginas*, p. 28 ss.; FERRAJOLI, *Principia iuris*, t. II, p. 213 ss.

⁹⁵ Al respecto, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 190.

II.2 Los elementos del tipo

A) Introducción

Una vez expuesta y analizada la estructura triangular de la estafa procesal se entrará a analizar tanto el contenido como los límites del injusto de este subtipo agravado. Como punto previo y para una mejor comprensión del tema objeto de análisis se hará una ejemplificación del contexto en el que tiene lugar la estafa procesal por medio de la exposición esquemática de los supuestos cuya tipicidad ha sido apreciada de forma pacífica y reiterada por los tribunales españoles.¹ El esquema vendrá precedido a su vez de algunas observaciones y críticas a la clasificación tradicional de la estafa procesal que con algunos ajustes le servirá de basamento.

B) La clasificación tradicional de la estafa procesal. Algunas observaciones

a) Acerca de la estafa procesal impropia

La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia españolas se limita a reproducir parte de la clasificación introducida en su día por OLIVA GARCÍA² sin atreverse siquiera a cuestionarla o, al menos, a actualizar sus categorías a la normativa vigente.³

El esquema en mención distingue en primer lugar entre la estafa procesal *propia* y la estafa procesal *impropia*⁴, términos que equivalen a lo que la doctrina alemana denomina estafa procesal propiamente dicha (*Prozeßbetrug*) y estafa *en el proceso* (*Betrug im Prozeß*)⁵. Según esta opinión, si la estafa procesal es triangular y -necesariamente- el juez es el sujeto pasivo del engaño, estaríamos en presencia de una estafa procesal propia.⁶ En caso contrario, si la conducta engañosa se produce directamente en contra del adversario procesal y es éste

¹ Son principalmente SSTS y SSAAPP.

² OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, pp. 97-111.

³ Un ejemplo reciente lo constituye la obra de SOLAZ SOLAZ, *La estafa procesal*, pp. 76-84.

⁴ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 97 ss.

⁵ La terminología se atribuye a GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, p. 504. Al respecto, GANSKE, *Prozeßbetrug*, p. 4.

⁶ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 103 ss.

quien realiza, en virtud de tal engaño, el acto de disposición patrimonial, concurre la denominada estafa procesal impropia.⁷ A este respecto, es necesario reiterar que la estafa procesal impropia debe cumplir con estos dos requisitos fundamentales: el engaño debe estar dirigido directamente a la contraparte y, además, el acto de disposición patrimonial debe ser efectuado por la contraparte misma y no por el juez. Si faltase esta última condición, estaríamos en presencia de una estafa procesal propia (*indirecta*, según la clasificación que aquí exponemos⁸), triangular y, en consecuencia, incluida dentro del ámbito de aplicación del subtipo agravado de estafa procesal (art. 250.1.7 CP).

La referencia inmediata de la doctrina y jurisprudencia en la estafa procesal impropia es, como ya hemos dicho, la estafa ocurrida en el seno de cualquiera de las formas de terminación anormal del proceso (art. 19 ss. LEC). Concretamente se hace constante alusión a la transacción judicial (art. 1.809 CC), a la renuncia (art. 20.1 LEC) y al desistimiento (art. 20.2 LEC) del demandante y al allanamiento total o parcial (art. 21.1.2 LEC) del demandado.⁹

A la luz de la regulación expresa de la estafa procesal en la legislación española consideramos que esta generalización es inadecuada. Ciertamente, desde el punto de vista del Derecho procesal, todos estos medios de *autocomposición procesal* constituyen una manifestación del principio dispositivo. Ello, como es sabido, implica la posibilidad de que las partes tengan la libertad plena de poner fin al conflicto intersubjetivo antes de que el juez emita una resolución al respecto.¹⁰ No obstante, la disposición del objeto del proceso no entraña necesariamente la sustitución de todas las facultades jurisdiccionales (entre ellas, interesa particularmente a la dogmática de la estafa procesal, la facultad del juez de disponer sobre el patrimonio del demandado).

En este sentido, la definición de una estafa procesal como impropia (o lo que es lo mismo, como una estafa básica que, por ende, quede fuera del ámbito de aplicación del subtipo agravado de estafa procesal¹¹) va de la mano de la

⁷ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 98 ss.

⁸ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 104 ss.

⁹ Así, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, recientemente, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 314 y SOLAZ SOLAZ, *La estafa procesal*, p. 82 ss. Por su parte la jurisprudencia reproduce constantemente la máxima contenida en la STS de 4 marzo de 1997 (ponente Delgado García) (FJ 9º): "...también puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción, etc. como solución para él más favorable."

¹⁰ Por todos, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 247 ss.

¹¹ Principalmente por esta razón es que prescindiremos de mayores comentarios a la problemática en torno a este fenómeno más allá de lo que aquí hemos expuesto.

circunstancia de que las partes -en el ejercicio de la potestad de disponer libremente sobre el objeto del proceso- se vean también en la posibilidad de *sustituir* el acto judicial de disposición patrimonial que se concreta (en estos casos) en la sentencia.¹² Así ocurre, por ejemplo, en la transacción judicial (art. 1.809 CC) que -además de poner término anticipado al litigio- modifica la relación jurídica *inter partes* y otorga con ello una nueva regulación al objeto del proceso. En efecto, por medio de la transacción judicial, la sentencia que pondría fin al conflicto intersubjetivo se transmuta en un contrato que, al igual que la resolución judicial, regula el fondo de los términos o condiciones que han sido planteados por las partes y constituye además un título ejecutivo (art. 1.816 CC).¹³ Tanto es así que, una vez celebrado el acuerdo transaccional el juez se limita a homologarlo tras haber comprobado la concurrencia de sus requisitos legales (arts. 19.2 y 206.1.2ª LEC).¹⁴

No ocurre lo mismo con el allanamiento del demandado o la renuncia del demandante, por ejemplo. A diferencia de la transacción judicial, estos actos procesales no *sustituyen* la actividad judicial sino que la *determinan*. Constituyen, como hemos dicho, actos de *causación*: el tribunal acoge el contenido de la declaración de voluntad de la parte de no oponerse a la pretensión interpuesta (demandado que se allana) o de dejación de la acción ejercida (demandante que renuncia) y promulga una sentencia (condenatoria en el caso del allanamiento o desestimatoria de la demanda si se trata de una renuncia) que pone término al proceso.¹⁵ De manera que, como hemos mencionado, el acto de disposición patrimonial en estos casos es realizado por el juez en uso de sus atribuciones legales. En consecuencia, los supuestos de estafa procesal ocurridos en este ámbito se subsumen en el subtipo agravado del art. 250.1.7º CP.

Una vez realizadas estas precisiones cabe mencionar que, aparte de la conocida máxima jurisprudencial a la que hemos hecho referencia¹⁶, son muy pocas las ocasiones que los tribunales españoles han conocido supuestos de hecho en los que pueda medianamente sostenerse una calificación de estafa procesal impropia.

¹² Al respecto, esclarecedor, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil I*, pp. 400 ss. y 407 ss.

¹³ La norma citada dispone inclusive que la transacción judicial tendrá para las partes autoridad de cosa juzgada. No obstante ello es matizado por la doctrina procesal (vid. CASTILLEJO MANZANARES, *Poder de disposición de las partes*, p. 161 ss. y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “Del poder de disposición”, p. 165 ss.). Al respecto, por todos, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil I*, p. 407 ss.

¹⁴ Por todos, CASTILLEJO MANZANARES, *Poder de disposición de las partes*, p. 161 ss.

¹⁵ Así entre muchos otros, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil I*, p. 396 ss.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “Del poder de disposición”, pp. 173 ss. y 186 ss. y CASTILLEJO MANZANARES, *Poder de disposición de las partes*, pp. 61 ss., 69 ss. y 102 ss.

¹⁶ Contenida, como hemos dicho, en la STS de 4 marzo de 1997 (ponente Delgado García) (FJ 9º).

Asimismo, más allá de la máxima jurisprudencial ya mencionada, en ninguno de estos casos ha habido mención expresa del problema en concreto. Por el contrario, las sentencias del Tribunal Supremo consultadas se limitan a declarar la atipicidad de esta clase de fraudes procesales sin ofrecer mayores detalles. Así por ejemplo, el caso de la STS de 18 de enero de 2006 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca), que confirma el carácter atípico de los hechos enjuiciados en la SAP Córdoba, Sección 1ª, de 24 de mayo 2004 (ponente Magaña Calle): en un litigio por incumplimiento contractual se acusaba (infundadamente) al demandante de ocultar hechos al demandado con el fin de facilitar el acuerdo transaccional que fue finalmente suscrito.

Por su parte, aun cuando la doctrina alemana tiene poco que decir en cuanto a estos casos que allí se denominan estafas *en el proceso* (*Betrug im Prozeß*)¹⁷, la jurisprudencia alemana contiene casos mucho más elocuentes que los españoles. Así por ejemplo, un caso enjuiciado por el Tribunal Superior de Baviera:¹⁸ un mecánico (M) decidió poner en venta su coche. El funcionario de aduanas (F) se interesó por el vehículo y poco después suscribió con M el respectivo contrato de compraventa. Ante el retraso en la entrega del coche por parte de M, F decidió otorgarle una prórroga. Vencida la prórroga, F rescindió unilateralmente el contrato y rehusó ir a recoger el vehículo. En vista de ello M interpuso demanda

¹⁷ La doctrina alemana incurre en la misma imprecisión que aquí criticamos pero ello atiende a una realidad legal sustancialmente distinta. Al carecer de una cualificación típica análoga a la española, los autores alemanes que han abordado el tema se preocupan sobre todo por determinar si efectivamente, a pesar de sus particularidades, estas conductas cumplen con los requisitos del tipo básico de estafa. Por lo tanto, desde esta perspectiva interesa destacar únicamente que a pesar de que no se configura un engaño directo al juez sino a la contraparte estas conductas se subsumen también en el delito de estafa (§ 263 StGB). Así, se usa el término genérico de “estafa *en el proceso*” (*Betrug im Prozeß*) o “estafa procesal en sentido amplio” para denominar a los supuestos de engaño directo a la contraparte procesal. La denominación se atribuye a GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, p. 504. Al respecto, GANSKE, *Prozeßbetrug*, p. 4. Asimismo, LENCKNER, *HWiStR*, pp. 1-6 (1) sostiene: „Der ‚Betrug im Prozeß‘ weist die übliche Struktur des Betrugs auf und wird durch Täuschung des Prozeßgegners oder der für ihn handelnden Person begangen. Beispiele dafür sind insbesondere die Fälle, in denen der Gegner durch falsche Tatsachenbehauptungen zu einer für ihn nachteiligen Verfügung über den Prozeßgegenstand - Klagerücknahme bzw. -verzicht (§§ 269, 306 ZPO), Anerkenntnis (§ 307 ZPO), Abschluß eines ungünstigen Vergleichs (...) - veranlaßt wird und dadurch einen Vermögensschaden erleidet, Verfügungen i. S. des § 263 können aber z. B. Auch ein Geständnis (§ 288 ZPO) oder das Nichtbestreiten gegnerischer Behauptungen sein (§ 138 Abs.3 ZPO...)“. En el mismo sentido, KRELL (13), *JR*, 2012, p. 104 ss.; CRAMER/PERRON, *Sch-Sch StGB*, § 263, n.m. 70, p. 2346; PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 19 ss.; LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 304, p. 222 ss. No obstante, debe aclararse que la afirmación anterior no implica el desconocimiento de que en la mayoría de estos casos el acto de disposición es efectuado por el juez. Por el contrario, precisamente por esta circunstancia (engaño directo a la contraparte → engaño mediato al juez → error judicial → acto judicial de disposición patrimonial) la doctrina alemana agrupa estos casos límite junto con aquéllos en los que se discute si efectivamente la resolución judicial errónea constituye un acto de disposición patrimonial en el sentido de la estafa (vid. *infra* título siguiente).

¹⁸ BayObLG, *MDR*, 1969, p. 500 ss.

por incumplimiento de contrato y solicitó por ende que se obligase a F a tomar posesión del bien y, al mismo tiempo, a pagar el precio de la venta. Algún tiempo después de iniciado el proceso las partes llegaron a un acuerdo transaccional en el que M renunciaba a la entrega del vehículo a cambio de una indemnización por parte de F en concepto de daños y perjuicios. Posteriormente, poco antes de dar cumplimiento a la transacción, F se enteró de que M había vendido el vehículo una semana antes de la suscripción de la transacción judicial y por un precio superior al pactado con F. El tribunal de primera instancia (*Amtsgericht*) condenó a M por tentativa de estafa (§ 263 StGB). El argumento principal de la resolución acerca de la tipicidad de la conducta (solo admitida en parte por el *BayObLG*, que casó la sentencia al considerar acreditado únicamente el engaño y el error típicos de la estafa) consiste en sostener que si M hubiese puesto en conocimiento a F de la venta del vehículo, éste muy probablemente no habría acordado suscribir una transacción judicial o lo habría hecho obligándose por una cantidad de dinero mucho menor.

En otro caso¹⁹, ante el impago del canon de arrendamiento, la arrendadora (A) demandó judicialmente el pago del canon adeudado, el desalojo del inmueble y la restitución del mismo. La arrendataria (B), negó en su contestación los hechos y solicitó la desestimación de la demanda. Posteriormente acordaron una transacción judicial por medio de la cual B se obligaba a pagar los alquileres adeudados y a desalojar el inmueble. Al término de la transacción, B desalojó el inmueble y declaró no estar en condiciones de pagar la deuda. El tribunal *a quem* admitió la existencia del engaño y el error típicos pero consideró que no se había acreditado el perjuicio patrimonial a la víctima. En este sentido la sentencia reconoció la posibilidad de estafa en el ámbito de transacciones judiciales. No obstante, declaró que la comprobación del perjuicio patrimonial va de la mano de la verificación de si la no incoación de la demanda, debido a la suscripción de la transacción, ha empeorado las posibilidades de realización de la pretensión.²⁰

¹⁹ BayObLG, *NStZ*, 2004, p. 503.

²⁰ BayObLG, *NStZ*, 2004, p. 503, que dice, por ejemplo: „Eine vermögensschädigende Vermögensverfügung kann zwar auch in dem Abschluss eines Prozessvergleichs liegen (...), zu einem Vermögensschaden führt sie aber nur dann, wenn sich durch die Nichtgeltendmachung der klageweise zunächst erhobenen Ansprüche deren Realisierungsmöglichkeit verschlechtert hat...“

b) La subclasificación de la estafa procesal propia.

Por otra parte, según el esquema que en este apartado nos ocupa, la estafa procesal propia se divide a su vez en estafa procesal *directa*, estafa procesal *indirecta* y finalmente en la colusión de partes. Las dos primeras denominaciones son muy poco utilizadas por la doctrina y prácticamente ignoradas por la jurisprudencia.²¹ La primera (estafa procesal propia directa) está integrada por el caso paradigmático: el engaño directo de una de las partes al juez en el contexto de un juicio ordinario o su equivalente, en perjuicio de la contraparte o de un tercero.²² En la estafa procesal propia indirecta, por su parte, se plantean casos de doble instrumentalización (contraparte → juez): la contraparte es sujeto pasivo directo del engaño procesal y ésta, como hemos dicho en el apartado anterior, a través de un acto procesal de *causación*, *determina* la resolución judicial errónea que constituye el acto de disposición patrimonial típico respecto de la estafa,²³ de manera que estos casos mantienen una estructura triangular de aprovechamiento de las facultades inherentes a la figura del juez y por ende están incluidos en el ámbito de aplicación del subtipo agravado de estafa procesal (art. 250.1.7º CP).

En consecuencia, los supuestos de estafa ocurridos en el contexto de la mayor parte de las denominadas formas de terminación anormal del proceso (allanamiento, renuncia, desistimiento, etc., con excepción, como dijimos, de la transacción judicial) están incluidos en esta subcategoría. Ello sin perjuicio de que la actividad fraudulenta pueda desplegarse en todos los actos de causación que el principio dispositivo permita²⁴. Así por ejemplo, en el marco del reconocimiento expreso o tácito por una parte de hechos que le sean adversos durante su declaración como medio de prueba (arts. 301 ss., en especial art. 316 LEC) o en caso de que haya habido admisión de los hechos (y consecuente exención de prueba sobre los mismos) (art. 281.3 LEC).²⁵

Al igual que sucede con la estafa procesal impropia, los tribunales españoles han tenido pocas ocasiones de conocer casos de esta naturaleza. Además, en las

²¹ Una excepción reciente, SOLAZ SOLAZ, *La estafa procesal*, p. 78 ss.

²² OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 104.

²³ El concepto es esbozado por OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. y expuesto recientemente por SOLAZ SOLAZ, *La estafa procesal*, p. Sin embargo, al carecer de una base jurídico-procesal en su argumentación, ambos autores incurrir en las imprecisiones que han sido ya comentadas: los casos que deberían incluirse en la estafa procesal *propia indirecta* son incluidos erróneamente en la estafa procesal impropia.

²⁴ LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 304.

²⁵ Sobre las características de estos actos de causación, por todos, ASENCIO MELLADO, “§ 1. La prueba”, p. 4 ss.

escasas sentencias que se pronuncian al respecto, las particularidades de estos supuestos pasan desapercibidas. Así por ejemplo, la STS 12 de julio de 2004 (ponente Saavedra Ruiz). En este caso la estafa procesal propia indirecta se consideró parte integrante de un delito continuado de estafa procesal: consistió en el ejercicio de una acción arrendaticia de retracto aportada junto a un contrato de arrendamiento falso -que previamente había sido presentado por el mismo autor en un juicio hipotecario en el que aparece como demandado- y que provoca el allanamiento y posterior perjuicio patrimonial de uno de los demandados.

En otras sentencias se aprecian declaraciones de atipicidad muy discutibles. Es el caso de la STS de 29 de junio de 2004 (ponente Maza Martín): el acusado A arrendó un local de su propiedad a la empresa B. Una vez terminado el contrato de arrendamiento y tras la desocupación del inmueble, A demandó a B por impago de rentas. La demandada B se allanó a la pretensión del acusado A. Posteriormente, a pesar de que B había desocupado voluntariamente el local, A promovió el desalojo forzoso del mismo. Asimismo, aprovechó la situación para reclamar judicialmente rentas vencidas que ya habían sido pagadas y daños al local ocasionados por él mismo antes de arrendar el local. El Tribunal Supremo sostuvo que, aun cuando la conducta del acusado era violatoria de la buena fe procesal, la circunstancia de que la contraparte se hubiese allanado a la pretensión del acusado no permitiría afirmar la concurrencia de la relación de causalidad exigida entre el engaño y el perjuicio patrimonial alegado por la víctima.

Ante este panorama acudimos nuevamente a la jurisprudencia alemana. Así, el caso enjuiciado en RGSt 72, 133-142: A demandó a los causantes del deudor C la ejecución del crédito hipotecario a su favor por la cantidad X. En el escrito de demanda solicitó contra los mismos deudores la ejecución a favor de B (sujeto a quien A había cedido previamente esta acreencia) la cantidad Y. El tribunal no admitió la demanda por la falta de legitimación de la demandante para comparecer en juicio en representación de B. La demandante (A) apeló de la resolución. En el recurso de apelación (el abogado de) la demandante (A) sostuvo falsamente (entre otras afirmaciones ciertas) que su representada estaba plenamente facultada para representar los intereses de B en juicio por haberle cedido B la cobranza de la cantidad Y. Convencidos de la certeza de todas las afirmaciones de A, los co-demandados (herederos del deudor C) no contradijeron lo alegado por A oportunamente. Ante la falta de contradicción de los hechos alegados por el demandante-recurrente, el tribunal los consideró admitidos

conforme a las reglas de la carga de la prueba (§138 III ZPO²⁶) y, en consecuencia, estimó la demanda interpuesta por A. El juzgado de lo penal apreció tipicidad en la conducta del demandante (§ 263 StGB).

El caso expuesto pone en evidencia una estructura particular que consideramos poco adecuada para una categorización como la que pretende el esquema tradicional. Por el contrario, coexisten aquí casos límite que se engloban dentro de una problemática concreta derivada de la aplicación del delito de estafa procesal. En efecto, debido a que en los actos de causación la resolución judicial está determinada por la libre disposición de las partes y, por lo tanto, la conducta del juez debe ceñirse a lo que prevé al respecto la norma procesal, la tipicidad del error judicial en tanto atribuible a la conducta fraudulenta de una de las partes en detrimento de la otra es, cuando menos, problemática.²⁷ Ello es así porque, independientemente de que el juez haya sido o no engañado por la conducta fraudulenta del demandante o del demandado, el estado de error de la contraparte elimina las posibilidades de reacción de ésta y la norma procesal que prevé, por ejemplo, las consecuencias de que la parte demandada admita los hechos alegados por el demandante (art. 428.3 LEC en el caso español), obliga en principio al juez a dictar una sentencia condenatoria independientemente de que el alegato engañoso haya surtido sus efectos en él.²⁸

c) Toma de posición

Con base en lo expuesto precedentemente es necesario hacer algunos ajustes en el esquema tradicional. En primer lugar, la regulación expresa de la estafa procesal en la legislación penal española, los contornos bien definidos de este tipo penal y la consecuente exclusión de los casos de estafa procesal impropia de su ámbito de aplicación exige una mejor definición de elementos comunes y distintivos. Por ende, debe partirse de una “supra-categoría” que contenga tanto

²⁶ La norma en cuestión (vigente a partir del 1 de enero de 1934) establece: „(3) *Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.*“ (Los hechos que no sean rebatidos expresamente se tendrán por admitidos si del conjunto de las demás manifestaciones de la parte no cabe suponer la intención de rebatirlos.).

²⁷ Por todos, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 546 ss. (se refiere específicamente al caso del allanamiento del demandado).

²⁸ Por todos, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 547.

los casos que están incluidos en el subtipo agravado de estafa procesal como los que no lo están.

Así pues, se hará uso del término *estafa procesal en sentido amplio* para hacer referencia a la estafa cometida en el seno del proceso jurisdiccional, independientemente de si tal conducta está o no incluida en el ámbito de aplicación del subtipo agravado.²⁹

Por su parte, los supuestos incluidos en el subtipo agravado de estafa procesal (art. 250.1.7º) los denominaremos *estafa procesal en sentido estricto*.³⁰ Asimismo, se prescindirá de la diferenciación entre estafas procesales (propias) directas e indirectas y se subdividirá a la estafa procesal en sentido estricto: por un lado, la *estafa procesal clásica*,³¹ que alude al caso paradigmático, es decir, al engaño de una de las partes procesales al juez en detrimento de la contraparte o de un tercero y, por otra parte, se mantiene el término *colusión de partes* que, como se ha dicho repetidas veces, consiste en el concierto de las partes procesales para engañar al juez y perjudicar a un tercero.

Huelga decir que la clasificación propuesta tiene en cuenta la dinámica del proceso civil con todos sus matices.³² Las particularidades del proceso penal español y, por lo tanto, las singulares características de los supuestos de estafa procesal ocurridos en su seno merecen mención aparte. Por lo tanto, en cuanto a este particular, intentaremos una clasificación con base en grupos de casos más o menos definidos.

En definitiva, la clasificación de la estafa procesal es la siguiente:

²⁹ Algunos autores alemanes utilizan este término para referirse a la estafa procesal impropia o para incluirla en el tipo básico. Por ejemplo, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 341 o PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 19. Como ya hemos mencionado CEREZO MIR, *Problemas Fundamentales*, p. 254, introduce esta definición en la discusión española.

³⁰ Así, por ejemplo, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 305. En la discusión española, CEREZO MIR, *Problemas Fundamentales*, p. 255.

³¹ Así, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, p. 198: "...se contempla el caso clásico de fraude procesal..."

³² Nos referimos a una concepción del proceso civil en sentido *amplio*. Es decir, contrapuesta al proceso penal e incluyente de otros órdenes jurisdiccionales donde rige el principio dispositivo: el proceso laboral, el contencioso-administrativo, etc.

- 1. Estafa procesal en sentido amplio (proceso civil)
 - a) Estafa procesal impropia (art. 248.1 CP)
 - b) Estafa procesal en sentido estricto (art. 250.1.7º CP)
 - a) Estafa procesal clásica
 - b) Colusión de partes
- 2. Estafa procesal en el proceso penal (art. 250.1.7º CP)

C) Grupos de casos

a) Supuestos incluidos en el ámbito de aplicación del art. 250.1.7º CP

A partir del esquema anterior se expondrán una serie de supuestos ocurridos en el seno del proceso civil que de forma prácticamente indiscutida han sido incluidos por los tribunales españoles en el subtipo agravado de estafa procesal. Estos son, según la terminología propuesta, los casos de *estafa procesal en sentido estricto*.

El criterio clasificatorio parte de distintas variables: la modalidad de la conducta fraudulenta, el ámbito jurisdiccional (contencioso o voluntario), competencial funcional (fases declarativa, impugnatoria, ejecutiva, etc.) y competencial objetivo-material (procesos civiles, laborales, penales, etc.). Constituye un intento, en definitiva, de abarcar las distintas modalidades y ámbitos en los que puede desarrollarse esta conducta como preámbulo al título siguiente, donde se analiza el contenido y límites del injusto del subtipo de estafa procesal.

b) Estafa procesal en sentido estricto

1. Estafa procesal clásica

Como se ha mencionado, la estafa procesal clásica es el caso que más ha ocupado a los tribunales españoles: el engaño directo de una de las partes (demandante o demandado) al juez, con el único fin de provocar una resolución judicial que comporte un lucro indebido para el autor del hecho y un perjuicio patrimonial para la contraparte o un tercero.¹

La inmensa mayoría de estos casos tiene lugar con la introducción de la demanda ante el juzgado o con la contestación a la misma.² Asimismo, en estos supuestos, el *iter criminis* generalmente culmina previo al dictado de la resolución judicial errónea atribuible al despliegue de la pretensión engañosa. Esto se debe a que, en la generalidad de los casos, el perjudicado patrimonial (demandante o demandado), al percatarse del fraude del que es víctima, procede a poner en conocimiento de esta irregularidad a los organismos de persecución penal por

¹ Entre otros, MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p. 779.

² Como veremos, existen algunos supuestos de estafa procesal en segunda instancia pero son mucho menos numerosos.

medio de una denuncia o de una querrela que obliga al juez de lo civil a suspender el procedimiento por prejudicialidad (art. 40.1.2.1º.4 LEC, art. 10.2 LOPJ).³ Esta interrupción de la fase ejecutiva del delito es considerada por la jurisprudencia española como una tentativa acabada de estafa procesal.⁴

Asimismo, en la mayoría de los supuestos, el autor de la estafa procesal se vale de un documento privado falso para lograr su cometido. La jurisprudencia tiende a resolver el problema concursal entre la estafa procesal intentada y la falsedad de documento privado por medio del concurso de normas y, con base en el principio de alternatividad (art. 8.4º CP) lo hace a favor de esta última.⁵

En definitiva, más allá de las distintas variantes que se expondrán a continuación, el supuesto estándar de estafa procesal en la jurisprudencia española sería un caso como el siguiente:

³ Aun cuando la norma en cuestión establece (art. 40.1 LEC), no obstante, la obligación del juez de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la *notitia criminis*, la querrela que generalmente es presentada por la parte afectada evidencia la carencia de mecanismos procesales que permitan al juez hacer frente a la conducta fraudulenta de las partes. Asimismo, según esta disposición (art. 40.4 LEC), la suspensión del proceso sería inmediata sin que se tenga que esperar al momento de dictar sentencia debido a que en la mayoría de estos casos se configura también un delito de falsedad documental (vid. *supra*). A este respecto, el documento cuya falsedad es alegada debe ser fundamental para el objeto de la pretensión interpuesta y en consecuencia los hechos que pretenda probar deben ser controvertidos y no deben estar apoyados por otros medios de prueba. Esta protección adicional evidencia la importancia del documento como objeto de prueba en el proceso civil. Al respecto, entre otros, ASECIO MELLADO, “Arts. 40-41”, p. 867 ss.

⁴ Por ejemplo, un caso reciente, enjuiciado por SAP Sevilla, Sección 7ª, de 22 de julio de 2013 (ponente González Fernández): la acusada interpuso demanda de juicio ordinario en la que reclamaba infundadamente el pago de una comisión por sus gestiones en la supuesta venta de un inmueble. A tales fines aportó junto a la pretensión un documento falso en el que se hacía constar que la propietaria del inmueble le autorizaba a venderlo. La sentencia expresa una frase que con palabras más o menos similares es reiterativa en la inmensa mayoría de las sentencias que enjuician casos de estafa procesal: “[la acusada] No alcanzó su propósito, al haber quedado los autos en suspenso tras la interposición por la (...) [propietaria del inmueble] de la querrela que ha dado lugar al presente procedimiento.” (el subrayado y el contenido de los corchetes es mío). Respecto de la tentativa y la consumación en la estafa procesal, MUÑOZ CLARES, *Diario La Ley* (5906), 1925/2003, entre otros.

⁵ Es lo que establece la STS 6 de noviembre de 2003 (ponente Conde-Pumpido Tourón) (FJ 4º): “...el acto falsario consiste en la falsificación de un documento privado, no de un documento público. El tipo delictivo de la falsedad en documento privado, art 395 del Código Penal de 1995 (...), incluye un elemento tendencial o elemento subjetivo del injusto que encamina la acción a la producción de un perjuicio (‘para perjudicar a otro’), lo que implica que en estos supuestos el tipo de la falsedad ya incorpora el desvalor de la defraudación intentada mediante ella. En consecuencia nos encontramos ante un concurso de normas en el que debe sancionarse, conforme al principio de alternatividad, la conducta más gravemente penada (...), que en el caso presente es la falsedad dado que la estafa procesal no llegó a consumarse (...)”. La sentencia enjuiciaba la conducta del extrabajador de una empresa que, junto a una serie de pretensiones falsas interpuestas en una serie de juzgados laborales y civiles, aportó también un contrato de trabajo alterado subrepticamente.

Tras darse de baja voluntariamente de la empresa para la cual laboraba, el sujeto A presentó demanda por despido improcedente en contra de dicha empresa. Junto a la pretensión interpuesta aportó dos documentos falsos contentivos de una supuesta carta de despido y de un pretendido certificado de empresa. La empresa demandada alegó la falsedad de los documentos presentados y se querelló contra A. El juzgado de lo social suspendió el procedimiento en espera de la resolución del procedimiento penal.⁶

Una vez hechas estas precisiones, conviene exponer los distintos grupos de casos:

- i El engaño expreso de una parte sobre la *causa petendi* y sobre las pruebas aportadas (engaño *material*).

a. Jurisdicción contenciosa

- a.1. El *demandante* reclama de forma fraudulenta un derecho subjetivo del que carece

- a.1.1. En el proceso civil declarativo ordinario

- 1. El sujeto A reclama por vía judicial la protección o la restitución de un derecho de propiedad sobre un inmueble que no le pertenece. Para cometer el fraude se vale de documentación falsa.

- ✓ Supuesto 1. Acción declarativa de dominio (art. 348 CC). *El acusado A ejerció demanda en contra del propietario B denunciando doble inmatriculación en el registro de la propiedad y solicitando se le declarase propietario de la finca registral X y de todas las edificaciones que en ella se encontraban. Solicita además la nulidad de una declaración de obra nueva de los demandados y la corrección en el asiento registral respectivo. Para hacer constar la existencia de edificaciones en la finca registral de la que es efectivamente propietario aporta una escritura de declaración adulterada de obra nueva y un informe pericial igualmente falso a través de los cuales pretende hacer constar de forma fraudulenta que los nuevos inmuebles que se encuentran en la finca registral*

⁶ Los hechos narrados corresponden con algunas variantes (no consta expresamente la presentación de querrela) a la SAP Las Palmas, Sección 2ª, de 7 de marzo de 2011 (ponente Alcázar Montero).

*colindante en realidad están ubicados en el terreno cuya propiedad está efectivamente acreditada.*⁷

- ✓ *Supuesto 2. Por medio de una acción reivindicatoria (art. 348 CC). El acusado A solicitó el reintegro de dos habitaciones que forman parte integral de un inmueble colindante al de su propiedad y que son ocupadas por el demandado B quien es propietario del inmueble contiguo. A través de un documento privado falso pretendió demostrar que las habitaciones en cuestión habían sido cedidas a B y que cumplidas determinadas condiciones le debían ser reintegradas por ser propietaria de las mismas.*⁸

2. El sujeto A demanda a B el cumplimiento de un contrato inexistente. A tales fines acompaña su escrito de demanda con un contrato y/o un recibo o factura falsos (falsificado, previamente pagado o invalidado, etc.).⁹

- ✓ *Supuesto 1. El acusado A vendió al comprador B una serie de bienes de su propiedad que se encontraban en una nave industrial. Tras haber verificado el estado y la utilidad de los bienes vendidos*

⁷ SAP Sevilla, Sección 1ª, de 20 septiembre 2013 (ponente Echavarrí García). En un caso similar, SAP Barcelona, Sección 2ª, de 13 de enero de 2004 (ponente Magaldi Paternostro): el acusado ejerció acción declarativa de dominio sobre una serie de bienes pertenecientes a un pariente difunto. Para perpetrar el hecho se vale de una hoja en blanco con la firma del pariente, la rellena con un contrato de compraventa en el cual hace constar que antes de su muerte, este familiar le vendió unos inmuebles reservándose el usufructo. Del mismo tenor, SAP Cuenca, de 5 de abril de 2001 (ponente Muñoz Hernández); ATS de 19 de enero de 2006 (ponente Maza Martín).

⁸ Así, STS de 28 de abril de 2009 (ponente Soriano Soriano). En otro caso similar (STS de 13 de septiembre de 2002 (ponente Sánchez Melgar), el acusado A demandó el deslinde y la reivindicación de una finca de su propiedad aportando la fotocopia de un documento catastral cuyo original tuvo oportunidad de alterar aprovechándose de su condición de funcionario público, que hacía constar falsamente la existencia de un camino a partir del cual se solicitaba la estipulación de los linderos entre las fincas vecinas.

⁹ Así, entre otras, SSTS de 22 abril de 1999 (ponente Granados Pérez); de 3 julio de 2002 (ponente Maza Martín); de 21 febrero de 2003 (ponente Móner Muñoz); de 18 julio de 2005 (ponente Granados Pérez); de 12 julio de 2007 (ponente Martínez Arrieta) y de 24 de abril 2014 (Berdugo Gómez de la Torre); SAP Barcelona, Sección 3ª, de 14 de enero de 2008 (ponente Valle Esques); SAP Zaragoza, Sección 1ª, de 6 de junio de 2008 (ponente López Millán); SAP Burgos, Sección 1ª, de 17 de julio de 2008 (ponente Carballera Simón); SAP Madrid, Sección 15ª, de 2 de noviembre de 2010 (ponente Martín Meizoso); SAP Madrid, Sección 3ª, de 28 de diciembre de 2012 (ponente Molina Marín); SAP Sevilla, Sección 7ª, de 22 de julio de 2013 (ponente González Fernández); SAP Asturias, Sección 8ª, de 13 Febrero de 2014 (ponente Pallicer Mercadal); SAP Sevilla, Sección 3ª, de 5 Marzo 2014 (ponente Jurado Hortelano); SAP Asturias, Sección 2ª, de 23 Junio 2014 (ponente García-Braga Pumarada) (en el seno de un procedimiento monitorio); SAP Vizcaya, Sección 6ª, de 7 octubre de 2014 (ponente San Miguel Bergaretxe); SAP Zaragoza, Sección 6ª, de 23 octubre 2014 (ponente Ballestín Miguel); SAP Vizcaya, Sección 6ª, de 26 noviembre de 2014 (ponente Rodríguez Puente).

-tal y como había sido acordado por las partes- el contrato de compra-venta suscrito se novó verbalmente en presencia de testigos. Por medio de esta novación se fijó como precio de la venta una cantidad significativamente menor a la pactada originalmente. El precio final de la venta fue satisfecho por el comprador y se hizo constar mediante dos justificantes de pago. Posteriormente, el acusado A demandó el cumplimiento del contrato original invalidado y reclamó la diferencia entre el precio original de la venta y la cantidad finalmente acordada mediante la novación que ha sido descrita. A tales fines presentó un recibo correlativo a los dos anteriores junto al contrato de compra-venta originalmente suscrito e invalidado a posteriori.¹⁰

- ✓ *Supuesto 2. La víctima C sufrió un accidente de circulación que provocó desperfectos en el vehículo de su propiedad. Con el objeto de reparar su vehículo lo llevó al taller regentado por el acusado M. El acusado M reparó el vehículo en cuestión colocando recambios de segunda mano y posteriormente presentó a la víctima C una factura en la que hacía constar que las piezas que había colocado al vehículo eran nuevas. Ante el impago de C demandó ante los tribunales el pago de la factura acompañando el mencionado documento a la pretensión interpuesta.¹¹*

- ✓ *Supuesto 3. La acusada A entabló amistad con el anciano B. Poco antes de conocer a A, el anciano B había entrado en la fase final de la enfermedad mortal que padecía. Tras el fallecimiento de B, la acusada A elaboró un contrato de arrendamiento con opción a compra de un inmueble propiedad de B y, posteriormente (sirviéndose del documento falso), inició diversos procesos judiciales entre los que se encontraba una demanda por resolución de la opción de compra contenida en el falso contrato de arrendamiento.¹²*

- ✓ *Supuesto 4. La acusada A, dedicada a la gestión inmobiliaria, elaboró un documento en el que fraudulentamente hacía constar*

¹⁰ STS de 21 febrero de 2003 (ponente Móner Muñoz).

¹¹ STS de 12 julio de 2007 (ponente Martínez Arrieta).

¹² SAP Madrid, Sección 3ª, de 28 de diciembre de 2012 (ponente Molina Marín).

*que la propietaria P le autorizaba a realizar la venta de un inmueble de su propiedad. Posteriormente acudió a los tribunales y demandó a P al pago de la cantidad X en concepto de una supuesta comisión derivada de la venta del inmueble que alegaba falsamente haber realizado.*¹³

- ✓ *Supuesto 5: El comprador A ejerce demanda en contra del vendedor B interesando el cumplimiento de un contrato de opción de compra. Para ello altera en dicho documento la fecha de caducidad del contrato, el precio pactado del inmueble y (aumenta considerablemente) el precio satisfecho por el derecho de opción.*¹⁴
- ✓ *Supuesto 6: B quiere realizar una serie de reformas en su casa. Para ello contrata verbalmente al decorador D para que dirija dichas reformas. El precio pactado en concepto de pago por dicho contrato de obra fue la cantidad X que fue pagada por partes que se entregaron antes, durante y después de la ejecución de las obras de reforma. Posteriormente tras una serie de desavenencias entre las partes, el decorador D demandó a B por impago de las obras realizadas, reclamando una cantidad mucho mayor a la pactada y afirmando que solamente se le había pagado menos de una tercera parte de dicho monto. Con este propósito presenta un recibo falso donde se refleja esta situación ficticia.*¹⁵
- ✓ *Supuesto 7: Para llevar a cabo el traspaso del negocio que B regentaba, C entregó a B como señal la cantidad X. Asimismo, B entrega a C un recibo por la cantidad recibida, pero a nombre de A, compañera sentimental de C. A, aprovechando esta circunstancia, demandó a A ante los tribunales la cantidad supuestamente debida aportando el mencionado recibo.*¹⁶
- ✓ *Supuesto 8. El acusado A y su cónyuge B firmaron en fecha X el convenio regulador que estipulaba las condiciones de su*

¹³ SAP Sevilla, Sección 7ª, de 22 de julio de 2013 (ponente González Fernández). En supuesto de hecho análogo, SAP Madrid, Sección 30ª, de 7 Julio 2014 (ponente Quintana San Martín).

¹⁴ SAP Guadalajara, Sección 1ª, de 30 de octubre de 2003 (ponente Serrano Frías). En supuesto de hecho análogo: STS de 3 de julio de 2002 (ponente Maza Martín).

¹⁵ STS de 24 de abril de 2014 (ponente Berdugo Gómez de la Torre).

¹⁶ STS de 22 de abril de 1999 (ponente Granados Pérez).

*separación matrimonial. Dicho convenio fue ratificado ante un juzgado de familia y se dictó sentencia de divorcio en fecha Y. Posteriormente, A presentó demanda de juicio ordinario en contra de su excónyuge reclamando de forma fraudulenta la cantidad Z. Como apoyo a sus dichos aportó un documento que supuestamente constituía un anexo al convenio regulador que había suscrito junto a su cónyuge y que en realidad se trataba de un reconocimiento de deuda confeccionado por él mismo sobre una hoja en blanco firmada por la víctima.*¹⁷

3. El sujeto A demanda a B a indemnizar daños inexistentes, supuestamente derivados del incumplimiento acreditado de un contrato que ambas partes han suscrito. Aporta junto a su demanda, documentos y otras pruebas (recibos, testigos, etc.) falsas. Ejemplo: *el sujeto A, comprador del inmueble X, demanda al vendedor B al pago de las rentas abonadas por concepto de un falso alquiler de vivienda en la que supuestamente ha tenido que habitar por el retraso en la entrega del inmueble objeto del contrato. A tales efectos aporta junto a la demanda un contrato de arrendamiento falso.*¹⁸

4. Estafa procesal a la compañía de seguros:

- ✓ *Supuesto 1. En fecha X el acusado A y la compañía de seguros S suscribieron un contrato de seguro de hogar sobre un bien inmueble perteneciente al acusado. En la cláusula Y del referido contrato se establecía expresamente la cobertura de los daños ocasionados por robo. Tras simular un robo de efectos personales en su residencia, el acusado A procedió a formular denuncia a tal respecto y, posteriormente, a reclamar judicialmente al seguro a través de un juicio de menor cuantía.*¹⁹

- ✓ *Supuesto 2. A, conductor del vehículo V, con la ayuda de un segundo conductor y/o de otros cómplices fingen un accidente de tránsito o*

¹⁷ SAP Sevilla, Sección 7ª, de 24 de febrero de 2006 (ponente Romeo Laguna). En análoga situación de hecho SAP Barcelona, Sección 3ª, de 14 de enero de 2008 (ponente Valle Esques).

¹⁸ SAP Asturias, Sección 3ª, de 10 de marzo de 2014 (ponente Fernández Pérez).

¹⁹ Por ejemplo, SSTS de 7 de octubre de 2005 (ponente Granados Pérez) (que confirma la SAP Málaga, Sección 2ª, de 26 diciembre de 2003 (ponente García Ortiz)); de 2 de diciembre de 2008 (ponente Giménez García) (se finge el hurto de un vehículo); SAP Málaga, Sección 2ª, de 9 de mayo de 2003 (ponente Muñoz Caparrós).

modifican las circunstancias de un siniestro de esta naturaleza con el fin de lograr la cobertura del seguro de vehículos del que es tomador uno de los conductores. Ante la negativa del seguro a indemnizarlos, formularon demanda de juicio ordinario y aportaron testimonios y otras pruebas falsas (un parte amistoso de accidente, por ejemplo).²⁰

- ✓ *Supuesto 3. A raíz del incendio ocurrido en las instalaciones de la empresa A y ante la negativa de la compañía de seguros X a cubrir los daños supuestamente derivados del mismo, la empresa A reclamó judicialmente a la compañía de seguros X la cobertura del siniestro alegando una serie de daños muy superiores a los que realmente produjo el incendio en cuestión.²¹*

- ✓ *Supuesto 4. El trabajador A sufrió una caída en su lugar de trabajo que le produjo un traumatismo cráneo-encefálico leve que no requirió de ingreso hospitalario. Aprovechándose de esta lesión leve y con la ayuda de su cónyuge, comenzó a simular una serie de síntomas supuestamente derivados del accidente en cuestión con el objeto de obtener una declaración de incapacidad laboral permanente absoluta y la consecuente pensión. A tales fines el trabajador A fue valorado por diversos especialistas médicos y durante estas consultas simulaba estar absolutamente incapacitado y aislado de todo lo que le rodeaba. Los exámenes realizados no arrojaron la presencia de lesión neurológica alguna. Posteriormente, ante la negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social de conceder la prestación de incapacidad permanente, procedió a demandar a dicho ente ante los juzgados de lo social reclamando el reconocimiento judicial de la condición de gran invalidez y, subsidiariamente, incapacidad permanente absoluta. Para dar mayor veracidad a sus dichos logró previamente que un juzgado lo declarase incapaz civil total y designase como tutora legal a su cónyuge.²²*

²⁰ STS de 2 de julio de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater); SAP Jaén, Sección 2ª, de 26 de junio de 2009 (ponente Córdoba García); Sección SAP Valencia, Sección 3ª, de 21 de marzo de 2013 (ponente Sanz Díaz); SAP Ciudad Real, Sección 1ª, de 25 de abril de 2013 (ponente Astray Chacón); SAP Pontevedra, Sección 5ª, de 29 de mayo de 2013 (ponente Pérez Martín-Esperanza), entre otras.

²¹ SAP Salamanca, Sección 1ª, de 13 marzo de 2014 (ponente González Clavijo).

²² SAP de Ciudad Real, Sección 2ª, de 2 de junio de 2009 (ponente Céspedes Cano).

5. El sujeto A demanda a B el impago de un título-valor falso (previamente, pagado, invalidado, falsificado, etc.).

✓ Supuesto 1. *El sujeto B entrega a A la cantidad X en dinero efectivo con el objetivo de que A destruya o devuelva a B el cheque que en su momento le fue entregado. En lugar de hacer lo pactado con B, A presentó demanda contra B por impago de dicho cheque y presentó el título como fundamento de su pretensión.*²³

✓ Supuesto 2. *En fecha X el acusado A resultó ganador del sorteo de lotería de la ONCE al ser titular de cinco series del número ganador. Ante esta feliz circunstancia acudió al banco B a depositar los cinco billetes de lotería y a cambio el banco B le extendió un recibo donde se hacía constar la entrega por parte de X de los cinco cupones. Luego ingresó en el mismo banco la cantidad 3B correspondiente al cobro de tres de los cinco billetes de lotería. Posteriormente retiró del banco los dos billetes restantes que tenía depositados y los vendió a un tercero. Haciendo uso del recibo que le extendió el banco B por concepto de los cinco billetes de lotería ejerció demanda en contra de dicho banco reclamando fraudulentamente el pago de la cantidad 2B correspondiente al valor de los billetes que supuestamente seguían en poder de la institución bancaria.*²⁴

6. La entidad bancaria B hizo constar erróneamente en la libreta de ahorros de A (o en documento similar) un monto mucho mayor al que realmente se encuentra depositado en su cuenta corriente. Con base en esta documentación A ejerció demanda en contra del banco reclamando el importe que la entidad B le había atribuido erróneamente.²⁵

7. El acusado A reclama judicialmente la elevación a público de un documento privado falso.

²³ STS de 9 de mayo de 2003 (ponente Conde-Pumpido Tourón). Aunque el objeto de la demanda es un instrumento cambiario y por lo tanto posee ejecutoriedad, probablemente no se acreditó cualquiera de los requisitos contenidos en el art. 146 LCCh (protesto, entre otros) y, por ende, el reclamo debió tramitarse por la vía del juicio ordinario.

²⁴ STS de 18 de abril de 2005 (ponente Saavedra Ruiz).

²⁵ Así, STS de 17 de noviembre de 2011 (ponente Saavedra Ruiz); SAP Baleares, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2002 (ponente Terrasa García).

- ✓ Supuesto 1. *El comprador A demanda al vendedor B el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de un inmueble que le ha sido vendido por medio de una escritura privada y a cuyo comprador no ha cancelado sino una cuota parte del precio total. Aporta además una serie de recibos falsos con los que intenta demostrar que ha cancelado el precio total de la venta.*²⁶
- ✓ Supuesto 2. *A demandó a B el reconocimiento de la condición de socio de la empresa X y a tales efectos solicitó la declaración de publicidad de un acta que había quedado sin efecto alguno y cuyo original había sido previamente destruido de común acuerdo entre los litigantes. Junto a su escrito de demanda aportó una fotocopia del mencionado documento.*²⁷

a.1.2. Jurisdicción de lo social

- ✓ Supuesto 1: *A, trabajador de la empresa X, es despedido por causa justificada en fecha Y. Posteriormente demanda ante los tribunales del trabajo la nulidad y/o la improcedencia del despido (en forma principal o subsidiaria)y/o el pago de alguna prestación extraordinaria alegando hechos manifiestamente falsos. Como apoyo a sus dichos aporta en el acto del juicio un contrato de trabajo falso u otro(s) documento(s) privado(s) falso(s) (recibos o nóminas falsas, etc.) con el que intenta acreditar su pretensión.*²⁸

²⁶ STS de 3 de octubre de 2002 (ponente Móner Muñoz) que confirma la SAP Baleares, Sección 2ª, de 7 de diciembre de 2000 (ponente Oliver Barceló). En supuestos de hecho análogos, STS de 3 de marzo de 2011 (ponente Andrés Ibáñez); STS de 22 octubre de 2014 (ponente Conde-Pumpido Tourón); ATS de 6 noviembre de 2014 (ponente: Marchena Gómez) (que inadmite el recurso de casación presentado en contra de SAP Sevilla, de 19 Mayo 2014 (ponente Calle Peña)): los acusados elaboran un documento por medio del cual la única heredera de un bien inmueble les enajena a título de venta la propiedad de dicho bien. Posteriormente ejercen demanda reclamando la declaración de validez de dicho contrato y solicitando además se obligue al demandado a otorgar la correspondiente escritura pública a fin de formalizar la venta. También, SAP Vizcaya, Sección 6ª, de 7 octubre de 2014 (ponente San Miguel Bergaretxe), entre otras.

²⁷ SAP Madrid, Sección 1ª, de 10 de marzo de 2005 (ponente Aizpúrua Biurrarena); supuesto confirmado por la STS de 21 de junio de 2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre).

²⁸ STS de 24 de noviembre de 2010 (ponente García Pérez); STS de 17 de octubre de 2012 (ponente Jorge Barreiro) (que confirma la SAP Madrid, Sección 4ª, de 29 de diciembre de 2010 (ponente Molina Marín)); SAP León, Sección 3ª, de 17 de diciembre de 2010 (ponente Amez Martínez) SAP Madrid, Sección 3ª, de 25 de febrero de 2011 (ponente García Llamas); SAP Las Palmas, Sección 2ª, de 7 marzo

a.1.3. Procedimientos especiales

1. Juicio Ejecutivo. (art. 517 ss. LEC)

- ✓ Supuesto 1. *La víctima A vendió al acusado B el bien inmueble X. A consecuencia de esta venta el acusado B asumió, entre otras cargas, una anotación de embargo a favor del banco C en ejecución de un crédito al que se había obligado la víctima A en fechas anteriores. Posteriormente y de forma fraudulenta el acusado B compró el crédito al banco C y se presentó al procedimiento del que había emanado el embargo en calidad de cesionario. Una vez allí, el acusado B solicitó se efectuase embargo sobre otro bien distinto al que había adquirido de la víctima A (quien es la parte demandante en dicha causa).*²⁹

2. Procedimiento cambiario. Se ejerce demanda aportando una letra de cambio falsa. Conforme a la normativa procesal (art. 821.2 LEC), una vez admitida la demanda el tribunal emite un requerimiento de pago y procede a embargar bienes del supuesto deudor por la cantidad establecida en el título ejecutivo.

- ✓ Supuesto 1. *A demanda la ejecución de unas letras de cambio, conociendo plenamente que tales títulos ejecutivos eran renovaciones de otra letra anterior que ya había sido satisfecha por el deudor.*³⁰
- ✓ Supuesto 2. *El acusado A falsea algún dato esencial (fecha de vencimiento, cantidad exigible, etc.) del instrumento cambiario y demanda posteriormente su cumplimiento.*³¹

de 2011 (ponente Alcázar Montero); SAP Madrid, Sección 3ª, de 4 de octubre de 2012 (ponente Bermúdez Ochoa); SAP Asturias, Sección 8ª, de 14 de marzo de 2013 (ponente Pallicer Mercadal); SAP Madrid, Sección 16ª, de 29 mayo de 2014 (ponente Cubero Flores), entre muchos otros.

²⁹ SAP Murcia, Sección 3ª, de 4 Febrero de 2014 (ponente del Olmo Gálvez).

³⁰ SAP Navarra, Sección 3ª, de 4 de marzo de 2000 (ponente Fernández Martínez). En supuesto de hecho análogo: AAP Barcelona, Sección 6ª, de 28 julio 2000 (ponente Llerena Conde); SAP Granada, Sección 2ª, de 23 de enero de 2001 (ponente Rodríguez Cano); SAP Baleares, Sección 1ª, 28 febrero de 2007 (ponente Beltrán Mairata).

³¹ SAP Pontevedra, Sección 5ª, de 11 de febrero de 2002 (ponente Lojo Aller). Enjuician supuestos de hecho análogos: SAP Alicante, Sección 2ª, de 23 de octubre de 2002 (ponente De Urquía Gómez); SAP

- ✓ Supuesto 3. *La empresa E suscribió en fecha X un contrato de obra con el acusado B para la construcción de una cantidad determinada de viviendas. A consecuencia de esta relación contractual la empresa E, en la persona de sus representantes, aceptó una letra de cambio por el importe X a favor del acusado B. El instrumento cambiario no respondía a una deuda real sino que una vez suscrito fue entregado a su librador (B) con el único propósito de que acudiese a una institución bancaria a cederlo o endosarlo y así obtener liquidez para hacer frente a sus pagos por medio de un descuento. No obstante el acusado B acudió a los tribunales y junto con la letra presentó demanda contra el librador-aceptante (E) despachándose consecuentemente ejecución contra los bienes de dicha empresa.*³²

3. Procedimiento hipotecario (art. 681 ss. LEC)

- ✓ Supuesto 1: *A presenta demanda de tercería de dominio en el procedimiento de ejecución de hipoteca para evitar que el acreedor hipotecario satisfaga la deuda con sus bienes. Para justificar su pretensión aporta al procedimiento un documento justificativo de propiedad falso, elaborado en fecha anterior a la solicitud del préstamo hipotecario que en ese momento se ejecutaba.*³³
- ✓ Supuesto 2: *A demanda la ejecución de una hipoteca materialmente extinguida, aprovechando que el titular del inmueble y por consiguiente, de la hipoteca, cuando ésta se extinguió por consolidación, no promovió eficazmente su*

Cádiz, Sección 3ª, de 18 de julio de 2006 (ponente Grosso de la Herrán); SAP Pontevedra, Sección 5ª, de 8 julio de 2014 (ponente Fariña Conde) (el ATS de 18 diciembre de 2014 (ponente: Marchena Gómez) declara inadmisibile el recurso de casación presentado en contra de esta sentencia); SAP Asturias, Sección 8ª, de 14 julio 2014 (ponente Donapetry Camacho); SAP Asturias, Sección 2ª, de 16 octubre de 2014 (ponente Barrio Bernardo-Rúa)

³² STS de 28 de octubre de 2005 (ponente Ramos Cancedo); STS de 1 de julio de 2013 (ponente Jorge Barreiro) (que confirma la SAP Alicante, Sección 2ª, de 11 de julio de 2012 (ponente Guirau Zapata); SAP Valencia, Sección 1ª, de 18 de mayo de 2010 (ponente Castellano Rausell).

³³ SAP Lleida, Sección 1ª, de 29 de abril de 1998 (ponente Moreno Cardoso). En supuesto de hecho análogo SAP Baleares, Sección 1ª, de 30 de junio de 2000 (ponente Gómez-Reino Delgado).

*cancelación formal en el Registro de la Propiedad, por lo que la hipoteca subsistía formalmente.*³⁴

a.2. El demandado niega los hechos alegados por el demandante y alega hechos falsos con el propósito de impedir la producción de los efectos de aquéllos o de destruirlos, en caso de que se hayan producido (hechos *extintivos*). Aporta a su vez pruebas falsas que sustentan su contestación³⁵

a.2.1. En juicio ordinario

- ✓ Supuesto 1 (reclamación de cantidad/incumplimiento de contrato). *A demandó a los acusados B y C, representantes de la empresa X por impago. Junto a la contestación a la demanda (o posteriormente), los demandados (B y C) alegaron que nada debían al demandante y aportaron un documento privado falso contentivo de una declaración conjunta entre las partes en la que se afirmaba que entre ellos no existían obligaciones susceptibles de ser reclamadas por haberse reintegrado todas las cantidades que se adeudaban. El documento había sido confeccionado por los propios demandados imitando la firma del demandante.*³⁶

³⁴ STS de 9 de enero de 2003 (ponente Conde Pumpido-Tourón).

³⁵ A menos que asuma una posición activa procesalmente hablando por medio de, por ejemplo, la reconvencción (art. 406 LEC) o se allane totalmente (art. 405.1 LEC) a la pretensión fraudulenta del demandante para constituirse en coautor de una colusión de partes, la conducta engañosa del demandado en tanto autor de la estafa procesal tiene, por razones obvias, un espectro de acción mucho más limitado que en el caso del demandante: en las decisiones consultadas -independientemente del tipo de procedimiento- su acción se reduce a negar los hechos alegados por el actor y a alegar a su vez excepciones *materiales* a la pretensión interpuesta (art. 405.1.2 LEC). En consecuencia, el engaño del demandado en la estafa procesal versa únicamente sobre el fondo de la controversia (engaño *material*). Por esta razón, a diferencia del título anterior, la exposición que sigue será más escueta. (respecto del contenido de la oposición del demandado para hacer frente a la demanda, cfr., entre muchos otros GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil I*, p. 265 ss.

³⁶ STS de 29 de diciembre de 2009 (ponente Varela Castro). Del mismo tenor, STS de 23 de mayo de 2006 (ponente Soriano Soriano); SAP Ourense (Sección 2ª), de 30 de abril (ponente Cid Manzano); SAP Madrid, Sección 30ª, de 1 de abril de 2011 (ponente Cruz Torres); SAP Albacete, Sección 2ª, de 11 de abril de 2013 (ponente Nebot de la Concha); SAP Zaragoza, Sección 6ª, de 31 de octubre de 2013 (ponente Lasala Albasini) y SAP Murcia, Sección 2ª, de 5 Feb. 2014 (ponente Díaz Suárez). En juicio verbal derivado de procedimiento monitorio, SAP Zaragoza, Sección 1ª, de 21 de enero 2014 (ponente Sánchez Cano): se presenta un documento alterado que pretende hacer constar una suma muy superior a la que realmente se ha abonado; SAP Vizcaya, Sección 6ª, de 5 mayo de 2014 (ponente San Miguel Bergaretxe); SAP Asturias, Sección 3ª, de 22 julio de 2014 (ponente Álvarez Rodríguez): en juicio verbal de reclamo por impago de canon de arrendamiento el demandado aporta recibos falsos y alega haber pagado parte del monto que se le reclama. Ello produjo una sentencia que estimó solo parcialmente la pretensión interpuesta. También, SAP Toledo, Sección 1ª, de 22 julio 2014 (ponente Ocariz Azaustre);

- ✓ Supuesto 2. (estafa procesal al seguro). *En fecha X, la acusada A se encontraba a bordo del vehículo de su propiedad junto a su pareja B (posteriormente fallecido por circunstancias ajenas al caso), quien conducía bajo los efectos de bebidas alcohólicas. La afectación de los reflejos que produce la ingesta de alcohol, entre otros síntomas, produjo que sufrieran un accidente de tránsito al colisionar con otro vehículo conducido por su propietaria, la víctima C. El vehículo conducido por B carecía de seguro de responsabilidad civil obligatorio a la fecha del accidente. En vista de esta situación, la acusada A contactó a la agente de seguros D (ulteriormente condenada en la presente causa) y, en connivencia con ésta, suscribió un ejemplar de una propuesta de póliza de seguros con fecha anterior al día que ocurrió el accidente. Una vez finalizado el proceso penal en la que la víctima C se reservó el ejercicio de las acciones civiles a que haya lugar, éste ejerció demanda en contra de la compañía de seguros Z que supuestamente cubría la responsabilidad civil derivada del accidente en cuestión y en contra de la acusada A. La acusada A contestó la demanda alegando estar cubierta por la compañía de seguros Z y aportó junto a su escrito la propuesta de póliza con la fecha de suscripción alterada.³⁷*

- ✓ Supuesto 3. (División de la cosa común). *Los hermanos A, B y C eran copropietarios de una comunidad de bienes. A y B demandaron a C la extinción, disolución y liquidación de dicha comunidad y solicitaban la adjudicación por sorteo y a partes iguales de cada uno de los lotes de bienes que forman parte de la misma. El demandado C procedió a contestar la demanda oponiéndose a la propuesta de sus hermanos y demandantes, alegando engañosamente que le correspondía un caudal de bienes superior al afirmado en la demanda. Con este propósito aportó junto a su escrito de contestación un informe pericial al que intercaló unas páginas que alteraban significativamente su*

SAP León, Sección 3ª, de 3 octubre 2014 (ponente Amez Martínez); SAP Vizcaya, Sección 6ª, de 19 noviembre de 2014 (ponente Arévalo Lassa), entre otras.

³⁷ STS de 12 de noviembre de 2008 (ponente Delgado García).

*contenido y que le permitía sostener lo afirmado en su escrito de contestación.*³⁸

a.2.2. Jurisdicción de lo social

- ✓ *Supuesto 1: A, extrabajador de la empresa X, interpone demanda en contra de su empleadora alegando la improcedencia de su despido y/o reclamando el pago de pagos extraordinarios u otras prestaciones. B, representante de la empresa, contesta la demanda negando la improcedencia del despido o alegando que la prestación laboral reclamada ya ha sido pagada por la empresa. Asimismo, en el acto procesal respectivo aporta documentos privados (constancias de terminación de la relación laboral, recibos, finiquitos, etc.) falsos con los que pretende apoyar sus dichos.*³⁹

a.2.3. Procedimientos especiales

1. Procedimiento hipotecario (art. 681 ss. LEC)

- ✓ Supuesto 1. *como consecuencia de la demanda ejecutiva interpuesta por el banco B, el inmueble hipotecado X (propiedad de la deudora hipotecaria A) es sometido a subasta pública (art. 691 LEC). A raíz de la subasta, el bien en cuestión es adjudicado a C. El día en que el juzgado que conoce de la causa acude a realizar la diligencia de entrega de la posesión del inmueble a la adjudicataria C se hallaba en el interior de dicha vivienda una*

³⁸ ATS de 21 de diciembre de 2005 (ponente García Pérez) que inadmitió el recurso de casación formalizado en contra de la SAP Palencia, Sección 1ª, de 29 de abril de 2005 (ponente Donis Carracedo).

³⁹ STS de 17 julio de 2002 (ponente Móner Muñoz); STS de 30 de abril de 2007 (ponente Maza Martín) (en este caso el empleador acusado había hecho firmar a los trabajadores los documentos falsos como requisito previo al inicio de su relación laboral); STS de 3 de julio de 2009 (ponente Martín Pallín); STS de 16 de julio de 2013 (ponente del Moral García); STS de 26 de noviembre de 2013 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) (que casó parcialmente la SAP Toledo, Sección 2ª, de 18 de diciembre de 2012 (ponente Carrión Matamoros)); SAP Madrid, Sección 5ª, de 14 noviembre 2008 (ponente Fabia Mir); SAP Barcelona, Sección 2ª, de 1 de marzo de 2010 (ponente Magaldi Paternostro); SAP Madrid, Sección 3ª, de 14 de septiembre de 2010 (ponente Abad Arroyo); SAP Madrid, Sección 17ª, de 15 enero de 2013 (ponente Fernández Entralgo); SAP Zamora, Sección 1ª, de 23 junio 2014 (ponente Pérez Serna); SAP Lugo, Sección 2ª, de 19 septiembre de 2014 (ponente Sandar Picado); SAP Madrid, Sección 6ª, de 24 de octubre 2014 (ponente Pereda Rianza); SAP Murcia, Sección 2ª, de 18 diciembre de 2014 (ponente Morales Limia), entre otras.

*supuesta inquilina (D) que sostuvo era arrendataria del inmueble y aportó a tales efectos un contrato suscrito con fecha anterior al dictado del auto de adjudicación de la vivienda. El documento estaba suscrito por A en calidad de arrendadora del inmueble. El contrato en realidad había sido elaborado en fecha posterior por A en connivencia con D con la finalidad de que la adjudicataria no pudiera usar ni disfrutar del inmueble objeto del proceso.*⁴⁰

2. Juicio de desahucio

- ✓ Supuesto 1 (Desahucio por impago de rentas y/o por extinción del plazo por la relación arrendaticia) (art. 250.1.1º LEC). *A, propietario del inmueble X, interpuso demanda de juicio verbal de desahucio en contra del arrendatario B, solicitando el pago de las rentas no satisfechas y (o) el desalojo del inmueble arrendado. B contestó la demanda solicitando la desestimación de la misma y afirmando falsamente ser el nuevo propietario del inmueble en cuestión (o aduce falsamente que nada adeuda por concepto de canon de arrendamiento, o sostiene que el contrato de arrendamiento no ha llegado a término o se ha renovado oportunamente, etc.). A tales efectos aportó un documento falso contentivo de un supuesto contrato de arrendamiento con opción a compra celebrado entre ambas partes (o unos recibos falsos para hacer constar el supuesto pago de rentas, o un contrato de arrendamiento falso con el que pretende demostrar que la relación contractual continúa vigente).*⁴¹

- ✓ Supuesto 2. (Desahucio por precario) (art. 250.1.2º LEC). *El acusado A, su mujer y sus hijos hacían vida común con su suegra, la Sra. B, en un inmueble propiedad de ésta. El día X, producto de una larga enfermedad, la suegra B falleció. Al conocerse el testamento de B se supo que el inmueble ocupado por A y su familia había sido heredado por otro hijo de B, el cuñado C. A*

⁴⁰ STS de 14 de enero de 2002 (ponente Giménez García).

⁴¹ STS de 26 de febrero de 2013 (ponente Sánchez Melgar). En supuesto de hecho análogo, STS de 14 de febrero de 2005 (ponente Sánchez Melgar) (aunque este caso se tramitó por la vía del juicio ordinario). Asimismo, SAP Las Palmas, Sección 2ª, de 23 de junio de 2011 (ponente Parejo Pablos); SAP Madrid, Sección 2ª, de 20 de noviembre de 2012 (ponente Esteban Meilán); SAP Málaga, Sección 9ª, de 21 de noviembre de 2012 (ponente Ruiz-Rico Ruiz-Morón).

*pesar de esto el acusado A y su familia siguieron habitando la casa. Aprovechando esta circunstancia, hurgando entre los papeles de B encontró un impreso oficial de contrato de arrendamiento suscrito por B el cual se dedicó a rellenar elaborando un supuesto contrato de arrendamiento por tiempo indefinido entre B y su persona (arrendatario) sobre el inmueble en cuestión. El cuñado C ejerció en tres ocasiones demanda solicitando el desalojo por precario de A y su familia del inmueble de su propiedad y A afirmó en sus escritos de contestación a las pretensiones interpuestas que era el arrendatario de dicho inmueble por un período indefinido de tiempo y aportó como base de su afirmación el contrato de arrendamiento que había elaborado previamente abusando del documento firmado en blanco por su suegra.*⁴²

3. División judicial de la herencia (art. 782 ss. LEC)

- ✓ *Supuesto 1. Posterior al fallecimiento de A y ante la falta de acuerdo en la partición de la herencia, la sobrina S (heredera universal promovió la división judicial de la misma demandando a B, hijo del causante (A), entre otros. Una vez realizado el inventario de los bienes de A, el demandado B presentó un escrito acompañado de un documento falso contentivo de una solicitud realizada supuestamente por el propio causante y dirigida al patronato de vivienda de la localidad X por medio de la cual supuestamente pedía que, llegado el momento oportuno, se otorgase por medio de escritura pública a favor de B un negocio del que el causante A era adjudicatario.*⁴³

4. Procesos matrimoniales y de menores (art. 769 ss. LEC)

⁴² STS de 9 de diciembre de 2004 (ponente Martínez Arrieta). Un caso análogo, STS de 17 de diciembre de 2001 (ponente Ramos Gancedo). Huelga decir que los hechos enjuiciados por ambas sentencias ocurrieron antes de la entrada en vigor de la LEC.

⁴³ STS de 7 de julio de 2004 (ponente Martínez Arrieta). En supuesto de hecho análogo, SAP Ourense, Sección 2ª, de 13 de abril de 2011 (ponente Blanco Arce). Por parte de un grupo de herederos se ejerció demanda de división de la comunidad de gananciales de una pareja de cónyuges ya fallecida en contra de un sujeto, entre otros herederos, que posteriormente alegó falsamente en su contestación a la demanda que un inmueble que formaba parte integral de la comunidad le pertenecía porque sus padres se lo habían vendido. Como apoyo a sus afirmaciones de hecho aportó un documento privado falso contentivo del supuesto contrato de compra-venta.

- ✓ Supuesto 1. (Divorcio) *Los cónyuges A y B contrajeron matrimonio en fecha X. Pasado un mes a la celebración del matrimonio cesó la convivencia al abandonar el cónyuge A el domicilio conyugal. Más de 1 año después de la celebración del matrimonio, el cónyuge A presenta demanda de divorcio. Aunado a la disolución de la relación conyugal y al no haber hijos en común solicitó además la atribución a su favor de la vivienda conyugal alegando fundadamente ser arrendatario de la misma. La demandada (cónyuge B) alegó falsamente en su escrito de contestación a la demanda la existencia de una hija en común y, por ende, la condición de padre del demandante a tenor de la presunción de paternidad que establece el Código civil. Aportó como fundamento a sus dichos certificado de inscripción de la menor de edad en el registro civil con el apellido del demandante. El juzgado que conocía de la causa dictó sentencia por medio de la cual atribuyó la guarda y custodia de la menor a la madre, otorgó además el uso y disfrute de la antigua vivienda conyugal a la menor y fijó a su vez una pensión de alimentos en la cantidad de 250 € mensuales.*⁴⁴

- ✓ Supuesto 2. (Procedimiento relativo a menores). *En un proceso de guarda, custodia y alimentos, el demandado A, padre de la menor, aportó un contrato de arrendamiento falso con el objeto de que el juez, tomando en consideración este gasto, rebajase la pensión de alimentos acordada previamente a través del auto de medidas provisionales respectivo.*⁴⁵

⁴⁴ ATS de 28 de junio de 2012 (ponente Marchena Gómez) que declara no haber lugar a la admisión del recurso de casación ejercido en contra de la SAP Madrid, Sección 29ª, de 16 de enero de 2012 (ponente Perales Guilló).

⁴⁵ SAP Asturias, Sección 8ª, de 27 enero de 2014 (ponente Donapetry Camacho).

a.3. El demandado alega la inexistencia de la pretensión al oponerse a ella de forma fraudulenta y simultáneamente o *a posteriori* (en la misma causa o en otra) interpone una nueva pretensión en contra del demandante basada en hechos falsos y pruebas falsas

a.3.1. El caso de la reconversión fraudulenta

- ✓ Supuesto 1. *El acusado A fue demandado por el contratista B en reclamación de la cantidad X por concepto de obras de fontanería, calefacción y electricidad realizadas en la vivienda de la que era propietario. En su escrito de contestación a la demanda se opuso a los alegatos del demandante y formuló demanda reconvenzional en contra del contratista B alegando falsamente haber tenido que incurrir en gastos adicionales destinados a reparar los defectos en los que habría incurrido B durante la ejecución de las obras encomendadas y reclamando además la indemnización correspondiente a los daños producidos por dichos trabajos defectuosos (se alegaba que la casa se había inundado por esta causa). Junto a la demanda de reconversión aportó una serie de facturas falsas como apoyo a sus afirmaciones.*⁴⁶

a.3.2. Ejecución hipotecaria

- ✓ Supuesto 1. *Como consecuencia del juicio hipotecario seguido a instancias del banco B en contra del acusado A, el inmueble X (propiedad de A) fue sometido a subasta pública que resultó en la adjudicación del inmueble en cuestión a C. En virtud de esta situación y con el objeto de evitar que C tomase posesión del inmueble X, el acusado A en connivencia con su mujer la acusada D y con la amiga de ambos, acusada E, elaboraron un contrato de*

⁴⁶ STS de 25 de marzo de 2014 (ponente Marchena Gómez) (que confirma la SAP La Rioja, Sección 1ª, de 15 de abril de 2013 (ponente Moreno García)). Enjuician supuestos de hecho análogos las siguientes decisiones: STS de 29 de noviembre de 2007 (ponente Varela Castro); ATS de 22 de noviembre de 2007 (ponente Martínez Arrieta); STS de 4 de febrero de 2010 (ponente Berdugo Gómez de la Torre); ATS de 3 de mayo de 2012 (ponente Giménez García) (que inadmite el recurso de casación presentado en contra de la SAP Madrid, Sección 1ª, de 8 de noviembre de 2011 (ponente Casado Pérez)).

arrendamiento con fecha muy anterior a la incoación del juicio hipotecario en el que supuestamente la acusada D arrendaba a E el inmueble X por diez años. Con el fin de que el documento falso surtiera sus efectos, la acusada E procedió, de común acuerdo con A y D, a presentarlo ante el juzgado que tramitaba el juicio hipotecario. Posteriormente, también en connivencia con A y D, la acusada E presentó pretensión de retracto arrendaticio en contra de C, en tanto nuevo propietario del inmueble X. Alegaba falsamente E ser titular de un derecho de adquisición preferente (arts. 25 LAU y 1.518 CC) en virtud de que ostentaba la condición de arrendataria del mencionado inmueble y en tal sentido aportó junto a su escrito de demanda el contrato de arrendamiento falso que había elaborado con la ayuda de A y D.⁴⁷

- ✓ Supuesto 2. *La entidad bancaria B promovió la ejecución extrajudicial de un crédito hipotecario que le había sido cedido previamente por otra entidad bancaria. A consecuencia del procedimiento extrajudicial la víctima B se adjudicó los bienes hipotecados y promovió expediente de jurisdicción voluntaria para tomar posesión de los mismos. El anterior propietario de los bienes hipotecados, el deudor hipotecario A y su cómplice B fingen un contrato a través del cual, en fecha anterior a la ejecución del crédito hipotecario, A cedía a B el usufructo sobre los mencionados bienes. Invocando el derecho que falsamente ostentaba, B comparece ante el juzgado que tramita la toma de posesión de los bienes hipotecados y se opone a la misma aportando a tal fin el documento falso y solicitando que se declare la transformación de dicho trámite en un juicio contencioso. Casi al mismo tiempo, el deudor hipotecario A impugnó la ejecución extrajudicial de la hipoteca que pesaba sobre sus bienes a través de un juicio declarativo ordinario.⁴⁸*

⁴⁷ STS de 5 de diciembre de 2005 (ponente Giménez García). Con supuestos de hecho análogos, ATS de 6 de abril de 2006 (ponente Maza Martín); STS de 4 julio de 2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre); STS de 12 julio de 2004 (ponente Saavedra Ruiz); STS de 7 de mayo de 2008 (ponente Maza Martín).

⁴⁸ STS de 25 de febrero de 2011 (ponente Granados Pérez) que confirma la SAP Madrid, Sección 7ª de 23 de marzo de 2010 (ponente Núñez Galán)

b. Jurisdicción voluntaria

b.1. La estafa procesal en el expediente de dominio⁴⁹

- ✓ Supuesto 1. *El acusado A, socio principal y administrador de la sociedad B, promovió expediente de dominio para la reanudación – a favor de B- del tracto sucesivo de las fincas rústicas X, Y y Z con el objeto de erigirse en propietario de las mismas. En su escrito de solicitud sostuvo que los inmuebles en cuestión habían sido adquiridos diez años antes a la incoación de dicho procedimiento mediante compra al acusado C quien en realidad jamás había sido propietario de los mencionados bienes. Como apoyo a su pretensión, el acusado A aportó el testimonio de C y D, quienes sostuvieron falasamente que A había adquirido las fincas rústicas como pago de deudas. Asimismo, el demandante aportó un documento privado contentivo de un supuesto contrato de compra venta entre A, en representación de B y C.*⁵⁰

⁴⁹ La doctrina procesal y registral discute aun acerca de la naturaleza jurídica del llamado expediente de dominio. No obstante, la mayoría de los autores que actualmente han escrito sobre el tema no dudan en afirmar que se trata, en principio, de un acto de jurisdicción voluntaria (Cfr. entre otros, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El expediente de dominio*, 37 ss.). El expediente de dominio no es otra cosa que el trámite judicial cuya función principal consiste en acreditar la adquisición del dominio de una finca ante el registro de la propiedad (arts. 201 y 202 LH, 272 ss. RH). Permite además la reanudación del *tracto sucesivo interrumpido* (art. 200 LH) en aras de garantizar el denominado principio de continuidad registral (art. 20 LH) y, asimismo, dejar constancia del llamado *exceso de cabida* (art. 200 LH): aquellos supuestos en que la superficie que consta en el título de propiedad es superior a la inscrita en el registro). En definitiva, el expediente de dominio es a todo evento una de las distintas formas de *titulación supletoria* previstas en la legislación española con el objeto de lograr la inscripción de actos registrables que están impedidos de ser registrados por no disponer de titulación ordinaria o normalmente inmatriculable. La cantidad considerable de decisiones judiciales recientes, según hemos podido constatar, que dan cuenta de expedientes de jurisdicción voluntaria en la España del s. XXI responde –entre otros motivos- al devenir histórico de este país. En tal sentido merece expresa mención un fragmento de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: “...es un hecho demasiado general, por desgracia (...) la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad u otros derechos reales que legítimamente les corresponde (...). [Ello se debe] ya a la subdivisión excesiva del suelo en algunas de nuestras provincias, ya a las guerras civiles y extranjeras que han ensangrentado el territorio español, ya a los incendios y ruinas que en la serie de siglos han tenido lugar, ya por último a la incuria de los propietarios.” (el contenido de los corchetes es mío). Sobre todo lo concerniente al expediente de dominio cfr., entre otros, ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL/BERNÀ I XIRGO, *Derecho hipotecario*, t. IV, p. 204 ss.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Op. Cit.*, p. 45 ss.

⁵⁰ STS de 4 de diciembre de 2013 (ponente Martínez Arrieta) que confirma la SAP Sevilla, Sección 7ª, de 8 de junio de 2012 (ponente Romeo Laguna). Conocen de supuestos de hecho análogos, SAP Segovia, Sección 1ª, de 30 de septiembre de 2011 (ponente Pando Echevarría); SAP Sevilla, Sección 7ª, de 9 de noviembre de 2012 (ponente Romeo Laguna), entre muchas otras.

b.2. Estafa procesal en actos de jurisdicción voluntaria propiamente dicha

- ✓ Supuesto 1. (protocolización de testamento ológrafo) (arts. 689-693 CC). *Posterior al fallecimiento del causante A, los acusados B, C, D, elaboraron un testamento ológrafo en el que supuestamente A les legaba la totalidad de sus bienes. Posteriormente B instó la protocolización del mencionado testamento y a tales fines lo presentó junto a su solicitud. Asimismo aportó como testigos a C y D quienes se encargaron de faltar a la verdad en el juzgado que conoció de la causa al afirmar que el causante A había redactado y firmado el testamento cuya protocolización instaban.*⁵¹

- ii El engaño expreso del demandante sobre los requisitos subjetivos de la demanda (engaño *procesal*) (art. 5.2 LEC) y sobre la *causa petendi* (engaño material)

a. Introducción

En la mayor parte de estos casos, junto al engaño expreso sobre el fondo de la controversia, el accionante procura por medio de alegatos engañosos originar un supuesto de “rebeldía a la fuerza” del demandado. Es decir, el demandante procura la indefensión material del demandado mediante su incomparecencia al proceso por desconocimiento.⁵² Con ello se facilita la producción del hecho típico en virtud de que la incomparecencia del demandado al procedimiento genera, además de la falta de contradictorio, preclusión (art. 499 LEC): si el demandado debidamente notificado comparece tras haber transcurrido el lapso previsto por la ley para contestar a la pretensión del actor, el procedimiento no puede retrotraerse a dicho acto procesal de manera que queda impedido de hacer valer toda defensa de fondo o de forma.⁵³ Asimismo, la no personación del demandado al proceso y su consecuente declaración de rebeldía no implica

⁵¹ SAP Barcelona, Sección 2ª, de 13 de enero de 2004 (ponente Magaldi Paternostro).

⁵² GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 301. ATS, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2004 (ponente Corbal Fernández), FJ 4º, entre otras.

⁵³ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 209 ss.; ORELLANA TORRES / PÉREZ RAGONE, *Ius et praxis*, Año 13 Vol. 2, 2007, pp. 13-44 (23 ss.).

aceptación de los hechos alegados por el demandante (art. 496 LEC). Por el contrario, la norma procesal presume una controversia: el demandado -en tanto declarado rebelde- se tiene por opuesto a la pretensión del demandante (*ficta litis contestatio*).⁵⁴ En tal sentido, corresponde únicamente al demandante la aportación de hechos y pruebas que fundamenten su demanda y el derecho a la tutela judicial efectiva obliga al juez en estos casos a decidir únicamente con base en dichas aportaciones.⁵⁵

b. Los supuestos típicos en la actualidad

A raíz de la entrada en vigor de la Ley 1/2000 los supuestos pertenecientes a esta modalidad de estafa procesal parecen haberse reducido significativamente.⁵⁶ Esto

⁵⁴ La legislación procesal española vigente hace honor a su tradición respecto de este particular. Los arts. 496 ss. LEC esbozan un sistema de controversia ficta: todo lo alegado por el demandante se considera objetado por el demandado rebelde. La no participación del demandado genera controversia y, por ende, los hechos invocados por el demandante deben ser sometidos a las exigencias probatorias correspondientes antes de que pueda emitirse sentencia a la que el rebelde tiene el derecho -inclusive- de impugnar. Al respecto, entre muchos otros, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 263; ORELLANA TORRES / PÉREZ RAGONE, *Ius et praxis*, Año 13 Vol. 2, 2007, pp. 13-44 (23 ss.). Ello a diferencia, por ejemplo, del proceso civil alemán, heredero del sistema de la *ficta confessio* y por lo tanto mucho más gravoso para el demandado declarado en rebeldía: el silencio de la parte demandada ante los hechos más gravosos para el demandante equivale a aceptación y reconocimiento de los mismos (§ 331 I ZPO). Esta confesión presunta del demandado implica, obviamente, que las afirmaciones del demandante se consideran verdaderas y, por lo tanto, una vez verificados los requisitos correspondientes (§ 335 ZPO) y siempre que el demandante lo solicite, puede el juez sin más trámites pronunciar sentencia a favor del actor. Al respecto, entre otros, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 105, n.m. 32 ss.; STADLER, *Musielak-ZPO*, § 331, n.m. 2 ss.; ORELLANA TORRES / PÉREZ RAGONE, *Ius et praxis*, Año 13 Vol. 2, 2007, pp. 13-44 (20 ss.).

⁵⁵ Dice por ejemplo ORELLANA TORRES / PÉREZ RAGONE, *Ius et praxis*, Año 13 Vol. 2, 2007, pp. 13-44, (16): “La inactividad o falta de colaboración esencial de una de las partes no puede impedir la resolución de la causa. Más aún puede sostenerse que la sola voluntad participativa de uno de los interesados puede resultar suficiente para justificar la sentencia con la tutela jurisdiccional requerida. La voluntad participativa (real al menos de una de las partes, ficta del rebelde) sirve de asiento para legitimar una resolución que en los hechos se construyó sobre la actividad de una sola de las partes. La necesidad de una tutela procesal tempestiva, dentro de un plazo razonable, no desplaza así a la seguridad y certeza sino que la complementa.”

⁵⁶ Sin embargo, creemos que debe esperarse a que transcurran como mínimo dos décadas desde la entrada en vigor de esta norma para comprobar fehacientemente esta premisa. Ello debido a que, contrario a las cifras genéricas que reflejan los estudios del Consejo General del Poder Judicial, la duración de los procesos penales -al menos respecto de casos específicos de estafa procesal- nos parece excesiva (vid., por ejemplo, C.G.P.J., *La Justicia dato a dato: año 2013*, (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/La-Justicia-dato-a-dato/La-justicia-dato-a-dato---ano-2013>) (última visita 17 de febrero de 2015), p. 91 ss., según este informe para 2013 la duración media de una causa penal ante un juzgado de instrucción es de 1,7 meses, el trámite ante una audiencia provincial (primera instancia) tiene una duración media de 2,7 meses y la resolución de un recurso de casación es de 6 meses). En casos de estafa procesal si tomamos como referencia las SSTs de 2013, por ejemplo, podemos constatar que conocen de supuestos de hecho ocurridos entre 2002 y 2008. Asimismo, los procedimientos penales que culminan con cada una de estas

se debe probablemente a que -a diferencia de la LEC 1881- la norma vigente otorga una prioridad explícita al emplazamiento personal del demandado al extremo de imponerse un deber judicial subsidiario de diligencia en la averiguación de su domicilio en caso de que el demandante alegue desconocimiento del mismo (art. 156 LEC)⁵⁷. Así pues, la norma procesal civil vigente exigiría argucias procesales como las siguientes:

- ✓ Supuesto 4. *El acusado A, propietario de la finca X, ejerció demanda por resolución de contrato de arrendamiento en contra de la sociedad mercantil B quien fungía de arrendataria de la mencionada finca. El acusado A afirmaba falsamente en su escrito de demanda que la sociedad mercantil B había realizado unas obras en la finca X sin su consentimiento. Una vez interpuesta la demanda se dio inicio al emplazamiento de la empresa demandada y con el fin de procurar su rebeldía procesal, el acusado A instruyó a los acusados C y D - encargados de la finca por mandato de A- a que recibieran las citaciones contentivas de dichos emplazamientos y que no entregaran las mismas a los representantes de B, cosa que efectuaron a cabalidad provocando que fuera declarada en rebeldía procesal y que posteriormente fuera declarada sentencia estimatoria que daba por resuelto el contrato de arrendamiento suscrito entre A y B (cosa que también le fue ocultada*

decisiones tienen su inicio entre los años 2006 y 2010. En otras palabras, los procesos seguidos por estafa procesal que tienen su culmen en la casación ante el TS durante el año 2013 han tenido una duración media aproximada de 5 años y conocen de hechos ocurridos hasta casi 9 años antes de la promulgación de las respectivas SSTS (así, STS de 26 de febrero de 2013 (ponente Sánchez Melgar), conoce de hechos ocurridos a partir del 18 de enero de 2005 y el procedimiento penal por esta causa fue iniciado en algún momento del año 2007; STS de 10 de abril de 2013 (ponente Del Moral García), que conoce de hechos ocurridos a partir del 31 de marzo de 2005 y el procedimiento penal tuvo comienzo en 2006; STS de 1 de julio de 2013 (ponente Jorge Barreiro), conoce de hechos ocurridos a partir del 19 de diciembre de 2001 con inicio de la causa penal en el año 2007; STS de 16 de julio de 2013 (ponente Del Moral García) que conoce de hechos ocurridos a partir de septiembre de 2004 y cuyo procedimiento penal se inició en 2010; STS de 26 de noviembre de 2013 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) conoce de hechos ocurridos a partir del 17 de noviembre de 2008, la causa penal tiene inicio en 2009; STS 4 de diciembre de 2013 (ponente Martínez Arrieta)). Por último la lentitud en la administración de Justicia penal se traduce en escasísimas decisiones que conozcan de supuestos de hecho que ocurran bajo la vigencia de la LEC. Por ejemplo, de los grupos de casos que tratamos en este apartado únicamente tenemos registro de dos decisiones: SAP Barcelona, Sección 5ª, de 27 de abril de 2011 (ponente Agustina Sanllehi) y SAP Barcelona, Sección 10ª, de 3 de febrero de 2014 (ponente Planchat Teruel). En la primera se enjuicia un supuesto atípico al que hacemos alusión en *infra* respecto de la problemática en torno al acto judicial de disposición patrimonial. El caso de la segunda lo exponemos seguidamente.

⁵⁷ Respecto de la atipicidad de estos casos en virtud de la infracción del deber del juez de averiguar el domicilio del demandado, vid. *infra*.

*deliberadamente a la empresa). A consecuencia de esto la empresa B fue posteriormente desalojada del inmueble en cuestión.*⁵⁸

En otras ocasiones, la rebeldía forzosa típica en la procura de la no comparecencia del demandado al proceso no está acompañado de una pretensión de fondo falsa. Es el caso de pretensiones contentivas de *acciones communi dividundo* (art. 400 CC) ejercidas por comuneros que pretendían hacerse a través de su conducta procesal fraudulenta con la totalidad de la comunidad de bienes o con la cuota parte mejor favorecida de ésta en detrimento del resto de los copropietarios. Por ejemplo:

- ✓ *Supuesto 3. El acusado A, presentó demanda en la que solicitaba la extinción de una comunidad de bienes contra los herederos del copropietario B. En su escrito de demanda sostuvo falsamente que desconocía la identidad de los herederos en cuestión así como su paradero y que por lo tanto solicitaba su citación por edictos. A raíz de su incomparecencia los demandados fueron declarados en rebeldía. El acusado A pudo entonces sin oposición alguna proponer prueba pericial en la que logró demostrar que la comunidad de bienes era perfectamente divisible. El juzgado decretó finalmente por medio de sentencia la extinción de la comunidad de bienes y acordó por sorteo la adjudicación de la cuota parte que tenía mayor valor de mercado al acusado-demandante A.*⁵⁹

⁵⁸ STS de 17 de noviembre de 2010 (ponente Andrés Ibáñez) que confirma la SAP Barcelona, Sección 8ª de 10 de diciembre de 2009 (ponente Albiñana Olmos). Estas decisiones, no obstante, enjuician un fraude procesal ocurrido bajo la vigencia de la LEC 1881 (la sentencia de instancia que decreta la resolución del contrato de arrendamiento es de fecha 15 de febrero de 1999). Caso análogo en proceso cambiario, ATS de 14 de septiembre de 2006 (ponente Saavedra Ruiz), que inadmite el recurso de casación presentado en contra de la SAP Lleida, Sección 1ª, de 21 de marzo de 2006 (ponente Robledo Villar). En este caso la víctima otorga poder general y amplio de administración y disposición a la acusada (que era su sobrina). Ésta, aprovechando dicha circunstancia rellenó unas letras y se constituyó en aceptante, siempre en nombre de su tía. Luego fue al banco e intentó cobrar las letras, cosa que no logró en virtud de que ya la tía había advertido al banco. Le dijo posteriormente a su pareja que presentase demanda de ejecución de las cambiales tanto a nombre propio como a nombre de la empresa de la que eran directores. Aprovechó también la circunstancia de vivir con la víctima bajo el mismo techo para recibir ella misma las citaciones que venían del juzgado logrando que fuese declarada la rebeldía de la víctima.

⁵⁹ STS de 1 de septiembre de 2008 (ponente García Pérez) (que confirma la SAP Cádiz, Sección 8ª, de 11 de Julio de 2007 (ponente González Castrillón) al denegar el recurso de casación presentado en contra de esta sentencia). De análogo tenor, STS de 22 de abril de 1997 (ponente Puerta Luis): El demandante promovió la disolución de la sociedad de la cual formaba parte atribuyéndose un capital social mucho mayor al que realmente le correspondía. En su escrito de demanda sostuvo falsamente que sus socios eran

Sobre este particular existe una importante problemática, que se abordará con detalle en el análisis del tipo objetivo de estafa procesal.⁶⁰

2. Colusión de partes

i Introducción

Como se ha tenido ocasión de mencionar a lo largo de este trabajo, la colusión de partes consiste en el acuerdo entre el demandante y el demandado para urdir un proceso por medio del cual se procura la estimación por parte del juez de una pretensión falsa a través de una resolución judicial errónea que produce a su vez perjuicio en el patrimonio de otro u otros co-demandados en el proceso (en caso de litisconsorcio pasivo necesario) o de terceros ajenos al mismo.⁶¹ La conducta típica en la colusión de partes implica entonces un plus respecto a la pretensión fraudulenta de la estafa procesal clásica: aquí el engaño versa, además, sobre la existencia de un litigio. El juez asume erróneamente que existe un conflicto intersubjetivo. Se trata, por lo tanto, de un proceso aparente y como tal implica un engaño respecto de la *necesidad de tutela jurisdiccional (Rechtsschutzbedürfnis)*.⁶²

Esta particularidad motivó que algún autor negase la tipicidad de esta tipología de casos. Bajo una perspectiva estrictamente causal-naturalista, se negaba el estado de error del juez en el dictado de la sentencia porque el acuerdo fraudulento entre las partes *obliga* al juez a estimar la demanda independientemente de que la conducta engañosa haya hecho mella en él: si el demandado se allana a la pretensión del demandante, por ejemplo, la norma procesal obliga al juez a estimar la demanda.⁶³

extranjeros con paradero desconocido. A consecuencia de este señalamiento el tribunal decretó la rebeldía de los demandados. La falta de contradicción permitió al demandante hacerse con un porcentaje mayor del capital social y adjudicarse un inmueble propiedad de la sociedad mercantil por un precio mucho menor al real.

⁶⁰ Vid. *infra* II.2.D).a).4.iii.b.2.

⁶¹ Entre muchas otras, la definición de JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 140 ss., nos parece la más acertada.

⁶² JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 140 ss.; KOFFKA, *ZStW* (54), 1935, p. 46; MICHEL, *Der strafbare Betrug*, p. 23. También, CEREZO MIR, *Problemas*, p. 267.

⁶³ Principalmente, MICHEL, *Der strafbare Betrug*, p. 23. OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 108 ss. expone una opinión similar de la doctrina italiana..

No obstante, la doctrina penal alemana más actual no alude a estos casos a no ser que quiera situar al lector en un contexto histórico.⁶⁴ Ello se debe principalmente a que hoy en día la colusión de partes es prácticamente inexistente en el contexto del sistema procesal alemán. Así pues, suele ilustrarse con la jurisprudencia previa a 1945 que contiene supuestos muy elocuentes. Por ejemplo:

- ✓ Supuesto 1. *El cónyuge A, por motivo de diferencias que hacían imposible la vida en común, abandonó el domicilio conyugal D en fecha X. Posteriormente su cónyuge (B) lo demandó por divorcio. Casi al mismo tiempo y con el objeto de despojar a la cónyuge A de su cuota parte de la sociedad de gananciales, el cónyuge A aceptó una letra de cambio por un valor de 2.400,00 M a favor de C y convino con el librador en no presentarse a ejercer su defensa en el eventual pleito que el impago de la misma conllevara. Efectivamente, C presentó demanda solicitando la ejecución del instrumento cambiario y A no acudió al llamado del juzgado y fue declarado en rebeldía procesal. En consecuencia, el juzgado estimó la demanda y acordó, a solicitud del demandante, el embargo del domicilio conyugal y con ello, el perjuicio patrimonial de la cónyuge A.*⁶⁵

⁶⁴ Así, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 140 ss. En este orden de ideas cabe destacar que un antecedente positivo de la colusión de partes es la *praevaricatio*, uno de los delitos que podían atribuirse a los acusadores en los procesos penales por *quaestiones* de la antigua Roma. La *praevaricatio* castigaba la connivencia de las partes en el procedimiento penal acusatorio para favorecer injustamente al acusado y procurar su absolución o la disminución de la pena. Al respecto, MOMMSEN, *Derecho penal romano*, pp. 310 ss., 315 ss. (el término exacto que utiliza el autor para describir la *praevaricatio* es „*Collusion der Parteien*“ en la versión original: el mismo, *Römisches Strafrecht*, p. 501 ss.).

⁶⁵ RGSt 2, 436-439. En supuesto de hecho análogo, RGSt 7, 133-137: el acusado A, acepta una letra de cambio a favor de su hermano B, persona ésta que vivía por esos días a su cargo por encontrarse en la más absoluta pobreza y en un inmueble de su propiedad. Posteriormente B cedió al comerciante el instrumento cambiario al comerciante C. C, a cambio de una compensación económica, suscribió la letra como librador y endosante en blanco de la misma y posteriormente (a sabiendas de que A no comparecería al proceso) demandó a A al pago de la misma con el objeto de obtener un requerimiento de pago que posteriormente desembocase en un embargo de un bien inmueble que formaba parte de la comunidad de gananciales de A y su cónyuge D (el acusado A era previamente perseguido por bigamia y debido a ello la sentencia discurre respecto de la posibilidad de que no se produzca perjuicio patrimonial a la cónyuge que resultaría afectada por el embargo del inmueble en virtud de que en caso de ser condenado A por bigamia este vínculo conyugal sería eventualmente nulo. El RG zanja el asunto declarando que existe perjuicio patrimonial en virtud de que el matrimonio no ha sido declarado nulo por una decisión judicial). También, RGSt 59, 104-107.

Por el contrario, en la doctrina española más actualizada estas conductas son objeto de mención expresa. Como ya se ha indicado, la regulación anterior a la reforma penal de 2010 la contemplaba expresamente bajo la denominación “simulación de pleito” y ello generó más de un comentario al respecto.⁶⁶

En la jurisprudencia, por su parte, ocurre un fenómeno singular: se repite constantemente la máxima que define a la colusión de partes (entre otras modalidades) pero durante la mayor parte de las ocasiones en que el Tribunal Supremo o las distintas Audiencias Provinciales han tenido la oportunidad de enjuiciar estos casos declaran sin más la existencia de una estafa procesal y evitan, con ello, hacer mención expresa de sus especiales características.⁶⁷

ii Los casos de la jurisprudencia española

A este respecto huelga decir que, aun cuando tradicionalmente se ha afirmado la tipicidad de estas conductas⁶⁸, lo cierto es que -comparadas con las estafas procesales clásicas- en los últimos años las condenas por la comisión de estafas procesales en colusión de partes ha sido mínima: entre el año 1991 y 2013 se han podido recopilar poco menos de una docena de decisiones, algunas de las cuales pasamos a exponer enseguidas:

- ✓ Supuesto 2. *Juicio cambiario. (Concierto de partes en perjuicio de otro demandado). El acusado A, comerciante de profesión, se encontraba en una situación financiera muy precaria. En vista de ello consulta a su amigo B, abogado, quien se ofrece como intermediador financiera para ayudar a sacarlo del apuro económico en que se encontraba. A tales*

⁶⁶ Así entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, p. 198; SERRANO HOYO, *AFD*, 1996-1997, p. 192; CONDE-PUMPIDO, *Estafas*, p. 139; CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 277; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, p. 112; GISBERT POMATA, *RDP*, 2004, p. 304; ARROYO DE LAS HERAS, *Los delitos de estafa*, p. 89; MAGALDI PATERNOSTRO, en *Comentarios*, p. 779. También, tras la reforma penal, SOLAZ SOLAZ, *La estafa procesal*, p. 80 ss.

⁶⁷ El texto que suele traerse a colación es el contenido en la STS de 4 de marzo de 1997 (ponente Delgado García), FJ 9º: “Tal número 2.º [del art. 529 del CP 1983] se refiere a dos supuestos distintos: el fraude procesal, una de cuyas modalidades lo es la simulación de pleito, es decir, cuando todos los litigantes de un proceso se ponen de acuerdo (colusión) para aparentar una determinada situación jurídica, con la que se engaña al Juez que dicta la correspondiente resolución lesiva para un tercero (por ejemplo, aprobando una transacción o un allanamiento)...” (el contenido de los corchetes es mío).

⁶⁸ Por ejemplo, OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 109 ss. hace alusión a siete SSTS que oscilan entre finales del s. XIX y 1960.

finés el acusado A ofrece como garantía de un eventual préstamo el patrimonio de su hermano C del que puede disponer por haberse constituido en su apoderado mediante poder general que le fuera otorgado por su hermano C en fechas anteriores. Posteriormente y a través de la mediación de B, A acepta en nombre propio y también como apoderado de su hermano C una serie de letras de cambio a favor del agiotista D que suman un valor X. Ante el impago tras el vecimiento de los títulos, el agiotista D contactó al abogado B y éste ejerció en su representación demanda ejecutiva en contra de A y de su hermano C. Se señala como domicilio del demandado el que pertenece a A por lo que su hermano C no llega a enterarse de la demanda en su contra hasta que recibe el exhorto del tribunal ejecutor de desalojo de la finca que es su domicilio, una vez que ésta a causa de dicho proceso fraudulento ha sido embargada, subastada y adjudicada.⁶⁹

- ✓ Supuesto 3. *Juicio hipotecario (colusión clásica en perjuicio de terceros ajenos al procedimiento). La acusada A por medio de documento privado vendió a B un bien inmueble de su propiedad. En virtud de que en repetidas ocasiones B solicitó infructuosamente a A la elevación a escritura pública del mencionado documento privado, B ejerció demanda por tal virtud en contra de la acusada A. Antes de contestar la demanda la acusada A –aprovechando que aun aparecía ante el registro inmobiliario como titular del bien– convino con el letrado C, abogado de su confianza, y formalizaron escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca sobre el inmueble en cuestión a favor de C. El juzgado que conoció de la demanda de B emitió sentencia estimando dicha pretensión. La acusada A apeló de la sentencia y posteriormente, el letrado C, una vez vencida la hipoteca (y de común acuerdo con la acusada A) ejerció demanda hipotecaria en contra de A. El juzgado que conoció de dicha demanda fraudulenta emitió despacho de ejecución en contra de dicho bien a favor del letrado C.⁷⁰*

⁶⁹ STS de 4 marzo de 1997 (ponente Delgado García). Nos extraña sobremanera que ni en ésta ni en ninguna de las decisiones análogas aquí reseñadas se haya hecho siquiera mención del tipo penal de contrato simulado (art. 251.3º CP) cuando el concierto previo de las subsecuentes partes procesales coludidas se realiza a través de la simulación absoluta de negocios jurídicos bilaterales. Se plantearía pues coincidencia parcial (respecto del elemento típico engaño) entre el supuesto de hecho de esta figura delictiva y el de la estafa procesal y, por ende, concurso ideal de delitos a resolver según lo dispuesto en el art. 77 CP (sobre el tipo penal de contrato simulado -con alguna referencia tangencial a esta problemática- cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, “Estafas (II)”, p. 283 ss. También PASTOR MUÑOZ, “Capítulo 8”, n.m. 1928 ss. Sobre el concurso ideal de delitos, entre otros, MIR PUIG, DP, Lección 27, n.m. 37 ss.).

⁷⁰ STS de 24 de marzo de 2006 (ponente Andrés Ibáñez).

- ✓ Supuesto 4. *Estafa procesal al seguro. El sujeto A modifica las circunstancias de hecho de un accidente para aparentar ser víctima del mismo. Concierta con B a fin de que aparezca como autor del mismo. Posteriormente A ejerce demanda en contra de este sujeto y en contra de la compañía de seguros X de la que es asegurado reclamando la cobertura del siniestro. El demandado B se allana a la pretensión de A.*⁷¹
- ✓ Supuesto 5. *Jurisdicción de lo social. El acusado A, administrador único de la empresa X, acudió al despacho de abogados de B –en cuya sede acababa de empezar unas prácticas el acusado C-. Los tres sujetos acordaron aparentar la existencia de un crédito según el cual el acusado A aceptaba la emisión de tres cambiales a favor de C. Llegadas las letras a su vencimiento, el acusado C interpuso demanda de juicio cambiario y el juzgado que conoció del procedimiento acordó el embargo de los bienes de la empresa X. A raíz de la consecuente subasta judicial los mencionados bienes fueron adjudicados a D que posteriormente los cedió en remate a E, cuñado del acusado A. Un año más tarde el cuñado E enajenó a título de venta los bienes en cuestión y entregó el importe de la venta al abogado B. Paralelamente a estos hechos se comunicó a los trabajadores de la empresa X su despido a consecuencia de la situación de insolvencia de la empresa. Los trabajadores interpusieron demanda solicitando la nulidad de dicho despido y el juzgado de lo social correspondiente condenó a la empresa X a la readmisión de los trabajadores y ordenó que se abonase a cada trabajador la indemnización correspondiente. A raíz del proceso simulado descrito anteriormente, al momento de su condena en sede social, la empresa X se encontraba insolvente. En consecuencia el juzgado de lo social dictó auto de insolvencia de la empresa. Ante esta situación, los trabajadores instaron una demanda de tercería de mejor derecho, pero sus pretensiones fueron desestimadas.*⁷²

⁷¹ STS de 28 de junio de 2006 (ponente Puerta Luis); STS de 13 de octubre de 2008 (ponente Andrés Ibáñez); SAP Madrid, Sección 3ª, de 11 de julio de 2013 (ponente Abad Arroyo).

⁷² SAP Vizcaya, Sección 1ª, de 6 de julio de 2001 (ponente Goenaga Olaizola). Conocen de supuestos de hecho análogos: ATS de 14 de septiembre de 2007 (ponente Saavedra Ruiz), que inadmite el recurso de casación presentado en contra de la SAP Zaragoza, Sección 1ª, de 10 de abril de 2003 (ponente Blasco Odedé); SAP Lleida, Sección 1ª, de 21 de marzo de 2006 (ponente Robledo Villar).

3. La estafa procesal en el proceso penal

i Introducción

El despliegue en el proceso penal de la conducta engañosa constitutiva de estafa procesal ha sido objeto de muy poca atención por parte de la doctrina.⁷³ Ello podría tener alguna justificación en el contexto alemán por razones prácticas ya que las cifras de casos de esta naturaleza conocidos por los tribunales de ese país son ínfimas.⁷⁴ Esto por el contrario no ocurre en los tribunales españoles. La cifra de casos aquí llama la atención (aun cuando es significativamente menor al despliegue de estas conductas en el contexto del proceso civil).⁷⁵

Así pues, urge un análisis que por principio debe ser diferenciado. Ello se debe fundamentalmente a que la realización obligada del *ius puniendi* a través del proceso penal (principio de necesidad o de *oficialidad*⁷⁶)⁷⁷ obedece a fines distintos de los que acompañan al proceso civil y ello repercute tanto en la incidencia como en la tipicidad de la estafa procesal en este ámbito.

a. El objeto del proceso penal. Sus diferencias con el objeto de un litigio civil

En el proceso penal se procura la represión de hechos punibles mediante la imposición de una pena y ello implica, necesariamente, el predominio del interés público por sobre la voluntad de los particulares intervinientes.⁷⁸ Asimismo, el objeto del juicio penal constituye una *imputación*, esto es la determinación de un hecho tipificado en un precepto penal como delito y su atribución a un sujeto en específico. Esta concreción del hecho punible y de los sujetos intervinientes en él se hace con independencia de su calificación jurídica en virtud de que ésta puede

⁷³ Hace casi cuarenta años LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 178, sostenía una opinión similar.

⁷⁴ En comparación con el contexto español los casos de estafa procesal en la jurisprudencia alemana son particularmente escasos y el círculo se reduce aun más si recurrimos a esta especificidad. Por ejemplo, sostiene LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 178, que el RG prácticamente no conoció de estafas procesales ocurridas en procesos penales o lo hizo de forma marginal. Más recientemente JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 318 ss., alude a no más de una docena de decisiones que en su mayoría contienen declaraciones de atipicidad.

⁷⁵ A modo de referencia, tan sólo entre los años 2009 y 2014 y únicamente a nivel de Audiencias Provinciales hemos podido apreciar no menos de una veintena de decisiones.

⁷⁶ Entre muchos otros, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 19.

⁷⁷ Por todos, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 1 ss.

⁷⁸ GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 6 ss.; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 24 ss.

variar a medida que el proceso avanza porque los hechos pueden verse modificados⁷⁹ y, precisamente, el interés público predominante en el proceso penal impide casi de forma absoluta la perpetuación del objeto que el principio dispositivo permite en el proceso civil y que –a efectos de la litispendencia- se realiza a través de la demanda y la contestación (*ne eat iudex ultra petita partium*).⁸⁰ En el ámbito procesal penal, por el contrario, durante la fase de instrucción no hay que ceñirse a lo narrado en la querrela o, del mismo modo, durante la fase de juicio oral (y siempre que el derecho de defensa lo permita) la relación fáctica circunstanciada y el *petitum* que realiza la acusación (y la defensa) no es vinculante para el juez y puede variar a medida que la práctica de las pruebas va abriendo paso a otras versiones de los hechos y (si fuere el caso) de otra(s) personas objeto de enjuiciamiento porque, precisamente, no rige aquí el principio dispositivo.⁸¹

b. La diversidad de sujetos que implica el modelo mixto del proceso penal español

A ello debe sumarse que el sistema de enjuiciamiento penal español responde a un modelo transitorio mixto o acusatorio formal. Así, por una parte, en tanto heredero del sistema inquisitivo de raigambre canónico-medieval (vigente en este país hasta finales del s. XIX⁸²) la dirección del sumario es llevada a cabo por el denominado juez de instrucción (principio de oficialidad, art. 303 LECrim)⁸³. Por

⁷⁹ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 24 ss.

⁸⁰ “Congelación del relato fáctico” es la denominación usada por NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 24.

⁸¹ GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 6 ss.; NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 24 ss.

⁸² La denominación *sistema inquisitivo* está referida fundamentalmente a la forma de investigar y enjuiciar delitos en la que la función de acusar y de juzgar son ejercidas por la misma persona sin perjuicio de que en el mismo proceso existan otros acusadores distintos del juez (cfr. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 13 ss. Una revisión actualizada del sistema inquisitivo, sus principios y su aplicación principalmente en el proceso civil puede verse en el mismo, *Justicia* (1), 2014, pp. 131-166. Asimismo, para un estudio pormenorizado del proceso penal de corte inquisitivo vigente en España hasta 1882, cuya última versión estuvo contenida en la Novísima Recopilación (1805), vid. el mismo, *Justicia* (3-4), 2006, pp. 107-162. Por otra parte, como hemos mencionado, la existencia de un proceso civil de corte inquisitivo ha sido absolutamente excepcional por no decir prácticamente inexistente o muy poco probable y absolutamente no generalizable en la actualidad -a menos que se pretenda un cambio de paradigma en el sistema político y económico-, al respecto, DAMAŠKA, *Las caras de la justicia*, p. 253 (que refiere al extinto sistema procesal civil soviético como contraposición al modelo liberal más o menos atenuado que rige al proceso civil de los sistemas democráticos en el mundo). También, TARUFFO, *Páginas*, p. 366 ss. y NIEVA FENOLL, *Justicia* (1), 2014, pp. 131-166 (145 ss.).

⁸³ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 13 ss.; ARMENTA DEU, “Principios y sistemas”, p. 50 ss., entre otros. Cabe acotar que el predominio del principio de oficialidad en el proceso penal no impide el respeto al principio de aportación de parte de forma similar a lo que ocurre en el proceso civil: que puede ser complementado en determinadas circunstancias por la prueba *ex officio iuris* (principio inquisitivo).

otra parte, la fase plenaria (que, como es sabido, en este país tiene la forma de un juicio oral para el enjuiciamiento de delitos) es fundamentalmente acusatoria: si fuere el caso, un sujeto procesal ajeno al poder judicial (ministerio fiscal) formulará acusación ante un juez distinto al que dirigió el sumario y con base en las resultas de éste.⁸⁴

Estas dos características del proceso penal español (carencia de *perpetuatio obiectus* y sistema mixto de enjuiciamiento) reducen notablemente el ámbito de aplicación del tipo de la estafa procesal, puesto que la exigencia de sofisticación de la conducta engañosa aumenta ostensiblemente como requisito previo a la determinación de la tipicidad del engaño. Ello es así porque la conducta engañosa se enfrenta, por una parte, a facultades judiciales mucho más amplias que las previstas en el proceso civil y, por la otra, a la instrumentalización de una diversidad de sujetos procesales que incluye al menos (en el enjuiciamiento por delitos) a dos clases distintas de jueces (instructor y competente para conocer del juicio oral) y al ministerio fiscal.⁸⁵

Esto explica en gran medida la reducida cantidad de supuestos que, en comparación con el proceso civil, se producen en el proceso penal, y asimismo, que la gran mayoría de los casos enjuiciados versen sobre conductas en grado de tentativa.⁸⁶

c. Especial referencia a la figura del inculpado.

Aunado a ello, cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre con estas conductas en el proceso civil, el ámbito de aplicación de la figura en el enjuiciamiento criminal se reduce aun más si atendemos a los potenciales autores de la estafa y, por ende nos centramos en sus sujetos intervinientes. Fundamentalmente nos interesa aquí destacar la naturaleza justificante o de *permisión* que poseen las garantías jurídico-procesales inherentes a la figura del imputado en el proceso penal. Por ejemplo, la doctrina y gran parte de la jurisprudencia tienden a incluir la versión exculpatoria falsa de quien se defiende

Al respecto, NIEVA FENOLL, *Justicia* (1), 2014, pp. 131-166 (142 ss.). Sobre el principio de aportación de parte, vid. *supra* I.1.D).a).2.i.

⁸⁴ Entre muchos otros, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 13 ss.

⁸⁵ LENCKNER, *Prozeßbetrug*, p. 178 ss. hace afirmaciones análogas en el contexto del proceso penal alemán.

⁸⁶ Como veremos a continuación existe una incidencia importante de estafas procesales en los juicios de faltas en donde, precisamente por su carácter simple y rápido, no existe la diversidad de jueces que prevé el proceso ordinario o el proceso abreviado por la comisión de delitos.

en el ámbito del derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación y como límite de la presunción de inocencia (arts. 24.2 CE, 520.2.a).b))⁸⁷. En consecuencia, desde el punto de vista probatorio la falta de verosimilitud en la coartada del perseguido penalmente es absolutamente inocua porque no hace constar nada en su contra: la mentira que realiza el imputado en su descargo no puede ser valorada por el juez para declarar la culpabilidad porque es una manifestación de su derecho a la defensa.⁸⁸ Así pues, se ha llegado incluso a plantear la posibilidad de que exista un derecho a mentir del imputado dentro del proceso penal y, por lo tanto, que la mentira exculpatoria está justificada o, en su defecto, que los dichos falsos del imputado en el transcurso del proceso son atípicos.⁸⁹ Existe en definitiva un amplio marco de justificación o de permisión de la conducta procesal fraudulenta del imputado mucho más amplio del que poseen las partes en el proceso civil, cuestión que dificulta enormemente la determinación de la tipicidad de sus actos procesales.

⁸⁷ NIEVA FENOLL, *Derecho procesal penal*, p. 241 ss.: “Si el imputado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, es obvio que puede efectuar cualesquiera alegatos en su defensa, incluso aunque no sean veraces.”; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *presunción de inocencia*, p. 54 ss., quien además sostiene acertadamente (56 ss.) que el ejercicio efectivo del derecho a la defensa es incompatible con lo que se entiende como buena fe procesal. Dice (57): “La buena fe del encartado y de su abogado es la defensa sin más, por todos los medios legales a su alcance, incluido naturalmente el uso de los derechos fundamentales.” También CORTÉS BECHIARELLI, “declaraciones inverosímiles”, 399-414 (405 ss.).

⁸⁸ Así, entre otros, claramente, FEZER, „Recht auf Lüge?“, pp. 663-684 (671); SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *presunción de inocencia*, p. 54 ss.; CORTÉS BECHIARELLI, “declaraciones inverosímiles”, 399-414 (403). Este autor resalta (405 ss.) que, no obstante, este criterio no es absolutamente asumido por la jurisprudencia. Menciona que en contra de lo que aquí planteamos, existe una tendencia jurisprudencial a considerar como prueba indiciaria de cargo la declaración del acusado.

⁸⁹ Así, por ejemplo, FEZER, „Recht auf Lüge?“, pp. 663-684 (especialmente, 673 ss.), tras argumentar respecto de la irrelevancia probatoria de los dichos del imputado y realizar un contraste histórico (666 ss.) con los procesos penales de corte inquisitivo de la edad media en los que la declaración del encartado y, en consecuencia, su confesión, era la reina de todas las pruebas, sostiene que efectivamente al imputado lo ampara un derecho a mentir en el proceso penal que es absolutamente incompatible con un deber veracidad al estilo del § 138 I ZPO. Sostiene además que desde el punto de vista del derecho (penal) material (672 ss.), conductas típicas como la contenida en el § 153 StGB (*Falsche uneidliche Aussage* -declaración falsa no juramentada-) constituyen un riesgo que la búsqueda de la verdad en el proceso penal puede permitirse. Para responder a las críticas que afirman que el derecho a mentir del inculcado permitiría que tipos penales como el establecido en § 164 StGB (*Falsche Verdächtigung* -imputación falsa-), dice que (673 ss.), no obstante, el derecho a mentir del inculcado tiene sus límites cuando la declaración falsa se dirige, por ejemplo, a inculpar a otras personas (¿?). Por su parte, CORTÉS BECHIARELLI, “declaraciones inverosímiles”, 399-414 (411 ss.), sostiene también que existe un derecho a mentir del inculcado en el proceso penal pero no se aventura a analizar las consecuencias de una postura semejante. Hacer un análisis de tal envergadura excede con creces el alcance del presente trabajo. En todo caso nos parece mucho más adecuado decir que al igual que no existe un deber de las partes de decir la verdad en el proceso civil (aunque sí de veracidad, al menos en el proceso civil alemán), tampoco existe un derecho a mentir del inculcado. Simplemente la conducta del inculcado que miente se encuentra dentro de un amplio marco de permisión que el proceso penal delimita y que es mucho más reducido en el contexto del proceso civil donde también se producen mentiras impunes.

d. El objeto de la sentencia penal

Por otra parte, a efectos de la determinación del comportamiento típico en sede de estafa procesal, no debe olvidarse que el objeto de la sentencia penal –idéntico al de la acción penal- está constituido por un hecho subsumible en un tipo penal.⁹⁰ En este sentido, es poco probable que la resolución judicial errónea condenatoria o absolutoria que sea producto del comportamiento engañoso del imputado o del querellante constituya un acto de disposición patrimonial si la pretensión punitiva del estado no se acompaña de pretensiones con objeto patrimonial que guarden relación directa o indirecta con el hecho punible objeto de enjuiciamiento⁹¹ y que, *ex ante* posibiliten la producción de una resolución judicial que contenga un acto de disposición patrimonial típico de la estafa. Es el caso, entre otros, de la denominada responsabilidad civil *ex delicto* (arts. 109.1 CP, 100 y 111 LECrim).⁹²

ii Los casos

Por todo lo antes expuesto la punición de estas conductas en sede procesal penal tiene un carácter absolutamente excepcional. En consecuencia, únicamente se hace alusión a los casos que consideramos sin lugar a dudas como constitutivos de estafa procesal en el proceso penal. Las numerosas y muy recientes declaraciones de tipicidad en el proceso penal que en nuestra opinión son más que cuestionables serán traídas a colación en el apartado siguiente donde abordaremos los problemas en torno a la determinación del engaño típico en la estafa procesal.

⁹⁰ Por todos, GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 273 ss.

⁹¹ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, *InDret* (3), 2001, pp. 1-13 (2). Así por ejemplo, la pretensión civil derivada del delito puede ser ejercida por la propia víctima o perjudicado por medio de la querrela (arts. 109, 110 LECrim). Huelga decir que en la práctica es muy usual no solicitarla expresamente en el escrito de querrela sino cuando se procede a su ratificación. Al respecto, entre otros, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, p. 301.

⁹² STS de 24 de febrero 2011 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca), FJ 21º (apartado núm. 4): “No existe ninguna razón basada en la configuración del tipo que impida que la estafa procesal se ejecute mediante un engaño dirigido a un órgano jurisdiccional penal, cuando a la acción penal se une la civil, concretada en una pretensión económica.” Por otra parte, como veremos a continuación, existen procedimientos especiales en el ámbito del sistema procesal penal que por su estructura célere y su naturaleza indemnizatoria son escenario permanente de conductas constitutivas de estafa procesal. Así por ejemplo, el caso del denominado juicio ejecutivo del automóvil (art. 13 LRCSCVM). Al respecto, vid. *infra* a.3. Por su parte, en el contexto del proceso penal alemán, LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 185, únicamente admite la estafa procesal en perjuicio de la víctima y en caso de que ésta haya pretendido la responsabilidad civil derivada de delito (*Adhäsionsverfahren*, § 403 ss. StPO).

Así pues, trazaremos un esquema análogo a los anteriores considerablemente menos enriquecido. Cabe destacar que la mayor parte de los casos no tiene un despliegue que vaya más allá de la fase de instrucción. Además, en todos estos supuestos existe una pretensión económica (de forma principal o accesoria) a la pretensión represiva propia del proceso que solo en algunos casos deriva de acciones de resarcimiento a consecuencia del hecho delictivo objeto de enjuiciamiento penal.

a. Estafa procesal clásica

- a.1. La víctima interpone denuncia o querrela basada en hechos punibles falsos y/o aporta en la instrucción una prueba falsa con el objeto de obtener una prestación económica a la que no tiene derecho

✓ Supuesto 1 “... [A y B] simularon (...) con evidente ánimo de enriquecimiento injusto haber sufrido un accidente de tráfico (...). [Con tal propósito A y B interpusieron denuncia en contra de la víctima C, como supuesto conductor causante del accidente] y contra la entidad aseguradora X que dio lugar a [un] Juicio de Faltas⁹³ (...). Los acusados fundaron su reclamación en un parte amistoso de accidente [falso] (...). El Juicio de Faltas (...) se archivó con reserva de acciones civiles (...) interponiendo los acusados de comun acuerdo DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra [C].”⁹⁴

- a.2. El perseguido penalmente aporta documentos falsos en su defensa con el propósito último de sustraerse del pago de cualquier indemnización derivada del hecho punible que se le atribuye

✓ Supuesto 2 *La señora C, siguiendo instrucciones de A y B*

⁹³ Respecto de la derogatoria del Libro III CP, vid. *infra* título siguiente en nota al pie.

⁹⁴ SAP Sevilla, Sección 3ª, de 19 de septiembre de 2012 (ponente Jurado Hortelano). En supuesto de hecho análogo, SAP Zaragoza, Sección 6ª, de 27 mayo de 2013 (ponente Ballestín Miguel); SAP Madrid, Sección 5ª, de 5 de febrero de 2014 (ponente Redondo Gil); SAP Sevilla, Sección 1ª, de 10 de febrero de 2014 (ponente Calle Peña); SAP Pontevedra, Sección 5ª, de 18 Junio 2014, (ponente: Montero Gamarra); SAP La Rioja, Sección 1ª, de 1 septiembre 2014 (ponente Santisteban Ruiz).

(condenados previamente en vía penal por medio de sentencia con autoridad de cosa juzgada) y a cambio de una contraprestación económica (20% del monto por el que habían sido condenados en concepto de responsabilidad civil derivada de delito) ejerció denuncia ante la Fiscalía General del Estado. En la denuncia afirmaba falsamente que un testigo fundamental para la condena de A y B había cometido falso testimonio durante sus declaraciones en juicio. La denunciante (C) aportó además un documento privado falso: una supuesta carta con la que intentó avalar sus afirmaciones. Las actuaciones fueron remitidas a un juzgado de instrucción y éste ordenó la práctica de una pericial sobre la carta en cuestión cuyos resultados no fueron concluyentes y que motivaron a que se ordenara una segunda experticia que sugirió indicios de falsedad en el documento dubitado sin que ésta pueda demostrarse fehacientemente porque la firma al pie del documento era auténtica. Posteriormente, A y B solicitaron ante el TS autorización (art. 957 LECrim) para la interposición de un recurso de revisión aportando a tales efectos el documento falso en cuestión y los informes periciales a los que se ha hecho referencia.⁹⁵

a.3. La colusión de partes en procesos seguidos por accidentes de tráfico (estafa procesal a compañías de seguros en el proceso penal)

- ✓ Supuesto 3 *A (beneficiario de la póliza de seguro obligatorio de la compañía de seguros X) y B acuerdan fingir haber tenido un accidente de tráfico (o intentan modificar las circunstancias de hecho de un siniestro realmente ocurrido) con el fin de obtener fraudulentamente una indemnización de la compañía de seguros. Con tal propósito B ejerce denuncia en contra de A y en contra de la compañía de seguros X (o A ejerce denuncia en contra de B) describiendo falsamente las circunstancias de hecho de un accidente de circulación (por lo general el tomador de la póliza o el asegurado asume la responsabilidad del accidente). Aportan como base de sus dichos un parte amistoso de accidente falso y/o*

⁹⁵ STS de 29 de marzo de 2011 (ponente Marchena Gómez), que confirma la SAP Madrid, Sección 7ª, de 20 de octubre de 2009 (ponente Acevedo Frías).

cualquier otro documento (informes médicos, póliza de seguros falsa, etc.).

(juicio abreviado)

(juicio de faltas)⁹⁶

	<u>Variante A</u>	<u>Variante B</u>
Se da inicio a la instrucción (diligencias previas). Por lo general el ardid procesal es descubierto en esta fase del proceso y a consecuencia de ello el juez ordena “deducir testimonio por si los hechos fueran constitutivos” de un hecho punible. ⁹⁷	El autor del fraude procura la emisión de un sobreseimiento por atipicidad de los hechos objeto de investigación y el dictado de un auto de cuantía máxima, título ejecutivo que da lugar al denominado juicio ejecutivo del automóvil (art.13 LRCSVM ⁹⁸). ⁹⁹	Se procura el dictado de una sentencia condenatoria. ¹⁰⁰

⁹⁶ Como era de esperarse la despenalización de las faltas (o su reconducción hacia tipos penales de nuevo cuño denominados *delitos leves*) llevada a cabo por la reciente reforma penal de 2015 (LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor a partir del 1 de julio, a tenor de su disposición final 8ª) a través de la derogación del Título III CP tiene una incidencia directa en el tratamiento, persecución y atribución de responsabilidades en el ámbito del Derecho penal de la circulación. Así pues, concretamente, la supresión del art. 621 CP supone la entrada en el ámbito de lo permitido de lesiones causadas por imprudencia grave que no requieren tratamiento médico o quirúrgico (art. 621.1 CP derogado) y de las lesiones y el homicidio causados por imprudencia leve (art. 621.2.3 CP derogado). Ello además en virtud de que no se han introducido figuras de reemplazo que puedan calificarse como delitos leves, sino que, por el contrario, los nuevos tipos penales que pudieran tener alguna vinculación comportan supuestos de hecho que no se corresponden con aquéllos y están categorizados como *menos graves* (lesiones imprudentes menos graves –art. 152.2 CP- y homicidio imprudente menos grave -art. 142.2 CP-) a tenor de lo dispuesto en el art. 33.3 CP. Esto trae como consecuencia la desaparición del juicio de faltas (o “juicio sobre delitos leves”, según la nueva denominación *ex art. 962 LECrim*) para el enjuiciamiento de estas conductas e implica además que queda sin efecto todo lo relativo al régimen previsto en el art. 13 LRCSVM relativo al denominado auto de cuantía máxima -título que da lugar al denominado juicio ejecutivo del automóvil y cuyas particularidades explicamos *ad infra*-. Al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Supresión de las faltas”; CUGAT MAURI, “supresión del Libro III”, pp. 225-239; HERNÁNDEZ GARCÍA / RAMÍREZ ORTIZ, “consecuencias procesales de la reforma”, pp. 241-296.

⁹⁷ STS de 8 noviembre de 2003 (ponente Martín Pallín).

⁹⁸ El art. 13 LRCSVM establece un procedimiento especial para la reclamación de daños derivados de accidentes de circulación carentes -en la mayor parte de los casos- de relevancia típica y por cuya causa se haya incoado un procedimiento penal. A tales efectos la norma en cuestión establece una serie de condiciones de procedibilidad entre las que se encuentran que efectivamente dicho procedimiento finalice por medio de una declaratoria de no haber lugar a responsabilidad penal mediante una sentencia absolutoria, por un auto de suspensión del procedimiento en virtud de rebeldía del acusado (art. 834 LECrim) o por auto de sobreseimiento provisional (art. 641 LECrim) o de sobreseimiento libre (art. 637 LECrim), entre otras. Asimismo, el hecho objeto del proceso penal debe estar cubierto por el seguro obligatorio de automóviles y, por último, debe verificarse que el perjudicado no haya renunciado a la acción civil ni se hubiere reservado su ejercicio. Cumplidos estos presupuestos y si es infructuosa la convocatoria a las partes a comparecer y transarse que prevé el párr. 2º art. 13 LRCSVM, el juez dictará auto contentivo de la cantidad líquida máxima a exigir por cada perjudicado. Este auto es un título ejecutivo (art. 517.2.8º LEC) y, por lo tanto, sometido al régimen procedimental establecido para estos

instrumentos (art. 538 ss. LEC). Para más detalles cfr. entre otros, REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación*, p. 947 ss. (como hemos mencionado *ut supra* la supresión del Libro III CP llevada a cabo por la reforma penal de 2015 ha dejado sin efecto el contenido del art. 13 LRCSCVM).

⁹⁹ STS de 16 noviembre de 2006 (ponente Ramos Gancedo); STS de 6 de marzo de 2009 (ponente Bacigalupo Zapater); ATS de 26 de mayo de 2011 (ponente Saavedra Ruiz); STS de 10 de abril de 2013 (Del Moral García) (que revoca parcialmente la SAP Cádiz, Sección 1ª, de 13 de enero de 2012 (ponente Gracia Sanz); SAP Badajoz, Sección 1ª, de 7 noviembre de 2014 (ponente Madrigal Martínez-Pereda).

¹⁰⁰ STS de 26 febrero de 2007 (ponente Sánchez Melgar); SAP Vigo, Sección 5ª, de 19 de mayo de 2008 (ponente Montenegro Vieitez) “...los acusados sufrieron un accidente de tráfico (...) cuando circulaban en el (...) vehículo (...) [sin seguro obligatorio] propiedad del acusado [B], al dirigirse [en horas de la noche a una discoteca]. No obstante (...), la acusada presentó demanda contra la empresa [X] para la que trabajaba como camarera (...), [asimismo en contra de] la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, el INSS, la TGSS y el Sergas, afirmando que dicho siniestro se había producido ‘*in itinere*’, lo que dio lugar a que la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo anticipara a la acusada en virtud de sentencia (...) una serie de cantidades por asistencia sanitaria e incapacidad laboral. Asimismo, la acusada presentó el día 4 de Julio de 2001 denuncia ante el Juzgado de Instrucción (...) afirmando que el accidente se había producido al salir del trabajo cuando el acusado se ofreció a llevarla a casa [ocultando además la relación sentimental y de convivencia entre ambos]. Esta denuncia dio lugar al Juicio de Faltas (...) en cuyo marco se dictó sentencia (...) [que] condenó al acusado Cornelio como responsable de una falta de lesiones y, como responsable civil directo, a a compañía de seguros X estableciendo la obligación de indemnizar a la acusada Sara en la suma de [Y] por las lesiones y por daños y perjuicios y a satisfacer a la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo por las cantidades anticipadas en virtud de la sentencia del Juzgado de lo Social (...), en las sumas de [Z] euros por asistencia sanitaria y [W] euros por incapacidad laboral más intereses legales.” (el subrayado y el contenido de los corchetes es mío); SAP Vizcaya, Sección 2ª, de 30 diciembre de 2009 (ponente Rodríguez Puente); SAP Barcelona, Sección 10ª, de 23 de septiembre de 2011 (ponente Planchat Teruel); SAP Badajoz, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2012 (ponente Madrigal Martínez-Pereda); SAP Alicante (Sección 2ª), de 11 de marzo de 2013 (ponente Guirau Zapata).

D) Los casos problemáticos

a) La definición del ámbito de la tipicidad de la conducta engañosa

1. Introducción

La redacción legal del § 263 StGB -que describe a la estafa como la “simulación de hechos falsos o la alteración u ocultación de hechos verdaderos”- hace énfasis en que el engaño sobre hechos es un requisito esencial de atribución de responsabilidad. Esto ha llevado a la doctrina alemana (y en consecuencia a la española) a iniciar el análisis del tipo objetivo intentando con mayor o menor fortuna una definición del concepto de hecho.¹ Según la opinión dominante se entiende por hecho a todo aquel concreto acontecimiento o situación actual o pasada del mundo exterior, comprensible por la razón humana, perceptible a través de los sentidos, susceptible de ser empíricamente examinada y, por lo tanto, de ser objeto de prueba.² Así pues, todo lo que no se incluya en esta definición pertenece al ámbito de lo “no-fáctico” y, por lo tanto, el engaño fundado en un “*non-factum*” es atípico y, si produce en la víctima una disposición patrimonial ésta es únicamente atribuible al incumplimiento de deberes de cuidado (deberes de autoprotección) de la propia víctima.³ Con otras

¹ Así, por ejemplo, WESSELS/HILLENKAMP, *BT2*, § 13, n.m. 493 ss.; CRAMER/PERRON, *Sch/Sch StGB*, § 263, n.m. 8 ss.

² Por todos, CRAMER/PERRON, *Sch/Sch StGB*, § 263, n.m. 8: „*Unter Tatsachen sind alle konkreten vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens zu verstehen, die sinnlich wahrnehmbar, empirisch überprüfbar und damit dem Beweis grundsätzlich zugänglich sind.*“ También, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 9 ss. En el ámbito español, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 111 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, pp. 129 ss., 193 ss.

³ Como es sabido, el carácter determinante de la conducta de la víctima en la realización del tipo penal de la estafa se debe a su condición de *delito de relación*: sin la realización fáctica por parte de la víctima del acto de disposición patrimonial no puede configurarse el delito (Cfr., entre otros, HASSEMER R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers*, p. 114 ss.; KURTH, *Das Mitverschulden des Opfers*, p. 203 ss. (211); ELLMER, *Betrug*, pp. 19, 20. También, PÉREZ MANZANO, “imputación objetiva”, pp. 285-309 (292); SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 99 s.; GALLEGO SOLER, *ADPCP*, 2005, pp. 529-559 (543 ss.). Al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, *RChD*, 2010, pp. 9-41 (20 ss.). Por lo tanto, según el principio de autorresponsabilidad, la víctima es *a priori* responsable por la producción de su acto de disposición causado por una conducta engañosa, o lo que es lo mismo, la puesta en peligro del patrimonio tiene su origen en el propio comportamiento de su titular. El traslado de la responsabilidad de la víctima al autor demanda una construcción normativa (Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 277-282; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 123 ss.) En consecuencia, se considera que la estafa es un delito de *autolesión (heterolesión)*, en el caso de la estafa en triángulo (Cfr. FRISCH, „Funktion und Inhalt“, pp. 647-667 (657 ss.). Al respecto, entre otros, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 124 s.). Esto se expresa con claridad a través de la estructura de la autoría mediata: el autor (hombre de detrás) se vale de la actuación no dolosa de la víctima que actúa en estado de error (hombre de delante o instrumento). Por ello, como ya hemos dicho, se afirma que la estafa constituye un supuesto tipificado de autoría mediata (Cfr. JAKOBS, *PG*, §

palabras, el acto engañoso sin sustrato fáctico constituye en sí un riesgo *aprobado o permitido* de producción de un acto de disposición patrimonial.^{4,5}

2. Los juicios de valor. El caso de la estafa procesal ante el Tribunal Constitucional Federal alemán

Más allá de las discusiones en torno a la permeabilidad o elasticidad del concepto de hecho⁶, en lo que amerita al ámbito de aplicación de la estafa procesal, la doctrina dominante suele considerar como “no-hecho” (entre otros⁷) a los denominados juicios de valor. Según la opinión generalizada, los juicios de valor pertenecen a la esfera de lo subjetivo –“al mundo de la opinión”– y, en ese sentido, no contienen afirmaciones susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas.⁸ No obstante, en muchos supuestos el referente de una opinión personal puede estar constituido por un hecho y, por ende, puede darse el caso de que se emitan juicios de valor que implícitamente contienen un “núcleo de hecho” (*Tatsachenkern*) que pueda constituir una afirmación verdadera o falsa y, por lo tanto, constituir eventualmente una conducta típica.⁹ Por ejemplo, la oración “si quieres probar el mejor ron añejo del mundo, prueba el ron de Venezuela”, constituye un juicio de valor: su emisor (probablemente un ciudadano de esa

21, n.m. 80; KINDHÄUSER, “Autoría mediata tipificada”, pp. 83-122 (104 ss.); el mismo, *NK-StGB*, § 263, n.m. 45 ss.; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 125 ss.).

⁴ Así, entre otros, TORÍO LÓPEZ, “estafa procesal”, pp. 877-900 (886 ss.); VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, p. 164 ss., PÉREZ MANZANO, “imputación objetiva”, pp. 285-309 (293 ss.) con base, principalmente, en lo sostenido por ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 11, n.m. 1 ss. y MARTÍNEZ ESCAMILLA, *imputación objetiva*, pp. 39 ss., 61 ss. Un antecedente importante de los postulados de ROXIN, puede hallarse en NAUCKE, *strafbarer Betrug*, p. 163 ss., que intenta una limitación del tipo de la estafa a través de la teoría de la adecuación social. Al respecto HERNÁNDEZ BASUALTO, *RChD*, 2010, pp. 9-41 (13 ss.).

⁵ En el marco de un desarrollo ulterior -notablemente más normativizado- de la dogmática del engaño en la estafa se llega a la misma conclusión. Así por ejemplo, el sistema de deberes de veracidad y con ello, las distintas esferas de competencia atribuibles a autor y víctima que propone PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, pp. 133 ss., 169 ss. (con base principalmente en lo sostenido por KINDHÄUSER, *ZStW*, 1991, pp. 398-424 (403 ss.), el mismo, *NK-StGB*, § 263, n.m. 63 ss., PAWLIK, *Das unerlaubte*, pp. 103-105, 127 ss., 139 ss., que desarrolla las propuestas de JAKOBS, “Coacciones”, pp. 439-459 (444 ss.; el mismo, “Coacciones por medio de amenazas”, pp. 461-480 (470 ss.); el mismo, *imputación objetiva*, p. 97 ss.; el mismo, *PG*, § 29, n.m. 29 ss.): según esta opinión el autor de la estafa procesal, por ejemplo, no está obligado -no tiene el deber- de proveer al juez de, por ejemplo, alegatos de Derecho que sean conformes a la verdad y, por lo tanto, es competencia exclusiva del juez la asunción del riesgo de producción de un acto de disposición patrimonial derivado de una conducta engañosa basada en alegatos jurídicos.

⁶ Al respecto, por todos, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, pp. 129 ss., 193 ss.

⁷ Se discute también si los pronósticos, los “hechos internos” o los conocimientos científicos pueden integrar el concepto de hecho, entre otros casos. Al respecto, por todos, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 12 ss. También, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 193 ss.

⁸ PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 196 ss.; TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 13 ss.

⁹ Por todos, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 14. También, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 196 ss.

nacionalidad) considera que el ron que proviene de ese país es el mejor de todos. Asimismo, la frase en cuestión contiene un “núcleo de hecho”: “el ron de Venezuela es añejo”¹⁰.

Como puede inferirse, este aspecto de la discusión tiene poca relevancia para el tema que nos ocupa. El objeto primordial del proceso está referido a *afirmaciones de hecho y de Derecho*. No obstante, una interesante sentencia proveniente de la jurisprudencia alemana ha llamado nuestra atención porque alude directamente al problema concreto y lo hace de forma controversial¹¹. El contexto y los hechos enjuiciados son dignos de mención:

Poco después de la caída del muro de Berlín, un grupo de ciudadanos alemanes residentes en el oeste del país –en su mayoría miembros de la Cámara sobre Cuestiones Agrarias¹² (del alemán, AFA¹³)–, interpusieron un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*, arts. 93.1.4 lit. a), 94.2 GG en relación con los §§ 13.8a, 90-95 BVerfGG¹⁴) en contra de la Ley de ratificación del denominado

¹⁰ El ron *añejo* es el que ha permanecido en barricas de roble durante un tiempo determinado (un mínimo de dos años según la normativa venezolana). Este proceso otorga al licor un color acaramelado característico.

¹¹ OLG Karlsruhe, *NStZ* 1996, pp. 282-284, con comentario de KUNERT (283 s.). También, con comentarios de KINDHÄUSER, *JR* 1997, pp. 299-305 (301 ss.) y FAHL, *JA* 1998, pp. 361-364 (362 ss.). Al respecto, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 625 ss.

¹² Cfr. PAFFRATHS, *Macht und Eigentum*, p. 218.

¹³ Esta asociación, con sede en Berlín, cuyo nombre completo es *Arbeitsgemeinschaft für Agrarfragen in den Ländern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen e.V.*, agrupa a expropietarios de bienes inmuebles expropiados y colectivizados entre 1945-1949 por virtud de la reforma agraria llevada a cabo por las autoridades militares soviéticas en su zona de ocupación, es decir, en el territorio de lo que posteriormente pasó a ser la hoy extinta República Democrática alemana. Constituyen un grupo de presión para el restablecimiento de sus Derechos. Al respecto, el sitio web de la corporación, <http://www.afa45-49.de/> (consultado por última vez el 31 de julio de 2015).

¹⁴ El trámite procedimental del recurso de amparo ante el BVerfG no difiere en sus rasgos generales de su equivalente ante el TC. Existen, sin embargo, algunas diferencias materiales y procedimentales que mencionaremos brevemente. Así pues, la manifestación del control concentrado de constitucionalidad en la mayor parte de los casos, como en su equivalente español, está constituida por una pretensión *subsidiaria* y por lo tanto, solo puede interponerse cuando se hayan agotado las vías judiciales procedentes (§ 90.2 BVerfGG). No obstante, la subsidiariedad no aplica a casos como el presente en que se tramita un amparo en contra de la violación actual, inmediata y directa de Derechos fundamentales a través de una Ley formal (al respecto, BVerfGE 76, 107 (114 ss.)) –trámite inexistente como tal en el Ordenamiento jurídico español (Cfr. BLASCO SOTO, *RD*, 2001, pp. 157-177 (161 ss.))-. El proceso se inicia por medio de la interposición de un escrito de demanda en el que debe constar el acto del poder público que se considera violatorio de Derechos fundamentales, una relación circunstanciada de hechos y un enunciado de los Derechos constitucionales que se consideran lesionados. Todo ello apoyado en documentos y/o solicitando la práctica de otros medios de prueba (§§ 23.1, 92 BVerfGG). La demanda de amparo debe interponerse en el transcurso de un mes contado a partir del comienzo de la notificación al accionante de la promulgación del acto viciado (§ 93.1 I BVerfGG) (para el caso de Leyes formales, el plazo se extiende a un año contado a partir de la entrada en vigor de la norma jurídica, según el § 93.3). El BVerfG se pronunciará respecto de la admisibilidad de la pretensión de amparo (§ 93a.1 BVerfGG) y si hay lugar a la admisión notificará al organismo público emisor del acto impugnado y le otorgará un plazo

Tratado de unificación (*Einigungsvertrag*), suscrito el 31 de agosto de 1990 entre la República Federal de Alemania (RFA) y la antigua República Democrática alemana (RDA) que estipuló las condiciones para la reunificación del país tras la caída del muro de Berlín (9 de noviembre de 1989).¹⁵ Los recurrentes consideraban violado, entre otros¹⁶, su derecho a la propiedad (art. 14.1 GG¹⁷) por la disposición contenida en la Declaración Conjunta de 15 de junio de 1990 elaborada por ambos gobiernos sobre la regulación de cuestiones no resueltas de patrimonio (parte integral del Tratado de unificación, según lo dispuesto en su art. 41.1) que establecía la irrevocabilidad absoluta de expropiaciones sobre inmuebles realizadas en el territorio de la hoy extinta RDA por las fuerzas (aliadas) de ocupación al término de la segunda guerra mundial (1945) y hasta el año de 1949.¹⁸ La *causa petendi* de los recurrentes en amparo consistía en que habían sido propietarios –a título de herederos– de una serie de bienes a lo largo del territorio en mención (como se sabe, zona de ocupación soviética) que durante este período de tiempo fueron expropiados y colectivizados por la Administración militar soviética en Alemania (del alemán, SMAD) en el marco de la implementación de una conocida reforma agraria¹⁹. El BVerfG, según

determinado para que emita un pronunciamiento (§ 94.1 BVerfGG). Notificadas las partes convocará a una vista oral en la que se dirimirá el asunto (§ 25.1 BVerfGG), de oficio o a instancia de parte realizará la práctica de los medios de prueba conducentes (§ 26.1 BVerfGG) y, concluida la vista, se pronunciará mediante decisión motivada y por escrito en un plazo no superior a tres meses (§ 30.1 BVerfGG) que en caso de estimar la demanda de amparo ordenará el cese de la situación jurídica infringida (§ 95.1 BVerfGG, por ejemplo, mediante la declaratoria de nulidad de la Ley cuya inconstitucionalidad se demanda). Al respecto, entre otros, HILLGRUBER/GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, § 3, n.m. 72 ss.; ALÁEZ CORRAL / ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Decisiones básicas*, p. 37 ss.; IRÚN BRIZ, “Atribuciones”, pp. 291-311 (300 ss.).

¹⁵ La sentencia, de fecha 23 de abril de 1991, en BVerfG, NJW 1991, 1597-1602 (1597 ss.). Al respecto, OLG Karlsruhe, *NSiZ* 1996, pp. 282-284 (282).

¹⁶ Los recurrentes invocaron además la violación de sus Derechos de igualdad ante la Ley (Art. 3.1 GG), al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG), a la dignidad humana (Art. 1 GG) y el principio del Estado de Derecho (Art. 20.3 GG, que establece: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”). Al respecto, BVerfG, NJW 1991, 1597-1602 (1597 ss.).

¹⁷ La disposición citada, equivalente a lo dispuesto en el art. 33.1 CE, establece: “La propiedad y los Derechos sucesorios están garantizados. Su contenido y límites serán determinados por las Leyes.”

¹⁸ El art. 41.1 del *Einigungsvertrag* establecía: “La Declaración Conjunta de 15 de junio de 1990 elaborada por los gobiernos de la RFA y de la RDA sobre la regulación de cuestiones patrimoniales no resueltas (Anexo III), es parte esencial de este Tratado.” Por su parte, el párrafo primero de la mencionada declaración estipulaba lo siguiente: “Las expropiaciones llevadas a cabo con base en órdenes normativos impuestos por fuerzas de ocupación (de 1945 a 1949) son irrevocables. Los gobiernos de la Unión Soviética y de la RDA consideran imposible la revisión de estas medidas de fuerza. El gobierno de la RFA acepta estas medidas de cara a la evolución histórica y considera que el futuro Parlamento alemán de la Alemania reunificada debe reservarse una decisión definitiva sobre cualquier tipo de prestaciones estatales compensatorias.”

¹⁹ Con base en decretos implementados anteriormente en la Unión Soviética, esta reforma agraria –en la que participó también el partido comunista alemán– eliminó la propiedad privada, expropió sin indemnizar a grandes terratenientes y distribuyó tierras y demás bienes entre campesinos.

sentencia de fecha 23 de abril de 1991, desestimó la petición de amparo invocando el interés general (la reunificación alemana²⁰) con base principalmente en las circunstancias de hecho incorporadas al proceso por medio de las declaraciones vertidas por altos funcionarios del gobierno alemán²¹. Estos funcionarios sostuvieron en una vista oral celebrada en el marco de dicho procedimiento que durante las negociaciones que derivaron en la celebración del denominado tratado “dos más cuatro” (en las que fueron partícipes en representación de sus respectivos gobiernos) –sin cuya existencia la reunificación alemana hubiera sido imposible–²², la representación soviética puso como

Específicamente, las medidas estaban dirigidas a afectar las propiedades de criminales de guerra, funcionarios y jerarcas del gobierno nacionalsocialista y a todo aquél que detentara más de 100 Ha de terreno (las medidas afectaron a más de cuarenta mil propietarios). Al respecto, BAUERKÄMPER, *HA*, 2004, pp. 103-133 (104 ss.); PAFFRATH, *Macht und Eigentum*, p. 49 ss. Así por ejemplo, uno de los recurrentes en amparo acreditó debidamente ser heredero de un sujeto (su padre) que había sido propietario de un inmueble en Sajonia-Anhalt en el que funcionaba una sastrería. La expropiación se debía a que el causante había sido oficial (*Obersturmbannführer*) de las SA. En otros casos, las confiscaciones están motivadas a la extensión de los terrenos (algunos superan las 200 Ha). Cfr. BVerfG, *NJW* 1991, 1597-1602 (1597 ss.).

²⁰ Antes de la caída del muro de Berlín el restablecimiento de la unidad alemana era un mandato constitucional. Hasta la reforma constitucional realizada el 23 de septiembre de 1990, la Ley Fundamental de Bonn (GG) era considerada un *provisorium*: tenía disposiciones que establecían una vigencia temporal que exhortaban a la reunificación del país. En efecto, el preámbulo del texto constitucional establecía: “Consciente de su responsabilidad ante Dios y los hombres, animado por la voluntad de preservar su unidad como nación y como estado (...), el pueblo alemán en sus Länder (...), con el objeto de establecer un nuevo orden estatal durante una etapa provisional, en virtud de su poder constituyente, ha adoptado esta Ley Fundamental. (...) Se exhorta a todo el pueblo alemán a que, de forma libre y autodeterminada, consume la unidad y la libertad de Alemania.” Asimismo, el art. 23 GG (derogado) establecía: “La presente Ley Fundamental rige a partir de ahora en el territorio de los Länder de (...). Entrará en vigor en otras partes de Alemania tras su adhesión.” Por su parte el art. 146 GG (aun en vigor) establece: “La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán.” Al respecto, PAFFRATH, *Macht und Eigentum*, p. 37 ss.; GARCÍA PECHUÁN, “La reciente historia”, pp. 35-82 (54 ss.).

²¹ En la vista oral ante el BVerfG declararon tres altos funcionarios: Klaus Kinkel (entonces Ministro de Justicia de la RFA), Lothar de Maizière (Primer Ministro de la RDA) y Dieter Kastrup (entonces Secretario de Estado para el Ministerio de Asuntos Exteriores de la RFA, único denunciado *a posteriori*) (Cfr. BVerfG, *NJW* 1991, 1597-1602 (1598)). Por su parte, en la sentencia del OLG Karlsruhe se hace un esfuerzo por explicar que estos funcionarios no prestaron declaración ante el BVerfG como testigos o expertos, sino como “informadores” o “auxiliares de justicia” (*Berichtspersonen* o *Aufklärungshilfen*) figura que permite la apertura o la indeterminación de medios de prueba admisibles en el procedimiento por el recurso de amparo ante el BVerfG, según establece el § 26.1 BVerfGG. La especial condición (no son considerados ni testigos ni expertos) con la que estos sujetos comparecen al proceso permitió, según la sentencia del OLG Karlsruhe, que la falsedad de sus dichos esté fuera del ámbito de aplicación del delito de falso testimonio (§ 153 StGB). Al respecto, OLG Karlsruhe, *NStZ* 1996, pp. 282-284 (283).

²² El tratado “dos más cuatro” (*Zwei-plus-Vier-Vertrag*), también denominado Tratado sobre el acuerdo final con respecto a Alemania, celebrado en Moscú el 12 de septiembre de 1990 (en vigor a partir del 15 de marzo de 1991) y suscrito por la RFA y la RDA y los cuatro países vencedores y ocupantes del territorio alemán tras la segunda guerra mundial (Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión Soviética), sentó las bases de la reunificación alemana (y simbolizó el final de la guerra fría): estableció los términos de política exterior y seguridad de la nueva Alemania (por ejemplo, abrió las puertas a su futura membresía en la OTAN), ratificó sus fronteras (y se comprometió a no realizar reclamos

condición previa (e innegociable) lo que quedó posteriormente reflejado en la declaración conjunta previamente descrita: que las expropiaciones de terrenos e inmuebles realizadas por sus autoridades militares durante la ocupación del territorio alemán en los años posteriores a la guerra (1945-1949) tenían que ser irrevocables.²³

Tras la desestimación del amparo, los recurrentes denunciaron por estafa procesal a uno de estos funcionarios y, ante la negativa de la Fiscalía de formular acusación, solicitaron un pronunciamiento judicial respecto del carácter penal de los hechos denunciados y el consecuente ejercicio de una acción penal (§ 172.2 StPO).²⁴ Sostenían la falsedad de las declaraciones vertidas por estos funcionarios y, además, que la consecuente desestimación de sus pretensiones de amparo por parte del BVerfG había ocasionado perjuicio a su patrimonio.²⁵ El OLG Karlsruhe rechazó la solicitud de los denunciados en virtud de que (entre otros motivos) las declaraciones realizadas por el funcionario denunciado eran meras *valoraciones subjetivas* carentes de sustrato fáctico.²⁶ Este criterio ha sido unánimemente criticado por la doctrina al punto de que ha llegado a calificarla de *insostenible*: cuando el funcionario denunciado hace un balance (desde la perspectiva del gobierno alemán) de la posición soviética durante las negociaciones que llevaron a la reunificación alemana, realiza afirmaciones sobre circunstancias pasadas que son contrastables y, por ende, susceptibles de ser

posteriores en ese sentido), logró el compromiso de los soviéticos de retirar sus tropas del territorio de la RDA en un período determinado y asumió el compromiso de reducir hasta en un tercio su número de efectivos militares, entre otras condiciones. A este respecto, el texto mismo del tratado (en castellano), <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/2+41990.htm>; así como un par de crónicas de las circunstancias que rodearon su suscripción <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2010-09/wiedervereinigung-vertrag> y <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/01/internacional/1285962713.html>. También, con una cronología detallada de todo el proceso de reunificación, MARTÍN DE LA GUARDIA, “reunificación de Alemania”, *eBook*.

²³ BVerfG, *NJW* 1991, 1597-1602 (1601).

²⁴ OLG Karlsruhe, *NStZ* 1996, pp. 282-284 (282). En caso de que la fiscalía considere que los hechos denunciados no tienen carácter penal, la StPO establece la obligación del fiscal de comunicar al denunciante las razones de su decisión (§ 171 StPO). Si la persona que formula la denuncia es también la afectada por los hechos narrados en la denuncia, podrá impugnar la decisión del fiscal ante su superior jerárquico (§ 172.1 StPO). Si el superior jerárquico del fiscal confirma la decisión, el denunciante -debidamente asistido por abogado- podrá solicitar un pronunciamiento judicial al respecto por medio de un escrito fundado (§ 172.2.3 StPO). La competencia para conocer de esta solicitud recae sobre el Tribunal Superior del Land (*Oberlandesgericht*) (§ 172.4 StPO). Para fundar su decisión podrá solicitar al fiscal las actuaciones realizadas respecto del caso, convocar al inculpado a declarar y/o ordenar una investigación (§ 173 StPO). Si la solicitud de la víctima es rechazada no cabrá contra esta decisión recurso alguno y no podrá ser ejercida la acusación sino con base en nuevos hechos (§ 174 StPO) en caso contrario el tribunal ordenará al fiscal el ejercicio de la acción penal (§ 175 StPO). Al respecto, entre otros, MEYER-GÖBNER, *StPO*, § 172, n.m. 1 ss., § 173, n.m. 1 ss., § 174, n.m. 1 ss., § 175, n.m. 1 ss.

²⁵ OLG Karlsruhe, *NStZ* 1996, pp. 282-284 (282).

²⁶ OLG Karlsruhe, *NStZ* 1996, pp. 282-284 (282).

*verdaderas o falsas*²⁷: son, desde el punto de vista procesal, un medio de prueba y en tal sentido han servido de fundamento a una resolución judicial.

Por lo tanto, la resolución en cuestión no puede ser más errática y, además, es objeto de una polémica que aun está vigente en razón de que algunos autores sostienen que efectivamente el contenido de las declaraciones efectuadas por estos funcionarios ante el BVerfG no se corresponden con lo que realmente ocurrió durante las negociaciones que llevaron a la reunificación alemana. Se afirma por el contrario que el gobierno soviético nunca exigió como condición previa la prohibición de revocar las expropiaciones efectuadas. En realidad se trató de un engaño orquestado por el Gobierno de la RFA (hubo inclusive declaraciones de representantes soviéticos desmintiendo tales afirmaciones) con la única intención de evitar a toda costa la restitución de un vastísimo patrimonio que pasó a ser propiedad del gobierno federal alemán a través de la adhesión del territorio de la antigua RDA y cuya venta financiaría eventualmente todos los costes derivados de la reunificación (los afectados por estas expropiaciones superaban los 40.000 propietarios y el valor en conjunto de estos bienes superaba los 600 millardos de marcos alemanes).²⁸

3. *¿Iura novit curia?*

i *Da mihi factum*

Antes de pasar al análisis del apartado siguiente conviene aquí precisar que -en lo que respecta a la estafa procesal- la dogmática de la estafa debe coincidir con la doctrina procesal y referirse no a hechos sino a *afirmaciones de hecho* al hacer mención de este elemento típico.²⁹ El hecho como tal no es susceptible de ser verdadero o falso, es previo a la percepción que se tiene sobre él y, como tal,

²⁷ PAFFRATHS, *Macht und Eigentum*, p. 217 ss., Como era de esperarse, la publicación de esta obra generó una interesante polémica que fue reseñada en distintos medios de comunicación. Por ejemplo, <http://www.zeit.de/2004/20/P-Paffrath-kurz>. También, un interesante reportaje televisivo, en https://youtu.be/S_EWSnruXZE (consultado por última vez el 14 de agosto de 2015).

²⁸ Así, por ejemplo, KINDHÄUSER, *JR* 1997, pp. 299-305 (302). En el mismo sentido, KUNERT, *NStZ* 1996, pp. 282-284 (283). Por su parte, FAHL, *JA* 1998, pp. 361-364 (363), sostiene también el carácter fáctico del enunciado del funcionario denunciado. No obstante sugiere que estamos en presencia de un hecho interno o “núcleo de hecho” subyacente a una valoración personal o subjetiva. A este respecto nos parece, por el contrario, que se trata inequívocamente de una afirmación de hecho.

²⁹ Así, por ejemplo, BITTZILEKIS, „Der Tatsachenbegriff“, pp. 29-43 (30 s., 39 ss.); MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *BT*, § 41 II, n.m. 27 (al respecto, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 194); MAYER LUX, *konkludente Täuschung*, p. 53 ss.

existe en el mundo o no existe.³⁰ Las partes incorporan al proceso afirmaciones sobre la existencia material de un hecho: aportan una hipótesis contrastable (y por ende, refutable) del mismo o, lo que es lo mismo, *intersubjetiva* y definen con ello *el objeto de la prueba*.³¹ En este sentido, el engaño típico en la estafa procesal consiste en la afirmación acerca de la existencia de un hecho que *no existe en el mundo*³² y por tanto no debería “*est in actis*”³³.

Ahora bien, la afirmación fáctica de las partes no es un suceso aislado. En tanto que el *factum* incorporado al proceso tiene relevancia jurídica, el demandante asume que le ampara un derecho para el que son relevantes sus afirmaciones de hecho. En consecuencia -según preceptúa la norma procesal-, junto al alegato de hecho, el demandante aporta también su hipótesis de *ius* con el propósito de que el juez le dé la razón. En otras palabras, iniciar un proceso (civil o penal) implica afirmar hecho y derecho de forma indisoluble.³⁴

ii *Dabo tibi ius*

a. La impunidad del alegato jurídico engañoso. Fundamento

Por ende, el autor de la estafa afirma ser titular de un derecho subjetivo inexistente que, no obstante, tiene una base cierta en una fuente de derecho (una norma jurídica). En otras palabras, por medio del tipo de estafa (procesal) el Derecho penal procura evitar la atribución (por vía judicial) de un derecho

³⁰ BITTZILEKIS, „Der Tatsachenbegriff“, pp. 29-43 (30 s., 39 ss.); MAYER LUX, *konkludente Täuschung*, p. 53 ss.

³¹ Vale aquí la expresión de JASPERS, *Einführung*, p. 61: „*Alles Sein für uns ist Ausgelegtsein*.“. Al respecto, BITTZILEKIS, „Der Tatsachenbegriff“, pp. 29-43 (36 ss., 39 ss.). También, MAYER LUX, *konkludente Täuschung*, p. 55 ss. En la doctrina procesal, necesariamente la definición del objeto de la prueba obliga a entrar en estas consideraciones. Al respecto, por ejemplo, STEIN, *El conocimiento*, p. 10 ss., CARNELUTTI, *La prueba civil*, p. 7 ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, p. 359; TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 113 ss.; NIEVA FENOLL, *El hecho y el Derecho*, p. 120 ss.; ABEL LLUCH, *Derecho probatorio*, p. 65 ss.

³² MAYER LUX, *konkludente Täuschung*, p. 53 ss.

³³ Como es sabido, el brocardo “*quod non est in actis, non est in mundo*” sirve al Derecho procesal para describir sistemas procesales regidos por el principio de la escritura (Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 47; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 79, n.m. 1 ss.) en contraposición a sistemas procesales como el español –regidos por el principio de oralidad-. No obstante, consideramos que esta afirmación tiene plena vigencia también en procesos regidos por la oralidad siempre y cuando la norma procesal obligue a que tengan forma escrita la deducción de la pretensión (art. 399.1 LEC) y su resistencia (405.1 LEC), las decisiones judiciales (la sentencia principalmente, según el art. 210.3 LEC) y los medios de impugnación (para el recurso de apelación, art. 458 LEC). Asimismo, no debe olvidarse que existe también la obligación de registrar toda actuación procesal que no sea escrita a través de actas o documentos audiovisuales, de conformidad con lo establecido en el art. 146 LEC.

³⁴ Al respecto, por todos, NIEVA FENOLL, *El hecho y del Derecho*, p. 120 ss.

inexistente a través de la aportación al proceso de supuestos de hecho cuya falsedad los hace subsumibles en una norma jurídica. Fuera de este ámbito, el principio *iura novit curia* obliga a que rija la impunidad: la mayor parte de la doctrina considera que el alegato jurídico se considera “no-fáctico”³⁵ -esto es atípico-. Por lo tanto, *la afirmación realizada por una parte de la existencia de una norma jurídica* (u otra fuente de Derecho) *inexistente o de la inexistencia de una norma jurídica* (u otra fuente de Derecho) *que realmente existe*³⁶ que comporte la producción causal de una resolución judicial que implique un perjuicio en el patrimonio de la contraparte se considera *ex ante* no atribuible al alegato jurídico engañoso (que a todas luces constituye una conducta que pertenece ámbito de lo permitido), sino al incumplimiento de deberes derivados de la función judicial que forman parte de su esfera de responsabilidad (de su ámbito de organización): por atribución constitucional (art. 117 CE) en el proceso se presume *que el juez conoce el Derecho y en consecuencia lo aplica*.³⁷

Ello se debe a que -en tanto presunción de conocimiento *judicial* del Derecho aplicable- el *iura novit curia*³⁸ cumple en el proceso jurisdiccional con dos tareas

³⁵ Cfr. WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 66 ss.

³⁶ Cfr. GRAUL, *JZ* 1995, pp. 595-603 (601). Tradicionalmente se admite que los conceptos jurídicos de uso habitual en los alegatos de las partes y de uso corriente entre personas que no son especialistas en Derecho (por ejemplo, términos como compra-venta, arrendamiento, donación, préstamo, etc.) que complementan o conectan las afirmaciones de hecho de las partes en el proceso forman parte integral de las mismas y por lo tanto pueden ser objeto de engaño típico respecto de la estafa procesal. Por ejemplo, el caso del sujeto que demanda la devolución de una determinada suma de dinero alegando falsamente la existencia de un contrato de préstamo cuando realmente se ha tratado de una donación. Al respecto, RGSt 3, 142-145 (144); SEIER, *ZStW* (102), 1990, pp. 563-595 (568); LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 52 s.; KEUNECKE, *Prozeßbetrug*, p. 12 s., entre otros.

³⁷ Así, SEIER, *ZStW* (102), 1990, pp. 563-595 (571 ss.). Dice por ejemplo, SCHRÖDER, *JR* 1958, pp. 106, 107 (107): „Gerade diese Voraussetzung des Anspruches auf Richtigkeit und Verbindlichkeit ist aber bei den Rechtsausführungen einer Partei im Zivilprozeß nicht gegeben. Hier ist die Aufgabeverteilung zwischen Partei und Richter eindeutig in dem Sinne festgelegt, daß die Partei dem Gericht das Material seiner Beurteilung zu unterbreiten, d.h. den Prozeßstoff herbeizuschaffen hat, während es nach dem Satz ‚iura novit curia‘ Aufgabe des Richters ist, die rechtlichen Schlüsse aus diesen Tatsachen zu ziehen. Rechtliche Schlüsse und Rechtssätze sind daher auch –von wenigen Ausnahmen abgesehen- niemals Gegenstand des Beweises, sondern verbindlich vom Gericht festzustellen.“ También PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 190 s.

³⁸ Aun cuando se encuentra formulado a lo largo de todo el Ordenamiento jurídico (por ejemplo, arts. 218.1 II LEC, 33.1 y 65.2 LRJCA), el significado actual del conocido brocardo tiene un origen histórico-dogmático. Se sabe que era la máxima que durante la edad media se aplicaba para el *ius commune* (la fuente escrita de Derecho, las normas vigentes –en principio el Derecho romano, luego las normas generales del país o reino- sobre cuya base se completan e interpretan las normas locales) en contraposición a la exigencia de alegación y prueba del *ius municipale* cuando tiene su base en la *consuetudo*. (Cfr. al respecto, COING, *Derecho privado europeo I*, § 13, p. 124 y § 21, p. 177 ss. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *iura novit curia*, p. 22.). Este principio tiene fundamento en una ficción con una importantísima tarea ideologizante: de forma análoga a lo que sucede con el caso del conocido “legislador racional” se otorga contenido a la concepción de un juez profesional que tiene “uniformidad de juicio” y, por lo tanto, en aras al principio de igualdad entre los ciudadanos, se limita aplicar las normas jurídicas

fundamentales: implica, por una parte, el deber judicial de *aportación* del Derecho aplicable al caso concreto y por la otra el deber judicial de *investigación* del Derecho aplicable.³⁹

Así pues, la aportación *ex officio iuris* del Derecho se manifiesta en la *no vinculación del juez a los alegatos jurídicos de las partes*. Si bien es cierto que las normas procesales obligan a las partes a fundamentar jurídicamente sus escritos de alegaciones, no es menos cierto que el juez puede apartarse del *ius* alegado por las partes y, siempre que existan normas en tal sentido, calificar jurídicamente los hechos de modo distinto –*da mihi factum, dabo tibi ius*– (art. 218.1.II LEC)⁴⁰. Esto tiene, al menos, tres consecuencias lógicas⁴¹: a) aun cuando las partes procesales acuerden admitir la existencia de una norma que realmente no existe, el juez está impedido de apreciarla, b) aun cuando exista acuerdo *inter partes* de no aplicar al caso concreto una norma que sí existe, el juez está impedido de no apreciar la norma existente y, por último c) el juez tiene la facultad de cambiar la calificación jurídica de los hechos realizada por las partes siempre y cuando una tal modificación no implique un cambio en el objeto de la pretensión.⁴²

Por otra parte, el deber de investigación *ex officio* del Derecho aplicable implica la exención a las partes de la carga de probar sus alegatos jurídicos y, por ende, la búsqueda por el propio juez del conocimiento del material jurídico necesario para dar solución al supuesto de hecho planteado por las partes.⁴³ En este sentido, el

que le proporciona el Poder Legislativo. Al respecto, EZQUIAGA GANUZAS, “*iura novit curia*”, p. 18 s.; SATTÀ, *Diritto processuale civile*, p. 174 ss.; ORMAZÁBAL HERNÁNDEZ, *Iura novit curia*, p. 84 s.

³⁹ Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, “*iura novit curia*”, p. 25 ss.

⁴⁰ Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, “*iura novit curia*”, p. 27 ss.; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *iura novit curia*, p. 115 ss.

⁴¹ CARNELUTTI, *La prueba civil*, p. 5; EZQUIAGA GANUZAS, “*iura novit curia*”, p. 28

⁴² Un cambio en el objeto de la pretensión puede ocurrir en casos de concurso de acciones: afirmaciones de hecho distintas incluidas en la misma pretensión y que llevan a la misma conclusión jurídica que se contiene en dos normas distintas. Por ejemplo, una demanda en contra de una compañía de autobuses por los daños y perjuicios sufridos por el demandante durante un viaje en una de las unidades de la compañía. El demandante relata en su escrito de demanda los términos para la resolución de un contrato de transporte que tiene como fundamento un siniestro que le ocasionó determinados daños. Ambas circunstancias de hecho llevan a la misma consecuencia jurídica (la indemnización por daños) que está contenida en dos normas distintas: el art. 1902 CC (responsabilidad por daños, *neminem laedere*) y el art. 1101 CC (responsabilidad contractual). En caso de que el actor no invoque el fundamento jurídico de alguna de estas dos constelaciones fácticas (aun a pesar de haber expuesto ambas), los hechos que integran el fundamento jurídico no alegado dejarán de ser objeto de la pretensión. Por lo tanto, si el juez de la causa se aparta de la norma invocada por el demandante y aplica la que ha sido omitida tras pasa los límites del *iura novit curia* porque tendrá que hacer valer hechos que no son objeto de la pretensión y, en consecuencia, incurrirá en incongruencia *ultra petita* (art. 218.1 LEC). Al respecto, EZQUIAGA GANUZAS, “*iura novit curia*”, p. 28; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *iura novit curia*, pp. 97 ss., 115 ss.

⁴³ EZQUIAGA GANUZAS, “*iura novit curia*”, p. 28 ss.

Derecho es también susceptible de ser contrastado en caso de que el juez no lo conozca y sus métodos de averiguación jurídica son, a efectos del proceso, absolutamente indiferentes: la norma procesal exige al juez conocimiento de las normas vigentes, pero no le demanda que deba seguir un método determinado para conocerlas.⁴⁴ Por lo tanto, es erróneo incluir todo alegato de Derecho en el concepto de juicio de valor para apreciar así su atipicidad.⁴⁵ Así como existe la posibilidad de que un jurista exprese su punto de vista respecto de la corrección o incorrección en la aplicación de una determinada norma de Derecho (meras valoraciones u opiniones jurídicas), la norma de Derecho como tal es también susceptible de existir o no y, por lo tanto, -al igual que sucede con el concepto de hecho- la afirmación sobre la existencia de una norma jurídica inexistente es también una conducta engañosa⁴⁶, con la salvedad de que corresponde al juez corroborar su existencia. Precisamente por ello, en tal caso la producción de una sentencia errónea (la producción de un riesgo en el resultado) es atribuible únicamente a la infracción del deber judicial de averiguar el Derecho aplicable. No obstante, como es sabido, la presunción de conocimiento no es ilimitada. Fundamentalmente el *iura novit curia* tiene por objeto al Derecho escrito, interno, general y publicado en el BOE. Por lo tanto, la costumbre, el Derecho extranjero, el Derecho estatutario y el de las comunidades autónomas (si no es publicado en el BOE) son considerados dentro el concepto de *hecho* por el Derecho probatorio y como tales deben ser alegados y probados por las partes que pretenden sus efectos jurídicos. En tal sentido, sería más que discutible, por ejemplo, sostener la atipicidad de la afirmación de una parte respecto de la existencia de una norma de Derecho extranjero que produzca una resolución judicial que comporte un perjuicio patrimonial.⁴⁷

⁴⁴ Cfr. CARNELUTTI, *La prueba civil*, p. 5; EZQUIAGA GANUZAS, “*iura novit curia*”, p. 28 ss.

⁴⁵ Es lo que hace, por ejemplo, CRAMER/PERRON, *Sch/Sch-StGB*, § 263, n.m. 9; LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. También es el argumento central de sentencias que citamos más abajo, por ejemplo, BGH, *JR* 1958, pp. 106, 107 y OLG Karlsruhe, *JZ* 2004, pp. 101-104. Este “error semántico” según la expresión de PUPPE, *JZ* 2004, pp. 101-104 (102), carece de importancia en los casos de estafa procesal porque queda solapado con la existencia del *iura novit curia*: no existe posibilidad de que la conducta sea típica porque hay un deber judicial que lo impide a todo evento. La polémica surge cuando esta presunción no existe: el alegato jurídico engañoso dirigido a una persona sin conocimientos jurídicos.

⁴⁶ Así, PUPPE, *JZ* 2004, pp. 101-104 (102 ss.); GRAUL, *JZ* 1995, pp. 595-603 (601), quien utiliza el siguiente ejemplo: quien afirma que únicamente los testamentos abiertos notariales son los únicos que tienen validez niega la existencia de la norma jurídica que otorga también validez al testamento ológrafo. También, SEIER, *ZStW* (102), 1990, pp. 563-595 (570).

⁴⁷ Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, “*iura novit curia*”, p. 28 ss. Es particularmente controversial el tema de a quién corresponde la prueba del Derecho extranjero y de la costumbre ya que la norma procesal no lo establece (art. 281.2 LEC). La doctrina procesal mayoritaria considera que en ambos casos se establece un sistema de colaboración entre el juez y las partes que permitiría que en principio la prueba de la costumbre y del Derecho extranjero correspondiera a la parte que los ha alegado y, en caso de que esta actividad probatoria sea insuficiente correspondería al tribunal su averiguación *ex officio*. Por lo tanto, el

b. La discusión a partir de la jurisprudencia

b.1. La aplicación genérica del *iura novit curia*

Huelga decir que esta problemática se ha planteado en la jurisprudencia española en una única sentencia⁴⁸ cuya motivación es consecuente con lo que hemos expuesto: se invoca el *iura novit curia* como presupuesto de la atipicidad de la conducta.⁴⁹ No obstante, aun cuando la solución del Tribunal Supremo al caso enjuiciado es correcta (la conducta enjuiciada es a la postre atípica) no se plantea un problema de *iura novit curia*, puesto que los autores de los hechos no aportan al proceso alegatos jurídicos falsos. Se trata, por el contrario, de un supuesto *atípico de rebeldía a la fuerza* del demandado por incumplimiento de deberes judiciales de heteroprotección⁵⁰ (los hechos enjuiciados ocurren bajo la vigencia de la LEC 1881): los acusados, aprovechando la circunstancia de que el propietario del bien inmueble del que pretendían apropiarse indebidamente no habitaba en él y residía en el extranjero, solicitaron el trámite de diligencias preparatorias para procurar la “confesión del deudor” -título que llevaba “aparejada ejecución” (art. 1429.3º LEC 1881) y que, por lo tanto, podía fundar el juicio ejecutivo que establecía el art. 1439 ss. LEC 1881-.⁵¹ Justificaron su

análisis respecto de la tipicidad de una conducta semejante debe limitarse a las particularidades de cada caso en concreto. Respecto de la temática de la prueba del Derecho, entre muchos otros, ABEL LLUCH, “objeto de la prueba”, pp. 84 ss., 91 ss., 103 ss.

⁴⁸ Existe otra resolución que podría en parte ilustrar esta problemática. Se trata de la STS de 15 de febrero de 2012 (ponente Berdugo Gómez de la Torre): ante el impago de sus inquilinos la propietaria X interpuso demanda de desahucio. Poco antes del inicio de la vista oral los demandados ingresaron en la cuenta de la propietaria un pagaré por el importe correspondiente a tres de las cuatro cánones reclamados en el escrito de demanda. En la vista oral aportaron el resguardo del ingreso del pagaré y, posterior al término del juicio oral acudieron nuevamente al banco, anularon el ingreso y retiraron el pagaré. El tribunal estimó la demanda a pesar de considerar acreditados los ingresos aportados por los demandados. El tribunal penal de instancia consideró acreditado el delito de estafa procesal. Sin embargo el TS razonadamente niega la tipicidad de la conducta en virtud de que el tribunal que conoció del desahucio yerra en la aplicación del Derecho al considerar acreditados los cánones mediante un pagaré cuando la doctrina y jurisprudencia al respecto establecen que solo el pago en dinero efectivo tiene efectos liberatorios. Es decir, el juzgado en cuestión incurre en *error iuris* basado en la incorrecta aplicación de una tendencia doctrinal y jurisprudencial consolidada. Sin embargo, no constituiría un caso propio de esta cuestión en virtud de que no ha sido esgrimido alegato jurídico alguno por parte del imputado que pudiera fundar una relación de causalidad entre la conducta del demandado y la sentencia errónea.

⁴⁹ Es el caso enjuiciado en la STS de 25 de marzo de 2011 (ponente de Oliver Tolivar).

⁵⁰ Al respecto vid. *supra* II.2.C).b).ii. e *infra* b).

⁵¹ La LEC 1881 establecía (arts. 1429 ss.) el juicio ejecutivo que con algunos cambios actualmente está previsto en los arts. 517 ss. LEC. Consiste en un procedimiento especial y sumario para la obtención de un título ejecutorio o puro de ejecución con fundamento en la presentación al juez de una serie de documentos establecidos taxativamente en la Ley que tienen “fehaciencia legalmente privilegiada” (Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil II*, p. 171). El *numerus clausus* de la norma derogada estaba

solicitud alegando una deuda falsa y aportaron como domicilio del deudor las señas del inmueble que pretendían indebidamente. Agotado el trámite personal de citación exigido y en virtud de la consecuente incomparecencia del deudor, el juzgado apreció indebidamente la confesión presunta de la deuda (art. 1432 LEC 1881⁵²) y, por ende, los autores de estos hechos obtuvieron el respectivo título ejecutivo. Con base en el mencionado título, ejercieron posteriormente ante el mismo tribunal demanda ejecutiva que produjo auto de despacho de ejecución por la cantidad supuestamente debida y embargo del inmueble en cuestión. La sentencia aludida asevera correctamente que se han incumplido los requisitos para la citación del demandado (art. 1432 LEC 1881), pero, como hemos dicho, hace uso del *iura novit curia* para justificar la atipicidad de la conducta, cuando lo que correspondía era sostener el incumplimiento del deber judicial de citación personal exigido por la normativa procesal. En efecto, dice la sentencia:

“...si es el Juez quien se equivoca en la interpretación del derecho, el error solo será imputable a su propia acción interpretativa porque, como es sabido, el art. 1.7 del Código Civil (sic.) establece el principio *iura novit curia*, conforme al cual compete al Juez averiguar el derecho aplicable, al margen de cual haya sido el comportamiento de las partes y las interpretaciones torticeras del derecho que pretendan frente al Juez.

(...)

Si el error (...) se produjo es obvio que derivó de[1] (...) desconocimiento del derecho o de [una] (...) incorrecta interpretación de las normas. Por lo tanto entre la petición inicial formulada y el error se da la relación causal en cuanto sin aquélla el error no hubiera existido, pero el error padecido no puede considerarse objetivamente imputable a la inveraz información suministrada sobre el domicilio [y, cabría agregar, la consecuente deducción de la *ficta confessio*] sino al desconocimiento del Juez que ignoró la norma que en esa situación objetiva de ausencia de ocupante

previsto en el art. 1429 y prevía en su ordinal 3º entre los títulos que aparejan ejecución “La confesión hecha ante Juez competente.” Al respecto, *Op. Cit.*, p. 171 ss.; GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil I*, pp. 262 ss., 334 ss; el mismo, *Derecho procesal civil II*, p. 254 ss.

⁵² La norma en cuestión establecía: “Cuando para preparar la ejecución se pidiere que el deudor confiese bajo juramento la certeza de la deuda, lo acordará el Juez señalando día y hora para la comparecencia.

En este caso el deudor habrá de estar en el pueblo cuando se le haga la citación, y ésta deberá ser personal, expresándose en la cédula su objeto, la cantidad que se reclame y la razón de deber.

Si el deudor no fuere hallado en su habitación, se entregará la cédula al pariente más cercano que se encontrare en la casa, pero no a las demás personas que se mencionan en el artículo 268.

Si después de las tres citaciones hechas con el apercibimiento que previene el artículo anterior, y con los requisitos expresados en los párrafos que preceden, no compareciere el deudor, ni alegare justa causa que se lo impida, se le tendrá por confeso en la certeza de la deuda, para el efecto de despachar la ejecución, y se despachará, si lo pidiere el ejecutante.”

alguno obligaba forzosamente al archivo de las diligencias sin declarar al deudor confeso de la duda (sic.) expresada.”⁵³

Los casos tratados por la jurisprudencia alemana, por su parte, contienen interesantes matices. A diferencia del caso español los supuestos de hecho enjuiciados han obligado de una u otra forma a pronunciamientos doctrinales con fundamento en la máxima del *iura novit curia*.⁵⁴

No obstante, cabe llamar la atención de una particularidad en la forma de aproximarse al problema: debido a la alusión expresa al “hecho” en la redacción legal del tipo de la estafa (§ 263 StGB) como único objeto integrante de la conducta engañosa típica, la doctrina suele realizar un análisis genérico del carácter no fáctico del alegato jurídico engañoso porque considera que en todos los casos se trata de opiniones o valoraciones de Derecho. Asimismo, debido a la ausencia de una tipificación expresa de la estafa procesal en la legislación alemana, no se hace distinción entre los casos de estafa procesal y los supuestos de estafa común⁵⁵ cuando estos últimos responden a otra problemática y, por lo tanto, merecen mención aparte.⁵⁶ Ello en virtud de que el análisis indiferenciado

⁵³ STS de 25 de marzo de 2011 (ponente de Oliver Tolivar) FJ 4º (el contenido de los corchetes es mío).

⁵⁴ Al respecto, KRELL, *JR* (13), 2012, pp. 102-109 (102); TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 18 s.; JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 578 ss.; GRAUL, *JZ* 1995, pp. 595-603 (601 s.). También, KRETSCHMER, *GA* 2004, pp. 458-477 (458 ss.), que sostiene por ejemplo (459): „Mögen die sachlichen Argumente, die eine Partei vorträgt, das Gericht sogar überzeugen, so bedingt doch ihre Rechtsansicht die gerichtliche Entscheidung in keiner rechtsbeachtlichen Weise. Richtigerweise endet die Betrugsprüfung aber nicht erst (spätestens) an diesem Kausal -bzw. Zurechnungsnexus, sondern (regelmäßig) schon dadurch, dass sich das Gericht ob dieses Umstandes keine Gedanken zu den wirklichen Rechtsansichten der Partei macht- und auch nicht machen soll. (...) Im Zivilprozess bestimmen die Parteien den tatsächlichen Prüfungsumfang, aber das anzuwendende Recht ermittelt das Gericht eigenverantwortlich; es gilt im römisch-rechtlichen Sinne da mihi factum, dabo tibi ius, oder auch nur: iura novit curia...”

⁵⁵ Así por ejemplo, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 18 ss.; CRAMER/PERRON, *Sch/Sch StGB*, § 263, n.m. 9; WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 66 ss.

⁵⁶ La mayor parte de los casos distintos a la estafa procesal suscitan la cuestión en torno a la tipicidad del engaño “jurídico” de un especialista en Derecho (abogado, consultor jurídico, etc.) cuando la acción engañosa se dirige a un sujeto que es lego en Derecho. Se discute entonces si en este contexto (en el que no rige el *iura novit curia*) una afirmación de Derecho puede integrar el concepto de hecho como elemento típico de la estafa. La mayor parte de la jurisprudencia es contraria a esta opinión. Por ejemplo, el denominado caso de la “agencia de sexo telefónico”, contenido en la OLG Karlsruhe, *JZ* 2004, pp. 101-104, con comentario de PUPPE (102 ss.): el dueño de una agencia de sexo telefónico envía una carta de requerimiento de pago a un “cliente” conminándole a pagar una cantidad determinada de dinero por concepto de “conversación erótica” (obligación contractual como se sabe, viciada de nulidad por ser contraria a las buenas costumbres) so pena de tramitar el asunto por medio de abogado ante los juzgados competentes. El tribunal desestima la calificación jurídica de estafa por considerar que la conducta engañosa no versa sobre hechos sino que es equiparable a un juicio de valor que no es susceptible de ser verdadero o falso. Por su parte PUPPE, en su comentario a la sentencia, se muestra totalmente contraria al fundamento de la decisión. Dice en efecto (102) que es incorrecto desde el punto de vista semántico sostener que una afirmación sobre la existencia de un Derecho no constituya un hecho. Al respecto dice

de ambos grupos de casos, conduce a conclusiones erróneas en la aplicación del tipo de la estafa, sobre todo en supuestos en los que el destinatario del engaño no es un juez, sino el propio titular del patrimonio eventualmente afectado. Esto se debe a que, en líneas generales, la doctrina no toma en consideración las especificidades del sujeto engañado (la determinación de sus deberes de cuidado, entre ellas, por ejemplo la existencia del *iura novit curia*) y las particularidades de la conducta que se aprecia como atípica.⁵⁷ Por razones obvias haremos alusión únicamente a los supuestos de conductas engañosas en el ámbito de procesos jurisdiccionales en los que el receptor de la afirmación de Derecho engañosa es un juez o similar.

Por ejemplo, el *leading case* en estos asuntos es una sentencia del BGH de 12 de noviembre de 1957.⁵⁸ La sentencia en cuestión enjuiciaba la conducta de un abogado que, al verse demandado por un cliente por daños y perjuicios derivados de su mala gestión, contestó a la demanda alegando la nulidad del contrato de honorarios profesionales suscrito entre ambos con apoyo en una norma

expresamente (103): „...wenn es im Einzelfall zweifelhaft sein mag, ob ein Recht existiert oder nicht, müssen wir im positiven Recht davon ausgehen, dass diese Frage prinzipiell entscheidbar ist, das Recht also schon vor dieser Entscheidung existiert oder nicht existiert, mag dies auch tiefer gehenden rechtstheoretischen Überlegungen nicht immer stand halten. Wer also einem anderen gegenüber behauptet, er habe gegen ihn oder einen Dritten einen Anspruch, behauptet i.S. von § 263 StGB eine Tatsache und kann sich des Betruges schuldig machen, wenn er dies wider besseres Wissen tut. Es kommt also ein Betrug in Betracht, wenn in der Rechnung eines Telefonsexanbieters folgendes steht: ‚§ 138 BGB besagt, Telefonsex ist nicht sittenwidrig. Das Honorar ist berechtigt und einklagbar‘. Denn in § 138 BGB steht nicht dergleichen und die maßgeblichen Instanzen beurteilen solche Geschäfte teilweise als sittenwidrig.“ Al respecto, también, entre otros, WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 66 ss.; GRAUL, *JZ* 1995, pp. 595-603 (600 ss.). En contra, PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 190: „Erst recht kann die bloße Geltendmachung einer aus Rechtsgründen undurchsetzbaren Forderung (etwa einer unvollkommenen Verbindlichkeit) nicht den Tatsachenbegriff des § 263 erfüllen. Anders kann es sich hingegen im Rahmen außerprozessualer Rechtsauskünfte verhalten, insbesondere wenn diese sich an juristische Laien richten.“

⁵⁷ Así por ejemplo un supuesto muy citado, conocido como “el caso de la comisión por corretaje matrimonial” (*Ehemaklerlohn-Fall*), contenido en la OLG Stuttgart, *NJW* 1979, 2573, 2574; con comentario de LOOS, *NJW* 1980, 847, 848 (847) y FRANK, *NJW* 1980, 847, 848 (848): un secretario judicial (*Rechtspfleger*, funcionario con atribuciones jurisdiccionales competente para conocer de procedimientos monitorios, ejecuciones, entre otros. Sus competencias están expresamente previstas en los §§ 20, 21 RPflG, cfr. SCHELLHAMMER, *Zivilprozess*, § 24, nn.mm. 1525, 1526) a solicitud de su amigo X, propietario de una agencia de corretaje matrimonial, emitió una serie consecutiva de distintos requerimientos de pago a una cantidad determinada de “clientes morosos” de X conminándoles a pagar una comisión por los servicios de corretaje prestados (el § 656 BGB I establece: “Con la promesa de una remuneración por procurar la oportunidad de celebrar un matrimonio o por la intermediación en la celebración de un matrimonio, no se crea una obligación. No se puede exigir la restitución de lo prestado con base en la promesa, pues no ha existido una obligación.”). La sentencia negó el carácter de hecho a la conducta engañosa desplegada por el propietario de la agencia y al secretario judicial aduciendo que los alegatos u opiniones jurídicas pertenecen al ámbito de los juicios de valor. Al respecto, con críticas hacia la motivación y las conclusiones de la sentencia, LOOS, *Op. Cit* y FRANK, *Op. Cit*. También JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 580 ss., entre otros.

⁵⁸ BGH, *JR* 1958, pp. 106, 107, con comentario de SCHRÖDER (107). Al respecto, entre otros, SEIER, *ZStW* (102), 1990, pp. 563-595 (568 ss.).

inexistente. La sentencia sostiene, en efecto, que el engaño al juez con base en cuestiones de Derecho es a todo evento imposible. Para ello –al igual que la mayoría doctrinal y jurisprudencial- hace uso del deber de veracidad contenido en el § 138 I ZPO⁵⁹: en virtud de que los alegatos engañosos del acusado son exclusivamente jurídicos, no existe la obligación de decir la verdad que impone el § 138 ZPO y, por lo tanto, su conducta no integra el elemento típico engaño contenido en el § 263 StGB.⁶⁰ A este respecto, aun cuando la conclusión de la sentencia es correcta, creemos que parte de premisas erradas: la atipicidad de la conducta no depende de la inexistencia de un deber de veracidad en el proceso sino, como hemos dicho, de la existencia del *iura novit curia* como deber judicial de corroborar la certeza de la norma jurídica invocada.⁶¹

Es lo que acertadamente esgrime una resolución más reciente. En efecto, la sentencia del *Oberlandesgericht de Koblenz* de 25 de enero de 2001 establece que el deber del juez de averiguación del Derecho aplicable al supuesto de hecho planteado excluía la punición por estafa de la conducta de un abogado litigante que, en representación del sujeto demandado en un procedimiento declarativo ordinario, sostuvo falsamente que existía jurisprudencia con la que supuestamente podía sostenerse que el proceder de su representado no constituía violación de la norma jurídica cuyo incumplimiento invocaba la parte demandante.⁶² Por ende, sostiene acertadamente que el abogado que, con este proceder, cree cometer estafa procesal está convencido de forma errónea de que su conducta está prohibida penalmente por medio del § 263 StGB (error de

⁵⁹ Como hemos comentado a lo largo de este trabajo, el § 138 I ZPO establece el deber de veracidad (*Wahrheitspflicht*) y de integridad o completud (*Vollständigkeitspflicht*) de las partes procesales. Sobre la violación del deber de veracidad procesal como presupuesto de la tipicidad de la estafa procesal, vid. *infra*.

⁶⁰ BGH, JR, 1958, pp. 106, 107 (106): „Der Angekl. Täuschte nicht über Tatsachen, die allen unter dem Wahrheitszwang des § 138 ZPO stehen. Auf Rechtsausführungen bezieht sich diese Bestimmung nicht, welche die Grundlage der Rechtsprechung über den sogenannten Prozeßbetrug bildet.“

⁶¹ Así, por ejemplo, SCHRÖDER, JR, 1958, pp. 106, 107 (107): „Gerade diese Voraussetzung des Anspruches auf Richtigkeit und Verbindlichkeit ist aber bei den Rechtsausführungen einer Partei im Zivilprozeß nicht gegeben. Hier ist die Aufgabeverteilung zwischen Partei und Richter eindeutig in dem Sinne festgelegt, daß die Partei dem Gericht das Material seiner Beurteilung zu unterbreiten, d.h. den Prozeßstoff herbeizuschaffen hat, während es nach dem Satz ‚iura novit curia‘ Aufgabe des Richters ist, die rechtlichen Schlüsse aus diesen Tatsachen zu ziehen.“

⁶² OLG Koblenz, NJW 2001, 1364; comentario de PROTZEN, *wistra* 2003, pp. 208-211, que se muestra en contra de la atipicidad de la conducta enjuiciada por esta sentencia con argumentos confusos y poco convincentes: dice que una estafa procesal puede ser cometida a través de alegatos engañosos de Derecho siempre y cuando estos sean “empíricamente demostrables”. Ciertamente, como se ha dicho, el alegato jurídico engañoso es susceptible de ser contrastado pero esa tarea constituye un deber judicial que es un presupuesto ineludible de la atipicidad de la conducta engañosa de la parte. Por otra parte, el autor en cuestión asevera que la tipicidad del error depende de que éste haya sido “concausa” del engaño. Es decir, su plano de análisis es puramente causal-naturalístico y asume con esto posturas que han sido sobradamente superadas.

prohibición al revés) y, por ende, comete un delito putativo que, como es sabido, es considerado impune.⁶³

b.2. La atribución de responsabilidad al abogado litigante

Como se sabe, una de las funciones de los letrados en el proceso jurisdiccional consiste en la definición de los términos jurídicos de la controversia en cumplimiento de la exigencia legal de aportar en el escrito de demanda los fundamentos jurídicos de la pretensión (art. 399.1 LEC). En este sentido, las normas procesales no exigen al justiciable especiales conocimientos de Derecho como presupuesto del ejercicio de la tutela judicial efectiva, pero sí preceptúan, salvo algunas excepciones, la asistencia de abogado (art. 31.1 LEC). Por lo tanto, existe una diferencia sustancial respecto de la autoría del alegato fáctico y del alegato de Derecho: mientras que las afirmaciones de hecho son imputables a las partes contendientes, el responsable exclusivo de aportar la fundamentación de Derecho del objeto de la pretensión es el abogado litigante.⁶⁴ En virtud de ello se ha sugerido *de lege lata* la imputación (objetiva) al abogado por la producción de la sentencia errónea -causada por el alegato jurídico engañoso- (y, por ende, la atribución de responsabilidad penal por la comisión del tipo penal de la estafa) con base en la violación del principio de confianza derivado del rol del abogado como parte integrante de la Administración de Justicia (art. 30 EGA⁶⁵).⁶⁶ Es decir, según esta opinión, el juez no sería responsable de la producción de la sentencia errónea y ésta sería atribuible al autor del alegato jurídico engañoso porque existiría la expectativa en el juez de que el letrado se comportaría

⁶³ OLG Koblenz, *NJW* 2001, 1364 con base en lo sostenido por SEIER, *ZStW* (102), 1990, pp. 563-595 (578 ss.). Al respecto, entre otros, MIR PUIG, *DP*, Lección 13, n.m. 91 ss.

⁶⁴ Al respecto, entre muchos otros, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia*, pp. 88 ss., 92 ss. Dice por ejemplo (90): “Quien acude a los tribunales pone en manos de un letrado la dirección de sus intereses y, en concreto, la fundamentación jurídica de sus pretensiones, y le trae por completo sin cuidado cuál sea el modo en que su letrado argumente o defienda en Derecho sus intereses.”

⁶⁵ El artículo citado establece: “El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada.” La norma análoga de la legislación alemana (§ 1 BRAO) dispone a su vez que „*Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*“

⁶⁶ Cfr. SEIER, *ZStW* (102), 1990, pp. 563-595 (577 s.)

conforme a Derecho y, además, porque no existiría la obligación de que su conducta sea susceptible de ser auditada o supervisada por el propio juzgador.⁶⁷

No podemos más que rechazar de plano esta propuesta. Asumir la tipicidad del alegato jurídico engañoso implica admitir la posibilidad de que el juez pueda ser engañado respecto de algo que es inherente a la función judicial y que, en aras de garantizar principios esenciales del Estado de Derecho (como la seguridad jurídica y el Derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo), requiere de la mayor experticia. En este sentido, la presunción judicial de conocimiento del Derecho aplicable es ineludible y genera al respecto una relación de subordinación de las partes al juez: en virtud del *iura novit curia*, existe el deber judicial de revisar la corrección de las aportaciones de Derecho de las partes y, si fuere el caso, de sustituirlas por criterios que el juez considere más adecuados al supuesto de hecho enjuiciado.⁶⁸

Algo más plausible nos parece la propuesta *de lege ferenda* consistente en introducir un tipo penal de medios determinados que sancione la infracción de los deberes inherentes al proceder del abogado ante los tribunales contenidos en el art. 36 EGA (probidad, lealtad y veracidad procesales) con mención expresa y única de la aportación de fundamentos de Derecho falsos como supuesto de tipicidad. No obstante, tampoco existe la necesidad de reforzar los controles extrapenales (administrativo-gremiales, procesales, etc.) que existen en este sentido. Asimismo, no existen a la fecha resoluciones tribunales españoles que hayan enjuiciado una conducta semejante: estos supuestos están prácticamente ausentes de la jurisprudencia española y nada indica que esta tendencia haya de revertirse en el futuro.

4. La tipicidad de la afirmación de hecho engañosa

i Principio de oficialidad / principio dispositivo

La estafa procesal proporciona un claro ejemplo del carácter relacional del delito de estafa en el contexto ampliamente normativizado que la legislación procesal

⁶⁷ Al respecto, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, http://www.indret.com/pdf/editorial_2.11cast.pdf, p. 2; MARAVER GÓMEZ, *principio de confianza*, p. 97 ss.; PUPPE, *InDret*, 4/2006, p. 3 ss.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, http://www.indret.com/pdf/editorial_2.11cast.pdf, p. 2; MARAVER GÓMEZ, *principio de confianza*, p. 136 ss.; PUPPE, *InDret* (4), 2006, p. 4.

proporciona.⁶⁹ Esta circunstancia permite definir con considerable precisión cada uno de los respectivos ámbitos de competencia de los sujetos intervinientes en la relación procesal.⁷⁰ Por lo tanto, el análisis de la relación complementaria entre la actuación del juez y el proceder de las partes en la incorporación de los hechos y su prueba al proceso jurisdiccional es fundamental para la determinación de la tipicidad de las afirmaciones de hecho engañosas y la respectiva atribución de responsabilidad penal o, lo que es lo mismo, para desplazar la responsabilidad por la producción del acto judicial de disposición patrimonial del juez a la parte autora del engaño.⁷¹

En este sentido, la preeminencia del principio de oficialidad o del principio dispositivo en el proceso jurisdiccional condicionan en gran medida el ámbito de lo permitido y -por consiguiente- su contracara, el espacio de tipicidad.⁷² Así pues, en un proceso dominado por el principio de oficialidad -esto es con preeminencia de la inquisitorialidad en la incorporación de los hechos al proceso- las facultades judiciales en cuanto a este particular estarán lógicamente exacerbadas y con ellas el ámbito de lo que se considera *ex ante* riesgo permitido. Por el contrario, en un proceso regido por el principio dispositivo -y en consecuencia con predominio del principio de aportación de parte- esto es regido por las reglas de las cargas procesales en la determinación del objeto del proceso y del objeto de la resolución judicial, este radio normativo de permisión debe disminuir necesariamente. En otras palabras, a mayores iniciativas procesales de averiguación e instrucción *ex officio iuris* habrá disminución del ámbito de la tipicidad (riesgo no permitido) de la conducta engañosa.⁷³ En consecuencia, una conducta engañosa típica desplegada, por ejemplo, en sede

⁶⁹ Sobre la estafa como delito de relación, vid. HASSEMER R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers*, p. 114 ss.; KURTH, *Das Mitverschulden des Opfers*, p. 203 ss. (211); ELLMER, *Betrug*, pp. 19, 20. También, PÉREZ MANZANO, “imputación objetiva”, pp. 285-309 (292); SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades”, p. 99 s.; GALLEGOS SOLER, *ADPCP*, 2005, pp. 529-559 (543 ss.). Al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, *RChD*, 2010, pp. 9-41 (20 ss.).

⁷⁰ Hacemos nuestras las palabras de SILVA SÁNCHEZ, “Introducción”, p. 12, perfectamente aplicables al caso que nos ocupa cuando afirma: “...buena parte de los delitos patrimoniales fraudulentos tienen lugar en contextos ya de por sí fuertemente normativizados por la existencia de regulaciones jurídicas extrapenales que definen con cierta precisión las respectivas esferas de competencia.” Asimismo, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 141: “...la víctima puede ser competente en virtud de la preestructuración jurídica de la realidad, esto es, su competencia puede derivar de normas jurídicas no penales -sobre todo, del Derecho civil- que le adjudican determinados ámbitos de responsabilidad. A este respecto, el reparto de responsabilidad penal queda vinculado negativamente por las determinaciones del Derecho civil.”, también p. 50 s.

⁷¹ Así, por todos, PASTOR MUÑOZ, “El redescubrimiento”, pp. 67-90 (84).

⁷² Respecto de la dicotomía principio dispositivo / principio de oficialidad – principio de aportación de parte / principio inquisitivo, vid. entre muchos otros, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal I*, p. 168 ss.

⁷³ PÉREZ MANZANO, “imputación objetiva”, pp. 285-309 (297): “...a mayor deber de diligencia de la víctima mayor despliegue de actividad engañosa requerido para afirmar la idoneidad del engaño...”.

procesal penal bien podría también integrar perfectamente el elemento típico engaño si una versión análoga de la misma tiene lugar en un proceso civil declarativo ordinario pero no viceversa: no toda conducta engañosa considerada típica en el proceso civil declarativo ordinario es a su vez típica en el proceso penal.⁷⁴

ii Las facultades inquisitivas del juez penal

Con base en similares argumentos se ha sostenido la imposibilidad de instrumentalización del juez penal mediante engaño y, en consecuencia la total atipicidad de las conductas engañosas de las partes en sede procesal penal. Según esta opinión, la parte autora del alegato engañoso no tiene el dominio del hecho sobre el juez penal porque su criterio decisorio no está determinado por las reglas de las cargas procesales.⁷⁵ En este sentido, el error judicial sería *siempre* atribuible a la infracción de deberes *judiciales* de cuidado.⁷⁶ No podemos más que negar la rotundidad de esta afirmación del mismo modo que negamos que algún sistema procesal de la actualidad esté dominado absolutamente por el principio inquisitivo. Por el contrario, en el proceso penal español –que sigue, como hemos dicho, el principio de oficialidad-, el principio de aportación de parte tiene un ámbito (más reducido en la instrucción, un poco más amplificado en el plenario) de influencia que permite aseverar la existencia de espacios de tipicidad como así lo demuestran los supuestos que hemos expuesto *ut supra*.⁷⁷ En tal sentido, las amplias facultades judiciales del juez penal no son más que un parámetro (junto al sistema mixto de enjuiciamiento propio del proceso penal español, entre otros) de exigencia en la sofisticación de la conducta engañosa.⁷⁸

⁷⁴ Cfr., JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 419 ss. Dice por ejemplo (420): „Die Prozeßmaximen sind mithin ein Indikator für die Aufteilung der Risikobereiche.“ También, OTTO, *NStZ*, 1985, pp. 75 s.

⁷⁵ Esta opinión es similar a la expuesta en su día por KOHLER, *Treu und Glauben*, p. 50 ss., que con base en estos argumentos negaba la tipicidad de la estafa procesal en su conjunto. Al respecto, vid. *supra* I.1.E).a).2.i.

⁷⁶ OTTO, *NStZ*, 1985, pp. 75 s. (76 final).

⁷⁷ NIEVA FENOLL, *Justicia*, 2014, pp. 131-166 (144 s.): “Nada tiene de particular que se separen los principios de oficialidad e inquisitivo, del mismo modo que se separaron los principios dispositivo y de aportación de parte. La prueba de ello es que ambas parejas de principios no siempre van de la mano. En realidad, es perfectamente posible imaginar un proceso dispositivo que tenga prueba de oficio, del mismo modo que no cuesta concebir un proceso que siga el principio de oficialidad pero que respete el principio de aportación de parte...”

⁷⁸ Al respecto, vid. *supra* C).b).3.i.

Un grupo reducido de SSTS así lo han reconocido al declarar la atipicidad de conductas engañosas como la siguiente:

- ✓ Supuesto 1 *La empresa X y el banco Y mantuvieron una relación crediticia durante años. En los últimos meses el banco Y pudo constatar que la empresa X presentaba serios problemas de insolvencia que le dificultaban enormemente hacer frente al último crédito concedido por el banco Y. Ante esta situación el acusado A, asesor jurídico del banco Y, mantuvo una reunión con los accionistas de la empresa X en la que les propuso que asumieran a título personal un aval en garantía de la deuda que su empresa mantenía con la institución bancaria. Los accionistas se negaron de plano a aceptar esta propuesta. Ante esta situación y bajo la influencia de B -presidente del banco Y- que quería recuperar a como diera lugar el crédito, el abogado A en representación del banco Y presentó querrela criminal en contra de los accionistas de la empresa X por la comisión de los delitos de estafa y apropiación indebida aduciendo falsamente el carácter penal del impago al sostener, entre otras circunstancias de hecho, que los sujetos en cuestión se habían comprometido a garantizar personalmente los créditos concedidos a su empresa. La querrela fue admitida a trámite y el juzgado de instrucción que conoció de la misma dictó auto de detención en contra de los accionistas de la empresa X y posteriormente auto de responsabilidad civil acordando el embargo preventivo de sus bienes por un importe equivalente al monto denunciado en la querrela.⁷⁹*

No obstante, la mayor parte de las decisiones del TS o de tribunales de instancia incurren en lo referente a esta cuestión en un preocupante automatismo a favor de la tipicidad que en ocasiones ni siquiera puede tacharse de causal-naturalístico. La “fórmula” seguida consistiría en lo siguiente:

⁷⁹ Caso Banesto, STS de 24 de febrero 2011 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (que confirma la SAP Barcelona, Sección 3ª, de 18 de diciembre de 2009 (ponente Valle Esques)). La sentencia, entre otros argumentos, sostiene los siguientes (FJ 21º (apartado núm. 4)): “Son evidentes las dificultades para que una actuación de este tipo pueda progresar y alcanzar el éxito, entre otras razones porque tanto el Juez como el Ministerio Fiscal están obligados a averiguar la verdad haciendo constar tanto lo que perjudique como lo que favorezca al imputado. Lo cual debe relacionarse con la existencia de un engaño bastante como exige el tipo.” (el subrayado es mío). De igual manera, la STS de 20 de diciembre de 2005 (ponente Puerta Luis) FJ 2º, declara la atipicidad de la conducta del imputado por un delito contra la seguridad en el tráfico que a requerimiento del juzgado de instrucción de que aportase toda la documentación referente al vehículo de su propiedad involucrado en el siniestro aportó un recibo falso con el que intentó simular que su vehículo estaba asegurado.

alegato engañoso (imputado o víctima) + prueba falsa = resolución judicial (ex ante o ex post errónea o ajustada a Derecho) = tipicidad

Así por ejemplo, los casos que con algunas variantes suelen repetirse con una muy discutible condena por estafa procesal en grado de tentativa son los siguientes:

- ✓ Supuesto 2 *El perjudicado B formuló denuncia en contra de A por el delito de daños (art. 263 CP) sobre bienes de su propiedad. Durante la fase de instrucción (diligencias previas, art. 774 LECrim), B aportó facturas falsas por medio de las cuales intentó acreditar daños de una cuantía superior a 400 € y, por ende, la existencia de un delito y no de una falta (o, en otros casos, de hechos que nunca existieron) con el propósito de obtener así una indemnización indebida. El juzgado consideró acreditado el daño pero no apreció que el valor del mismo esté probado fehacientemente.⁸⁰*

- ✓ Supuesto 3 *El acusado B, condenado por medio de resolución judicial a satisfacer de forma mensual una pensión de alimentos a favor de sus menores hijos, dejó de abonar dicha obligación -salvo esporádicas y puntuales excepciones- durante un período aproximado de ocho años. En el consecuente proceso que se le siguió por el delito de impago de pensiones (art. 227.1.3 CP⁸¹), entre otros, aportó –en evidente exceso*

⁸⁰ STS de 27 de octubre de 2011 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) (que confirma la SAP Pontevedra, Sección 5ª, de 25 de octubre de 2010 (ponente Montero Gamarra)). Con supuesto de hecho análogo, STS de 2 de julio de 2012 (ponente Martínez Arrieta) (que confirma la SAP Alicante, Sección 2ª, de 23 de mayo de 2011 (ponente Guirau Zapata)), entre otras.

⁸¹ Como es sabido el tipo penal de impago de pensiones (art. 227.1 CP) es un delito de omisión propia -perseguido a instancia de parte agraviada (art. 228 CP)- que consiste en el incumplimiento del deber de pagar la prestación económica (pensión compensatoria, arts. 97, 99 CC o de alimentos, art. 93 CC) que haya sido impuesta por medio de una resolución judicial (auto o sentencia) producto de procesos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, de filiación o de alimentos. De la problemática en torno a este tipo penal nos interesa hacer breve alusión a la disposición contenida en el art. 227.3 CP la cual establece que la responsabilidad civil derivada de la comisión de este delito está constituida por las cuotas no satisfechas por el autor del hecho punible. Con ello se evita que la víctima deba esperar a la condena penal para luego pretender por la vía civil el pago de lo estipulado judicialmente. Antes de la introducción de esta última norma se dio una interesante discusión en torno a este particular. Las posturas doctrinales y jurisprudenciales que se inclinaban a considerar las cuotas adeudadas como parte de la responsabilidad civil derivada de delito fueron criticadas por autores como BERMÚDEZ OCHOA, *AP* (21-23), 1994, XXII, pp. 425-438 (427 ss.) que aducían una invasión de competencias por parte del juez penal en la ejecutoria de una sentencia emanada de un juzgado de lo civil.

*de su derecho de defensa- una serie de recibos falsos supuestamente firmados por su excónyuge con los que intentaba acreditar el pago de la obligación que se le exigía.*⁸²

iii El principio de aportación de parte y los deberes judiciales *ex officio* como determinantes de esferas de impunidad en el proceso civil

a. Introducción

Por el contrario, en el proceso civil, la estafa procesal halla su ámbito de despliegue por antonomasia, precisamente porque las facultades judiciales de dirección material e instrucción probatoria están considerablemente reducidas.⁸³ Como hemos mencionado, la libertad de organización en el proceso civil se manifiesta a través del principio dispositivo y el principio de aportación de parte. Así, por un lado, el principio dispositivo afirma que el inicio del proceso (art. 399.1 LEC), la fijación de su objeto a través de la exposición de los hechos litigiosos y la facultad de poner término anticipado a la actividad jurisdiccional (art. 19 LEC)⁸⁴ son competencia *exclusiva* de las partes. En consecuencia, la resolución del juez está vinculada irremediabilmente al objeto planteado por éstas (art. 216 LEC). El juzgador no puede apartarse o excederse del mismo, ya que, en caso contrario, no podría sostenerse el interés privado sometido al litigio

La introducción de esta norma dio la cuestión por zanjada. Al respecto, vid. GARCÍA ARÁN, “impago de pensiones”, pp. 13-26 (24 ss.). En la manualística, entre otros, CASTIÑEIRA PALOU, “Tema 9”, p. 189 ss. y ROCA AGAPITO, *Lección 29ª*, p. 934 ss.

⁸² SAP Girona, Sección 3ª, de 18 de noviembre de 2009 (ponente Jaén Vallejo). También, entre otras decisiones, STS 22 de enero de 2010 (ponente Maza Martín) (que revoca la declaración de atipicidad de la SAP Madrid, Sección 16ª, de 9 de febrero de 2009 (ponente Perales Guillo)): el acusado aporta un documento falso para sustraerse de un embargo preventivo y evitar su condena civil. El tribunal penal que conocía de la causa desestima el documento presentado y mantiene la medida de embargo.

⁸³ Así lo pretende establecer la tantas veces reproducida máxima jurisprudencial de la STS 9 de marzo de 1992 (ponente Martín Pallín) (recientemente, entre otras, SSTs 25 de febrero de 2011 (ponente Granados Pérez) FJ 1º y 4 de diciembre de 2013 (ponente Martínez Arrieta) FJ 2º) cuando afirma: “Las posibilidades de inducir a engaño a un Juez aparecen más realizables en el proceso civil en el que tiene que permanecer inactivo y neutral ante las aportaciones de las partes y dejar que ellas decidan sobre el objeto del litigio.”

⁸⁴ Por todos, ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, p. 23 ss. Dice DAMAŠKA, *Las caras de la justicia*, p. 191 ss.: “Los sistemas modernos angloamericanos y continentales se inclinan a conceder control sobre la vida de un pleito a las partes que están en situaciones comparables. Desde comienzos del siglo diecinueve, la doctrina continental ha reconocido el Derecho indisputable de los litigantes civiles a terminar un proceso, cada vez que un caso admite la posibilidad de un arreglo fuera de los tribunales. (...) La situación en Norteamérica es esencialmente similar, aunque tal vez se expresa con menos claridad. En un caso civil típico, el juez no tiene poder para obligar a los litigantes a continuar con la competición.”

(éste estaría supeditado a un interés estatal).⁸⁵ En segundo lugar, el principio de aportación de parte establece: (1) que el juez únicamente considerará los hechos que han sido incorporados al proceso por las partes, (2) que las partes tienen la carga inicial de demostrar sus respectivas afirmaciones de hecho a través de los medios previstos en la ley procesal y (3) que el juez solamente cuestionará -es decir, considerará objeto de prueba- los hechos sobre los que las partes discrepen.⁸⁶ Dentro de este ámbito, las facultades *ex officio iudici* cumplen una función complementaria a la libre organización *inter partes*. En este sentido, las denominadas cargas procesales⁸⁷ determinan los ámbitos de competencia de los intervinientes en el proceso y, por lo tanto, junto a los deberes judiciales constituyen un presupuesto a la tipicidad de la conducta engañosa:⁸⁸ en el juicio ordinario civil las garantías procesales permiten que (en casos de estafa procesal clásica -cuando una parte actúa en detrimento patrimonial de su contraparte-) la contraparte conozca de primera mano el contenido de la conducta engañosa del demandante o del demandado que intenta perjudicarle en su patrimonio y, mucho más importante aún, *le da la oportunidad de hacer valer el principio de aportación de parte: esto es comparecer ante el juez y contradecirle fundadamente.*

Aunado a ello, en el proceso civil ordinario existe un amplio abanico de facultades judiciales que delimitan claramente el ámbito de la tipicidad de la conducta engañosa. A pesar de que la LEC no establece de forma expresa poderes inquisitivos al juez procesal civil, ello puede colegirse -por ejemplo- haciendo un repaso del articulado referido a los actos de comunicación judicial (art. 156 LEC) y/o todo lo relacionado a los medios y al objeto de prueba (arts. 306.1.II, 327.2, 429.1.II LEC, entre otros) y también al denominado principio de buena fe procesal (art. 247.2 LEC).⁸⁹

⁸⁵ DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación*, p. 6 ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*, p. 28 ss.; DE LA OLIVA SANTOS, *IeP*, 2012, pp. 243-294 (248 ss.), entre otros. También DAMAŠKA, *Las caras de la justicia*, p. 193 sostiene: “Cuando al juez se le permite ir más allá que los alegatos de las partes, el interés del Estado en implementar sus políticas y programas puede posponer los intereses de las partes en resolver su disputa.”

⁸⁶ En la doctrina procesal, NIEVA FENOLL, *Derecho procesal I*, p. 171 ss.; VÁZQUEZ SOTELO, *Justicia* (1-2), 2009, pp. 21-74 (p. 41 ss.). En la dogmática aplicada a la estafa procesal, vid. GANSKE, *Prozessbetrug*, p. 113 ss.

⁸⁷ En torno al concepto de carga procesal, por todos, GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, § 23, p. 335 ss.

⁸⁸ Así, en torno a las particularidades del proceso civil alemán (con ámbitos de intervención judicial mucho más extendidos que el caso español que complementan la iniciativa *inter partes* -§ 139 ZPO-), JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 561 ss.

⁸⁹ Al respecto, PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, p. 125 ss.; ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria*, p. 111 ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales*; TARUFFO, *La prueba*, p. 170 ss.

Por lo tanto, en los casos de estafa procesal clásica el titular del patrimonio afectado tiene una participación determinante. Ello plantea una interesante característica que no existe, por ejemplo, en la colusión de partes, en la que el perjudicado patrimonial es un tercero ajeno a la relación procesal: aquí el titular del patrimonio, en su condición de sujeto procesal, tiene plena consciencia de la falsedad de la conducta de su contraparte. Junto a ello -a diferencia de otras estructuras triangulares que responden al tipo de la estafa- en la estafa procesal la facultad de disposición del juez sobre el patrimonio de la víctima es irrevocable sin el concurso de ambas partes: la norma procesal impide que actos unilaterales del titular del patrimonio afectado eviten la producción de la resolución judicial errónea. La parte afectada está facultada únicamente para hacer del conocimiento del juez la falsedad de las afirmaciones de su contraparte a través de alegatos y probanzas, pero su voluntad no es determinante para la emisión del acto judicial de disposición patrimonial.⁹⁰ En definitiva, en la estafa procesal la simbiosis sujeto engañado-sujeto perjudicado -esto es la “unidad de víctima”, construcción normativa que permite la tipicidad de la estafa en triángulo- está revestida de unas especiales características: a pesar de que la víctima del perjuicio conoce la antijuridicidad del alegato engañoso, está impedida procesalmente de sustituir las facultades dispositivas del receptor del engaño.⁹¹ Asimismo, dicha “unidad organizativa” o “unidad de víctima” exige igualdad de información entre la víctima del perjuicio y el juez. Por lo tanto, el desbalance de información o, lo que es lo mismo, el déficit cognoscitivo del juez en el proceso y el superávit cognoscitivo de la contraparte ante la conducta engañosa del autor de la estafa determina la atipicidad, porque precisamente compete a la contraparte equilibrar la balanza aportando la información que conoce a través de los mecanismos procesales correspondientes.⁹²

En ese orden de ideas, el ámbito de lo permitido debe tener en el juicio ordinario civil una amplitud considerablemente superior a la de contextos procesales en donde la intervención de los afectados (juez-contraparte) por la conducta engañosa esté mucho más restringida y por contra el ámbito de atribución del riesgo del autor del fraude tenga mayor amplitud.⁹³ Esto explica, tal y como se

⁹⁰ Así, KINDHÄUSER, *JR* 1997, pp. 301-305 (304).

⁹¹ Así, KINDHÄUSER, *JR* 1997, pp. 301-305 (302), con base en lo sostenido en, el mismo, *ZStW* (103), 1991, pp. 398-424 (420 ss.).

⁹² KINDHÄUSER, *ZStW* (103), 1991, pp. 398-424 (420 ss.). En contra, PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 217 s., n.p. 44 incl., sostiene entre otros argumentos que en la división de funciones propia del contexto en que se despliega la estafa en triángulo los déficit de información forman parte del riesgo permitido.

⁹³ Así, para el caso de la estafa procesal en el proceso documental y cambiario alemán (§ 592 ss. ZPO, análogo al proceso cambiario previsto en la LEC), CEFFINATO, *ZWH* 2014, pp. 89-93 (92 s.).

puede constatar en el aparte correspondiente, la importante cantidad de supuestos de estafa procesal que tienen lugar en procesos especiales que, en aras de mayor brevedad o celeridad procesal, restringen de forma considerable los medios de ataque y defensa de las partes y el conocimiento del juez con base en la fuerza probatoria de documentos (títulos ejecutivos *lato sensu*) revestidos de una especial presunción de legitimidad. Tampoco debe olvidarse que, por mandato legal, los documentos públicos (y los considerados por la normativa como tales) hacen plena prueba del hecho o acto que pretenden demostrar, conforme al art. 319 LEC.⁹⁴

Por ejemplo, en el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados o pignorados (arts. 681 ss. LEC), la existencia de un título ejecutivo extrajudicial (la escritura pública de ejecución de hipoteca) permite la sustanciación de un juicio sumarísimo: una vez presentada la demanda, el juez está compelido únicamente a despachar la ejecución y, en el mismo auto, requerir de pago al deudor (art. 686.1 LEC). Asimismo, el deudor -una vez notificado- únicamente puede oponerse a la pretensión ejecutiva por virtud de las muy limitadas causales previstas en el art. 695 LEC.⁹⁵ Al respecto, la jurisprudencia ha establecido:

“...el juicio sumario hipotecario restringe de una manera muy acusada las garantías del ejecutado y sus posibilidades de defensa.

El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria es un procedimiento especial de apremio en el que no existe, propiamente, una fase procesal cognitiva, de oposición o controversia entre las partes. No es un juicio, sino un simple proceso de ejecución, y concretamente, un procedimiento de ejecución de la finca hipotecada. En consecuencia con la presentación de los documentos del supuesto crédito, las letras en su días aceptadas por (...) y ya pagadas, así como la inscripción de la hipoteca no cancelada, la ejecución se pone en marcha, y como en este proceso no se trata de examinar una pretensión, sino de actuarla, el engaño es idóneo cuando se formula, como en este caso, acompañado de una documentación fraudulenta.

La profesionalidad del Juez es superable en este caso porque el proceso sumario carece de una fase contenciosa donde discutir las cuestiones de fondo que puede alegar el demandado. Y las garantías del procedimiento, porque su carácter sumario limita estrictamente los motivos de oposición. Sólo recurriendo a la vía penal, y a la flexibilidad del Juzgador que apreció analógicamente la causa de

⁹⁴ GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Vol. II, p. 1.; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II*, p. 779; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil II*, p. 171.

⁹⁵ Cfr. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II*, p. 820 y ss.

suspensión por falsedad, pudo evitarse finalmente en esta ocasión la consumación del engaño....”⁹⁶

Por lo tanto, podemos inferir que a mayor certeza o fuerza probatoria del medio de prueba aportado por el autor de la afirmación de hecho engañosa y a menores posibilidades procedimentales de reacción del juez y de la contraparte afectada en su patrimonio, mayor será el ámbito de la tipicidad del engaño o, lo que es lo mismo, menor será el ámbito de riesgo permitido de las conductas procesales engañosas.

Los supuestos de déficit respecto de los ámbitos competenciales tanto del juez como de las partes en la atribución del riesgo en la estafa procesal tienen pocos ejemplos en la jurisprudencia tanto alemana como española. Los más relevantes son los que exponemos a continuación.

b. Los supuestos de infracción de deberes judiciales en la jurisprudencia

b.1. La *iniusta petitio* y la jurisprudencia alemana

En virtud de que la parte demandante es quien tiene la carga inicial de aportar sus respectivas afirmaciones de hecho y, especialmente, de probar sus alegatos (arts. 217 y 282 LEC), la demanda infundada o *iniusta petitio* ni siquiera puede dar lugar a un comienzo de tentativa punible de estafa procesal.⁹⁷ Tal conducta constituye, por el contrario, una tentativa irreal ya que, desde un punto de vista objetivo, la interposición de una demanda sin sustento probatorio es incapaz *-ex ante-* de producir un resultado dañoso.⁹⁸ En efecto, la carga de la prueba constituye (en su acepción indirecta) una norma de conducta dirigida a las partes que les indica cómo deben desarrollar su actividad probatoria para poder obtener una sentencia favorable a sus pretensiones (art. 217.2º.3º LEC).⁹⁹ En tanto no

⁹⁶ STS de 9 de enero de 2003 (ponente Conde Pumpido-Tourón), FJ 12º.

⁹⁷ La denominada *iniusta petitio* no es más que la pretensión engañosa formulada sin elementos probatorios que la sustenten cuando la parte procesal que realiza el alegato engañoso tiene la carga procesal de hacerlo. Al respecto, CIANO, *Defraudaciones*, p. 43 ss.

⁹⁸ Sobre la tentativa irreal, entre otros, MIR PUIG, *DP*, Lección, n.m. 87 ss.

⁹⁹ El concepto de carga de la prueba tiene una doble acepción: constituye en primer lugar una norma que le indica al juez cómo debe decidir en caso de insuficiencia probatoria y, por otro lado, es también una norma dirigida a las partes que les señala qué afirmaciones de hecho son las que deben de probar para poder obtener una sentencia que estime sus pretensiones. Al respecto, entre otros, ABEL LLUCH, “La carga de la prueba”, pp. 357-408 (363 s., 368 ss., 371 s.).

constituye una obligación o un deber de las partes de convencer al juez de la certeza de sus afirmaciones su inobservancia no comporta sanción alguna para ellas. Sin embargo, la no aportación de pruebas *teniendo la carga de hacerlo* implicará un perjuicio que se traduce en una sentencia desfavorable a la pretensión del litigante que incumple esta norma de conducta. Las cargas procesales constituyen -según la definición clásica- “un imperativo del propio interés”¹⁰⁰. Por lo tanto, la pretensión engañosa que no se acompañe de documentos o informes periciales igualmente falaces que funden el no-derecho que se reclama es una conducta atípica que no puede sino producir una sentencia contraria a lo que indebidamente se solicita.¹⁰¹ En tal sentido, si contra todo pronóstico, el juez estima la pretensión infundada y dicta una resolución errónea que comporte un perjuicio patrimonial para la contraparte, ésta será solo atribuible al incumplimiento por parte del juez de las reglas relativas a la carga de la prueba que le indican que debe decidir en contra de quien ha alegado un hecho carente de certeza por inexistencia o insuficiencia de actividad probatoria (art. 217.1 LEC¹⁰²).¹⁰³

Es más probable que esta tipología de conductas tenga lugar en un sistema procesal regido por la llamada *unidad de vista* (vbg., el proceso civil alemán hasta la vista oral y únicamente en primera instancia) que en uno regido por el *principio de preclusión* –como el que establece la LEC, *ex art.* 136, sobre todo respecto de la proposición de las pruebas-. En los procesos regidos por el sistema de unidad de vista, no existe rigurosidad en la consecución de los actos procesales que integran el proceso y, en ese sentido, las partes (salvo excepciones) están plenamente facultadas para alegar y probar afirmaciones de hecho que no hayan sido realizadas en el momento procesal oportuno hasta que

¹⁰⁰ „*Ein Gebot des eigenen Interesses*“, según lo expresa GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, § 23, p. 335 ss. También, entre otros, ABEL LLUCH, “La carga de la prueba”, pp. 357-408 (368 ss.).

¹⁰¹ Al respecto, AAP Girona, Sección 3.ª, de 19 de mayo de 2004 (ponente Escobar Marulanda), FJ 3º y SAP Girona, Sección 3ª, de 17 diciembre de 2008 (ponente Carol Grau) FJ 1º cuando expresan: “...las meras alegaciones falsas no son suficientes para colmar el requisito del engaño bastante, sino que es preciso que se presenten elementos de convicción falsarios, tales como documentos o testigos falsos, aptos para crear en el Juez la errónea creencia de que esas alegaciones son ciertas.”

¹⁰² La prohibición de *non liquet*, esto es el *deber judicial inexcusable de resolución del litigio planteado* obliga a que existan las reglas de juicio sobre la carga de la prueba. Por ende, son normas subsidiarias a la libre valoración probatoria, no disponibles por las partes (*ius cogens*) y, en consecuencia, de obligado cumplimiento por el juez. Se aplican ante la existencia de una afirmación de hecho controvertida, constitutiva del objeto de la pretensión y no probada por falta o insuficiencia de material probatorio y obligan a decidir en contra de la parte que ostenta la carga de la prueba del hecho alegado carente de certeza probatoria. Al respecto, ABEL LLUCH, “La carga de la prueba”, pp. 357-408 (368 ss.). También, ROSENBERG, *La carga de la prueba*, p. 76.

¹⁰³ Aunque con un fundamento diferente, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 577, sostiene con razón que en estos casos: „*Es ist mitin hieraus normativ kein Argument für eine alleinige Risikozuschreibung an den Richter abzuleiten.*“

el tribunal declare expresamente que el asunto sometido a su conocimiento ya está en condiciones de ser sentenciado (cuando manifiesta que “queda visto para sentencia”).¹⁰⁴ Bajo la vigencia del principio de preclusión, de raíz romano-canónica, a cada acto procesal se le asigna una fase o etapa. Por lo tanto, los actos procesales realizados fuera del período procesal que les corresponde son ineficaces por extemporáneos.¹⁰⁵ Así por ejemplo, el art. 265 LEC obliga al demandante a aportar junto al escrito de demanda todos los documentos (incluidos los dictámenes periciales) fundamentales para el Derecho que se reclama, sin que pueda incorporarlos a la causa en un momento procesal posterior (art. 269 LEC) so pena de inadmisión por medio de providencia irrecurrible (art. 272 LEC).¹⁰⁶ Asimismo, hasta la última reforma de la LEC (LO 7/2015 de 21 de julio), el actualmente derogado art. 403.3 sancionaba con la inadmisión a las demandas que no estuvieran acompañadas de sus documentos fundamentales. Del mismo modo, en las acciones de filiación la ley procesal exige –so pena de inadmisión– que, junto con la presentación de la demanda, deba presentarse “un principio de prueba de los hechos en que se funda” (art. 767.1 LEC).¹⁰⁷ Por el contrario (aun cuando es práctica habitual), en el proceso civil alemán (ordinario) no es preceptivo que la presentación del escrito de demanda o de contestación a la demanda deba acompañarse de documentos materiales u otros medios de prueba que funden la pretensión reclamada o la defensa alegada.¹⁰⁸ Esto explica en gran medida que el contingente de casos con los que se ilustra esta problemática provengan de la jurisprudencia alemana más antigua: antes de ser sometida a las sucesivas reformas que ya se han explicado, la legislación procesal alemana de finales del s. XIX y hasta los tempranos años 30 del s. XX estaba caracterizada por una ausencia prácticamente total de preclusividad en sus actos procesales.¹⁰⁹ En este sentido, la presunción de eficacia de la pretensión engañosa infundada tenía un largo recorrido a través de un proceso que -dominado de forma exacerbada por el principio dispositivo- carecía mecanismos legales que permitieran declararla sin más inadmitida por

¹⁰⁴ Por ejemplo, dice ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 68, n.m. 27: „Alle Behauptungen und Bestreitungen, Beweismittel und Beweiseinreden können im Urteilsverfahren von beiden Parteien grundsätzlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz, auf das Urteil ergeht, geltend gemacht (...) und in der Berufungsinstanz in Grenzen nachgebracht werden (...); in der Revisionsinstanz sind die ausgeschlossen (...). Sie sind also stets dann versäumt, wenn in der ersten Instanz oder in der Berufungsinstanz die mündliche Verhandlung für diese Instanz geschlossen ist.“

¹⁰⁵ Al respecto, CHIOVENDA, *Instituciones Vol III*, p. 407 ss; FAIRÉN GUILLÉN, *Teoría*, p. 407 s., entre otros.

¹⁰⁶ Cfr. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II*, p. 135 ss.

¹⁰⁷ Al respecto, entre otros, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil II*, p. 343 ss.

¹⁰⁸ Cfr. por todos, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 437 ss.; vid. § 253 ss. ZPO, cfr. por todos, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 95, n.m. 14 ss.

¹⁰⁹ Hacemos un recuento de la evolución histórica de la ZPO en *supra I.1.B).a.2.*

infundada o considerarla ineficaz. Con otras palabras, era perfectamente posible aportar al procedimiento escritos de alegaciones con reserva de la aportación de todo tipo de pruebas *a posteriori*.

A todo esto debe sumarse el hecho de que la legislación procesal civil alemana de la época no establecía un ámbito normativo preciso en el que se definieran con claridad las funciones judiciales más allá de la solución del litigio. Como hemos mencionado, el dominio absoluto de la voluntad de las partes en el proceso reducía el papel del juez al de un mero árbitro con facultades muy reducidas de actuación *ex officio*¹¹⁰.

Así pues, la polémica doctrinal tiene lugar a partir de una sentencia del RG que declara la atipicidad de la conducta de un sujeto que demanda en procedimiento ejecutivo de forma sucesiva por montos poco significativos a supuestos deudores con base en títulos falsos y, además, afirmando falsamente que ha incurrido en costes derivados del trámite de las distintas pretensiones sin sustentarlos en facturas o documentos similares.¹¹¹ En algunos casos, las demandas fueron desestimadas y en otros el juzgado emitió el respectivo mandamiento de pago cuya satisfacción tuvo lugar en contadas ocasiones. Los tribunales penales de instancia apreciaron estafa (intentada y/o consumada según el caso). Por el contrario, el RG sostuvo la aplicación indebida del tipo penal de la estafa en virtud de que los alegatos no sustentados del demandante en los que sostenía que había incurrido en costes procesales debieron ser objeto de verificación por parte del juez. En virtud de ello, el perjuicio patrimonial a los demandados no fue causado por el engaño del demandante al juez, sino porque el juez no había

¹¹⁰ Al respecto con más detalle, vid. *supra* I.1.B).a.2.

¹¹¹ RGSSt 1, 227-229. Al respecto, entre otros, KRETSCHMER, GA 2004, pp. 458-477 (461 ss.); JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 121 ss. y WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 507 ss. No obstante, como mencionamos *ut supra* el Tribunal Supremo del Reino de Prusia (PrObTrib) ya se había pronunciado al respecto. Así por ejemplo, la previamente citada PrObTrib GA (3), 1855, pp. 605-612, donde se afirma, entre otras cosas (610, 611): „...ist doch soviel gewiß, daß Niemand die Wahrheit vom Prozeßgegner erwartet, daß also das Vertrauen, die nothwendige Voraussetzung einer wahren Täuschung, von vorn herein bei den Parteien in ihrem gegenseitigen Verhältnisse fehlt; daß eben deshalb auch die Erwartung des Behauptenden, seine nackte Behauptung werde geglaubt werden, und deshalb Effekt haben, fehlt. Prozessualisches Behaupten oder Leugnen sind vielmehr nur Provokationen auf einen Streit, in welchem die Wahrheit der Behauptung oder des Leugnens erfunden werden soll, für welchen deshalb gesetzliche Regeln gegeben sind, und in welchem endlich der Richter nicht nach dem, was behauptet, sondern nach dem, was durch die Beweismittel als wahr erfunden ist, entscheidet. Behaupten und Leugnen sind daher nur die Mittel zur Herstellung des status causae et controversiae für den Richter. Hier überall fehlt es also an dem nothwendigen Erfordernisse des Kausalzusammenhangs zwischen der einfachen Behauptung und der Täuschung des Gegners oder des Richters; der Richter darf der einfachen Behauptung nicht glauben; er hat den Werth des Beweismittels zu prüfen, und für die Fälschung des letzteren tritt ein besonderer Thatbestand in Frage.“ (el subrayado es mío). Del mismo tenor son, entre otras, PrObTrib GA (8), 1860, pp. 283-285 y PrObTrib GA (11), 1863, pp. 502, 503. Al respecto, JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, p. 112 ss.

ejercido una función propia de sus atribuciones jurisdiccionales. Es decir, de forma intuitiva el Tribunal Imperial alemán parte de la base de que existe un ámbito de responsabilidad del juez en la producción de la resolución errónea, que se ha infringido un deber que forma parte de esa esfera de atribuciones (*Pflichtwidrigkeit*) y que esta conducta es la que ha sido causa de dicha resolución.¹¹² Por ello dice expresamente que, aun cuando el demandante ha ejercido una pretensión engañosa, *no ha cometido estafa*.¹¹³

Asimismo, con el objeto de impedir generalizaciones, automatismos o “dogmas” (a decir de algún autor¹¹⁴) vbg. “todo alegato engañoso infundado es atípico” - muy propios del esquema causalista predominante a comienzos del s. XX- el RG en una resolución posterior precisa que, además de la valoración de la conducta engañosa en sí misma considerada, es determinante que el juez tenga o no deberes de *heteroprotección* y, agregamos nosotros, que la parte autora del alegato engañoso ostente o no la carga de probar los hechos que afirma.¹¹⁵ Por

¹¹² Sobre la determinación de los ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor de la estafa como presupuestos de la tipicidad de la conducta engañosa, vid. entre otros, PASTOR MUÑOZ, “El redescubrimiento”, pp. 67-90 (75 ss.); LA MISMA, *engaño típico*, p. 123 ss.

¹¹³ RGSt 1, 227-229 (228 s.): „Die Richterliche Prüfung erstreckt sich eben darauf festzustellen, ob die Kosten nachgewiesen sind, ob Behauptung des Antragstellers und Bescheinigung sich decken (...). Hiernach ist eine Täuschung des Richters wohl dadurch möglich, daß die Partei falsche Bescheinigungen über ihr angeblich erwachsene Kosten vorlegt; wenn aber der Richter von der Beibringung solcher Bescheinigungen absieht, wenn er die Exekution wegen des von Kläger berechneten Portobetragtes verfügt, bloß weil der Kläger behauptet, es sei ihm dieser Portobetrag erwachsen, so sieht er davon ab, die ihm auferlegte richterliche Prüfung eintreten zu lassen. Der Verklagte ist hier nicht geschädigt durch eine Täuschung des Richters, sondern dadurch, daß der Richter eine ihm obliegende Funktion nicht ausgeübt hat. In diesem Falle hat der Kläger unrechtmäßiger Weise Kosten gefordert, aber er hat keinen Betrug begangen...“. En supuesto de hecho análogo se sostiene el mismo fundamento jurídico, RGSt 5, 321-324 (322 ss.): ejercicio de una tercería de dominio solicitando la suspensión de un procedimiento ejecutivo sin la aportación de pruebas que fundamenten dicha solicitud. Con base en dicha pretensión el juzgado acordó la suspensión del procedimiento. Otro caso interesante, RGSt 32, 1-4 (3 s.), se ejerce una pretensión por un monto que ha sido parcialmente pagado. La pretensión engañosa pretende apoyarse en un documento que luego no consta inserto en actas. También, en argumentos formulados *obiter dicta*, RGSt 2, 91, 92; RGSt 16, 193-197 (194 ss.); RGSt 20, 391-393 (392), que sostiene, por ejemplo: „Täuschung des Richters ist nur möglich, wenn die Falsches wissentlich behauptende Partei dem unwahren Vorbringen durch Beweismittel den Anschein der Wahrheit giebt und der Richter bei Prüfung dieses Beweismaterials zu der Überzeugung gelangt, das Unwahre sei wahr.“ Asimismo, RGSt 29, 291-293 (292 s.); RGSt 36, 114-119 (118); RGSt 65, 33-36 (34 s.), entre otras.

¹¹⁴ WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 507 ss. que sostiene, creemos de forma equivocada, que el RG asume como criterio general la atipicidad del alegato engañoso no sustentado en pruebas. Precisamente lo que afirmamos en este párrafo se dirige a demostrar precisamente lo contrario: que el RG precisa la existencia o no de deberes del juez como sujeto pasivo del engaño en la estafa procesal como presupuesto de la tipicidad de la conducta engañosa de la parte independientemente de que el alegato engañoso sea fundado o no.

¹¹⁵ RGSt 50, 95-97, donde se establece lo siguiente (97): „Der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mehrfach ausgesprochene Satz, daß unrichtige Behauptungen einer Partei im Zivilprozeß regelmäßig nicht geeignet seien, den Richter zu täuschen, da er solchen einseitigen Behauptungen seinen Glauben zu schenken habe und im andere Falle seine ihm obliegende Prüfungspflicht verletze, kann daher bei einer Sachgestaltung der hier vorliegenden Art seine Anwendung finden.“ Al respecto, GANSKE, *Prozeßbetrug*,

ejemplo, nadie discute la tipicidad de la conducta de un demandado que en el marco de una colusión de partes *se allana a la pretensión* del supuesto demandante: es decir, en estos casos, se afirma la tipicidad incontestable de un alegato engañoso simple, esto es, que no requiere de prueba del sujeto procesal que lo alega.¹¹⁶

A través de tales consideraciones, estos tribunales decimonónicos sentaron las bases de lo que en la actualidad forma parte de un análisis normativo que de una u otra forma considera fundamental la conducta de la víctima (juez, principalmente, en el caso de la estafa procesal) como limitación a la tipicidad del alegato engañoso. Con otras palabras, el hoy denominado problema de la *autoresponsabilidad* (*heteroresponsabilidad* para el caso del juez en la estafa procesal) de la víctima constituye un elemento que –no exento de polémica- ha sido desde hace muchos años apreciado doctrinalmente y aplicado por los operadores de justicia con el objeto de restringir la responsabilidad penal del autor por medio de un análisis que en principio se limitaba a una explicación causal-naturalística¹¹⁷. Es el caso, entre otros, de VON LISZT, que se muestra conforme al planteamiento del RG al exigir, para la tipicidad del engaño en la estafa procesal, la alegación de una afirmación de hecho conscientemente

pp. 8 s., 37, que sostiene, por ejemplo (9): „Wir gewinnen daher aus dieser und ähnlichen Entscheidungen die Ansicht, daß in besonderen Fällen der Richter keine Prüfungspflicht habe und daher sehr wohl durch einfache unwahre Behauptungen getäuscht werden kann. Wann nun diese Prüfungspflicht besteht, soll nach den Normen des öffentlichen Rechts festzustellen sein.“

¹¹⁶ Así, WALTER, *Betrugsstrafrecht*, p. 508.

¹¹⁷ Cfr. entre otros, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 123 ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 261 ss., 283 ss. y SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la ‘víctimo-dogmática’”, pp. 13-52 (18 ss., 25 ss. y 37 ss.), dice por ejemplo (p. 19): “...las mencionadas tesis no constituyen una novedad radical en el mundo de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, sino que, a lo sumo, lo que sucede es que proceden a teorizar, o a ‘racionalizar’, algo que, en diferente medida, ya ha sido tenido en cuenta, aunque sólo fuera de modo inconsciente o intuitivo, en aquéllas.” (...) (p. 20) “...la jurisprudencia y la doctrina han seguido este camino, restringiendo la responsabilidad criminal del autor en virtud de construcciones que podemos denominar ‘supralegales’ que tienen su base en una determinada configuración del comportamiento de la víctima (...). A este respecto, la teoría de la imputación objetiva ha permitido negar en muchos casos la imputación del resultado producido a la conducta del autor, por haber mediado un comportamiento de la víctima que ha contribuido causalmente a la producción del resultado...”. Por su parte, en la doctrina penal del s. XIX autores como ESCHER, *Die Lehre*, p. 208 ss. decían por ejemplo (pp. 208, 209): „...ist es evident, daß das Lügen Civilprozeß nicht strafbar sein kann, weil die bloße (affirmative oder negative) Behauptung einer Partei nicht entscheidet, weil durch dieselbe Rechte weder entstehen, noch vernichtet werden, weil angenommen werden muß (unter Voraussetzung einer vernunftmäßigen Civilprozedurordnung), es liege in der Macht jedes Litiganten (...) durch Benutzung der zulässigen Beweis und Rechtsmittel die Wahrheit (soweit es überhaupt möglich ist) zur Kenntnis des Richters zu bringen, und dieser werde nach den vorgelegten Beweisen, und nicht nach einseitigen Parteibehauptung entscheiden...“. También KÖSTLIN, *ZCPr* (14) 1857, pp. 307-440 (p. 342 ss.); el mismo, *System* (t.II), p. 149.

infundada siempre y cuando esté acompañada de medios de prueba materialmente falsos.¹¹⁸

Más elaborado es el discurso de GANSKE que, con base en la denominada teoría de la adecuación¹¹⁹ introduce la noción de previsibilidad objetiva (contrapuesta a la valoración subjetiva de posibilidad o probabilidad) en la problemática relativa a la determinación de la tipicidad del engaño en la estafa procesal. Este autor sostiene en efecto, que la parte que (ostentando la carga de la prueba) alega infundadamente una afirmación de hecho falsa con la esperanza de que el juez incumpla su deber de actuación, para así poder obtener una sentencia materialmente errónea, no realiza una conducta previsible (desde el punto de vista objetivo) y mucho menos típica aun cuando el resultado dañoso (la sentencia errónea) es deseado y esperado (*erhofft*) por dicha parte.¹²⁰ Se sientan así las bases del juicio de adecuación aplicado a la estafa procesal en el sentido de que la causa de un resultado típico es aquella que desde un punto de vista objetivo se prevé como probable para causar el resultado durante un curso causal carente de eventualidades (“el curso normal de las cosas”). En tal sentido, durante el transcurso normal de un proceso civil ordinario, el juez por mandato de la Ley procesal está obligado a (tiene el deber de) no dar crédito a afirmaciones de hecho controvertidas que no estén sustentadas en medios de prueba.¹²¹ En tal sentido, la actuación no conforme a este deber judicial constituye la causa *adecuada* para la producción de la sentencia errónea y, por lo tanto, la relación entre el alegato engañoso no sustentado y el acto judicial de

¹¹⁸ VON LISZT / SCHMIDT, *LB*, § 139, p. 491. No obstante, el planteamiento generó polémica en la doctrina. Por ejemplo, en contra de esta corriente se muestra de forma enfática –entre otros- BINDING, *LB*, t. I, § 85, p. 350 s., n.p. 2. que no ve razones para negar la causalidad entre el alegato simple (o infundado) engañoso y la producción de una sentencia errónea. En tal sentido, según esta opinión todo fraude procesal es típico y, por ende, toda producción de una sentencia materialmente errónea en un proceso jurisdiccional será constitutiva de estafa. Dice expresamente (p. 350 s., n.p. 2): „*Wenn ein Parteivorbringen darauf angelegt ist, den Richter zu täuschen und zum nachteiligen Urteile zu bestimmen, und wenn die Täuschung diese Wirkung übt, so sehe ich nicht ein, was am Betrüge fehlen soll. Es ist nicht wahr, dass durch die Pflichtwidrigkeit des Richters, zu glauben, was er nicht glauben sollte, der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum unterbrochen wird. Auch ist nicht wahr, dass der Richter einseitigen Parteivorbringen stets nur pflichtwidrig glauben könnte.*“ Sobre esta discusión, vid. GANSKE, *Prozeßbetrug*, p. 11 ss.

¹¹⁹ Sobre la llamada teoría de la adecuación o teoría de la causalidad adecuada vid. entre otros, ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 11, n.m. 44 ss. (n.m. 36 ss. de la edición en castellano); GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 62 ss., 70 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, pp. 8 ss., 79 ss. En la dogmática aplicada a la estafa, por todos, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 120 ss.

¹²⁰ GANSKE, *Prozeßbetrug*, p. 21 s.

¹²¹ GANSKE, *Prozeßbetrug*, pp. 49 ss., 114 ss., dice por ejemplo (115): „*Die richterliche Überzeugung kann durch Beweisaufnahme, Geständnis oder was dem gleichsteht (...). Deshalb ist hier der Richter verpflichtet, sofern nicht ein Geständnis oder dergleichen vorliegt, nur der bewiesenen Parteibehauptung Glauben zu schenken. Ein Zuwiderhandeln gegen diese Grundsätze würde ‚pflichtwidrig‘ sein.*“

disposición patrimonial erróneo constituye un *curso causal inadecuado*.¹²² En definitiva, afirma este autor, que la apreciación en un caso de estafa procesal de una contrariedad a deber del juez es un síntoma de la existencia de un *curso causal inadecuado* que fundamenta la tipicidad de la conducta fraudulenta.¹²³

Esta tendencia jurisprudencial se mantuvo en el seno del RG a lo largo de más de medio siglo y fue abandonada a partir de una sentencia publicada el 21 de septiembre de 1934.¹²⁴ La sentencia en cuestión enjuició un supuesto de estafa procesal que tiene algunas similitudes con lo que ahora explicamos. No obstante, sus pronunciamientos en lo tocante a lo que aquí interesa se realizan *obiter dicta*. Así pues, dice el relato de hechos que en fecha determinada la acusada X mantuvo relaciones sexuales de forma sucesiva con dos soldados (A y B) del ejército del alemán. X -al saberse en estado de gravidez- con posterioridad al nacimiento del niño reclamó judicialmente al soldado A la manutención del menor. El soldado A opuso en su contestación a la demanda la “*exceptio plurius concubentium*” y a tales efectos aportó como prueba el testimonio del soldado B¹²⁵. Previo a su declaración como testigo, el soldado B había manifestado que efectivamente había mantenido relaciones sexuales con la demandante durante las mismas fechas que el demandado. No obstante, en el momento de su testimonio en la vista oral, se retractó parcialmente de sus dichos al manifestar

¹²² GANSKE, *Prozeßbetrug*, p. 52 ss.

¹²³ GANSKE, *Prozeßbetrug*, pp. 53 ss., 73 ss., 113 ss.

¹²⁴ RGSt 69, 44-49 (47 ss.). Al respecto, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 312.

¹²⁵ La “*exceptio plurius concubentium*” es la oposición del demandado consistente en alegar que durante el período de la concepción la madre (demandante) también mantuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres plenamente identificados (*exceptio plurius specialis*) o desconocidos (*exceptio plurius generalis*). En la actualidad para la doctrina civil española la alegación y prueba de esta excepción tiene una naturaleza indiciaria de la no paternidad del demandado y como tal debe valorarse en conjunto con el resto de pruebas aportadas al proceso (especialmente, como es lógico, con las pruebas biológicas). Esta opinión suele ilustrarse con el art. 235-18 CCCat: “*Relacions sexuals de la mare amb altres homes. 1. La prova de les relacions sexuals de la mare amb un home diferent del demandat durant el període legal de concepció no és suficient per a destruir les presumpcions de paternitat. 2. Si en el procés s’invoca l’exceptió de relacions sexuals de la mare amb homes diferents del demandat, se’ls pot cridar, a petició de part legitimada per a reclamar la paternitat, perquè intervinguin en el procés en qualitat de demandats. 3. Si, en aplicació del que estableix l’apartat 2, són demandats diversos homes, s’ha de declarar pare aquell la paternitat del qual resulti més versemblant.*” Al respecto, QUICIOS MOLINA, *filiación*, p. 237 ss.; QUESADA GONZÁLEZ, *Promiscuidad sexual*, p. 34 ss. En similar sentido se pronuncia la doctrina civil alemana cuando afirma que -por sí sola- la *exceptio (Mehrverkehrs Einrede)* no fundamenta la duda razonable que impide la presunción legal de paternidad en los casos en que ésta debe determinarse judicialmente (§ 1600d BGB). No obstante, antes de la reforma del BGB de 1969, el alegato fundado de esta excepción era causa de rechazo absoluto de la demanda y permitía además la impugnación de la presunción legal de paternidad en detrimento de los derechos del niño fruto de estas relaciones. Ello se debe lógicamente a que, ante la ausencia para esas fechas de medios científicos que permitieran demostrar la filiación, la oposición de esta excepción hacía prácticamente imposible demostrar la paternidad. Al respecto, entre otros, GERNHUBER / COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, § 52, n.m. 98 ss.; QUESADA GONZÁLEZ, *Op. Cit.*, p. 44 ss.

que ciertamente había mantenido relaciones sexuales con una mujer durante la fecha señalada, pero al mismo tiempo se vio impedido de dar una descripción exacta de la mujer en cuestión y, por lo tanto no pudo asegurar que se había tratado de la demandante. En declaración realizada bajo juramento, la demandante negó haber tenido relaciones sexuales con el soldado B. El juzgado de instancia que conoció del asunto estimó la demanda en contra del soldado A y le condenó al pago periódico de una pensión de alimentos. Su decisión estuvo motivada por la circunstancia de que, según el juzgado, no fue demostrada la “*exceptio*” alegada por el demandado y, por el contrario, se dio credibilidad a la declaración jurada realizada por la demandante.¹²⁶ El juzgado de lo penal condenó a la acusada (demandante) por el delito de estafa (§ 263 RStGB) en concurso ideal con el delito de perjurio (§ 154 RStGB)¹²⁷. El *Reichsgericht*, en aplicación de la fórmula de la “*conditio sine qua non*”, considera acreditada la relación de causalidad entre el error del juez y la declaración falsa de la

¹²⁶ En el proceso civil español el denominado interrogatorio de las partes es un medio de prueba que consiste en la declaración realizada en forma oral y “desvinculada de juramento” de una parte procesal a solicitud de la otra sobre hechos controvertidos (arts. 301 a 316 LEC). Su sistema de valoración es mixto: la ley ordena que se valore como cierta (prueba tasada) siempre que no contradiga las demás pruebas, que verse sobre hechos en los que el declarante haya intervenido personalmente y que su certidumbre vaya en detrimento de éste (art. 316.1 LEC). Por el contrario, la valoración de esta prueba será libre y sometida a la sana crítica si la declaración contradice el resto de las pruebas aportadas al proceso, si versa sobre hechos en los que el declarante no haya intervenido y si lo declarado le favorece (art. 316.2 LEC). La diferencia sustancial de la regulación de este medio de prueba en el proceso civil alemán (§ 445 ss. ZPO) radica en que existe la posibilidad de que el juzgado ordene que la declaración de la parte sea realizada bajo juramento de decir la verdad en caso de que el propio juzgador no esté convencido de la veracidad de las afirmaciones del declarante (§ 452 ZPO). Asimismo, la valoración de esta prueba es en todo caso libre y por lo tanto sometida a las reglas de la sana crítica (§ 453 ZPO). Para la fecha de promulgación de la sentencia que comentamos este medio de prueba acababa de introducirse (mediante la reforma de 27 de octubre de 1933) y el juramento de la parte era (al igual que las antiguas *posiciones* de la LEC 1881) a todo evento preceptivo (Cfr. ABEL LLUCH, “El interrogatorio de las partes”, pp. 531-572 (540 ss.); ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 123, n.m. 1 ss.).

¹²⁷ Como hemos mencionado el tipo penal de la estafa del § 263 StGB ha tenido pocas modificaciones a lo largo de su historia. Sucede algo similar con el delito de perjurio. Para el momento en que ocurren los hechos enjuiciados en la sentencia que comentamos (Septiembre de 1930) el tipo penal del § 154 (R)StGB establecía: „(1) *Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde wissentlich ein falsches Zeugniß oder ein falsches Gutachten mit einem Eide bekräftigt oder den vor seiner Vernehmung geleisteten Eid wissentlich durch ein falsches Zeugniß oder ein falsches Gutachten verletzt.* (2) *Ist das falsche Zeugniß oder Gutachten in einer Strafsache zum Nachtheile eines Angeschuldigten abgegeben und dieser zum Tode, zu Zuchthaus oder zu einer anderen mehr als fünf Jahre betragenden Freiheitsstrafe verurtheilt worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.*“ (Cfr. FUCHS, *StGB*, p. 803 ss.). Actualmente el tipo penal en cuestión establece: „(1) *Wer vor Gericht oder vor einer anderen zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle falsch schwört, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.* (2) *In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.*“ Huelga decir que tanto en la época en que fueron enjuiciados los hechos que se comentan como en la actualidad (siempre que el interrogatorio de la parte esté precedido del juramento optativo de decir la verdad) las partes en el proceso civil pueden ser autoras de este delito de infracción de deber a diferencia de lo que ocurre con la declaración falsa de las partes en el proceso civil español que es considerada impune (Cfr. KINDHÄUSER, *LB*, § 47, n.m. 2 ss.; LENCKNER/BOSCH, *Sch/Sch StGB*, § 154, n.m. 4 ss.).

demandante y, por ende, la causación de un perjuicio patrimonial al demandado por medio de la emisión de una resolución judicial que tiene el propósito de procurar unas prestaciones para el hijo de la acusada a las que -según el ordenamiento jurídico de la época- no tenía derecho.¹²⁸ Finalmente, en la sentencia se cuestiona si, por medio de la introducción del deber de veracidad (*Wahrheitspflicht*) contenido en el § 138 I ZPO (a partir de la reforma procesal de 27 de octubre de 1933), la tendencia jurisprudencial a apreciar la atipicidad de la afirmación de hecho engañosa no sustentada por contrariedad a deber del juez ha perdido sentido o razón de ser.¹²⁹

A partir de estas consideraciones algún sector de la doctrina alemana se pronuncia en el mismo sentido: en abierta contradicción con los postulados del principio dispositivo sostienen que (a partir de la introducción de esta norma), los alegatos engañosos infundados –esto es, no apoyados en medios de prueba cuando existe la carga de probarlos– pueden ser constitutivos de estafa procesal. Es decir, el dictado de una resolución judicial que comporte un perjuicio patrimonial para una de las partes o para un tercero no es atribuible a la infracción del juez de las reglas de la carga de la prueba (que le imponen el deber de decidir en contra de quien no ha fundado su alegato), sino a la afirmación engañosa no sustentada, en virtud de que se ha infringido un deber positivo de decir la verdad en el proceso. En otras palabras las reglas de la carga de la prueba quedan derogadas en cuanto a este particular y, por ende, también la obligación del juez de decidir conforme a éstas.¹³⁰ Se llega, por ende, a conclusiones jurídico-penalmente absurdas: al autor del engaño no sustentado en pruebas le es imputable el resultado producto de la grave inobservancia judicial de normas procesales porque se asume equivocadamente que el alegato engañoso es desde el punto de vista jurídico-penal idóneo para producir un resultado (una resolución

¹²⁸ En RGSt 69, 44-49 (47 ss.) se explica el proceso que según esta teoría debe llevarse a cabo para determinar la causalidad y, en consecuencia la acción típica: la supresión mental de posibles acciones que causarían el resultado y la comprobación mental de permanencia o desaparición del resultado. Sostiene por ejemplo que no se configura la estafa procesal si la producción de la resolución judicial errónea (resultado) no depende de la declaración falsa del testigo aportado por la parte que alega afirmaciones de hecho falsas. Así, el caso enjuiciado en STS 14 de diciembre de 2001 (ponente Andrés Ibáñez), el demandante aporta un documento falso en un proceso por despido improcedente que no es tomado en cuenta por el juez de lo social para decidir al respecto. El TS declaró en este sentido la atipicidad de la conducta. Al respecto, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, § 28, p. 300 s.

¹²⁹ RGSt 69, 44-49 (48): „Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Erwägungen, die der bisherigen Rechtsprechung über den Prozeßbetrug durch falsche Parteibehauptung zugrunde liegen, als richtig anzuerkennen sind und ob sie nicht jedenfalls durch die Neufassung der ZPO., insbesondere des § 138 ZPO., ihre Bedeutung verloren haben.“

¹³⁰ Así, entre otros, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 312; CRAMER/PERRON, *Sch/Sch StGB*, § 263, n.m. 71.; KEUNECKE, *Prozeßbetrug*, p. 49 ss.; EISENBERG, “Wahrheitspflicht und Prozeßbetrug”, pp. 15-29 (20 ss.); JÄNICKE, *Gerichtliche Entscheidungen*, pp. 145 ss., 565 s.

judicial errónea) que en virtud de las reglas de la carga de la prueba es absolutamente inviable desde el punto de vista procesal.¹³¹

Ciertamente la norma en cuestión (§ 138 I ZPO) establece el deber para las partes procesales de realizar sus afirmaciones de hecho de forma *exhaustiva* y *conforme a la verdad*.¹³² De manera que la doctrina procesal alemana suele afirmar que son dos los deberes contenidos en esta norma: el deber de verdad procesal (*Wahrheitspflicht*) y el deber de exhaustividad o completud procesal (*Vollständigkeitspflicht*). No obstante, respecto del deber de verdad procesal, la doctrina procesal alemana, en un intento de atenuar el contenido de la norma y su evidente conflicto con el principio dispositivo, sostiene que el compromiso de verdad solo alcanza a la verdad subjetiva y nunca a la verdad *absoluta* u objetiva. En tal sentido, no se puede exigir la verdad a las partes procesales, sino solamente la *veracidad* (*Wahrhaftigkeit*) de sus afirmaciones.¹³³ Asimismo, en descargo de la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil alemán huelga decir que no está tipificada una sanción directa derivada del incumplimiento de esta norma, por lo que es calificada como una *lex imperfecta* o “cuchillo sin hoja” por algunos autores.¹³⁴

Por otra parte, más allá de la problemática estructural de esta norma, a partir del momento en que la estafa dejó de ser un tipo cualificado del *falsum* (de la mentira punible) -como lo era, por ejemplo, en el *ius commune*- ambas normas (§ 138 I ZPO y el § 263 StGB) pertenecen a ámbitos normativos distintos. Por ende, el contenido del injusto de la estafa procesal no depende de la violación de las disposiciones del § 138 I ZPO. La esfera de influencia de ambas normas puede solaparse pero en todo caso cada una pertenece a planos distintos: las violaciones al deber de veracidad procesal que no impliquen un acto de disposición patrimonial antijurídico en perjuicio del patrimonio de la contraparte o de un tercero ajeno al procedimiento están excluidas del ámbito de aplicación del tipo de la estafa. Asimismo, aun cuando la acción típica de la estafa contenga además

¹³¹ KRETSCHMER, GA 2004, pp. 458-477 (462).

¹³² El § 138 I ZPO, basado en el § 178 öZPO, dispone: „Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.“

¹³³ Cfr. entre otros, OLZEN, ZJP 1985, pp. 403-426 (413 ss.); ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht, § 65, n.m. 55 ss.; WAGNER, MK-ZPO, § 138, n.m. 2 ss.; STADLER, Musielak-ZPO, § 138, n.m. 2 ss.

¹³⁴ Cfr. GÖRRES, ZJP, 1905, pp. 1-106 (59); HEB, Wahrheits- und Aufklärungspflicht, p. 24; GOLDSCHMIDT, Derecho procesal civil, § 35, p. 165; LENCKNER, Prozessbetrug, p. 49. No obstante, algún autor sugiere que por vía interpretativa pueden hallarse sanciones procesales a la transgresión del deber de veracidad siempre y cuando estas transgresiones se traduzcan en tipificaciones de normas procesales que sí tengan prevista una sanción que se traduce fundamentalmente en multas.

una violación al deber de veracidad procesal, éste no tiene ni debe tener influencia alguna en el contenido del injusto del tipo penal de la estafa. En consecuencia, el intento de sancionar penalmente la transgresión al deber de veracidad procesal que comporta el alegato infundado a través del tipo penal de la estafa no lleva más que a conclusiones dogmáticamente insostenibles porque la punición de estas conductas es exclusivamente dependiente de que cumplan con el tipo objetivo y subjetivo de la estafa (§ 263 StGB).¹³⁵

Huelga decir que -al menos en apariencia- quienes sostienen la tipicidad de alegatos engañosos infundados podrían hallar algún fundamento en postulados más recientes que con base en la denominada “imputación objetiva de la conducta (*à la Jakobs*)”¹³⁶ propugnan en sede de estafa un sistema de deberes de veracidad derivados de los respectivos ámbitos de competencia de cada uno de los intervinientes en el tráfico económico.¹³⁷ Así pues, respecto de la estafa procesal podría *prima facie* afirmarse que, derivado del rol que cumplen las partes en tanto intervinientes del proceso jurisdiccional y –pudiera también decirse- como garantes a su vez de la correcta administración de Justicia (con base en el § 138 I ZPO), existe un deber especial de las partes procesales de decir la verdad en el proceso con consecuencias jurídico-penales. En consecuencia, en un proceso jurisdiccional con objeto patrimonial, cualquier infracción a este deber procesal sería típica en el sentido de la estafa. No obstante, la aplicación de la teoría de los deberes de veracidad no debe llevar a esta conclusión. Por el contrario, según esta tendencia, no todo deber de información civil (que entendemos en sentido amplio) tiene que tener necesariamente consecuencias jurídico-penales. El Derecho penal, por el contrario, hace un uso selectivo y matizado de estos deberes. En el caso de la estafa, los deberes de información “extrapenales” serán penalmente relevantes cuando su objeto –la información que obligadamente debe transmitirse al sujeto pasivo del acto engañoso- tenga relación con la protección al patrimonio que persigue este delito.¹³⁸ En tal sentido, los deberes de veracidad de las partes procesales tendrán relevancia penal cuando su violación por medio del fraude procesal implique una afectación

¹³⁵ Por todos, LENCKNER, *Prozessbetrug*, p. 42 ss.

¹³⁶ La frase es de HERNÁNDEZ BASUALTO, *RChD*, 2010, pp. 9-41 (16).

¹³⁷ Así en la dogmática española del delito de estafa, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, pp. 133 ss., 169 ss. Por su parte, entre los autores alemanes, principalmente, KINDHÄUSER, *ZStW*, 1991, pp. 398-424 (403 ss.), el mismo, *NK-StGB*, § 263, n.m. 63 ss., PAWLIK, *Das unterlaubte*, pp. 103-105, 127 ss., 139 ss., en desarrollo de las propuestas de JAKOBS, “Coacciones”, pp. 439-459 (444 ss.); el mismo, “Coacciones por medio de amenazas”, pp. 461-480 (470 ss.); el mismo, *imputación objetiva*, p. 97 ss.; el mismo, *PG*, § 29, n.m. 29 ss.)

¹³⁸ Así, PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 162. También PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 230 ss.

directa del objeto del proceso (en el contexto, claro está, de un proceso con objeto patrimonial). En ese orden de ideas, la afectación del objeto procesal requiere, conforme a las normas procesales, que la afirmación de hecho engañosa sea *cualificada*, esto es, *idónea* para producir el resultado, es decir (entendemos), debidamente acreditada o sustentada por medios probatorios.¹³⁹

En definitiva, en la estafa procesal la decisión normativa de traslación de responsabilidad del ámbito judicial al ámbito competencial de la parte que alega la afirmación de hecho engañosa y la consecuente tipicidad de su conducta está condicionada a que, en principio, la parte procesal cumpla (si fuere el caso) con la carga procesal de probar sus alegatos y por ende acompañe su pretensión engañosa con pruebas igualmente falsas que la sustenten.¹⁴⁰

b.2. Los casos de la jurisprudencia española

b.2.1. Los supuestos de “rebeldía a la fuerza” del demandado

Como hemos mencionado, una modalidad típica que tiende a ser objeto de enjuiciamiento en los juzgados de lo penal consiste en procurar mediante alegatos engañosos la incomparecencia del demandado.¹⁴¹ Así pues, junto a la pretensión engañosa, el demandante alega falsamente en su escrito de demanda que desconoce el domicilio del demandado o aporta un domicilio falso con el propósito de que el demandado sea finalmente citado por edictos y

¹³⁹ Así, PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 201, que sostiene: „Auch die Wahrheitspflichten der Prozeßpartien knüpfen sich also vorrangig an den Gebrauch semantisch bedeutungshaltiger Zeichen; freilich kann die Tatsachenqualität einer Behauptung hier gegebenenfalls einer besonders sorgfältigen Untersuchung bedürfen. Zudem muß die Äußerung sich (prinzipiell nicht anders als im Rahmen einer versprechensbegründeten Beziehung) auf Umstände beziehen, die in den Rahmen der dem Strafrecht vorgegebenen Situationsdefinition (hier: des Prozeßgegenstandes) beziehen, verletzen aus diesem Grund kein institutionell begründetes Wahrheitsrecht des Prozeßgegners.“

¹⁴⁰ Al respecto, SCHMOLLER, *JZ* (3), 1991, pp. 117-129 (126, 128) que sostiene la atipicidad de una conducta similar en el contexto del Derecho penal austríaco: la probanza única de alegatos falsos mediante la declaración no juramentada de la parte que afirma los hechos objeto de prueba. Este autor ha establecido (128): „Nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz kann die bisher unzureichende dogmatische Erklärung für die Ausklammerung einfacher Parteiaussagen aus dem Betrugstatbestand ebenfalls darin gesehen werden, daß die betreffende gerichtliche oder behördliche Entscheidung ungeachtet der falschen Parteiangaben in den alleinigen Verantwortungsbereich des Staats, der die Gerichte und Behörden konstituiert und das jeweilige Verfahren geregelt hat, fällt. Aus dieser alleinigen Verantwortlichkeit ergibt sich, daß nicht ein durch die (Gegen-)Partei zugefügter Vermögensschaden anzunehmen ist, so daß aus diesem Grund kein Betrug vorliegt.“ Al respecto, PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 131 ss.

¹⁴¹ Vid. *supra* II.2.C).b).1.ii.b.

eventualmente declarado en rebeldía. Para la jurisprudencia española la tipicidad de estas conductas es muy poco cuestionada, sin embargo en algunos casos esto es más que discutible en virtud de que no se verifica si efectivamente el juez ha cumplido con una serie de deberes que en este sentido le impone la norma procesal.¹⁴² Así pues, creemos que la atipicidad debería estar fuera de discusión si se comprueba la vulneración de las disposiciones contenidas en el art. 156 LEC por parte del juzgador toda vez que por medio de esta norma se establece de forma prioritaria el emplazamiento personal del demandado como garantía de su Derecho constitucional a la defensa (art. 24.2 CE) y en consecuencia –en el supuesto de que el demandante alegue desconocimiento- se impone un deber de diligencia al juzgado (en la persona del secretario judicial) de averiguación del domicilio del demandado.¹⁴³ De esta manera se le da un impulso adicional a la posición tradicionalmente preferente del emplazamiento personal por sobre otros medios (el emplazamiento edictal, por ejemplo) que deben llevarse a cabo una vez que se hayan agotado dichas actividades investigativas de oficio. Asimismo, desde el punto de vista dogmático penal -en concordancia con lo que se ha expuesto precedentemente- si ante un alegato falso de desconocimiento del domicilio del demandado, el juzgado no realiza la verificación adicional que ordena la norma procesal y emite en consecuencia una resolución judicial errónea que implique un perjuicio patrimonial para el demandado, la conducta engañosa

¹⁴² Esta tipología de conductas ha sido calificada erradamente como un caso de omisión impropia o de comisión por omisión) por MAYORAL SIMÓN, *Economist & Jurist* (46), 2000, pp. 43-50 (44, 46) en virtud de que se equipara indebidamente el término “ocultación” con el de “omisión”. En este caso la “ocultación” del domicilio se realiza a través de un comportamiento activo: el demandante por imperativo de las normas procesales está obligado a manifestarse al respecto (art. 399.1 LEC) y en este caso sostener expresamente que “desconoce” el domicilio del demandado por lo que esta conducta no responde ni siquiera a los supuestos de engaño mediante silencio o comportamiento concluyente equiparables a “...realizaciones típicas comisivas...” (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 358, 359).

¹⁴³ La mencionada disposición establece: “1. En los casos en que el demandante manifieste que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán por el Secretario judicial los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155. Al recibir estas comunicaciones, los Registros y organismos públicos procederán conforme a las disposiciones que regulen su actividad. 2. En ningún caso se considerará imposible la designación de domicilio a efectos de actos de comunicación si dicho domicilio constara en archivos o registros públicos, a los que pudiere tenerse acceso. 3. Si de las averiguaciones a que se refiere el apartado 1 resultare el conocimiento de un domicilio o lugar de residencia, se practicará la comunicación de la segunda forma establecida en el apartado 2 del artículo 152, siendo de aplicación, en su caso, lo previsto en el artículo 158. 4. Si estas averiguaciones resultaren infructuosas, el Secretario judicial ordenará que la comunicación se lleve a cabo mediante edictos.” Al respecto, PICÓ I JUNOY, *RJC*, 2000, pp. 721-742 (727); RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, p. 1267: “...la ley ha reforzado las exigencias de localización del demandado, imponiendo al tribunal una especial diligencia para averiguar su domicilio o residencia, al objeto de que pueda ser emplazado regularmente...”. También, GARBERÍ LLOBREGAT, “Capítulo V. De los actos de comunicación judicial”, p. 190.

será a todas luces atípica porque el resultado dañoso es atribuible a la infracción del mencionado deber judicial de averiguación.¹⁴⁴

Bajo la vigencia de la LEC 1881 -a efectos de la tipicidad de la conducta engañosa- bastaba con que el demandante sostuviera, junto a su pretensión falsa, que (no obstante conocerlo) desconocía el domicilio de la persona contra quien iba dirigida la demanda o que simplemente interpusiera la misma en contra de personas cuya identidad falsamente ignoraba. Ello en virtud de que la norma derogada carecía de una disposición como la hoy vigente y, en consecuencia, en parte se entendía (y así se llegó a declarar por la Sala 1ª del Tribunal Supremo¹⁴⁵) que la averiguación del domicilio de la parte demandada era una *carga procesal* del demandante en la que no cabía la intervención judicial y, por ende, en defecto de ésta procedía la citación mediante cédula (si el domicilio era supuestamente conocido) o (si se alegaba que el demandado se hallaba en paradero desconocido) la citación mediante edictos.¹⁴⁶

No obstante, huelga decir que antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000 y, por ende, de la disposición objeto de análisis, el deber judicial de averiguación del domicilio del demandado había sido objeto de atención de la jurisprudencia constitucional. En efecto, a partir de 1981 el Tribunal Constitucional ratificó, por

¹⁴⁴ Así, PÉREZ MANZANO, “imputación objetiva”, pp. 285-309 (305); CHOCLÁN MONTALVO, estafa, p. 137 ss., donde dice: “...solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima.”; MAYORAL SIMÓN, *Economist & Jurist* (46), 2000, pp. 43-50 (45 ss.), que sostiene por ejemplo: “...no cabe la condena por estafa cuando el sujeto pasivo (en este caso el juez) haya tenido el deber y los medios para disipar la apariencia de veracidad que le haya podido inducir a error.”

¹⁴⁵ Por ejemplo, en STS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2000 (ponente Corbal Fernández) FJ 2º, declaró: “...no cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal (en persona, o por cédula) cuando existe una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación, de ahí que el actor tenga la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda, e incluso haya de desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente...” (el subrayado es mío).

¹⁴⁶ La LEC 1881 decía expresamente: Artículo 266.—Cuando sea conocido el domicilio del que deba ser notificado, si a la primera diligencia en busca no fuere hallado en su habitación, cualquiera que sea la causa y el tiempo de la ausencia, se le hará la notificación por cédula en el mismo acto y sin necesidad de mandato judicial (la cédula es un acta en donde constan, entre otros requisitos, los términos del escrito de demanda y se entrega al pariente, familiar o criado, mayor de catorce años “que se hallare en la habitación del destinatario” o en su defecto, al vecino más próximo hallado en el lugar donde el domicilio es señalado (art. 268 LEC 1881). Por su parte, el art. 269 LEC 1881 decía: “Cuando no conste el domicilio de la persona que deba ser notificada, o por haber mudado de habitación se ignore su paradero, se consignará por diligencia, y el Juez mandará que se haga la notificación fijando la cédula en el sitio público de costumbre, e insertándola en el ‘Diario de Avisos’ donde lo hubiere, y si no en el ‘Boletín Oficial’ de la provincia. También podrá acordar que se publique la cédula en la ‘Gaceta de Madrid’, cuando lo estime necesario.” Al respecto, cfr. GÓMEZ ORBANEJA/HERCÉ QUEMADA, *Derecho procesal civil I*, p. 209 ss.

una parte, la prioridad del emplazamiento personal de las partes procesales (y, por consiguiente, la total supletoriedad de la citación por edictos) y -mucho más importante aún- dictaminó que el juez tiene el deber de emplear todos los medios a su alcance para procurar la citación personal del demandado.¹⁴⁷

Sin embargo, el Tribunal Supremo y algún tribunal de instancia, tanto antes como después de la entrada en vigor de la actual LEC, han declarado invariablemente la tipicidad de conductas como las siguientes:

- ✓ *Supuesto 1. El proveedor de pescado A demandó al pescadero B por un envío de su producto que previamente había sido ya cancelado. Como domicilio del demandado B, el proveedor A señaló la finca X a sabiendas de que éste residía realmente en otro lugar. Agotada la citación personal, solicitó la citación por medio de edictos que obviamente resultó también infructuosa. Por ende el juzgado declaró a posteriori la rebeldía del demandado. Una vez que fue dictada sentencia a su favor el demandado, señaló entre los bienes a embargar para satisfacer la acreencia el inmueble donde el demandado realmente residía.*¹⁴⁸

- ✓ *Supuesto 2. El demandante A promueve infundadamente juicio en reclamación de gastos comunes de una finca de la que era copropietario mayoritario. Dirige la demanda en contra de desconocidos copropietarios de otra parte de la finca aun a pesar de conocer la identidad y el domicilio de los mismos. La cuantía de la demanda ascendía a la*

¹⁴⁷ Así, entre otras, STC de 14 de julio de 1998 (ponente Jiménez de Parga y Cabrera), FJ 3º: “...el emplazamiento por edictos, aun sin ser en sí mismo contrario a las exigencias del art. 24. 1 CE, constituye un modo supletorio de llamada de los interesados al proceso. En consecuencia, el órgano judicial debe emplear previamente todos los medios a su alcance para garantizar el emplazamiento personal...” (...) “...los órganos judiciales tienen el deber de emplear la máxima diligencia en el cumplimiento efectivo de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar, cuando ello sea factible, que la comunicación llegue al conocimiento real de la parte...” (el subrayado es mío). En idéntico sentido, STC de 21 de noviembre de 2005 (ponente Aragón Reyes), FJ 2º, que sitúa correctamente el inicio de esta tendencia jurisprudencial con la STC de 31 de marzo de 1981 (ponente Gómez-Ferrer Morant) que sostuvo lo siguiente: “...la Sala debe hacer notar que el artículo 24.1 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador -y al intérprete- consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción. Lo que conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados -e incluso coadyuvantes-, siempre que ello resulte factible, como puede ser cuando sean conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o incluso del expediente, aun cuando no se le oculta a este Tribunal -dada la variedad de hipótesis que pueden plantearse- que la consecución plena de este resultado puede exigir un cambio legislativo.” Este criterio ha sido ratificado por STC de 23 octubre de 2006 (ponente Delgado Barrio), FJ 2º y STC de 14 enero de 2008 (ponente Rodríguez Arribas), FJ 2º, entre otras.

¹⁴⁸ STS de 21 de febrero de 2003 (ponente Aparicio Calvo-Rubio), que confirma la SAP Baleares, Sección 2ª, de 29 de junio de 2001 (ponente Blanes Valdés).

*totalidad del valor de la cuota parte de propiedad que correspondía a los demandados. El juez una vez admitida la demanda y agotadas las vías de emplazamiento decretó la rebeldía de los acusados y dictó posteriormente sentencia estimatoria de la demanda que permitió al demandante hacerse mediante un embargo ejecutivo con la mencionada cuota parte de la finca que era propiedad de los sujetos contra los que ejerció demanda.*¹⁴⁹

- ✓ *Supuesto 3. El emigrante A recibe una tentadora oferta profesional en el extranjero y en virtud de ello decide ausentarse en forma permanente del país. En tal virtud dada la relación de confianza que mantenía con su amigo B, le otorga poder para la administración de su cuenta bancaria en el Banco C y le hace entrega de las llaves del inmueble de su propiedad. Durante su permanencia en el extranjero (más de diez años) A y B se mantuvieron en contacto en la medida en que las circunstancias lo permitían. Con el fin de realizar operaciones comerciales o para cualquier imprevisto A había dejado a B varios impresos oficiales firmados en blanco. Aprovechando la ausencia permanente de A, el acusado B realizó un contrato de compra-venta en el referido documento firmado en blanco y demandó ante los tribunales la elevación a público del mismo. Señaló como domicilio del demandado el inmueble que A le había dejado en custodia. El juzgado correspondiente cursó todas las notificaciones al demandado por la vía de edictos y, ante su ausencia, declaró su rebeldía y posteriormente estimó la demanda. El demandante A, una vez solicitada la ejecución de la sentencia, logró hacerse con la propiedad del inmueble logrando inclusive su inscripción en el registro de la propiedad.*¹⁵⁰

Existen, no obstante, algunas decisiones de tribunales de instancia que con más o menos fortuna se pronuncian en sentido contrario y por consiguiente aprecian la existencia de estos deberes judiciales de averiguación.

En el primero de estos supuestos se enjuicia un caso análogo a los expuestos: el acusado, conociendo que el demandado se encontraba en el extranjero, formuló demanda en reclamo de una deuda inexistente.¹⁵¹ Aportó a tales fines un

¹⁴⁹ STS de 8 febrero 1988 (ponente Huerta y Alvarez de Lara). En supuesto de hecho análogo, STS de 22 de abril de 1997 (ponente Puerta Luis), FJ 3º. También, SAP Córdoba, Sección 1ª, de 12 de julio de 2006 (ponente Fernández Carrión).

¹⁵⁰ SAP Barcelona, Sección 10ª, de 3 de febrero de 2014 (ponente Planchat Teruel).

¹⁵¹ SAP Asturias, Sección 7ª, de 18 de septiembre de 2001 (ponente Barrio Bernardo-Rua), FJ 2º.

domicilio muy poco usado por el demandado, evitando a su vez dar a conocer al juzgado el domicilio familiar donde residía el demandado junto a su esposa, pese a conocerlo. Ante estos hechos y previo a efectuar el emplazamiento por edictos, el juzgado ofició a los organismos policiales correspondientes a fin de que realizaran las averiguaciones a que hubiere lugar. A consecuencia de ello se pudo encontrar el domicilio familiar del demandado y se verificó su estadía en el extranjero cosa que impidió finalmente realizar la citación personal. Posterior a ello, el juzgado acordó efectuar la citación del demandado por edictos.

El juzgado de lo penal consideró atípica la conducta del demandante en este caso debido a la diligencia del juez civil en la indagación del domicilio del demandado.¹⁵² Es decir, en abierta superposición de planos de análisis *ex post* y *ex ante*, consideró que el comportamiento fraudulento del demandante se encontraba dentro del ámbito del riesgo permitido en virtud de la existencia de los mencionados deberes judiciales de averiguación (*ex post*) omitiendo valorar *ex ante* si efectivamente la conducta del autor tiene la entidad suficiente como para superar tales deberes de cuidado (constituirse en un riesgo jurídicamente desaprobado) y realizarse en el resultado.¹⁵³

Por otra parte, la única resolución que a la fecha ha apreciado la infracción del tantas veces mencionado deber judicial de diligencia en procurar la citación personal del demandado y en consecuencia ha declarado la atipicidad de la conducta del demandante enjuició un caso muy similar a los que ya se han analizado¹⁵⁴:

- ✓ Supuesto 4. *Por desaveniencias conyugales el acusado abandonó el hogar familiar con rumbo al extranjero. Fue demandado por divorcio y condenado en rebeldía. El vínculo matrimonial se disolvió y judicialmente se le obligó a pagar la manutención de los hijos habidos en común. Posteriormente, cuando volvió a fijar su residencia en España, demandó a su excónyuge por divorcio y señaló que tanto ella como sus*

¹⁵² SAP Asturias, Sección 7ª, de 18 de septiembre de 2001 (ponente Barrio Bernardo-Rua), FJ 2º: "...si existió una (sic.) inicial intento de ocultación ello no fue conseguido dado que el juzgador de primera instancia haciendo uso de un exceso de celo logró averiguar el domicilio de la esposa donde intento (sic.) realizar el emplazamiento y notificaciones subsiguientes. (...) Por consiguiente, (...) al no haber podido ser acreditada la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que el tipo exige, la absolución deviene obligada." (el subrayado es mío).

¹⁵³ Cfr. MIR PUIG, *DP*, Lección 10, n.m. 49 ss.

¹⁵⁴ SAP Asturias, Sección 7ª, de 18 de septiembre de 2001 (ponente Barrio Bernardo-Rua), FJ 2º; SAP Girona, Sección 3ª, de 23 enero de 2006 (ponente Marca Matute).

*hijos se hallaban en paradero desconocido a pesar de tener pleno conocimiento de que residían aun en el antiguo domicilio familiar. En virtud de este alegato el juzgado ordenó el emplazamiento por edictos y, posteriormente su condena en rebeldía.*¹⁵⁵ La SAP, en aplicación de la jurisprudencia constitucional previamente citada¹⁵⁶, apreció atipicidad en la conducta desplegada por el acusado al considerar que el juez

“...si hubiere actuado diligentemente hubiera desvanecido con suma facilidad el error en que posteriormente incurrió declarando en rebeldía a la esposa, de tal manera que tal engaño se debe finalmente a la propia negligencia del supuesto engañado, (...), que existe un deber por parte del órgano jurisdiccional de emplear la máxima diligencia en el cumplimiento efectivo de los actos de comunicación, cuidando de asegurar, cuando ello sea factible, que la comunicación llegue de forma real a la parte, lo que evidentemente hace que se excluya en la medida de lo posible la forma edictal, pues es evidente que normalmente por este medio casi nadie se entera del procedimiento y de su llamada al mismo.”¹⁵⁷

b.2.2. Infracción de deberes judiciales en una colusión de partes

Por último consideramos que es digna de mención una resolución más reciente que considera atípica una colusión de partes en virtud de la infracción del deber judicial de apreciar en la motivación de la resolución judicial la valoración de

¹⁵⁵ SAP Castellón, Sección 2ª, de 7 de marzo de 2002 (ponente Antón Blanco).

¹⁵⁶ Los hechos enjuiciados ocurren durante la vigencia de la LEC 1881 que, como hemos dicho, carecía de una disposición análoga al art. 156 LEC. Sin embargo la SAP se acoge en su fundamento de atipicidad a los efectos *erga omnes* y, por lo tanto, plenamente vinculantes de las resoluciones del TC en interpretación última del Texto Constitucional. Al respecto, LÓPEZ GUERRA *et al.*, *Derecho constitucional I*, p. 90 s.

¹⁵⁷ SAP Castellón, Sección 2ª, de 7 de marzo de 2002 (ponente Antón Blanco), FJ 3º. En el mismo sentido, SAP Girona, Sección 3ª, de 23 de enero de 2006 (ponente Marca Matute), FJ 2º: “...en el hipotético supuesto de que se hubiera reputado como probado el engaño o la maquinación insidiosa que se imputa a D. Alberto, dicho engaño no podría calificarse como ‘bastante’ a los efectos de incardinar su conducta en el tipo penal de la estafa, porque el Juzgado (...) no agotó las posibilidades de notificación personal que le eran exigibles, antes de acordar la citación edictal de las demandadas, siendo de ver en tal sentido que dicho órgano jurisdiccional pudo y debió, de una parte, requerir personalmente a D. Alberto para que aportara, de conocerlo, otro domicilio de las demandadas distinto de aquel en el que se había intentado infructuosamente su localización, y de otra, oficiar a la entidad mercantil “La Caixa” para que informara del domicilio de la titular de la cuenta bancaria en la que se efectuaba el ingreso periódico de las pensiones, compensatoria y alimenticia, acordadas entre los cónyuges; cuenta bancaria que aparecía identificada por su número y sucursal bancaria en el convenio regulador aportado como documental junto con el escrito de demanda...”

todos y cada uno de los elementos de convicción que han sido aportados al procedimiento (art. 218 LEC).¹⁵⁸

- ✓ Supuesto 5. *Ante el remate del bien del que son propietarios A, B y C deciden simular un proceso de división de la cosa común en el que A ejerció demanda en contra de B y C y éstos se allanaron a la pretensión de A. Tras la estimación de la demanda el juzgado acordó la subasta del bien sin enterarse de que A, B y C ya no eran propietarios del mismo. El bien es subastado a un tercero que posteriormente se querella en contra de estos individuos. El juzgado de lo penal considera que la conducta de los acusados es atípica en virtud de que tanto el juez que conoce del proceso civil como el tercero que adquirió el inmueble no fueron capaces de verificar en las actas del expediente judicial las "...certificaciones registrales que de haber sido examinadas con el mínimo celo, tanto por parte del juez de instancia como por parte del licitador querellante (...) debieran haber hecho imposible las pretensiones de los querellados, no pudiendo entenderse por lo tanto que la expresión de un hecho determine que se estime la concurrencia de engaño bastante calificador de la existencia de estafa..."*¹⁵⁹

c. La infracción de las cargas procesales del demandado

Como hemos dicho, en el proceso civil (ordinario, principalmente), junto a los deberes de heteroprotección del juez, deben verificarse el cumplimiento de las cargas de la propia víctima (del perjuicio patrimonial) en la prueba de sus alegatos y, por ende, en la refutación de las afirmaciones y pruebas engañosas aportados al proceso por su contraparte (naturalmente, si una parte procesal –no un tercero– es la perjudicada en su patrimonio), esto es *sus deberes de autoprotección*.¹⁶⁰

Así pues, las cargas procesales de las partes cumplen una función simbiótica junto a lo que el proceso civil alemán denomina la dirección material del proceso

¹⁵⁸ Al respecto, por todos, ABEL LLUCH, "La valoración de la prueba", pp. 461-528 (510 ss.).

¹⁵⁹ SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 6ª, de 4 Febrero 2014 (ponente Casado Portilla), FJ 1º.

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, MERKEL, *Kriminalistische*, pp. 185 ss., 283 ss. (n.p. 8).

(*materielle Prozessleitung*¹⁶¹) y el proceso civil inglés denomina “*Judicial Case Management*”¹⁶²: esto no es más que las facultades judiciales de intervención en el proceso que -como hemos mencionado- también pueden colegirse del articulado de la LEC. En este sentido, donde el principio dispositivo impide al juez desplegar un mecanismo interventor debe estar allí la diligencia de las partes manifestada de forma principal en el proceso a través de las denominadas cargas procesales. En tal sentido, el principio de aportación de parte –predominante, como se ha dicho, en los sistemas procesales regidos por el principio dispositivo- exige en líneas generales que la determinación del engaño típico vaya de la mano con la circunstancia de que el demandado haya aportado o no (teniendo la carga de hacerlo) las pruebas que sirvan para desvirtuar la pretensión engañosa.

Algunos casos de la jurisprudencia española ilustran esta problemática. Salvo alguna excepción, la mayor parte de las decisiones que han enjuiciado estas conductas han apreciado la atipicidad de la conducta engañosa de una las partes en virtud de que la resolución judicial errónea es atribuible, por un lado, a la incapacidad material del juez de autoprotgerse frente a la conducta engañosa y, además, a un ejercicio indebido del derecho a la defensa de la contraparte procesal.

Los casos objeto de enjuiciamiento en los que se aprecia atipicidad con base en lo antes expuesto son por lo general del siguiente tenor:

- ✓ Supuesto 1. *La acusada B fue despedida por la empresa C y recibió en concepto de indemnización la cantidad X. A pesar de esta última circunstancia, realizó los trámites conducentes a una diligencia de conciliación ante el organismo correspondiente la cual se llevó a cabo con la presencia de representantes de la empresa C y que a la postre resultó infructuosa. Posteriormente, ocultando también que había sido previamente indemnizada, la acusada B presentó demanda ante los juzgados de lo social. Aun a pesar de estar debidamente notificada de la pretensión en su contra, la empresa C nunca acudió al juzgado a ejercer su Derecho a la defensa. La demanda fue estimada y la empresa C fue condenada a pagar una cantidad similar a la que ya había cancelado más los costes y otros gastos derivados del proceso. El TS apreció que el perjuicio patrimonial producto del acto judicial de disposición patrimonial decretado por el juzgado de lo social es imputable a la propia*

¹⁶¹ Cfr. entre otros, STADLER, *Musielak-ZPO*, § 139, n.m. 1 ss.

¹⁶² Cfr. entre otros, ZUCKERMANN, *ModLRev*, 1996, p. 773 ss.

torpeza de la demandada que se traduce en no acudir al proceso a desvirtuar los alegatos engañosos en su contra por medio de la oposición a la pretensión interpuesta y la aportación de las pruebas que con toda facilidad hubiesen inclinado la balanza a su favor. El juez estaría aquí impedido de contrarrestar la acción engañosa porque en virtud del principio de aportación de parte esta conducta forma parte del ámbito competencial de la contraparte en el proceso.¹⁶³

Existen no obstante, excepciones a esta tendencia general que deben ser mencionadas. En ellas (entre otras cuestiones) se aprecia la tipicidad de la conducta engañosa aun a pesar de verificarse que la contraparte incumple con sus cargas procesales:

- ✓ *Supuesto 2. El acusado A tras haber renunciado a la empresa X para la cual laboraba, interpuso pretensión falsa en su contra en reclamación de una serie de montos que supuestamente su antiguo empleador le debía. Aportó en apoyo de sus dichos un documento falso. El documento fue impugnado por la parte demandada pero no fue tachado de falso. Es decir, se alegó la duda respecto de su autenticidad pero conforme a la*

¹⁶³ STS de 10 de abril de 2003 (ponente Andrés Ibáñez), FJ Único: "...la parte demandada tuvo la oportunidad de argumentar frente a la reclamación dirigida contra ella, y le hubiera sido extraordinariamente fácil hacerlo con eficacia, aportando el material probatorio apto para cambiar el sentido de la decisión judicial. Pero sus administradores no cumplieron con ese deber elemental de diligencia exigible en beneficio del patrimonio de la entidad, que es la autotutela de los propios intereses...". Esta sentencia confirma la SAP Madrid, Sección 15ª, de 6 de octubre de 2001 (ponente Jorge Barreiro), FJ 2º: "...todo parece dar a entender que nos hallamos ante un delito de estafa procesal. Sin embargo, el hecho de que se haya acreditado el nexo causal entre la acción engañosa y el error del Juez que acabó determinando el perjuicio de la querellante (perspectiva naturalística u ontológica) no quiere decir que se diera también el requisito de la imputación objetiva, esto es, que el error determinante del perjuicio se pueda imputar objetivamente a la acción engañosa (perspectiva normativa o axiológica). Si nos situamos, por tanto, en el contexto normativo propio de la imputación objetiva, no puede admitirse que el engaño empleado por la acusada en el procedimiento laboral fuera bastante para ocasionar el resultado defraudatorio. (...). Y ello porque en el procedimiento judicial se le da la posibilidad de intervenir a la contraparte, que, al ejercitar sus derechos procesales, puede y debe aportar los datos y el documento que evite el error y el subsiguiente perjuicio." En el mismo sentido, STS de 28 de febrero de 2008 (ponente Soriano Soriano), FJ 8º: "...el engaño al juez civil se produjo claramente como consecuencia de la torpeza del querellante [parte demandada] (...) al no aportar, como hubiera sido normal en una persona diligente, los documentos y justificantes que acreditaban sin ningún género de duda el pago de la cantidad controvertida." También, SAP León, Sección 3ª, de 24 de mayo de 2006 (ponente Mallo Mallo) y SAP Madrid, Sección 5ª, de 17 mayo de 2007 (ponente Redondo Gil). En contra, aprecia en un supuesto de hecho análogo la tipicidad de la conducta engañosa y, por consiguiente la inexistencia de deberes de cuidado del demandado, SAP Madrid, Sección 15ª, de 8 de mayo de 2007 (ponente Oliván Lacasta).

*reglas de la carga de la prueba no se propuso la práctica de una prueba para acreditar el alegato de falsedad de dicho documento.*¹⁶⁴ Ante esta situación el juzgado dio crédito al mencionado medio de prueba y en tal virtud estimo la demanda interpuesta por X. El juzgado de lo penal no considera que exista una carga procesal del demandado y por lo tanto aprecia la existencia del tipo penal de la estafa.¹⁶⁵

5. La subsunción del fraude procesal “mediante silencio” en el tipo penal del art. 248.1 CP

i Introducción

Como es sabido, las modalidades de silencio o inactividad fraudulentos con efectos perjudiciales en el patrimonio y, por lo tanto, punibles por medio del tipo básico de la estafa (art. 248.1 CP) suelen dividirse en dos constelaciones de casos: por una parte los denominados supuestos de engaño mediante actos concluyentes y, por la otra, los casos de engaño mediante omisión de información (*Aufklärung*) o lo que es lo mismo la estafa en comisión por omisión.¹⁶⁶

¹⁶⁴ La conducta aquí descrita sería a todo evento atribuible al abogado que actúa en representación de la parte demandada toda vez que se trata de una inobservancia de la *lex artis*. Reiteramos no obstante que desde el punto de vista político criminal no nos parece procedente un reforzamiento (a través de un delito de infracción de deber) de los controles extrapenales (administrativo-gremiales, por ejemplo) que ya existen.

¹⁶⁵ SAP Madrid, Sección 3ª, de 25 de febrero de 2011 (ponente García Llamas), FJ 2º: “Se trata además de un engaño que debe reputarse bastante, idóneo o suficiente descartando, (...), una atribución de culpa o de falta de diligencia a la defensa ante el Juzgado de lo Social de la ahora acusadora particular por no haber tachado de falso el documento en cuestión. La atribución de tal carga procesal supondría en buena medida vaciar de contenido la estafa procesal, al menos en cuanto delito consumado, toda vez que lo habitual es que el fraude procesal, o como es el presente caso la manipulación de pruebas, se articula normalmente a través de la documental de indudable valor en el ámbito de los litigios económicos. Pero además no cabe desconocer que el documento es aportado en el momento del juicio, no antes con ocasión del previo acto de conciliación, o con la demanda en la que ni siquiera se advierte de su existencia, presentando una apariencia de bondad y descartándose una falsedad burda o grosera. En procesos regidos por principios de unidad y concentración no cabe exigir a la parte perjudicada, que no engañada, una diligencia exorbitante.” (el subrayado es mío).

¹⁶⁶ Al respecto, entre muchos otros, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, nn.mm. 109 ss., 144 ss. En la manualística española, por todos, PASTOR MUÑOZ / COCA VILA, “Tema 11”, pp. 253-275 (259).

ii El reducido ámbito de despliegue del engaño concluyente en la estafa procesal

a. Breve referencia a los postulados de la dogmática del acto engañoso concluyente en la estafa (procesal)

Los llamados engaños concluyentes típicos son los casos de engaño tácito, es decir, de silencio “comunicativo” o, lo que es lo mismo, de transmisión de información engañosa no expresada directamente sino de forma indirecta o implícita que puede inferirse simbólicamente del comportamiento (con o sin lenguaje oral o escrito) -de las actitudes- del autor en un determinado contexto o relación negocial: es un engaño activo no transmitido expresamente.¹⁶⁷ En tanto acto implícito, el engaño concluyente debe deducirse de las circunstancias definitorias de la relación negocial (que incluye, claro está, su contexto o ámbito normativo) en la que tiene lugar.¹⁶⁸ Sirva de ejemplo la tipología de casos conocida en algunos países de Hispanoamérica como del “perro muerto”: el sujeto que acude a un restaurante o similar, ordena comidas y/o bebidas y sale subrepticamente del local sin pagar por lo que ha consumido.¹⁶⁹ La relación jurídica entre el cliente y el restaurante –un contrato bilateral y (naturalmente) oneroso- está revestida de unas formas que son ideales para el despliegue de este tipo de conductas: el cliente acude al local, es atendido y puede permanecer tras haber sido servido el tiempo que quiera (siempre que no exceda las horas de apertura del restaurante) y únicamente en el momento en que se disponga a abandonar el local tiene que pagar por su consumición. Por lo tanto, la afirmación engañosa en este caso *se deduce* del acto expreso de acudir al lugar en cuestión, tomar asiento y ordenar comidas y/o bebidas, ya que *implícitamente* también se afirma la voluntad ulterior de pagar por el servicio.¹⁷⁰

De lo antes expuesto puede a su vez inferirse que en un contexto normativo de contornos particularmente definidos como puede ser (en la temática que nos ocupa) el proceso civil ordinario, el ámbito del engaño no manifestado de forma directa tiene que ser necesariamente reducido. Ello en virtud de que, por una parte, la norma procesal (civil) exige a las partes de forma taxativa y bajo

¹⁶⁷ Así, entre otros, KINDHÄUSER, „Konkludentes Täuschen“, pp. 579-593 (580 ss.); MAYER LUX, *RChD* (2014), pp. 1017-1048 (1024 ss., 1031 ss.).

¹⁶⁸ Por todos, MAYER LUX, *RChD* (2014), pp. 1017-1048 (1033 ss.).

¹⁶⁹ Cfr., MAYER LUX, *RChD* (2014), pp. 1017-1048 (1018).

¹⁷⁰ Por todos, MAYER LUX, *RChD* (2014), pp. 1017-1048 (1033 ss.).

amenaza de sanción (procesal) la manifestación expresa de elementos formales y materiales que permitirán constituir el objeto del proceso. Aunado a ello, la mecánica del proceso jurisdiccional no puede dejar nada al azar y por lo tanto la misma norma procesal otorga carácter *concluyente* a las actitudes no manifiestas de las partes que se traducen básicamente en el silencio y la inactividad. Además, con base en el principio dispositivo y su manifestación técnica -el principio de aportación de parte- la norma procesal necesariamente debe presumir manifestaciones de voluntad perniciosas para la parte que se mantiene silente y/o inactiva que consecuentemente tienen un efecto perjudicial respecto de su propia situación procesal. Por ejemplo, el silencio del demandado ante la pretensión interpuesta en su contra –esto en líneas generales implica su incomparecencia y consecuente no contestación de la demanda- presume su oposición al planteamiento del demandante (art. 496 LEC, *ficta litis contestatio*), la incapacidad posterior (hasta cierto punto) de ejercer su Derecho a la defensa y un grave riesgo de exponerse a una sentencia desfavorable¹⁷¹. Asimismo, la no aportación de pruebas por parte del demandado teniendo la carga de hacerlo (si ha alegado hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la pretensión, art. 217.3 LEC) implica la inexistencia de sus afirmaciones de hecho y la consecuente estimación de la demanda (art. 217.1 LEC).¹⁷²

Así pues, por imperativo legal el engaño concluyente en el proceso civil debe deducirse de forma prácticamente exclusiva de actitudes o conductas manifiestas de las partes, de actos expresos que hagan presumir una voluntad adicional que a la postre es engañosa y que no necesita ser explicitada porque se entiende del propio contexto que, precisamente, es a su vez engañoso¹⁷³. Debe tratarse, como hemos dicho, de una conducta activa¹⁷⁴.

¹⁷¹ Así, entre otros, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 327.

¹⁷² Así, entre otros, ABEL LLUCH, “La carga de la prueba”, p. 364 ss.

¹⁷³ Por todos, MAYER LUX, *RChD* (2014), pp. 1017-1048 (1031 ss.).

¹⁷⁴ Autores como LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 308; LENCKNER, *HWiStR*, pp. 1-6 (2); El mismo, *Prozessbetrug*, p. 57 ss.; KEUNECKE, *Prozeßbetrug*, p. 14 ss.; KOFFKA, *ZStW* 54 (1935), pp. 45-65 (54 ss.), con base en el deber de veracidad procesal (§ 138 I ZPO) aseveran que -por ejemplo- la ocultación por parte del demandante de hechos impeditivos o extintivos de la pretensión integraría el concepto de engaño concluyente. Utilizan como ejemplo el caso enjuiciado en RGSt 32, 1-4: el autor demandó la totalidad de una deuda que había sido parcialmente cancelada. Aportó al proceso el documento original que soporta la obligación en que el no constaba la amortización parcial de la misma. Es decir, estos autores consideran (equivocadamente y con abierta violación al sistema de cargas procesales) que constituye un engaño concluyente la no mención en la demanda de un hecho que (al menos parcialmente) podría extinguir la pretensión engañosa ya que -según el § 138 I ZPO- *existe el deber de alegarlo*. En el supuesto negado de que algo semejante pudiera plantearse estaríamos en presencia de una estafa procesal en comisión por omisión y no en un caso de engaño concluyente. Esto se debe a que -como se ha dicho- en casos de engaño concluyente sí hay transmisión de información de *forma tácita o implícita* y en el caso con el que

b. La jurisprudencia española

A diferencia de la problemática de la comisión por omisión en la estafa procesal (*vid. infra*), la jurisprudencia emanada de los juzgados y tribunales españoles no ha hecho en sus pronunciamientos expresa referencia a la cuestión del engaño concluyente en el contexto de la estafa procesal. No obstante, existen casos en que pueden distinguirse claramente actos concluyentes engañosos. Sin embargo, se advierte en ocasiones que no está muy clara la distinción entre los actos concluyentes y la comisión por omisión en la estafa y ello da lugar a muy discutibles declaraciones de atipicidad por ausencia de deberes de información que fundamenten una posición de garante.

b.1. Jurisdicción contenciosa

- ✓ Supuesto 1. *Los cónyuges A y B fallecieron en fecha X. Posteriormente el acusado C, amigo cercano de la pareja, con el propósito de hacerse con la propiedad del inmueble demandó a los cónyuges A y B (fallecidos poco antes) con base en un documento privado falso suscrito supuestamente hacía más de 20 años y alegando además la ocupación pacífica y reiterada del inmueble desde entonces. Alegó además que A y B se encontraban en paradero desconocido y en tal virtud solicitaba la práctica de la citación por edictos. Ante la imposibilidad del juzgado de dar con el paradero de los demandados ordenó la citación por edictos que terminó con su declaración de rebeldía. El acusado C obtuvo posteriormente una resolución judicial favorable a sus pretensiones.*¹⁷⁵

- ✓ Supuesto 2. *Tras el fallecimiento de su cónyuge, la acusada B se constituyó en única representante del hijo de ambos de doce años de edad. Pocos meses después, en representación de su hijo, único y universal heredero, B vendió una serie de bienes que habían pertenecido*

se ejemplifica este argumento *no se transmite una información que, según está opinión, debe transmitirse*. Respecto de la comisión por omisión en la estafa procesal, *vid. infra* aparte siguiente.

¹⁷⁵ STS de 15 de julio de 2010 (ponente Martínez Arrieta). En el mismo sentido al enjuiciar un supuesto de hecho análogo, STS de 11 mayo de 2012 (ponente Sánchez Melgar), que confirma la SAP Zaragoza, Sección 6ª, de 26 de mayo de 2011 (ponente Blasco Obede).

al causante. Posteriormente los padres del causante ejercieron en contra de B (en su calidad de representante del menor) demanda de juicio ejecutivo en reclamación de un préstamo que en su día habían realizado al causante. La acusada B formuló oposición a la ejecución ejercida por sus suegros alegando falsamente que la herencia aun era yacente, es decir, que aun no había sido aceptada por el hijo de doce años (de conformidad con el art. 1000 CC la herencia se entiende aceptada tácitamente si el heredero vende o dona su derecho a un extraño). Los demandantes se opusieron a este alegato pero no pudieron demostrar suficientemente que la acusada B había dispuesto previamente de los bienes del causante en nombre de su hijo y en virtud de ello el juzgado por medio de auto dejó sin efecto la ejecución despachada. El juzgado apreció erróneamente la atipicidad de la conducta en virtud de que consideró que está ante un supuesto de comisión por omisión y no existe un deber procesal de informar verazmente con base en una posición de garantía derivada del principio de buena fe procesal¹⁷⁶.

b.2. Jurisdicción voluntaria:

- ✓ Supuesto 2 (declaración de herederos *ab intestato*¹⁷⁷). *El coheredero A promovió expediente de declaración de herederos ab intestato en cuya*

¹⁷⁶ SAP Valencia, Sección 2ª, de 3 junio de 2005 (ponente Escribano Parreño), (confirmada por la STS de 23 octubre de 2006 (ponente Monterde Ferrer)). La sentencia establece (FJ 2º): “...cualquier omisión de información relevante para despejar una posible situación de error, no puede ser considerada equivalente a la producción activa del error, pues, (...) tal equivalencia requiere, como primer presupuesto, que el autor se encuentre en posición de garante. En este caso ello no concurre, pues estamos ante un procedimiento civil ejecutivo ordenado conforme al principio de justicia rogada, de modo que la aportación de hechos y pruebas es libremente administrada por las partes, no imponiéndose a ninguna de ellas un específico deber de información a favor de la parte contraria. No pudiendo apreciar tal posición de garante en el genérico deber de la buena fe procesal.” En supuesto de hecho análogo, STS de 15 noviembre de 2002 (ponente Sánchez Melgar): la acusada –demandante en un proceso por divorcio- alegó *evidente desequilibrio económico* ante su nueva situación y solicitó pensión compensatoria por una cantidad considerable hasta tanto no fuese disuelta la sociedad de gananciales alegando además de forma falsa que solamente tenía una fuente de ingresos proveniente de su trabajo como secretaria cuando en realidad trabajaba también para otra empresa en la que devengaba un salario que duplicaba su remuneración en calidad de secretaria.

¹⁷⁷ De conformidad con lo establecido en la Disposición Final undécima de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015 de 2 de julio) que modificó la Ley del Notariado (Título VII, arts. 55 ss.) los notarios tienen en la actualidad la competencia exclusiva para conocer de expedientes de declaración de herederos *ab intestato* (entre otros) (al respecto, cfr. LIÉBANA ORTIZ / PÉREZ ESCALONA, *Comentarios LJV*, pp. 449 ss., 461 ss. Por lo tanto, tal y como se ha dicho en el aparte correspondiente (vid. *supra* I.I.B.b).2.v.), la mención expresa a “procedimiento judicial” y a “juez o tribunal” en la redacción legal de la estafa procesal (art. 250.1.7º) implica que -a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa que previamente ha sido citada- los supuestos de estafa ocurridos en el seno de expedientes de declaración de

solicitud sostuvo que era el único heredero del causante B, fallecido en fecha X. A tales efectos aportó dos testigos al procedimiento que no hicieron sino ratificar lo alegado en su solicitud. En consecuencia, el juzgado de primera instancia dictó auto por medio del cual declaró que A era único y universal heredero ab intestato de B. Posteriormente A, haciendo uso de dicha declaración de herederos procedió a adjudicarse e inmediatamente vender un bien inmueble que era propiedad del causante. Poco después pudo comprobarse que el causante B tenía más herederos que al percatarse de lo hecho por A acudieron a poner en conocimiento de estos hechos a las autoridades correspondientes. La AP apreció estafa procesal en la conducta de A en virtud de que logró acreditar ante el juzgado que era único y universal heredero de B “...omitiendo consciente y deliberadamente que el finado tenía más hermanos (...), lo que llevó a error al Juez (...), perjudicando al resto de los herederos legales.”¹⁷⁸ Es decir, (a pesar del uso poco afortunado de términos que pueden prestarse a confusión¹⁷⁹) se admite la existencia de un engaño implícito en la afirmación engañosa.

- ✓ Supuesto 3. (expedientes de dominio) *Con el propósito de hacerse con la exclusiva propiedad del inmueble X, los acusados B y C, hijos del copropietario D instaron expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo a su favor. A tales fines alegaron que habían adquirido el inmueble mediante compra-venta no documentada (verbal) a su padre (el copropietario D), quien así lo ratificó ante el juzgado aduciendo además que había adquirido la exclusividad del bien por haberlo comprado a sus hermanos. En consecuencia el juzgado que conoció de dicha pretensión mediante auto acordó reanudar el tracto sucesivo ininterrumpido y ordenó la inscripción registral del dominio del bien a favor de los acusados B y C. Posteriormente el copropietario D y su hermana la copropietaria E, instaron a su vez un procedimiento análogo viéndose*

herederos *ab intestato* quedarían fuera del ámbito de aplicación del tipo penal de estafa procesal y serían constitutivas de estafa básica (art. 248.1 CP).

¹⁷⁸ SAP Asturias, Sección 8ª, de 24 de mayo de 2013 (ponente Martínez Serrano), el texto entre comillas está en FJ 2º. En el mismo sentido al enjuiciar un supuesto de hecho análogo, STS de 30 de septiembre de 1997 (ponente Conde-Pumpido Tourón), FJ 11º; SAP Granada, Sección 2ª, de 25 de septiembre de 2009 (ponente González Niño).

¹⁷⁹ En este sentido mantienen vigor las palabras de SILVA SÁNCHEZ, “Artículo 11”, pp. 441-488 cuando sostiene (484): “En ocasiones, cuando la Jurisprudencia –o la doctrina– aluden a la comisión por omisión de un determinado delito (por ejemplo, de mera actividad, o de medios determinados), más bien se trata de supuestos de ‘actuar concluyente’ por pasividad o silencio; ello, a nuestro entender, no tiene nada que ver con la comisión por omisión, por mucho que sea ésta la terminología empleada.”

*impedidos de registrar el título supletorio que obtuvieron mediante resolución judicial en virtud de que en el registro de la propiedad costaba que el inmueble había pasado a manos de los acusados B y C.*¹⁸⁰

iii La estafa procesal en comisión por omisión

a. Introducción

En el segundo grupo de casos se incluyen los supuestos de engaño consistente en la *no transmisión de información veraz cuando existe el deber de informar (verazmente)*, es decir los casos de omisión impropia o de engaño por medio de la omisión de información¹⁸¹.

A este respecto no podemos desconocer, por una parte, las dificultades que ha tenido históricamente la dogmática de la omisión para encontrar espacios de tipicidad en el tipo básico de estafa en tanto y en cuanto, por una parte, el § 13 I StGB¹⁸² (así como su equivalente, el art. 11 CP) exige como cláusula general del tipo impropio de omisión –además de la existencia de un deber jurídico de evitación del resultado– la correspondencia de la conducta omisiva con la realización de la conducta típica (a su “causación”, dice el art. 11 CP¹⁸³) mediante un hacer positivo y, por la otra, la tradicional consideración del tipo básico de la estafa (§ 263 StGB, art. 248.1 CP) como un delito de *medios*

¹⁸⁰ STS de 9 de diciembre de 2004 (ponente Martínez Arrieta). En supuesto de hecho análogo enjuiciado bajo términos similares, SAP Segovia, Sección 1ª, de 30 de septiembre de 2011 (ponente Pando Echevarría). Por su parte, la SAP Sevilla, Sección 4ª, de 7 de marzo de 2014 (ponente Gutiérrez López) FJ 5º, afirma que por falta de certeza probatoria no puede sostener con contundencia hechos análogos a los de las decisiones precedentes que podrían fundamentar una sentencia condenatoria.

¹⁸¹ Cfr. KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 144 ss.

¹⁸² „*Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.*“ (“El que omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley cuando deba responder jurídicamente para que el resultado no se produjera y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante una acción.”)

¹⁸³ En el caso particular español, un sector de la doctrina sostiene que la alusión expresa y única que hace el art. 11 CP de los delitos de resultado como referentes de la equivalencia típica omisiva excluye de su ámbito de aplicación los delitos de medios determinados. Por lo tanto, para construir la estructura de la comisión por omisión en estos tipos penales debe acudir necesariamente a la redacción típica, en este caso, del art. 248.1. Cfr., por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC* (ext. 2), 2004, pp. 279-315 (309 ss.). Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, “Art. 11”, p. 483 ss. manifiesta sus reservas respecto de esta opinión, precisamente por la redacción contenida en el art. 11 CP.

determinados.¹⁸⁴ Es decir, en el tipo básico de estafa el resultado típico (perjuicio patrimonial) debe acontecer *siempre* de un *modo específico*: mediante engaño. Ello a diferencia de los delitos llamados de *causación pura* como el homicidio (art. 138 CP) en cuya redacción legal no se hace referencia expresa a los medios o las formas a través de las cuales se debe ocasionar la muerte a otro.¹⁸⁵ Así pues, no es particularmente problemático -en el sentido de lo que dispone el § 13 StGB (o el art. 11 CP)- que el proceder de la madre que no alimente a su hijo recién nacido con la intención de que muera de inanición sea equivalente (en el sentido de *identidad estructural*) a la conducta activa de darle muerte al niño por medio de un disparo de arma de fuego¹⁸⁶ y, por otra parte, desde el punto de vista fenomenológico (también en atención a lo que plantea la mencionada disposición) parece un exabrupto que la no transmisión de información veraz pueda equivaler al acto manifiesto de realizar una afirmación de hecho engañosa típica en el sentido de la estafa¹⁸⁷. En consecuencia, no son pocas las dificultades a las que deben enfrentarse quienes defienden la comisión por omisión en los tipos penales de medios determinados y, particularmente, en el tipo de la estafa. No obstante, en la medida en que la dogmática de la omisión se ha ido gradualmente deslastrando de una perspectiva de análisis exclusivamente causal (derivada de los propios preceptos legales de la parte especial) y al mismo tiempo se ha ido impregnando paulatinamente de un plano de análisis normativo o “normológico” que ha permitido introducir matices en la interpretación de los tipos penales de la parte especial del CP, existen más posibilidades de que pueda admitirse la comisión por omisión en la estafa.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Al respecto, entre otros, JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 80 ss., JESCHECK, *Tratado*, § 59, p. 677 ss.; ROXIN, *Strafrecht AT II*, § 32, n.m. 225; n.m. 230 ss., p. 789 ss. y RUDOLPHI, *SK-StGB*, § 13, n.m. 10 ss. Entre quienes se oponen al tipo omisivo en la estafa destaca NAUCKE, *strafbarer Betrug*, p. 106 ss., que sostiene, por ejemplo (106 s.): „Von der überlieferten, unzweideutig ausgesprochenen, im Gesetz durch Tätigkeitsworte (Vorspiegeln usw.) fixierten Ansicht, täuschen könne man nur durch positives Handeln...”

¹⁸⁵ Así, HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 60 ss.

¹⁸⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, *omisión*, p. 473.

¹⁸⁷ Por todos, JESCHECK, *Tratado*, § 59, p. 677 ss.

¹⁸⁸ Así, SILVA SÁNCHEZ, *omisión*, p. 460 ss. También, el mismo, “Artículo 11”, pp. 441-488 (483 ss.). Dice por ejemplo (453): “...cabe decir que los verbos típicos, como en general los predicados del lenguaje ordinario, tienen un sentido mucho más *adscriptivo* que *descriptivo*, es decir, adquieren sobre todo un significado de atribución de responsabilidad y no de descripción de causalidad.” La asunción más radical de esta postura normativista ha llevado a prescindir de la distinción entre acción y omisión. Esta cuestión fue sugerida en su momento en la dogmática española por PÉREZ DEL VALLE, “engaño omisivo”, pp. 207-230 (230) y desarrollada por PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 218 ss. Para esta autora, la consideración de la estafa como un delito de realización determinada incide directamente en la exclusión de la estafa en comisión por omisión. Por ello, con base principalmente en lo planteado por PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 65 ss., rechaza que la estafa sea un delito de medios determinados. Asimismo, plantea como solución (p. 224 ss.) la estructuración de un sistema de deberes de veracidad que da al traste con la distinción de conductas activas y omisivas en la estafa. La infracción de estos deberes configuraría la conducta típica, independientemente de que nos hallemos ante lo que conocemos como conductas activas

Cabe decir que un análisis en profundidad de esta cuestión excede con creces las posibilidades de este trabajo. Ello, sobre todo, porque no existe aun un criterio consolidado respecto de la tipicidad de la omisión en la estafa en la dogmática jurídico-penal y se requiere de un importante bagaje dogmático para tomar partido de forma contundente. Esto, como es obvio, excede con creces los límites de esta investigación. Por ello, únicamente puede agregarse a lo antes expuesto que la superación paulatina del llamado “óbice cronológico” del tipo básico de estafa: la adhesión radical a la redacción típica y por ende al esquema causalista *activo* “engaño + error + acto de disposición patrimonial + perjuicio”¹⁸⁹ va de la mano con la interpretación del tipo como *categoría dogmática*.¹⁹⁰ Es decir, como una derivación de la redacción legal vista desde una perspectiva normativa que permitiría englobar dos manifestaciones ontológicamente diversas de un mismo título de imputación del resultado, esto es, *idénticas estructuralmente en tanto medios de control del riesgo típico*: por una parte, la conducta activa –que en sede de estafa se traduce en la creación de un riesgo de perjuicio patrimonial a través de la transmisión de información engañosa- y, por la otra, la omisiva –que respecto de la estafa se concreta únicamente en asumir el deber de transmitir determinada información (veraz) para impedir el mantenimiento de un error y evitar así el riesgo de producción de un acto de disposición patrimonial que implique perjuicio en el patrimonio de un tercero (para una esfera de organización ajena) e infringir dicho deber.¹⁹¹ Así pues, en la comisión por omisión, la infracción del deber asumido por el garante implica, por un lado, *omissio* en virtud de que -a diferencia de la *actio*- no hay causación del riesgo sino falta de control de un riesgo ya producido que no ha sido originado por el sujeto activo y por otro lado -al igual que la *actio*- implica *comissio* porque a través del incumplimiento de la obligación asumida de contener riesgos se vulnera el *alterum non laedere* a través de la intervención (perjuicio) en un

u omisivas. Ello con base principalmente a lo sostenido por JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 29 ss., entre otros trabajos.

¹⁸⁹ Así, entre otros, VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, “Lección XXIV”, pp. 431-456 (437 s.), que niega la comisión por omisión en la estafa en virtud de que -a diferencia de lo que establece el tipo básico de la estafa (art. 248.1 CP)- en estos casos el error precede al engaño omisivo y en tal sentido no podría ser causa del mismo (Cfr. PÉREZ DEL VALLE, “engaño omisivo”, pp. 207-230 (214 s.). Al respecto huelga decir que la admisión de la comisión por omisión en el tipo de la estafa no es un criterio unánime. Así por ejemplo, VALLE MUÑIZ, *ADPCP*, 1986, pp. 863-876 (874 ss.) y CHOCLÁN MONTALVO, *estafa*, p. 165 ss. niegan la estafa en comisión por omisión en el Derecho penal español.

¹⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *omisión*, p. 455 ss.

¹⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, “Artículo 11”, pp. 441-488 (455 ss.). Respecto de la concreción del deber derivado de la posición de garante en impedir el mantenimiento de un estado de error y su infracción como conducta típica omisiva de la estafa, cfr. BOCKELMANN, „Betrug verübt durch Schweigen“, pp. 437-458 (444 ss.); KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 147 ss.

ámbito de organización ajeno (patrimonio del tercero).¹⁹² En síntesis, *la versión omisiva típica del delito de estafa tiene cabida siempre y cuando la interpretación del tipo penal se realice desde postulados normativos*¹⁹³.

b. ¿Existe un deber procesal de información con relevancia jurídico-penal?

Si se parte del ampliamente discutido reconocimiento de la tipicidad de las conductas omisivas en sede de lo que dispone el art. 248.1 CP¹⁹⁴ la cuestión central aquí a dilucidar es, precisamente, si el especial contexto en que se desenvuelve la estafa procesal, su estructura triangular, la figura del juez como receptor del engaño y disponente del patrimonio de las partes, etc., permiten sostener la existencia de posiciones de garante de las partes respecto del juez derivadas de un específico deber de información procesal y, por ende, si el incumplimiento por alguna de las partes de ese hipotético deber de información procesal permite a su vez sostener la tipicidad de la conducta de las partes consistente en no aportar al proceso jurisdiccional determinada información veraz que impediría la producción de una resolución judicial errónea y perjudicial al patrimonio de una de las partes o de un tercero.

b.1. Breve referencia al ámbito de los deberes de información específicos de la estafa

Los comentarios al § 263 del Código penal alemán generalmente suele distinguir, por una parte, entre deberes de información derivados de la injerencia en una esfera de organización ajena (“creación de una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente”, art. 11.a) CP) y, por otra parte, deberes de información contenidos en normas jurídicas extrapenales o en relaciones contractuales (“obligación legal o contractual de actuar”, art. 11.b) CP).¹⁹⁵

¹⁹² SILVA SÁNCHEZ, “Artículo 11”, pp. 441-488 (455 ss.).

¹⁹³ Cfr. por ejemplo, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 144 ss. También, SALIGER, *Matt-Renzikowski StGB*, § 263, n.m. 64 ss., que dice expresamente (64): „*Nach Rechtsgut und Funktion des Betrugs in Verbindung mit § 13 StGB bei Bestehen einer betrugsspezifischen Garantenpflicht zur Aufklärung des Opfers die Möglichkeit, den Täter, der die gebotene Aufklärung unterlässt, für daraus folgende irrumsbedingte Vermögensminderungen auch strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.*“

¹⁹⁴ Así, entre muchos otros, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 145.

¹⁹⁵ Así, entre muchos otros, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 151 ss.; SALIGER, *Matt-Renzikowski StGB*, § 263, n.m. 70 ss.; CRAMER/PERRON, *Sch-Sch StGB*, § 263, n.m. 20 ss.

Así pues se afirma que, en los *supuestos derivados de la injerencia*, el que de forma dolosa o no dolosa genera un estado de error en el titular del patrimonio (o en un tercero) y en vez de sacar de su error a la víctima se aprovecha dolosamente de este error en su propio beneficio comete estafa en comisión por omisión.¹⁹⁶ Por ejemplo, el socio capitalista o comanditario de una empresa promotora de espectáculos que, por casualidad, al ver por la calle un folleto publicitario de un espectáculo promovido por su empresa se entera de que se anuncia para la fecha X en el estadio B un concierto en vivo del conocido guitarrista C cuando él tiene conocimiento de que realmente se tratará de la transmisión en vivo vía satélite a través de una pantalla gigante de un concierto de C que se llevará a cabo en otra ciudad. Al momento de enterarse de la información incorrecta surge para el socio comanditario el deber de desmentir el equívoco que dolosa o imprudentemente ha sido introducido en los anuncios publicitarios y la infracción de este deber lo hace reo de estafa, entre otros tipos penales. Otro ejemplo bastante mencionado en manuales y comentarios consiste en la manipulación dolosa de bienes u objetos para provocar la posición de garante por injerencia: la casa recientemente puesta en venta con problemas graves de humedad y moho cuyas paredes son pintadas de blanco reluciente por su propietario.¹⁹⁷

En otro orden se agrupan, como hemos dicho, los *supuestos por infracción de deberes de información veraz previstos en normas jurídicas extrapenales*.¹⁹⁸ Se distinguen aquí en primer lugar los supuestos derivados del incumplimiento de deberes de solidaridad cualificados¹⁹⁹ y tipificados principalmente en normas de Derecho público también conocidos como deberes institucionales.²⁰⁰ Por ejemplo, los deberes de veracidad que competen a los beneficiarios de ayudas sociales que son manifestación del Estado de bienestar.²⁰¹ En este sentido la legislación alemana exige a los beneficiarios de este tipo prestaciones sociales la aportación fundada de la totalidad de circunstancias de hecho que sean motivo de su solicitud (§ 60 SGB I²⁰²). Asimismo, según la mayor parte de la doctrina

¹⁹⁶ Por todos, CRAMER/PERRON, *Sch-Sch StGB*, § 263, n.m. 20.

¹⁹⁷ Los ejemplos son basados en algunos mencionados por TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 68 ss.

¹⁹⁸ Cfr. por todos, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 54 ss. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, “Artículo 10”, pp. 441-488 (466 ss., 470 ss.), se ha manifestado particularmente cauto respecto de fundar posiciones de garante fuera del ámbito de organización del propio autor. A tales efectos propone una interpretación “según el sentido del texto de la Ley” (470) para evitar que cualquier norma extrapenal sea generadora de deberes con relevancia jurídico-penal.

¹⁹⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, “Artículo 10”, pp. 441-488 (473).

²⁰⁰ Así, JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 57 ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 194 ss.

²⁰¹ Así, con algunas restricciones, PAWLIK, *Das unerlaubte*, p. 203 ss. Asimismo, por todos, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 54 ss.

²⁰² La norma en cuestión establece: „1) Wer Sozialleistungen beantragt oder erhält, hat

alemana, las obligaciones y deberes que pueden imponerse a las partes por medio de normas de Derecho privado pueden ser también generadoras de posiciones de garantía. Así, vbg. el deber de rendición de cuentas del mandatario en un contrato de mandato (art. 1720 CC).²⁰³ Por último, se le otorga también connotación jurídico-penal en sede de estafa a deberes de información derivados de la aceptación de los términos de un contrato.²⁰⁴ Así, por ejemplo, los servicios de asesoría y gestión de grandes patrimonios prestados por las llamadas *Family Offices*: empresas privadas que se dedican a centralizar la gestión de inversiones y fideicomisos de grandes patrimonios familiares. De la gestión directa o tercerizada del patrimonio de una familia surge para el gestor, por ejemplo, el deber de informar al grupo familiar respecto y sobre todo de inversiones poco conservadoras que procuran un crecimiento agresivo del patrimonio.²⁰⁵

b.2. La tipicidad de las conductas omisivas en la estafa procesal

b.2.1. La injerencia como fundamento de un deber procesal de las partes de aportar información veraz al proceso con consecuencias jurídico-penales

Cuando una persona acude a un Juez en procura de Justicia se presume que existe una superposición entre al menos dos ámbitos de organización (demandante y demandado).²⁰⁶ Esto se percibe claramente en los procesos jurisdiccionales civiles con objeto patrimonial –que constituyen, como hemos dicho, el contexto usual en el que suele desplegarse la estafa procesal-. Así por ejemplo, en una acción reivindicatoria (art. 348 II CC) el demandante reclama la declaración judicial de una parte integral de su ámbito organizativo, esto es el dominio sobre

1. alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind, und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers der Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte zuzustimmen,
2. Änderungen in den Verhältnissen, die für die Leistung erheblich sind oder über die im Zusammenhang mit der Leistung Erklärungen abgegeben worden sind, unverzüglich mitzuteilen,
3. Beweismittel zu bezeichnen und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers Beweisurkunden vorzulegen oder ihrer Vorlage zuzustimmen.“

(...)

²⁰³ Por todos, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 59 ss.

²⁰⁴ Por todos, TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 61 ss.

²⁰⁵ Al respecto, RIVO LÓPEZ/GONZÁLEZ VÁZQUEZ/RODRÍGUEZ LÓPEZ, *REF*, 2011, 1 (2), pp. 43-57 (44 ss.)

²⁰⁶ Cfr. JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 40, n.p. 92a.

un bien inmueble y la restitución de su posesión. La demanda, por lo tanto, se dirige en contra de un sujeto que considera también que tiene un título (posesión) sobre el objeto de la pretensión y en virtud de ello considera a su vez que dicho bien forma parte de su esfera jurídica.²⁰⁷ En este sentido, la tarea del juez al dirimir el conflicto es delimitar los dos ámbitos de organización superpuestos. En consecuencia, la resolución judicial que decide sobre el fondo de la controversia es *un acto de organización*.²⁰⁸ Así pues, la alegación y prueba de afirmaciones de hecho que definen el objeto del proceso son manifestaciones de las partes que proceden de un ámbito de organización particular y se funden en un ámbito común de organización *inter partes*: constituyen por lo tanto *actos de injerencia* en tanto y en cuanto invaden esferas o ámbitos de organización superpuestos que -de existir el riesgo *ex ante* de poder producir un acto judicial de disposición erróneo (una resolución judicial errónea) y perjudicial para el patrimonio de su contraparte- generan posiciones de garante para el que tiene la carga de aportarlos al proceso.²⁰⁹ De manera que si una parte alega de forma involuntaria (teniendo la carga de hacerlo) afirmaciones de hecho falsas y las acompaña igualmente de pruebas falsas y luego se percata de su error tiene el deber de poner en conocimiento al juzgador de su afirmación engañosa²¹⁰.

Aunado a ello –conforme a lo que hemos expuesto precedentemente²¹¹– a este juicio de imputación no puede dejar de sumarse el especial contexto normativo en el que tienen lugar estas conductas. Así pues, sería la contraparte quien tendría la carga de alegar y probar el hecho que, por ejemplo, extinguiría la pretensión engañosa interpuesta. Por lo tanto, la tipicidad de la conducta va de la mano con la circunstancia de que desde el punto de vista *ex ante* el alegato engañoso produzca en la contraparte un estado de error que le impida ejercer debidamente su Derecho a la defensa o de que al menos -también desde un punto de vista *ex ante* aun teniendo consciencia del engaño- deba exigírsele una extraordinaria diligencia para poder acceder a las pruebas que le permitan desvirtuar la

²⁰⁷ Sobre la acción reivindicatoria, entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, “La propiedad”, pp. 119-142 (125 ss.).

²⁰⁸ Cfr. JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 40, n.p. 92a.

²⁰⁹ Cfr. JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 40, n.p. 92a.; MAAß, *Betrug verübt durch Schweigen*, p. 85. También, SALIGER, *Matt-Renzikowski StGB*, § 263, n.m. 75: „An Stelle gesetzlicher Garantenstellungen sind in diesen Fällen andere Garantenstellungen zu prüfen, zB aus Ingerenz.“

²¹⁰ Cfr. CRAMER/PERRON, *Sch-Sch StGB*, § 263, n.m. 71., JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 40, n.p. 92a.; MAAß, *Betrug verübt durch Schweigen*, p. 85.

²¹¹ Vid. *supra* II.2.D).a).4.iii.c.

pretensión engañosa, siempre y cuando se encuentre en un proceso que no limite sus posibilidades de participación (por ejemplo, el proceso civil ordinario).²¹²

Así por ejemplo, si un gran distribuidor de productos alimenticios por un descuido en su facturación asume erróneamente que un cliente le adeuda una serie de envíos y por tal razón le demanda al pago de los mismos surge por parte del demandante el deber derivado de la injerencia de poner en conocimiento del juzgado del error y, asimismo -una vez emplazado para la contestación de la demanda- surge para el demandado la carga procesal de alegar el hecho extintivo (el pago de la obligación, art. 1156 CC) y probarlo aportando los documentos a los que de forma medianamente diligente (consultando sus registros y archivos) podría acceder. Si el demandado aun teniendo consciencia de la falsedad de la pretensión interpuesta y teniendo la posibilidad de desvirtuarla desde el punto de vista probatorio no acude al juzgado a defenderse la comisión por omisión será atípica. En este sentido, la determinación de la tipicidad de la conducta engañosa en comisión por omisión está condicionada por una parte a que el hecho extintivo de la misma pueda ser conocido y alegado por el demandante y, además, que tenga facilidad en la disposición de las pruebas que le permitan desvirtuarla.

Por ejemplo, los tribunales alemanes han apreciado la tipicidad de conductas como la siguiente: en el marco de un contrato de arrendamiento el arrendador instó un juicio de desahucio (§ 885 ZPO) alegando verazmente que el arrendatario debía desalojar el inmueble objeto del contrato de arrendamiento en virtud de que había surgido para él la imperiosa necesidad de darle uso al piso de su propiedad (*Eigenbedarf*)²¹³. Poco después de la interposición de la demanda el supuesto de hecho que motivaba la situación de necesidad de uso de la vivienda en cuestión cesó. No obstante, el arrendador no puso en conocimiento del juzgado de esta causa extintiva de la pretensión interpuesta y en tal virtud se

²¹² No debe olvidarse que la normativa procesal española (entre otras) permite la inversión de la carga de la prueba por criterios de disponibilidad o facilidad probatoria (art. 217.7 LEC): es decir, si la parte que no ostenta la carga de la prueba tiene mayores posibilidades de acceder al medio de prueba cuya carga corresponde a su contraparte, a solicitud de parte correspondería a la parte con facilidad probatoria la carga de probar hechos que no haya alegado. Al respecto, entre otros, NIEVA FENOLL, *RDPr* (3-4), 2011, pp. 91-120 (108 ss.).

²¹³ El proceso de desahucio se rige en Alemania bajo las normas generales del procedimiento ejecutivo para la entrega de bienes inmuebles previsto en el § 885 ZPO (Cfr. LACKMANN, *Musielak-ZPO*, § 885, n.m. 12 ss.). Asimismo cabe decir que según la legislación alemana puede solicitarse el desahucio -entre otras razones- si el arrendador alega fundadamente que “necesita los espacios de la vivienda para sí, sus familiares o miembros de su núcleo doméstico” (§ 573 II Nr. 2 BGB, la sentencia comentada hace cita de una disposición derogada) (al respecto, vid. HÄUBLEIN, *MK-BGB*, § 573, n.m. 66 ss.). Ello a diferencia de lo que dispone la norma española que solo permite el desahucio por falta de pago o por extinción de la relación contractual arrendaticia (Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 133 ss.).

dictó posteriormente resolución judicial estimando el desahucio y acordando en consecuencia el lanzamiento del arrendatario.²¹⁴

En similares términos ha sido enjuiciado por los tribunales españoles el siguiente correlato de hechos:

- ✓ Supuesto 1. *La señora B, acuciada por deudas, acude al economista C para concertar un préstamo por la cantidad X. A tales efectos, el economista C contacta al asesor inmobiliario D y al prestamista E. Posteriormente, la señora B acepta ante notario trece letras de cambio con vencimientos mensuales sucesivos que son libradas por el prestamista E. En el mismo acto la señora B –con el objeto de garantizar el préstamo de la cantidad X- constituyó hipoteca sobre una parcela de su propiedad a favor del prestamista E “y de los sucesivos endosatarios, tomadores o tenedores legítimos de las reseñadas letras”. Posteriormente, el prestamista E endosó la última de las letras aceptadas por la señora B al asesor inmobiliario D. La señora B abonó el importe adeudado en cada uno de los vencimientos de las letras aceptadas a excepción de la última letra (que había sido endosada al asesor inmobiliario D). Poco después de vencido este instrumento cambiario, el asesor inmobiliario D demandó la ejecución de la hipoteca constituida por la señora B. Asimismo, de forma casi sucesiva y con el propósito de cancelar la mencionada hipoteca (porque tenía intención de vender el inmueble), la señora B contactó al prestamista E y le hizo entrega del importe adeudado que constaba en la letra vencida. El prestamista E transfirió el monto en cuestión al asesor inmobiliario D. No obstante haber sido satisfecho en la cantidad adeudada, el asesor inmobiliario D continuó con el procedimiento ejecutivo hipotecario que había instado, acordándose*

²¹⁴ OLG Zweibrücken, *NJW*, 1983, p. 694. Comentario de SEIER, *JA*, 1983, pp. 337, 338 y de WERLE, *NJW*, 1985, pp. 2913-2921. No obstante, tanto la sentencia como el primero de los comentaristas (338) fundamentan la tipicidad de la conducta en la violación del deber de veracidad procesal contenido en el § 138 I ZPO cuando este deber no tiene relevancia jurídico-penal alguna. En tal sentido, nos remitimos a lo que decimos *infra*. En supuesto de hecho análogo decide de igual manera la BayObLG, *JZ*, 1987, pp. 626-628, con comentario de OTTO, pp. 628-630. En este caso aun cuando se admite la posibilidad de que pueda fundarse la comisión por omisión en la estafa en la infracción de deberes de información derivados de la injerencia, se fundamenta la tipicidad en deberes subsidiarios (*Nebenpflichten*) derivados de la relación contractual arrendaticia, específicamente de la buena fe contractual (§ 242 BGB). Contrario a esta fundamentación se muestra OTTO, *Op. Cit.*, pp. 628-630 (629). También, HILLENKAMP, *JR*, 1988, pp. 301-304 y SEIER, *NJW*, 1988, 1617-1624, que manifiesta sus reservas respecto de fundar el deber de información veraz en la injerencia y se apoya también en derivar estos deberes de veracidad de normas de Derecho y privado o relaciones contractuales. Al respecto, entre otros, JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 40, n.p. 92a.; SALIGER, *Matt-Renzikowski StGB*, § 263, n.m. 75.

*posteriormente la pública subasta de la parcela hipotecada.*²¹⁵ El TS aprecia correctamente la tipicidad de la conducta al sostener entre otros argumentos que precisamente la conducta engañosa no está en la interposición de la pretensión *per se* sino en no desistir de la misma una vez conocido el hecho extintivo de la pretensión.²¹⁶

En otra resolución se aprecia también la comisión por omisión pero no se estima la existencia de la estafa procesal:

- ✓ Supuesto 2. *El acusado A vendió el inmueble X de su propiedad a la señora B por medio de documento privado. El documento en cuestión nunca fue elevado a escritura pública (por causas imputables al comprador del mismo, la señora B). Posteriormente el acusado A fue demandado por el Banco D en un procedimiento ejecutivo por impago de préstamo. El juzgado acordó el respectivo requerimiento de pago y con éste el embargo del inmueble X que aparecía en el registro como de su propiedad. A tales efectos el inmueble X fue embargado y posteriormente subastado. La parte demandante (entidad bancaria) cobró la deuda del monto obtenido en la subasta y entregó el remanente al acusado A. Como hemos mencionado el tribunal apreció estafa básica en comisión por omisión.*

b.2.2. Los deberes institucionales *intraprocesales* como fundamento de una eventual posición de garantía *inter partes* en la estafa procesal en el proceso civil

Por su parte, existe un reducido sector de la doctrina y jurisprudencia alemanas que considera que el deber de veracidad y completud o exhaustividad procesal

²¹⁵ Como se ha mencionado, el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados o pignorados (arts. 681 ss. LEC) es un juicio sumarísimo que restringe de manera importante las posibilidades de intervención de la parte demandada (el titular del inmueble hipotecado).

²¹⁶ STS de 17 marzo de 2014 (ponente del Moral García), FJ 5º: “...si al interponerse la demanda se ignoraba el pago, pues no se había producido todavía, faltaría la conducta engañosa activa *ab initio*. No habría actuación engañosa inicial y después tan solo un ‘dejar las cosas como están’, una omisión, es decir no desistir del procedimiento. (...) La conducta engañosa no está en la demanda, sino en no desistir (comisión por omisión) en su impulso ya conocido el pago. Estamos ante una ilegitimidad sobrevenida de la pretensión procesal que en la medida en que se mantiene una vez conocida esa ilegitimidad tiñe toda la actividad procesal convirtiéndola en delictiva.”

contenido en el § 138 I ZPO tiene relevancia jurídico-penal y por ende se admite la posibilidad de que sea generador de posiciones de garante. Así pues, en un proceso jurisdiccional la infracción del mencionado deber de veracidad podría fundar, según esta opinión, la tipicidad en comisión por omisión (§ 263) de conductas consistentes en no aportar afirmaciones de hecho y pruebas que vayan inclusive en detrimento de la propia situación procesal de la parte que supuestamente tendría el deber de alegarlos.²¹⁷

Como se ha dicho, el deber de veracidad procesal contenido en la mencionada norma obliga a las partes y a sus representantes judiciales a decir la verdad en sus afirmaciones de hecho (verdad subjetiva o veracidad) y, por otro lado, obliga además a la exhaustividad procesal en el sentido de que debe aportarse al proceso toda la información de la que las partes tengan conocimiento.²¹⁸ En ese orden de ideas, cabe decir que una opinión similar podría extraerse del principio de buena fe procesal tipificado en el art. 247 LEC. Como es sabido, esta norma procesal exige la buena fe de las partes procesales so pena de sanción procesal y ante esta evidente indeterminación la doctrina procesal española se apresura a sostener la posibilidad de que el concepto legal de buena fe procesal pueda contener un deber de veracidad procesal.²¹⁹

La relevancia jurídico-penal de una norma semejante permitiría la tipificación (via § 263 StGB) de –por ejemplo- la conducta de un abogado que a requerimiento del juzgado evita aportar documentos que desfavorecerían a su mandante y que son relevantes para el objeto del proceso, tanto así que de ser conocidos por el juzgado serían fundamento de una resolución distinta a la resolución judicial que posteriormente se dictó.²²⁰

²¹⁷ Así, por ejemplo, PIECH, *Der Prozeßbetrug*, p. 56 ss. También, recientemente, KRELL (13), *JR*, 2012, pp. 102-109 (104) hace cautelosamente una sugerencia en ese sentido: „Ausgangspunkt ist einmal mehr § 138 I ZPO. Insoweit ist in zivilprozessrechtlicher Hinsicht anerkannt, dass die Partei auch verpflichtet ist, Behauptungen zu revidieren, die sie nachträglich als falsch erkennt. Hieraus wird mitunter eine Garantenstellung abgeleitet. Überwiegend lehnt man eine solche jedoch mit dem Argument ab, die Vorschrift diene lediglich dem Schutz der Rechtspflege. Dies überrascht zunächst, kann man doch in der zivilprozessrechtlichen Literatur allenthalben lesen, die Wahrheitspflicht schütze Gericht und Gegner. Sie soll eine redliche Prozessführung sichern und ist insoweit Ausfluss von Treu und Glauben. Aber auch für eine gesetzliche Garantenstellung ist eine Sonderbeziehung im Sinne einer gesteigerten Verantwortlichkeit erforderlich; diese – und weniger die einzelne gesetzliche Vorschrift – begründet die Einstandspflicht. Entscheidendes Argument gegen die Garantenpflicht ist daher, dass zwischen den Parteien kein Vertrauensverhältnis besteht.“ También, LACKNER, *LK-StGB*, § 263, n.m. 60; FISCHER, § 263, n.m. 44.

²¹⁸ Así, por todos, STADLER, *Musielak-ZPO*, § 138, n.m. 2 ss.

²¹⁹ Así, por todos, PICÓ I JUNOY, *buena fe procesal*, p. 151 ss.

²²⁰ Así, por ejemplo, BGH, *NJW*, 1952, 1148. Al respecto, entre otros, SALIGER, *Matt-Renzikowski StGB*, § 263, n.m. 75.

No obstante, la mayor parte de la doctrina penal alemana se decanta en contra de que el § 138 I ZPO funde posiciones de garante en sede de estafa con el argumento de que esta disposición protege la recta administración de Justicia y por lo tanto se refiere a la recta actuación de las partes frente al juez y no a una especial relación de confianza *inter partes*.²²¹ En otras palabras: el propósito del deber de veracidad procesal como norma secundaria es la procura de la incolumidad del bien jurídico administración de Justicia. Por lo tanto, según esta opinión, la norma en cuestión mal puede fundar un deber para las partes de proteger un bien jurídico distinto de la Administración de Justicia.²²² Es decir, a tenor del bien jurídico protegido por el delito de estafa, el § 138 I ZPO no podría ser fundamento de la obligación de transmitir determinada información veraz que impediría la concreción de un riesgo para el bien jurídico patrimonio de la contraparte o de un tercero ajeno al procedimiento porque su infracción no permite considerar la realización del tipo penal de la estafa (a tenor de la denominada identidad estructural).²²³

Como hemos mencionado precedentemente, la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil exige una necesaria atenuación de lo planteado en el § 138 I

²²¹ Así, MAAB, *Betrug verübt durch Schweigen*, pp. 83-85; EISENBERG, “Wahrheitspflicht und Prozeßbetrug”, pp. 15-29 (18). Entre otros comentaristas, CRAMER/PERRON, *Sch-Sch StGB*, § 263, n.m. 21; HEFENDEHL, *MK-StGB*, § 263, n.m. 180; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, n.m. 158; TIEDEMANN, *LK-StGB*, § 263, n.m. 58; SALIGER, *Matt-Renzikowski StGB*, § 263, n.m. 75. Por su parte, PAWLK, *Das unerlaubte*, pp. 199-202, dentro de su particular concepción sistemática de conjunción de deberes de veracidad como presupuesto de la tipicidad en la estafa, se muestra en contra de admitir que el deber de veracidad del § 138 I ZPO única y exclusivamente se funde respecto de la relación entre el juez y la parte como partes integrantes de la administración de Justicia. Dice por ejemplo (200): „*Der Staat führt Verfahren nicht zum Zweck einer allgemeinen Machtdemonstration oder zur Klärung abstrakter Rechtsfragen, sondern deshalb durch, um mittels des Verfahrens seine Fähigkeit zur Erledigung konkreter sozialer Konflikte zu demonstrieren. Die prozessuale Wahrheitspflichten statuiert der Gesetzgeber demnach deshalb, weil nur so die Verfahrensaufgabe erfüllt werden kann, die darin besteht, die autoritative Entscheidung gegen eine konkrete Rechtsperson sozial plausibel zu machen. Vermögensbezogene Folgewirkungen kommen den betreffenden Wahrheitspflichten also nicht lediglich als kontingente Nebenfolgen einer staatlichen Veranstaltung zu; vielmehr erfolgt diese Veranstaltung gerade mit dem Ziel, jene Folgewirkungen in überzeugender Art und Weise auszulösen. Sie aus dem Garantiebereich der innerprozessualen Wahrheitspflichten auszublenden, würde insofern die Verknüpfung von Verfahrensaufgabe und Wahrheitspflichtbegründung in einem wesentlichen Punkt verfehlen.*“ El autor sostiene además (201) que el deber de veracidad y exhaustividad procesal tienen relevancia jurídico-penal. No obstante, dice que el ámbito de las posiciones de garantía debe tener muy cuenta los límites del deber de veracidad y exhaustividad procesal (201 s.). En este orden de ideas, sostiene que las partes no tienen el deber de aportar al proceso alegatos y pruebas que vayan en demérito de su situación procesal (a menos que, excepcionalmente la norma procesal disponga lo contrario). Por el contrario (en atención al principio de contradicción procesal) cada parte debe procurar obtener una ventaja cognoscitiva que debe usar en su propio beneficio procesal y en tal sentido no tiene por qué compartir con su contraparte. En virtud de lo expuesto asumimos (porque no lo dice expresamente) que la versión omisiva de la estafa procesal con base en la infracción del deber de veracidad y exhaustividad procesal está –desde su punto de vista– reducida a su mínima expresión o definitivamente descartada.

²²² MAAB, *Betrug verübt durch Schweigen*, p. 85.

²²³ Así, SILVA SÁNCHEZ, “Artículo 10”, pp. 441-488 (470 ss.).

ZPO. En efecto, es precisamente la preponderancia de la “oportunidad” frente a la “necesidad” y, por ende, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad²²⁴, la que permite que en el proceso civil no se hable primigeniamente de deberes o de obligaciones procesales de las partes, sino de *cargas procesales*.²²⁵ Es ya clásica la definición de lo que se conoce en el Derecho procesal como carga: *un imperativo del propio interés*.²²⁶ Así, a diferencia de los deberes, que son imperativos impuestos externamente (por un tercero o la comunidad), la carga procesal es la forma principal que existe en el proceso de constreñir a las partes bajo amenaza de perjuicio.²²⁷ El principio dispositivo y el carácter contradictorio del procedimiento permite a las partes usar medios de ataque y de defensa, por lo que corresponde a éstas en principio la carga de afirmar y demostrar lo afirmado en el proceso (art. 216.2.3 LEC)²²⁸. El descuido de la parte tanto en una como en otra posición trae como consecuencia inmediata el empeoramiento de su situación procesal.²²⁹ Así por ejemplo, el demandado no está obligado a comparecer al proceso a ejercer su defensa, puede optar por ausentarse del mismo. Sin embargo, se expone a una eventual sentencia desfavorable, dictada *inaudita parte*, luego de que el juez haya declarado su rebeldía (arts. 442.2 y 496 ss. LEC).²³⁰ Asimismo, en una demanda por incumplimiento de contrato, si el demandante no acredita el nacimiento y la titularidad de la obligación (hechos constitutivos) o el demandado no demuestra el cumplimiento de la misma, a pesar de que existe la posibilidad de que lo haga (hecho extintivo, art. 1.156 CC),

²²⁴ La doctrina procesal distingue entre necesidad, si existe interés estatal en el proceso (se habla entonces de ausencia de partes porque no hay titularidad de Derechos subjetivos, el interés es estatal) y oportunidad, si el conflicto es meramente privado. Por todos, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*, p. 309 ss.

²²⁵ Al respecto, principalmente, GOLDSCHMIDT, *Derecho I*, p. 841 ss.; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, p. 73 ss. Sostiene, por ejemplo (p. 74): “Sólo el propio interés da impulso para actuar, y, ¡Que lo dé siempre! Si se quiere, se puede designar esto como un *deber para consigo mismo*; la suposición de tales deberes para consigo mismo tiene importancia para la inteligencia de muchos fenómenos del Derecho, particularmente en los casos en que sólo la omisión *culpable* de semejantes actos, exigidos por el interés propio, produce consecuencias jurídicas (‘culpa contra sí mismo’); pero en el campo de la carga de la prueba ni siquiera la corresponde el significado de esa construcción auxiliar.” También, TARUFFO, *La prueba*, p. 146 ss. En la doctrina procesal española, recientemente, GARCÍA-CUEVA GARCÍA, “Reglas generales”, pp. 49-76.

²²⁶ GOLDSCHMIDT, *Derecho I*, p. 841 ss.

²²⁷ GOLDSCHMIDT, *Derecho I*, p. 841 ss.

²²⁸ La norma básica originaria de la mayoría de las disposiciones vigentes en Europa occidental es la contenida en el art. 1.315 del Código Civil francés: “*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.*” (“El que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla. Recíprocamente, el que pretende liberarse debe acreditar el pago o el hecho que produce la extinción de su obligación.”), una disposición del mismo tenor estaba contenida en el art. 1.214 CC (derogada). Al respecto, NIEVA FENOLL, *RDPPr* (3-4), 2011, pp. 91-120 (pp. 96-103 ss.) (p. 100).

²²⁹ GOLDSCHMIDT, *Derecho I*, p. 841 ss.

²³⁰ Por todos, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 319 ss.

el juez eventualmente desestimaré la demanda o declarará la condena del demandado, según sea el caso.²³¹ Por lo tanto, frente a la carga procesal no hay un Derecho de la contraparte. Al adversario procesal le conviene que su contrincante no se libere de su carga de alegar, probar o comparecer.²³²

Un deber de la parte de alegar o de probar sólo existe cuando hay preponderancia del interés general (solidaridad intersubjetiva) sobre el interés privado (libertad de organización) y, por ende, la actividad de la parte es determinante para que el juez dicte una resolución. Sobre la base de esta afirmación puede decirse que el alegato no efectuado, la no comparecencia de la parte requerida o la prueba no aportada no dificultan el desempeño de la actividad jurisdiccional. La ley procesal prevé efectos para que el juez pueda fundar su resolución tanto en el acto procesal de parte realizado como en caso de que los haya omitido.²³³

Por otra parte, también con base en la afirmación anterior, el ejercicio de las cargas procesales que competen a cada parte hacen que su actividad sea fundadora de la convicción judicial y por ende su conducta procesal es determinante para la consecución de los Derechos contenidos en el art. 24 CE, principalmente, el respeto a la garantía de la *tutela judicial efectiva* (art. 24.1 CE) y el Derecho a la defensa (art. 24.2 CE). En líneas generales, la Ley procesal no obliga a las partes a que comparezcan, aleguen o prueben sino a que lo hagan de una determinada manera durante el litigio en aras de un interés superior común (solidaridad intersubjetiva²³⁴), o lo que es lo mismo, de una *institución positiva*²³⁵.

En consecuencia, respecto de la exigencia de exhaustividad o de completud (*Vollständigkeit*) de las afirmaciones de hecho de las partes prevista en el § 138 I ZPO la doctrina procesal intenta un repliegue a la evidente naturaleza interventora del enunciado de esta disposición: de conformidad con la exigencia de verdad subjetiva el deber de exhaustividad no se violenta si se silencian hechos de los que no se tiene certeza. Asimismo, solo tiene el deber de exhaustividad quien ostenta la carga de la afirmación de los hechos.²³⁶

²³¹ Así, entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, pp. 59 ss., 70 ss.; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil I*, p. 412 ss.; GARCÍA-CUEVA GARCÍA, “Reglas generales”, pp. 49-76 (p. 62 ss.).

²³² GOLDSCHMIDT, *Derecho I*, p. 842.

²³³ Al respecto, por todos, ROSENBERG, *La carga de la prueba*, p. 76.

²³⁴ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 43 ss. y 63 ss.

²³⁵ JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 57 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción*, p. 93 ss.

²³⁶ Así, entre otros, OLZEN, *ZZP* 1985, pp. 403-426 (413 ss.); ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 65, n.m. 55 ss.; WAGNER, *MK-ZPO*, § 138, n.m. 2 ss.; STADLER, *Musielak-ZPO*, § 138, n.m. 2 ss. No obstante, huelga decir que en el seno de la doctrina procesal alemana existe desde hace

De forma similar, en el ámbito procesal español también se discute respecto del alcance del principio de la buena fe procesal en cuanto a este particular. Por ejemplo, se dice que en torno a las alegaciones fácticas la buena fe solo prohíbe a las partes que mientan (conducta activa) (deber de veracidad). Es decir, alegar como existentes los hechos que les consten como inexistentes y viceversa: no alegar como desconocidos aquellos cuya existencia les conste.²³⁷ Pero en atención a la vigencia del principio dispositivo, el principio de la buena fe procesal nunca debe obligar a las partes a que aleguen todos y cada uno de los hechos y circunstancias que conozcan, incluso aquellos que vayan en su propio detrimento.²³⁸

En concordancia con lo precedentemente expuesto la jurisprudencia española niega la posibilidad de la estafa procesal en comisión por omisión con base en la infracción de deberes *intraprocesales* de aportar información veraz con relevancia jurídico-penal derivados del principio de buena fe procesal (art. 247 LEC). Por ejemplo, se ha declarado la atipicidad de la conducta del demandante consistente en no informar al juzgado que estimó su pretensión (aun teniendo conocimiento de ello) que los demandados en dicho proceso habían sido condenados previamente en un proceso incoado en fechas anteriores a pagar prestaciones similares a otro demandante cuya ejecución comportaba la incapacidad económica de los demandados de hacer frente a la segunda reclamación judicial.²³⁹

años un sector minoritario que sostiene que en el Derecho procesal civil alemán existe *de lege lata* (por ejemplo §§ 138 I, 142, 445 ZPO, entre otros supuestos) un deber de exhaustividad probatoria que incluye a la parte que no ostenta la carga de probar un hecho determinado. En este sentido, según esta opinión, las actividades de las partes deben estar orientadas al mejor esclarecimiento de los hechos y no a obtener una sentencia favorable a sus pretensiones. La tesis fue esgrimida en los años 30 por VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt, 1939 sin que haya tenido mayor repercusión. Resurgió con fuerza en los años 70 con la obra de STÜRNER, *Aufklärungspflicht*, pp. 29 ss., 85 ss. (Recientemente, el mismo, *RDPUCV* (30), 2008, pp. 243-262 (p. 249 ss.)). No obstante, la mayor parte de la doctrina procesal alemana rechaza estas consideraciones, sobre todo porque no hay claridad respecto de los límites que tales deberes tendrían en su afectación a la relación procesal. Se critica además que la introducción de dichos deberes en la legislación acarrearía una posible elevación de los costes del proceso y aumentaría la duración de los litigios. En este sentido, ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 109, n.m. 8 ss., p. 611 ss.; PRÜTTING/DE FALCO, “Estudios”, pp. 33-150 (60 ss.); ARENS, *ZZP* (96), 1983, pp. 1-24 (p. 21 ss.).

²³⁷ Por todos, PICÓ I JUNOY, *El principio*, p. 148 ss.

²³⁸ Por todos, PICÓ I JUNOY, *El principio*, p. 156 ss.

²³⁹ Así por ejemplo, SAP Valencia, Sección 5ª, de 19 noviembre de 2012 (ponente Bosca Pérez) (FJ 3º): “La fuente del deber de actuar a la que se podría recurrir en el caso de la estafa procesal es el principio de buena fe procesal (art. 11 LOPJ (...) y art. 247 y ss. LECiv .). Ni la LOPJ ni la LECiv especifican el alcance de ese principio. Es cierto que la doctrina más antigua se refirió al principio de la buena fe para flexibilizar la rigidez del rígido sistema clásico de las fuentes del deber de actuar. Sin embargo, un considerable número de autores -antes ya de que se sacaran conclusiones de la llamada victimodogmática respecto del delito de estafa- ha puesto en duda que este principio sea, por sí sólo, fundamento

No obstante, en alguna ocasión se ha declarado la tipicidad de la estafa procesal con base en la existencia de deberes institucionales *extraprocesales*, es decir deberes derivados de posiciones institucionales que están fuera del ámbito de la Administración de Justicia. En tal sentido, el Tribunal Supremo considera que en casos de estafa procesal clásica no existe un deber de las partes de informar verazmente al juez sino que –por virtud de responsabilidad institucional derivada de vinculaciones familiares o conyugales²⁴⁰– existe un deber de una de las partes de informar a otra (demandante o co-demandada) de una información procesal veraz determinada cuyo conocimiento genera para la parte receptora del mensaje la carga procesal de aportar dicha información con el objeto de evitar que el juez emita una resolución judicial basada en una percepción errónea que desde el punto de vista *ex ante* sería perjudicial para su patrimonio. Como hemos mencionado, el principio de “unidad de víctima” que determina la tipicidad de la estafa en triángulo tiene en la estafa procesal especiales connotaciones: exige, como presupuesto de la tipicidad, que el juez posea la misma información que la parte que es víctima del perjuicio patrimonial y, como se ha dicho, en estos casos la parte titular del patrimonio al ser debidamente emplazada de los términos de la pretensión engañosa interpuesta en su contra tiene plena consciencia del fraude que ésta entraña y en tal sentido tiene la carga (forma parte de su esfera de competencias) de aportar al proceso la información que evite la producción de la resolución judicial errónea que comporte un perjuicio para su patrimonio.²⁴¹ Así por ejemplo:

- ✓ Supuesto 1. *La acusada B, propietaria junto a sus dos hermanos de un bien que habían heredado de su padre recientemente fallecido era la única de los tres que –por tener su domicilio cerca– sabía de la vigencia de un préstamo con garantía hipotecaria que pesaba sobre dicho bien. Una vez vencidos los términos del contrato la acusada evitó informar a sus hermanos de los constantes requerimientos de pago del acreedor*

suficiente para dar cabida a un deber de informar. Consecuentemente sólo en un marco de especiales relaciones de confianza cabría recurrir al principio de la buena fe como fundamento legal de la posición de garante. Se ha sostenido, en lo que aquí resulta pertinente, que incluso en tales situaciones "no es suficiente con la mera infracción mediante el silencio" y que, además, sería ético- socialmente peligroso admitir lo contrario, pues implicaría premiar a quien no ha tomado medidas adecuadas de autoprotección."

²⁴⁰ Cfr., entre otros, JAKOBS, *PG*, § 29, n.m. 57 ss.

²⁴¹ Respecto de la llamada “unidad de víctima” en la estafa en triángulo, vid. KINDHÄUSER, *JR* 1997, pp. 301-305 (302), con base en lo sostenido en, el mismo, *ZStW* (103), 1991, pp. 398-424 (420 ss.). Asimismo, *supra* II.2.D).a).4.iii.a.

*hipotecario. Esto dio inicio en consecuencia a un juicio hipotecario en contra del patrimonio relicto y, por consiguiente en contra de todos los hermanos (incluida B) cuyo objeto estaba constituido por dicho inmueble. Iniciado el juicio la acusada B (con pleno conocimiento del mismo) se abstuvo de informar a sus hermanos del procedimiento en cuestión evitando a su vez comparecer al procedimiento a ejercer la respectiva oposición. El proceso en cuestión siguió su curso hasta la etapa de subasta del bien. La acusada acudió a dicha subasta y sin notificar al juzgado que era una de las demandadas en dicho proceso realizó todos los actos conducentes a que le fuera adjudicada la propiedad exclusiva del inmueble por un precio irrisorio. El Tribunal Supremo apreció la existencia del subtipo agravado de estafa procesal y por lo tanto condenó a la acusada B.*²⁴²

- ✓ Supuesto 2. *La acusada B se obligó como aceptante de una serie de letras de cambio libradas por el comerciante C. La acusada se encontraba casada en comunidad de gananciales con la víctima D en el momento de aceptar las cambiales pero se encontraba en trámites de divorcio y separación de bienes. Al vencimiento de los instrumentos cambiarios el comerciante C interpuso demanda ejecutiva en contra de B. Ante el impago y la no oposición de B una vez librado el despacho de ejecución el juzgado continuó el procedimiento decretando el embargo y la subasta de un bien inmueble que antes de su matrimonio había pertenecido en exclusiva a D y que durante la tramitación del divorcio le sería adjudicado nuevamente. Durante todo el trámite procedimental la acusada B nunca se molestó en informar a su marido que existía un juicio en su contra.*²⁴³

²⁴² STS de 22 septiembre de 1993 (ponente Moyna Mengües) FJ 3º: "...la estafa por omisión puede darse cuando determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar, y, en este caso, la próxima relación parental y la comunidad de intereses sobre la casa de Socuéllamos obligaba a quiénes, como los acusados, estaban al corriente de la pendencia del crédito hipotecario, poner en conocimiento de los hermanos los requerimientos de pago del Banco, lo que no hicieron aliciosamente para provocar el proceso de ejecución -aquí la estafa procesal- por impago de la cantidad debida, exigua y totalmente desproporcionada con el valor de la finca..."

²⁴³ STS de 22 de febrero de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) FJ Único: "... No cabe ninguna duda de que el sujeto engañado en la modalidad de la estafa en triángulo, denominada estafa procesal, es el juez que dispuso la ejecución. Dado que éste, en el presente caso, ha aplicado el derecho sobre la base de las circunstancias que el demandante le ha proporcionado, es necesario comprobar, en primer lugar, si las partes han puesto en su conocimiento todas las circunstancias relevantes a las que estaban obligados. (...), debe ser comprobado, ante todo, si las partes de la ejecución debían proporcionar al juez los datos

b) La determinación del acto judicial de disposición patrimonial

1. El concepto de acto de disposición patrimonial en el tipo básico de estafa (art. 248.1 CP)

Como es sabido, a diferencia de la regulación de la estafa en la legislación alemana o italiana, en la disposición española se hace expresa alusión al acto de disposición patrimonial como un elemento del tipo. En efecto, para la doctrina italiana el *atto di disposizione patrimoniale* es un requisito tácito pero esencial de la estafa porque es un elemento diferenciador de esta figura respecto del resto de los delitos patrimoniales, por la necesaria cooperación de la víctima para su configuración.²⁴⁴ Asimismo, según establece el § 263 del StGB, la disposición patrimonial (*Vermögensverfügung*) es un elemento no dispuesto expresamente en la redacción legal. Es, sin embargo, necesario, pues constituye la conexión entre el elemento interno típico error y el perjuicio patrimonial.²⁴⁵

En el caso español, la doctrina entiende al acto de disposición patrimonial como un comportamiento o decisión del titular del patrimonio o de un tercero con facultades dispositivas que implique una variación en la identidad de los elementos patrimoniales positivos (bienes o derechos), que ocasione de manera directa una disminución del patrimonio. La disminución patrimonial puede traducirse en la entrega de un bien, en la cesión de derechos, asunción de obligaciones, prestación de servicios o inclusive en una omisión (el abandono de una pretensión de reclamación por ejemplo) por parte del disponente.²⁴⁶ Asimismo, el acto de disposición patrimonial es el principal elemento distintivo de la estafa en casos límite con los delitos de apoderamiento, en virtud de que

referentes a la separación de los deudores y el domicilio del marido, parte de la sociedad de gananciales en la que se encontraba el inmueble, para permitir que éste se defendiera en el proceso. Este deber sólo incumbía, en todo caso, a la esposa separada y demandada. (...) Este deber es, en el presente caso, claro: se deduce de los arts. 1375 y 1377 C. Civ. En tanto el engaño del tipo del art. 248.1 CP puede ser omisivo, se debe tener por acreditada la existencia del primer elemento de la estafa.”

²⁴⁴ FANELLI, *La truffa*, p. 58; MANTOVANI, *Diritto*, p. 195; FIANDACA / MUSCO, *Diritto*, p. 176.

²⁴⁵ MEZGER, *Derecho penal*, p. 246.

²⁴⁶ BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa*, p. 173; ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, p. 201; MAGALDI PATERNOSTRO, “Artículo 250”, p. 758; PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 173; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, p. 192; GRIMA LIZANDRA, “La conducta típica en el delito de estafa”, p. 57; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, p. 459; más restringido al no admitir la omisión como acto de disposición GONZÁLEZ RUS, “La Estafa”, p. 658

contiene una característica esencial: la colaboración de la víctima en la configuración del delito²⁴⁷

Así, con estricto ceñimiento a los requisitos que impone el art. 248.1 del CP, la estafa procesal en tanto estafa de derechos o pretensiones exige una concepción amplia del concepto de acto de disposición patrimonial que vaya mucho más allá de la clásica concepción de “acto de entrega” o de “desplazamiento patrimonial”. En este sentido, la amplitud del concepto parte de valorar el vínculo jurídico entre el juez y el patrimonio afectado que permitiría incluir dentro del mismo a situaciones jurídicas perjudiciales para el patrimonio de la víctima. En este sentido, el acto de disposición debe entenderse como un acto de atribución de derechos patrimoniales.²⁴⁸ Asimismo, puede sostenerse que no hay equivalencia entre disposición patrimonial y desplazamiento patrimonial, ambos términos pueden coincidir pero en ese mismo orden: de continente a contenido. La disposición patrimonial ocasionaría la salida de la esfera de dominio del sujeto pasivo del objeto material del delito por lo que dicho elemento se verifica cuando se pierde la posibilidad de disponer libremente del patrimonio.²⁴⁹

2. El concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial a los fines del tipo agravado de la estafa procesal.

Partiendo del concepto jurídico-económico de patrimonio al que ya hemos hecho referencia el perjuicio patrimonial es concebido como una disminución material patrimonial (saldo contable total negativo), configurable a través de la salida de un bien o derecho del patrimonio. Asimismo, el perjuicio se traduce en la asunción de obligaciones o cargas e inclusive en la frustración de expectativas contractualmente establecidas.²⁵⁰

En virtud de ello, el menoscabo económico relativamente provisional al que es sometido el patrimonio del sujeto pasivo de la estafa procesal a través de la sentencia, constituye según esta tendencia un perjuicio patrimonial y por lo tanto

²⁴⁷ CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 83; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Valencia 2007, p. 426; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, p. 62, entre otros.

²⁴⁸ CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 84

²⁴⁹ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, pp. 161, 280, 281. También, GRIMA LIZANDRA, en *Estafas y falsedades*, p. 57.

²⁵⁰ GALLEGU SOLER, *Responsabilidad*, pp. 335-357; MAGALDI PATERNOSTRO, en *Comentarios*, p. 760.

es perfectamente procedente que la consumación de este tipo agravado se configure con la promulgación de la sentencia.²⁵¹

3. El acto judicial de disposición patrimonial en la estafa procesal

Hasta poco antes de la entrada en vigor de la reforma penal de 2010 la jurisprudencia española estaba dividida en cuanto a la delimitación del acto de disposición patrimonial perjudicial en la estafa procesal. La tendencia mayoritaria que se vio confirmada por medio de la redacción vigente era la que consideraba que este elemento típico está constituido por la resolución judicial. Esta opinión también predominaba en la doctrina ya que en forma general se considera que las sentencias (aun si no han adquirido firmeza) y determinados autos poseen la fuerza imperativa necesaria para que puedan considerarse actos dispositivos patrimoniales tal y como establece la redacción típica.

La Sala Segunda ha declarado, por ejemplo:

“...La hipótesis a que hace referencia el artículo 529.2.º del CP anterior, correspondiente con el artículo 250.2.º, del vigente, hace referencia al supuesto en que uno, varios, o todas las partes de un proceso, con engaño y ánimo de lucro, inducen al Juez a error, de tal modo que dicte una resolución ‘injusta’ determinante, en virtud del mandato judicial, de un acto de disposición no querido en perjuicio de las otras partes en el proceso o de un tercero...”²⁵²

Igualmente, al enumerar los elementos integrantes de la figura, muchas sentencias se abstienen de mencionar expresamente qué tipo de resolución judicial integra al elemento típico. Así en efecto, se expresa:

“...[La estafa procesal] Requiere estructuralmente, como modalidad agravada del delito, todos los requisitos exigidos en la definición de la estafa ordinaria recogida en el art. 248.1 del Código Penal (...): el engaño; el error debido al engaño; el acto de disposición –en este caso resolución judicial- motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro; y la relación de imputación que debe mediar entre estos elementos...”²⁵³ (el subrayado es mío).

²⁵¹ TORÍO LÓPEZ, *LH Antón Oneca*, p. 893

²⁵² STS de 7 de noviembre de 1997 (ponente Soto Nieto), FJ 138º.

²⁵³ STS de 21 de febrero de 2003 (ponente Aparicio Calvo-Rubio), FJ 4º; STS de 8 de mayo de 2003 (ponente Aparicio Calvo-Rubio), FJ 4º; STS de 28 de octubre de 2005 (ponente Ramos Gancedo), FJ 5º;

En tal sentido, tanto los autos como las sentencias pueden incidir perjudicialmente en el patrimonio de las partes. Es ya tradicional que la sentencia constituya el acto de disposición patrimonial por antonomasia para quienes defienden esta postura y ello por sencillas razones: es la decisión que pone fin al proceso y contiene la solución al conflicto planteado, su imperatividad e incidencia sobre el patrimonio del vencido es innegable. Además, la doctrina mayoritaria asienta sus presupuestos en el contexto de los procesos declarativos y, por lo tanto, el debate doctrinal y jurisprudencial se limita a considerar a la sentencia como acto de disposición patrimonial.

No obstante, es perfectamente posible -por ejemplo- que un auto que despacha ejecución, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 551 ss. LEC, con base en una pretensión engañosa, pueda constituir el acto de disposición patrimonial perjudicial requerido por el tipo. En los procesos ejecutivos, el auto que despacha ejecución constituye la resolución fundamental de esta etapa del proceso pues es la resolución que abre las puertas a la materialización de lo declarado en la sentencia o en el título. En efecto, por medio de esta resolución el tribunal ejecutor ordena de forma inexorable las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado (art. 553.1.3º LEC) y las actuaciones judiciales ejecutivas que procedan, incluyendo, el embargo de bienes concretos del condenado (art. 553.1.4º LEC). Se agrega el calificativo inexorable a la definición anterior porque la oposición del condenado y ejecutado, salvo excepciones, no detiene el curso de la ejecución iniciada con el auto de despacho de la misma. (art. 556.2 LEC).²⁵⁴

Con base en lo antes expuesto, la SAP Zaragoza, Sección 1ª, de 10 de abril de 2003 (ponente Blasco Obedé) acierta cuando, en un caso en que el autor demanda la ejecución de unas cambiales obtenidas en forma fraudulenta, considera que existe ya perjuicio patrimonial en el momento en que el juez que conoce del procedimiento, con base en la pretensión engañosa, emite un auto

ATS de 21 de diciembre de 2005 (ponente García Pérez), FJ 3º; ATS de 19 de enero de 2006 (ponente Maza Martín), FJ 1º; ATS de 6 de abril de 2006, (ponente Maza Martín) FJ 1º; SAP Lugo, de 9 de diciembre de 1999 (ponente Fernández Cloos), FJ 2º; SAP Granada, Sección 2.ª, de 23 de enero de 2001 (ponente Rodríguez Cano), FJ 2º; SAP Asturias, Sección 2.ª, de 22 de marzo de 2001 (ponente Vázquez Llorens), FJ 3º; SAP Madrid, Sección 23, de 26 de junio de 2001 (ponente Guerrero Roig), FJ 1º; SAP Asturias, Sección 2ª, de 18 de octubre de 2001 (ponente Vázquez Llorens), FJ 1º; SAP Madrid, Sección 16ª, de 16 de diciembre de 2003 (ponente Escudero Rodal), FJ 3º; SAP Girona, Sección 3ª, de 5 de mayo de 2004 (ponente Marca Matute), FJ 1º; SAP Madrid, Sección 2ª, de 26 de mayo de 2005 (ponente Polo García) FJ 1º; SAP Sevilla, Sección 7ª, de 24 febrero de 2006 (ponente Romeo Laguna) FJ 1º; SAP León, Sección 3ª, de 24 de mayo de 2006 (ponente Mallo Mallo), FJ 2º.

²⁵⁴ MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, p. 558; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil II*, p. 171 y ss.

despachando ejecución. Aun cuando dicha sentencia consideró que el delito de estafa se configuraba en dicho caso en grado de tentativa. Expresó:

“...no se obtuvo una resolución sobre el fondo y sí solo el dictado del Auto despachando ejecución, resolución ya perjudicial y significativa de que el engaño se estaba produciendo...” (el subrayado es mío).

Otro ejemplo significativo de autos no definitivos que pueden constituir actos de disposición patrimonial, lo constituyen las decisiones producidas en procesos de posesión de herencia no poseída, con arreglo a las disposiciones relativas al juicio verbal (art. 250.1.3º LEC). En efecto, de acuerdo a lo establecido en el art. 441.1 LEC, una vez interpuesta la demanda, el tribunal llamará a los testigos promovidos por el demandante y, con base en sus declaraciones, dictará auto en el que denegará u otorgará la posesión solicitada. En caso de que se pretenda cometer estafa procesal a través de este proceso especial, el acto de disposición patrimonial estaría constituido por el auto erróneo, obtenido a través de engaño, a través del cual se otorgue la posesión solicitada fraudulentamente.

Por otro lado, aun cuando, como se anotó *supra*, las estafas ocurridas en el seno de expedientes de jurisdicción voluntaria que no sean conocidos por un juez no son subsumibles en la agravante específica de estafa procesal ello no obsta para que constituyan una estafa genérica con arreglo al art. 248.1 del CP. Así, la SAP Alicante, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2005 (ponente Magro Servet) (FJ 6º), en un caso de estas características, considera que el auto emitido por el juzgado que conoce del expediente de jurisdicción voluntaria constituye el acto de disposición patrimonial perjudicial que permite la consumación de la estafa.

Ello refleja que los autos que ponen fin a procedimientos que tengan como objeto un elemento patrimonial, pueden también constituir actos dispositivos patrimoniales. Es lo que ocurre, como se ha dicho, con el procedimiento previsto en el caso del denominado juicio ejecutivo del automóvil (art. 13 LRCSCVM). En esta norma se prevé que el juez que conozca de un proceso penal incoado por causa de un hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil, está facultado para dictar auto en el que se determine la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, en caso de que se declare la rebeldía del acusado o recaiga sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin en forma provisional o definitiva a dicho proceso.

a.2 La sentencia definitiva como acto de disposición patrimonial

i. Doctrina

La mayoría de autores españoles que han tratado el tema coinciden en considerar la sentencia como el acto de disposición por excelencia en la estafa procesal. De hecho, la doctrina penal española construye los presupuestos de la estafa procesal con base en los procesos declarativos y se decanta en su mayoría por considerar a la sentencia como el acto de disposición en la estafa procesal, aun cuando ésta carezca de firmeza. En virtud de ello, para esta tendencia el tipo agravado se consume con la emisión de la sentencia objeto de impugnación y su ejecución definitiva forma parte del agotamiento o terminación del delito.²⁵⁵ Esta es también, la opinión dominante en el Derecho penal alemán. En efecto, para la doctrina alemana, la estafa procesal, como especie de la estafa en triángulo, concurre con la sola emisión de la sentencia errónea, ya que ésta comporta por sí sola un daño patrimonial para el sujeto pasivo del delito.²⁵⁶

Como es sabido, las sentencias, son las que dan solución al litigio planteado, por medio de la aplicación del derecho al caso concreto, con base en las pretensiones o defensas de las partes.²⁵⁷ La sentencia condenatoria firme con autoridad de cosa

²⁵⁵ TORÍO LÓPEZ, *LH Antón Oneca*, p. 893: "...De estimar que el pronunciamiento de la sentencia es consumativo, la ejecución habrá de ser entendida como zona previa al *delito terminado* o como suceder extratípico, posterior a la consumación, correspondiente al llamado *agotamiento* del delito. Inversamente, en el suceder procesal anterior deberá apreciarse tan sólo tentativa o frustración, de sostenerse que la ejecución de la sentencia injusta es lo que consume la realización típica..."; JESCHECK, / WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, p. 556; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 353: "...La consumación es, pues, un concepto *formal*: equivale a la realización formal de un tipo..."

²⁵⁶ ARZT / WEBER, *LB BT*, pp. 490, 491: "*Es entspricht heute der allgemeinen Meinung, dass eine Partei durch unrichtiges Vorbringen im Prozess einen Prozessbetrug begehen kann (...). Die Täuschungshandlung liegt in der unrichtigen Tatsachenbehauptung (...). -Beim Richter wird ein entsprechender Irrtum erregt (...).- Auf Grund dieses Irrtums verfügt der Richter (meist durch Urteil) zum Nachteil der Partei, deren materielles Recht verkürzt wird*" (Existe la opinión generalizada de que las partes por medio de alegatos falsos, pueden cometer estafa procesal. (...) La acción engañosa radica en los alegatos falsos de las partes que ocasionan un error en el Juez. (...). A causa de dicho error, el juez ejerce una disposición (mayoritariamente por sentencia) de los derechos materiales de la parte, en su perjuicio) (el subrayado es mío); KINDHÄUSER, „Betrug“, p. 4677: „*Prozeßbetrug ist ein Unterfall des Dreiecksbetrugs, bei dem der Richter oder – im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens – der Gerichtsvollzieher irrtumsbedingt Entscheidungen treffen, die unmittelbar die Vermögenslage zum Nachteil des materiell Berechtigten verändern.*“ (La estafa procesal es una especie de la estafa en triángulo, en la cual el juez o el tribunal ejecutor (en el proceso de ejecución), emite una sentencia errónea que comporta la inmediata y perjudicial transformación de la situación jurídica del sujeto pasivo del delito respecto de su patrimonio) (el subrayado es mío); CRAMER / PERRON, “§ 263. Betrug”, p. 2211: „*Vollendet ist der Prozessbetrug durch jede Entscheidung des Richters, durch eine Prozesspartei geschädigt wird*“ (“La estafa procesal se consume con las decisiones judiciales que produzcan perjuicio a una de las partes procesales”).

²⁵⁷ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil*, p. 517.

juzgada no comporta un efectivo desplazamiento patrimonial en la concepción más tradicional del acto de disposición, pero impone u ordena una situación jurídica que constriñe al titular del patrimonio a cumplir con el mandato. En este sentido, la doctrina otorga los mismos efectos a la sentencia objeto de recurso: así, sostiene que en definitiva, la sentencia es un título a través del cual se ordena a la parte sobre la que recae la condena a asumir una obligación. A través de dicha obligación, se restringe la libre disponibilidad de la víctima sobre el objeto de la pretensión (que también es el objeto material del delito), sin que ello signifique que ha habido traslación o disminución efectiva de su patrimonio.²⁵⁸ Existe sólo una restricción jurídica (no material) y por lo tanto investida de autoridad jurisdiccional, de la cual el vencido en juicio sólo puede librarse haciendo uso de los recursos establecidos en la ley procesal. Por lo tanto, la sentencia definitiva pero no firme vincula jurídicamente, obliga, independientemente de su mutabilidad.²⁵⁹ A tales efectos no existe impedimento alguno en considerar a la sentencia carente de firmeza como el acto de disposición patrimonial en la estafa procesal.²⁶⁰

En la sentencia no firme, la cosa juzgada se presume y esta presunción, aunque no es suficiente para evitar un nuevo examen del litigio, obliga al vencido en juicio a ejercer los recursos a que haya lugar para recuperar su poder de disposición sobre los bienes objeto de litigio. Existe, por ello una declaración jurídica que promulga un nuevo orden, y aunque carezca de la autoridad de cosa juzgada para su efectiva materialización, posee una fuerte presunción que le otorga imperatividad, a pesar de que carezca de permanencia.²⁶¹ Asimismo, el acto de disposición patrimonial perjudicial se verifica cuando se pierde la posibilidad de disponer libremente del patrimonio. Por lo tanto, con base en el poder jurisdiccional del juez, la sentencia emanada de éste a través de la cual se atribuye la disponibilidad del bien litigioso al sujeto activo independientemente de la firmeza de la resolución constituye un acto jurídico de disposición al sustituir el poder de disposición del vencido en juicio. El vencido en juicio debe ejercer los recursos a que haya lugar para recuperar el derecho o bien del que se le ha despojado y esta necesidad de recurrir para modificar la nueva situación

²⁵⁸ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 383

²⁵⁹ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 389

²⁶⁰ OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, p. 389

²⁶¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, pp. 137, 138: "...Desde el momento en que la Sentencia (sic.) reconoce un desplazamiento patrimonial de algo perteneciente al patrimonio del condenado a favor del patrimonio del reclamante fraudulento, existe un acto de disposición en el sentido amplio con que, como se dijo, debe interpretarse este elemento..." (el subrayado es mío).

jurídica creada con la sentencia, constituye perjuicio patrimonial.²⁶² Así pues, el tipo agravado se consuma con la producción de una sentencia sobre el fondo del asunto, susceptible de ser recurrida. Ello en virtud de que ya ésta constituye un acto (judicial) de disposición sobre el patrimonio del perjudicado. La sentencia ha creado una nueva situación jurídica que ocasiona que el sujeto pasivo del delito pierda la disponibilidad sobre el bien objeto del proceso. Por lo tanto, el vencido en juicio, e inclusive el tercero que resulte perjudicado en su patrimonio, están obligados a realizar actos jurídicos (recursos), para que se constituya nuevamente el reconocimiento judicial de su plena disponibilidad sobre el bien afectado.²⁶³ Por medio de esta concepción, se adelantan en parte las barreras de protección de la estafa procesal y, por lo tanto se sitúa la consumación de la figura con la promulgación de la sentencia definitiva en los procesos declarativos.

ii. Jurisprudencia

Muchas de las decisiones jurisprudenciales no definen expresamente si consideran que la sentencia susceptible de recurso es un acto de disposición o si -por el contrario- hay que esperar a la firmeza de la resolución para considerarla como tal. Asimismo, como ya se ha dicho, el análisis jurisprudencial realizado refleja que en los últimos diez años la inmensa mayoría de las conductas típicas se interrumpen mucho antes de que se dicte sentencia en procesos declarativos fraudulentos y en consecuencia muchísimo antes de que se ejecute la sentencia. Por lo tanto, la mayoría de los casos constituyen tentativa de estafa procesal. Esto se debe a que el perjudicado patrimonial por lo general interpone querrela por el fraude del que es víctima y esta actuación ocasiona la interrupción del proceso fraudulento. En virtud de ello, la inmensa mayoría de los casos son calificados como tentativa de estafa. Por ello, la jurisprudencia reciente ha tenido pocas ocasiones de pronunciarse sobre el particular teniendo -como se dijo- preferencia por considerar a la sentencia como el elemento típico tantas veces mencionado aunque sin identificar expresamente si se refiere a una sentencia firme o

²⁶² CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, pp. 161, 280-283.

²⁶³ MAGALDI PATERNOSTRO, María José, "Artículo 250", en CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Madrid 2004, p. 783; en el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 470: "...**El acto de disposición de la estafa es la sentencia del juez que ordena la** (sic.) demandado y condenado un determinado comportamiento económicamente valorable..."

susceptible de recurso. Es el caso de, por ejemplo, la STS de 9 de marzo de 1992 (ponente Martín Pallín), FJ 1º:

“...Lo que verdaderamente consuma el tipo delictivo es la producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta en modalidades imperfectas de ejecución...”²⁶⁴

Igualmente, se hace un pequeño esbozo de esta tendencia en la STS de 3 de julio de 2002 (ponente Maza Martín), FJ 5º:

“...El engaño es bastante en cuanto se crea, como en este caso, una apariencia de veracidad que puede inducir a error al Juzgador, si bien la infracción no se consuma hasta que el referido pronunciamiento favorable no se obtiene, quedando la infracción en otro caso, como aquí ocurre, en estado de mera ejecución imperfecta...” (el subrayado es mío)

Un tanto más explícita, al sugerir que la resolución judicial no firme constituye el acto de disposición patrimonial, es la STS de 22 de octubre de 2002 (ponente Granados Pérez), FJ Único, al exponer:

“...el delito se encuentra consumado cuando sí se alcanza el propósito perseguido, que no es otro que el de determinar un error en el juzgador y obtener la correspondiente resolución en perjuicio de la otra parte.

(...)

El delito se consuma, pues, cuando se pronuncia la resolución judicial motivada por el engaño, sin que deba confundirse con el agotamiento del delito consistente en el efectivo y material perjuicio ocasionado por la maniobra fraudulenta...”

Mucho más extensa es la STS de 8 de mayo de 2003 (ponente Aparicio Calvo-Rubio), FJ 4º, cuando expresa:

“...El delito se consuma cuando con la maniobra procesal mendaz se obtiene del órgano judicial una determinada resolución que hubiera sido

²⁶⁴ Criterio reiterado en la STS de 22 de abril de 1999 (ponente Granados Pérez), FJ 2º; STS de 21 de junio de 2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 8º; SAP Lugo de 9 de diciembre de 1999 (ponente Fernández Cloos), FJ 2º; SAP Cantabria, Sección 2ª, de 30 junio de 2000 (ponente Llaría Ibáñez).

distinta de no mediar aquélla, sin que sea preciso para que el delito se consume la firmeza en la resolución civil pues el engaño y el perjuicio ya se han producido...” (el subrayado es mío)

Por otro lado, se puede ver un cierto retroceso en esta evolución jurisprudencial en la STS de 8 de noviembre de 2003 (ponente Martín Pallín), FJ 2º, cuando se pronuncia por preferir a la resolución judicial como acto de disposición, pero no menciona expresamente si la sentencia tiene o no que ser firme. Simplemente se habla de resolución definitiva que hubiese puesto fin al proceso, y ello puede interpretarse de muy maneras muy distintas.

En este sentido, la mencionada resolución afirma:

“...al no haberse dictado resolución definitiva que hubiese puesto final al proceso no se ha llegado nada más que a intentar una manipulación de un órgano judicial, para tratar de conseguir un lucro económico, lo que finalmente no se ha conseguido, por lo que estimamos que el delito debe ser considerado en grado de tentativa...”

Otro paso atrás, lo constituye la STS de 7 de julio de 2004 (ponente Martínez Arrieta), FJ 2º, que expresa sin más:

“...La decisión estimatoria de la pretensión supondrá la consumación de la estafa, en tanto que la desestimación, por falta de prueba, el intento del desapoderamiento...”

Sin embargo, la STS de 5 de diciembre de 2005 (ponente Giménez García), FJ 2º, da un gran paso adelante:

“...En definitiva la realidad de la estafa procesal descansa sobre la realidad de la estafa de la que es -como se ha dicho- una especialidad, y si bien es cierto que se admite como en aquella la realidad de las formas imperfectas de ejecución (...), como delito de resultado que es exige la realidad del dictado de una resolución judicial hija del engaño para su consumación, aunque esta resolución no sea firme y quepa recurso e incluso aunque no se haya resuelto esta porque el acto de disposición -la resolución- ya se había producido, y ello, con independencia de que se haya materializado el perjuicio económico en el particular, lo que de

existir integraría la figura del agotamiento pero no de la consumación...²⁶⁵ (el subrayado es mío).

Finalmente, la STS de 21 diciembre de 2005 (ponente Bacigalupo Zapater) (FJ único), hace importantes afirmaciones acerca de la resolución como acto de disposición patrimonial, aunque cabe destacar que no hace la distinción entre sentencia firme y sentencia objeto de recurso.

“...La ratio decisionis de la sentencia recurrida es errónea, pues limita al acto de disposición a los de desplazamiento físico. De esta manera, se reduce la disposición patrimonial a los actos de ‘entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio’. Sin embargo, el delito de estafa no es un delito contra la propiedad de las cosas, sino un auténtico delito patrimonial y el patrimonio, como es sabido, no sólo se compone de cosas. Consecuentemente, cualquier acto que determine una reducción del valor del patrimonio en su conjunto constituye una disposición patrimonial. Es característico de la estafa procesal, por lo demás, que la sentencia dictada en la causa contenciosa civil es constitutiva de la disposición patrimonial que menciona el tipo penal del art. 248.1...”

En conclusión, puede afirmarse que la jurisprudencia otorga mucha menor importancia que la doctrina a la cuestión relativa a la firmeza o no de la sentencia. Simplemente parte de la circunstancia de considerar a la sentencia definitiva como acto de disposición patrimonial y, salvo las excepciones expuestas, pasa por alto estas importantes consideraciones.

iii. Naturaleza jurídica de la sentencia susceptible de impugnación

El acto de disposición patrimonial perjudicial en los procesos declarativos puede estar constituido por una sentencia definitiva no firme. En los procesos ejecutivos, el concepto es variable: el acto de disposición patrimonial puede ser integrado por el auto que despacha ejecución y éste tiene una estructura diferente. Pero para sostener que la sentencia objeto de impugnación integra el elemento

²⁶⁵ En este sentido, SAP Barcelona, Sección 2ª, de 13 enero de 2004 (ponente Magaldi Paternostro) FJ 3º; SAP Cádiz, Sección 3ª, de 18 de julio de 2006 (ponente Grosso de la Herrán) FJ 2º; SAP Baleares, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2007 (ponente Beltrán Mairata): “...tal fase [el desplazamiento patrimonial] pertenecerá a la del agotamiento del delito...” (el contenido de los corchetes y el subrayado es mío).

típico, debe profundizarse en la naturaleza jurídica de este acto jurisdiccional. Aunque fue objeto de investigación en su momento, en los últimos años esta cuestión ha tenido poco tratamiento en el ámbito español.²⁶⁶

Las posturas más relevantes suelen resumirse en dos tendencias principalmente. Así, por una parte, un sector considera que todos los efectos de la resolución están supeditados a que precluya el lapso para apelar o aquélla sea confirmada por un tribunal superior. Por lo tanto, la sentencia carente de firmeza es una situación jurídica que no es sentencia pero puede llegar a serlo. Por otra parte, una segunda tendencia atribuye efectos (imperatividad) a la resolución, independientemente de que su contenido sea mutable.²⁶⁷

El fundamento de las primeras es criticable. Prácticamente se limitan a decir que la sentencia es una situación jurídica definida como una circunstancia que con el concurso de otras circunstancias sucesivas puede conducir a un determinado efecto jurídico, mientras que, si esas circunstancias no se realizan, aquélla queda sin efecto alguno²⁶⁸. Tal argumento es discutible: en principio usar el término situación jurídica es contradictorio con sostener que la sentencia no produce efecto alguno puesto que precisamente ésta constituye una situación jurídica que produce obviamente efectos jurídicos -o mejor dicho- efectos jurídico-procesales sobre el objeto de la pretensión y las partes litigantes. En efecto, el contenido de la resolución -si es desfavorable para una de las partes- la constriñe a ejercer los recursos procesales a fin de recuperar el derecho sobre el bien objeto de litigio. El segundo argumento suele ser rechazado con argumentos como el que sigue: "...difícilmente resulta concebible que pueda impugnarse algo que por esencia (aparte de la posible nulidad) fuera inexistente como sentencia..."²⁶⁹

Por el contrario, la mayoría doctrinal se pronuncia a favor de atribuir efectos a la sentencia impugnada aun a costa de que éstos no sean perdurables en el tiempo.

²⁶⁶ RICHARD GONZÁLEZ, *La segunda instancia en el proceso civil*, Barcelona 1998, (<http://www.vlex.com/vid/199945>), es quien más recientemente lo ha sometido a consideración.

²⁶⁷ COLOMBO, Carlos J., "Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso", *RDP* (1), 1955, pp. 37-58; FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del derecho procesal*, p. 501.

²⁶⁸ COLOMBO, *RDP*, 1955, p. 45 (pie de pág. N° 16); RICHARD GONZÁLEZ, *La segunda instancia en el proceso civil*, <http://www.vlex.com/vid/199945>, p. 3

²⁶⁹ COLOMBO, *RDP*, 1955, p. 48; agrega también, p. 57: "...las consecuencias de la sentencia de primera instancia en los casos de apelación, por ejemplo, con sólo efecto devolutivo; la o las medidas precautorias que, en general, ella autoriza, y, más aún (sic.), su ejecución provisoria en las hipótesis en que es posible según las diferentes legislaciones, deberían significar llamados de atención bastante fuertes para quienes ven en la sentencia de que me ocupo algo que no es un simple elemento, algo que todavía no es nada pero que puede llegar a serlo todo..."

Se plantea entonces (dependiendo de la línea de pensamiento que se adopte²⁷⁰) que la sentencia (impugnabile) es un acto sometido a condición resolutoria y/o suspensiva.²⁷¹ También se sostiene que ésta constituye un acto dotado de autoridad propia desde su nacimiento aunque con efectos limitados y parciales. Inclusive se le atribuye fuerza obligatoria en virtud de una presunción de cosa juzgada en la resolución o -lo que es lo mismo- de una vocación inmanente a ésta de “definitividad” -de permanencia- independientemente de que pueda ser susceptible de modificación posterior.²⁷²

Por lo tanto, la imperatividad de la resolución no tiene relación con su inmutabilidad: si así fuese la resolución no llegaría a vincular nunca, pues hay remedios respecto de los que no se puede decir que precluyan jamás.²⁷³ Es el caso del recurso extraordinario de revisión en la que la firmeza de la sentencia es potencialmente debilitada²⁷⁴. En este sentido, la prueba fehaciente de los efectos provisorios pero imperativos de la resolución judicial sujeta a impugnación es la figura de la ejecución provisional.²⁷⁵ Esta institución (art. 524 ss. LEC) tiene su fundamento en la circunstancia de que la sentencia definitiva otorga al vencedor del litigio una mutable pero especial fortaleza en su derecho²⁷⁶.

Con la reforma de 2001 de la LEC se ha innovado esta figura al permitir que el Juez de instancia pueda despacharla sin necesidad de fianza ni caución alguna por parte del vencedor en juicio. Ello para evitar principalmente recursos de apelación con fines dilatorios. Con esto se garantiza el Derecho a la tutela judicial efectiva y el Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Además se robustece la autoridad que emana de la sentencia definitiva carente de firmeza.

²⁷⁰ Por todos, COLOMBO, *RDP*, 1955, p. 39 y ss y RICHARD GONZÁLEZ, *La segunda instancia en el proceso civil*, <http://www.vlex.com/vid/199945>, p. 3

²⁷¹ RICHARD GONZÁLEZ, *La segunda instancia en el proceso civil*, <http://www.vlex.com/vid/199945>, p. 4; FENECH, *Derecho procesal civil*, pp. 191, 192.

²⁷² DE LA OLIVA SANTOS / FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, p. 534: “...La primera instancia nace con clara vocación de definitividad, incluye todas las actuaciones procesales que garantizan la justicia del fallo, y esta (sic.) regulada pensando en la posibilidad de que sea la única que se sustancie...”; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II*, p. 550 “...La efectividad de la tutela judicial no puede desconocer que la sentencia, aunque no sea firme, es un pronunciamiento judicial con todas las garantías y con vocación de permanencia, al que no puede privarse de toda eficacia...”

²⁷³ COLOMBO, *RDP*, 1955, p. 52

²⁷⁴ FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, t. III, p. 137

²⁷⁵ La exposición de motivos de la LEC establece respecto de esta novedosa figura lo siguiente (apartado XVI): “...La nueva LEC representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional...”

²⁷⁶ GARCÍA CASAS, Julio, “La ejecución provisional y la seriedad de la justicia”, *RDP* (1), 2001, pp 35-56 (<http://www.vlex.com/vid/175108>)

Así, la vocación de permanencia y de verdad (presunción de cosa juzgada) de la sentencia de primera instancia es uno de los motivos de la introducción de este instituto para las sentencias de condena con excepción de las expresamente excluidas. De esa manera se evidencia que la autoridad que emana de la sentencia (ejecutabilidad) no va de la mano con la firmeza de la misma.²⁷⁷

Estas afirmaciones tienen una repercusión indudable en el ámbito de la estafa procesal por los efectos imperativos que para el objeto del delito posee la resolución judicial. En efecto, la sentencia de primera instancia no produce un efectivo desplazamiento patrimonial en la concepción más tradicional del acto disposición. Ni siquiera promulga una situación jurídica inmutable. No obstante, ordena y constriñe al titular del patrimonio a hacer uso de los medios procesales que correspondan para recuperarlo. Por lo tanto, el vínculo jurídico que une al Juez con el patrimonio perjudicado permite entonces partir de un concepto amplio de acto de disposición que incluye a la sentencia sometida a impugnación sin que deba materializarse un desplazamiento patrimonial.

Con base en todo lo expuesto, la sentencia objeto de impugnación que decide sobre el fondo de la pretensión planteada en los procesos declarativos puede integrar plenamente el elemento típico acto de disposición patrimonial en la estafa procesal por su eficacia jurídica plena, determinante de la consumación de la figura de la estafa.²⁷⁸ En efecto, cuando esta resolución declara con carácter imperativo aunque no inmutable –sujeto a revocabilidad- una situación ventajosa sobre un determinado patrimonio establece para la parte vencida en juicio la asunción de obligaciones a favor del sujeto activo de la estafa, es decir constituye una nueva situación jurídica con contenido patrimonial²⁷⁹. En virtud de ello, se configura un aprovechamiento injusto por parte del sujeto pasivo y la restricción de la libertad de disposición patrimonial de la víctima respecto de su patrimonio al ejercicio de los recursos procesales que corresponda.

²⁷⁷ ARMENTA DEU, *La ejecución provisional*, pp. 19, 23 y 32.

²⁷⁸ En este sentido CEREZO MIR, *Estudios*, pp. 271, 272: "...El delito de estafa se consuma, según la opinión dominante, en la doctrina española y el criterio mantenido por la jurisprudencia, cuando el sujeto activo obtiene el lucro perseguido. En la estafa procesal, por tanto, el delito se consumará cuando recaiga sentencia firme o cuando, sin serlo, sea susceptible de ejecución provisional..." (el subrayado es mío).

²⁷⁹ PASTOR MUÑOZ, *engaño típico*, p. 178

CONCLUSIONES

I

1. Conforme a un planteamiento esencialmente liberal del proceso civil, la conducta fraudulenta de las partes procesales debe tener consecuencias penales únicamente si se ajusta al modelo organizativo previsto en el tipo penal de la estafa (art. 248.1 CP). Es decir, si el fraude procesal de una o de ambas partes trasciende el ámbito de lo permitido en el particular contexto dialéctico del proceso jurisdiccional y *ex ante* puede producir un riesgo de perjuicio para el patrimonio de su contraparte o de un tercero ajeno al procedimiento. La tipificación expresa de las estafas en triángulo en el art. 248.1 CP apoyada en la opinión doctrinal unánime que acepta que quien dispone del patrimonio no tiene que ser necesariamente el propio titular del mismo, permite la subsunción del fraude con incidencia patrimonial perjudicial desplegado en contextos triangulares como el proceso jurisdiccional caracterizado como una forma *heterocompositiva* de solución de conflictos.
2. La subsunción simple del fraude procesal con incidencia patrimonial en el tipo penal de la estafa (§ 263) del Código penal alemán es producto de una evolución doctrinal, legal y jurisprudencial prácticamente ininterrumpida que se remonta a etapas previas a la creación del Estado alemán tal y como se conoce hoy en día. El predominio del denominado *liberalismo procesal* que inspiró la Ley de Procedimiento Civil alemana, caracterizado por la carencia de límites a la autonomía de las partes procesales y la inexistencia de facultades de intervención judicial u otras formas de control y la concepción del proceso como un estado de lucha entre las partes, redujo la sanción penal de las conductas fraudulentas al tipo penal de la estafa: únicamente cuando el fraude procesal afectaba la garantía de protección de la propiedad individual (quizá la más importante conquista del liberalismo clásico) se permitía el castigo por medio del § 263 RStGB. A partir de finales del s. XIX, el excesivo protagonismo de las partes procesales en el proceso civil alemán empezó a reducirse por medio de una serie de reformas procesales que estuvieron inspiradas en un sector de la doctrina procesal que daba prioridad al interés estatal de proveer el bienestar de los justiciables por medio de la

obtención célere y efectiva de resoluciones judiciales que fueran manifestaciones lo más cercanas posibles al Derecho material. La reacción favorable de un sector de la doctrina penal a estas posturas abogó por sancionar penalmente la conducta fraudulenta de las partes a través de un tipo penal autónomo. No obstante, este criterio no llegó a imponerse y aun hoy en día la estafa procesal es considerada únicamente como un supuesto del tipo básico de la estafa.

3. La estafa procesal ha sido objeto de sanción pacífica y reiterada por los tribunales españoles desde finales del s. XIX. No obstante, la jurisprudencia no se ocupó expresamente de sus particularidades sino hasta los años setenta del siglo pasado. Del mismo modo, la estafa procesal empezó a ser objeto de atención de la doctrina penal española a partir de los años sesenta del s. XX. A diferencia de lo ocurrido en otras latitudes, su desarrollo doctrinal estuvo exento de polémicas de alguna trascendencia y se caracterizó por la escasa cantidad de trabajos que se ocuparon en rigor del tema a pesar del número ingente de casos enjuiciados por los juzgados españoles. En este orden de ideas puede afirmarse sin lugar a dudas que la obra de OLIVA GARCÍA fue durante esos años la única en ocuparse del tema en profundidad. Con apoyo en un sector minoritario de la doctrina italiana este trabajo ha tenido una influencia notable en la doctrina y, particularmente, en la jurisprudencia, como lo evidencia el reiterado uso en la gran mayoría de resoluciones judiciales de conceptos y términos empleados en dicha tesis doctoral. En dicha obra puede advertirse un tímido intento de introducir elementos normativos en el análisis causal de atribución de responsabilidad imperante por medio de una breve mención de la teoría de la adecuación. Esta tendencia se torna irreversible en trabajos posteriores donde se advierte la influencia del surgimiento de corrientes funcionalistas en la dogmática jurídico-penal y, en consecuencia, se intenta en mayor o menor medida la definitiva separación de los niveles de análisis para la atribución de responsabilidad penal: en primer lugar la causación en el plano fenomenológico de un error judicial por medio de un alegato de parte engañoso y la valoración ulterior de un riesgo de producción de una resolución judicial errónea por parte de dicha conducta procesal engañosa.
4. A partir de la reforma penal de 1983 la tipificación de la estafa procesal en la legislación española adquirió un carácter distintivo. Así pues, en primer lugar se derogó la muy criticada tipificación casuística del delito de estafa y se

sustituyó por el tipo básico que prevalece hasta nuestros días, de evidente influencia germánica. Asimismo, la estafa procesal fue objeto de tipificación expresa por medio de la introducción del subtipo agravado que aún prevalece. Este último fue objeto de críticas desde el momento de su promulgación por su redacción deficiente e imprecisa y por la inclusión de los supuestos de estafa administrativa, es decir el castigo del fraude ocurrido en el seno de procedimientos administrativos con objeto patrimonial que desdecía el fundamento de la agravación específica.

La posterior promulgación del Código penal de 1995 significó una correcta concreción de la agravante a través de la supresión de la llamada estafa administrativa. Asimismo se realizó un ostensible aumento en la penalidad de la estafa procesal (dentro de un marco general de aumento de penas). Ello implicó que el CP 1983 siguiera aplicándose *ultractivamente* a lo largo de varios años posteriores a la entrada en vigencia del CP 1995 (a modo de ejemplo se han citado sentencias de Audiencias Provinciales dictadas inclusive durante el año 2001).

Por su parte, la reforma penal de 2010 perfiló aun más los contornos del subtipo agravado y mejoró notablemente la redacción legal. Así pues, en primer lugar se hace uso expreso del término “estafa procesal” para definir al comportamiento típico lo cual evidencia la influencia de la doctrina y la jurisprudencia. Por otro lado, la redacción legal del art. 250.1.7° CP circunscribe su ámbito de aplicación a la actividad exclusiva de las partes procesales en el ejercicio de sus actos procesales, es decir, a los actos jurídicos *intraprocesales* que procuren la preparación, el inicio, el impulso y/o la terminación del procedimiento. Asimismo, el señalamiento expreso que se hace del juez como destinatario del alegato procesal engañoso excluye del ámbito de aplicación del tipo los supuestos de fraudes procesales realizados en procedimientos jurisdiccionales que no sean conocidos por jueces (por ejemplo, algunos expedientes de jurisdicción voluntaria que en determinados supuestos pueden ser conocidos por secretarios judiciales, notarios y/o registradores) y, además, los casos de engaño directo de una parte procesal a la otra en el marco del ejercicio del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso (los casos de estafa procesal en sentido amplio que ocurren por ejemplo, en el ámbito de una transacción judicial). Por último, la norma en cuestión establece de forma expresa que el momento consumativo de la estafa procesal se halla en la promulgación de la resolución judicial errónea producto del alegato procesal engañoso. En este

sentido se acogió el criterio jurisprudencial dominante frente a la tendencia minoritaria que tendía a situar la consumación de la figura en el momento de la ejecución de la sentencia.

5. La estafa procesal es una cualificación típica, derivada y dependiente del tipo básico de estafa. En consecuencia, en ella concurren todos y cada uno de los elementos típicos previstos en el art. 248.1 CP: depende normativamente del delito de estafa pero al mismo tiempo manifiesta un mayor contenido de desvalor de acción. Posee características especiales que modifican el contenido del injusto del tipo base sin que ello implique autonomía. Ello genera un juicio de desvalor distintivo que es causa a su vez de un mayor merecimiento de pena en virtud del principio de proporcionalidad.
6. La estafa procesal es un delito pluriofensivo. El incremento de la pena respecto del tipo básico de estafa no responde a una afectación más intensa del patrimonio en tanto bien jurídico sino al especial contexto en el que tiene lugar la afectación al mismo: el seno de los procedimientos jurisdiccionales. El objeto de protección de esta figura es, por ende, tanto el patrimonio como la Administración de Justicia. Sin embargo, por medio de la ubicación sistemática de la estafa procesal el legislador quiere transmitir con contundencia que su principal objeto de protección es el patrimonio. No obstante, a diferencia de la regulación derogada y de otras figuras delictivas pluriofensivas, la alusión expresa a la Administración de Justicia en la redacción típica es prácticamente indisoluble de la protección patrimonial tanto en el desvalor de acción (“manipulación de pruebas u otros fraudes procesales”) como en el desvalor de resultado (“la producción de una resolución judicial errónea”).

En cuanto al patrimonio como objeto de protección de la estafa procesal, cabe decir que las singularidades de esta figura obligan a asumir una concepción abstracta del patrimonio. Es decir, debe partirse de una definición desde el objeto (los bienes y/o derechos que forman parte del patrimonio) y no de una concepción personal que define al patrimonio a partir de la relación entre el sujeto y sus bienes y por tanto, concreta al perjuicio patrimonial en una frustración de fines. Esto se debe a la estructura triangular de la estafa procesal y a las particulares características del juez como sujeto pasivo del engaño. Así pues, no puede aquí asumirse una concepción personal del patrimonio porque en este ámbito la disminución o pérdida de

derechos con contenido patrimonial ocasiona en el juez (en tanto sujeto engañado y disponente del patrimonio) la frustración de fines que no tienen contenido económico sino que tienen que ver con el pleno y cabal ejercicio de las facultades que le han sido atribuidas constitucionalmente. Por el contrario, debe asumirse una perspectiva abstracta en la concepción del patrimonio que tome en cuenta tanto elementos jurídicos como económicos. En tal sentido, contra lo que opina la mayoría doctrinal respecto del tipo básico de estafa, en la estafa procesal debe asumirse una concepción jurídico-económica. Es decir, el patrimonio debe ser definido como *la suma de los derechos patrimoniales de valor monetario de una persona* porque el ámbito mayoritario de despliegue de la estafa procesal está constituido por procesos civiles que tienen como finalidad la realización de derechos subjetivos cuyo objeto por imperativo legal debe responder a un valor dinerario (la denominada cuantía de la pretensión, art. 248 ss. LEC) del que se puede inferir el elemento fáctico económico que delimita el punto de partida jurídico en la concepción del patrimonio.

Por otra parte, la agravación penal de estas conductas está justificada por la afectación grave del fraude a la confianza del colectivo social hacia los órganos encargados de administrar Justicia. Esta confianza radica en la incertidumbre del que acude a un juez en pretendido restablecimiento de una situación jurídica infringida: el justiciable confía en el rol del juez como solucionador del conflicto y, por ende, acude a él en procura de justicia aun a sabiendas de la posibilidad de que el juzgador promulgue una resolución que le desfavorezca total o parcialmente. Por el contrario, la plena certeza de la forma como el juez dará solución a un conflicto en uno u otro sentido genera desconfianza en el rol institucional de los tribunales de justicia como garantes del uso y disfrute de bienes jurídicos individuales.

7. Las antiguas y reiteradas objeciones a la tipicidad de la estafa procesal defendidas por un sector minoritario de la doctrina están plenamente superadas. No obstante, la revisión de estos postulados ha permitido perfilar con más precisión los contornos de la conducta típica.

Así por ejemplo, según una propuesta doctrinal realizada por un sector liberal o garantista de la doctrina a finales del s. XIX –con base en una manifestación exacerbada del principio dispositivo– *toda clase de conducta procesal fraudulenta es atípica*. Estos autores sostenían que si el proceso

civil es una lucha sin cuartel entre dos bandos la legislación debe permanecer indiferente ante el despliegue de la conducta engañosa: el fraude procesal no es más que una manifestación del principio dispositivo en el contexto del principio procedimental contradictorio y por lo tanto forma parte del ámbito de lo permitido. Aun cuando hoy en día una propuesta semejante es insostenible, la comisión por omisión en la estafa procesal está reducida a su mínima expresión precisamente con base en la vigencia del principio dispositivo desplegado en un contexto contradictorio: en líneas generales la dialéctica propia del proceso resiente que se obligue a las partes a aportar, por ejemplo, todas aquellas pruebas de las que tengan conocimiento aun a pesar de carecer de la carga procesal de aportarlas por ser desfavorecedoras de sus intereses procesales.

Se adujo también en su momento que era imposible engañar al juez porque estaba dotado de todas las herramientas posibles para contrarrestar cualquier tipo de conducta engañosa. Según la doctrina más actualizada no hay impedimento para la instrumentalización del juez en el contexto de un procedimiento jurisdiccional, sin embargo la tipicidad de la conducta procesal engañosa está en parte condicionada por la comprobación del uso por parte del juez de las facultades de actuación *ex officio* que la norma procesal le confiere para contrarrestar los efectos en el proceso de la conducta fraudulenta de parte. Asimismo, también se sostuvo la atipicidad del error judicial por la incapacidad del juez de defenderse ante una conducta engañosa. Así pues, aun teniendo consciencia de que se encuentra ante un proceso con objeto falso el juez estaría impedido de desvirtuarla por carecer de los mecanismos legales para ello y en tal sentido aun a sabiendas de su falsedad estaría en la obligación de estimarla. Por lo tanto, desde una perspectiva causal, la sentencia errónea no es producto de una percepción errónea del juez sino del propio sistema procesal que encorseta al juzgador a actuar de una determinada manera so pena de absolver la instancia. Es decir, según esta opinión, el error judicial típico no puede construirse sobre una ficción jurídica. Como se ha expuesto, tanto las facultades de dirección material del proceso como las cargas procesales de las partes en el proceso civil desvirtúan cualquier opinión en este sentido ya que estos mecanismos otorgan al juez la posibilidad de suspender procesos o desestimar pretensiones engañosas de las que tenga conocimiento. No obstante, estas objeciones aun podrían encontrar asidero en el contexto de procedimientos o situaciones procesales que limiten considerablemente las posibilidades de

intervención judicial y el contradictorio procedimental *inter partes*. Es el caso, por ejemplo del procedimiento previsto para la ejecución de títulos judiciales o extrajudiciales.

Por otra parte, la existencia del tipo penal de *frode processuale* (art. 374) en el Código penal italiano es el principal obstáculo a la tipicidad de la denominada *truffa processuale* en el Derecho penal italiano. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias persisten de forma reiterada en afirmar que no pueden apartarse de los casos expresamente previstos en el tipo penal de *frode processuale* y en tal sentido el ataque al patrimonio por medio de la conducta procesal fraudulenta que no pueda ser subsumido en esta disposición es a todas luces atípica porque en virtud de la prohibición de analogía *in malam partem* y en favor de una pretendida “congruencia sistemática” estas conductas no pueden ser reconducidas al tipo penal de la estafa (art. 640 CPit). Esta tendencia produce importantes lagunas de punibilidad debido a que dejan de castigarse conductas procesales mucho más gravosas que las previstas expresamente en el art. 374 CPit.

Por último, también han sido superadas opiniones que rechazaban que las resoluciones judiciales pudiesen integrar el elemento típico acto de disposición patrimonial. Según esta tendencia, la resolución judicial –un acto de imperio de orden público- no podía integrar un elemento típico concebido en principio para el ámbito *ius privatista*. En la actualidad está prácticamente fuera de toda discusión que esta manifestación de la potestad jurisdiccional pueda integrar el elemento típico en atención a la facultad legal del juez de intervenir y disponer del patrimonio de las partes procesales particularmente en procesos que tengan objeto patrimonial. Ello se refleja en la regulación española vigente que dispone de forma expresa que la resolución judicial producto del engaño es la que *perjudica los intereses económicos de la contraparte o de un tercero ajeno al procedimiento*. No obstante, aun se discute qué tipo de resolución judicial puede integrar el elemento típico: además de una sentencia definitiva y firme, la doctrina se cuestiona si una resolución judicial susceptible de ser recurrida o que no decida sobre el fondo de la controversia podría constituir un acto de disposición patrimonial.

8. Se ha criticado la tipificación expresa española de la estafa procesal con base en una supuesta redundancia e innecesariedad. En efecto, según un sector doctrinal, la estafa procesal es un supuesto que ya está contenido en el tipo

básico de la estafa y asimismo –según esta opinión– la relación concursal que por lo general concurre en sede de estafa procesal entre el tipo básico de estafa y las falsedades cubren suficientemente el desvalor de la conducta sin que sea un requisito *sine qua non* acudir a formulaciones expresas. No obstante, es más que evidente que el ámbito de desenvolvimiento de estas conductas evidencian un mayor contenido de injusto y así ha sido apreciado expresamente por el legislador español.

9. Asimismo, algún sector doctrinal reclamó una regulación autónoma para la estafa procesal análoga a la prevista expresamente para las denominadas estafas impropias. Este criterio sirvió de basamento para que los redactores del anteproyecto de CP 2006 propusieran una ubicación sistemática distinta del tipo con una redacción idéntica a la vigente. La posterior desestimación de esta propuesta y el mantenimiento de la ubicación sistemática original generó obvias críticas desde ese sector. En efecto, la regulación de la estafa procesal recuerda a algunas propuestas de *lege ferenda* provenientes de la doctrina penal alemana y ello pareciera sugerir un evidente avance dirigido a la introducción de un tipo autónomo de estafa procesal. No obstante, puede afirmarse sin lugar a dudas que la norma vigente (a diferencia de la derogada) está indefectiblemente vinculada al tipo básico de la estafa independientemente de en qué lugar del Código penal se encuentre. Ello se debe al orden de los elementos típicos que sigue su formulación y, sobre todo, a la alusión expresa al perjuicio patrimonial como consecuencia directa de la resolución judicial errónea.

En todo caso, de existir proclividad hacia la promulgación de un tipo penal autónomo deben respetarse los amplios espacios de autoorganización (libertad individual) que exige el principio dispositivo en el proceso (civil) jurisdiccional. Las propuestas en ese sentido demuestran que la sana convivencia del principio dispositivo con una regulación semejante exigen una estructura típica de medios determinados y en virtud de una organización muy al estilo de la estructura que caracteriza al tipo básico de la estafa. Ello, claro está, en detrimento de hipotéticas infracciones penales autónomas que castiguen la violación de hipotéticos deberes procesales institucionales de aportar información veraz al proceso.

II

10. La doctrina penal es unánime en definir a la estafa procesal como una estafa en triángulo. En este caso la posibilidad expresamente prevista en el tipo básico de la estafa permite que sea el juez quien cumpla el papel de tercero no titular del patrimonio, destinatario del engaño y disponente patrimonial. El estudio de la estafa en triángulo suele dividirse en dos grandes grupos de casos: la llamada estafa de cosas, es decir, los supuestos en los que el acto de disposición patrimonial consiste en la entrega por el tercero disponente de una cosa mueble y, por otra parte, la denominada estafa de pretensiones o derechos que agrupa al resto de conductas típicas.

La estafa de cosas es particularmente problemática en la fijación de sus límites con el hurto en autoría mediata. En consecuencia, la doctrina penal dedica especial atención a su análisis enfatizando en la cualidad de la relación entre el tercero que en estado de error realiza el acto de disposición y el patrimonio que a la postre resulta perjudicado, con el objeto de determinar hasta qué punto se preserva el carácter de la estafa como delito de autolesión. En este sentido suele proponerse, por ejemplo, que la relación del sujeto con los bienes ajenos esté revestida de juridicidad y en tal sentido se exige que el disponente actúe debidamente autorizado por el titular del patrimonio. Esto trae como consecuencia que todos los casos límite que son reiteradamente expuestos por la doctrina queden fuera del ámbito de aplicación del tipo básico de estafa. Por contra, otro sector doctrinal propone fundamentos más flexibles pero mucho menos sostenibles que el jurídico que permitirían la amplitud del ámbito de aplicación del tipo básico de estafa. Así pues, por una parte, según la teoría de la cercanía fáctica existe estafa en triángulo si el tercero disponente se encuentra más cerca de la cosa objeto de disposición que el autor del engaño. Por otra parte, la teorías de la situación establecen como presupuesto de la configuración de la estafa en triángulo que el tercero que dispone del bien mueble se encuentre en el ámbito de poder del que proviene la cosa como custodio o co-custodio de la misma (*intraneus*) independientemente de si está autorizado o no por el titular de la misma. Las principales objeciones a estas teorías vienen dadas por la imprecisión con que fundan la relación entre el disponente y el objeto del acto de disposición: por una parte “meras posibilidades de influencia fáctica”, por la otra “situaciones” cuando el Derecho solo reconoce criterios jurídicos o fácticos. En este sentido, el vínculo que debe existir entre sujeto y

objeto no debe ser más que el jurídico: el acto de disposición del disponente (su decisión desde el punto de vista económico) –en el supuesto de que no medie engaño– debe tener la capacidad de crear nuevas situaciones jurídicas. El tercero disponente debe poseer facultades de disposición autorizadas por el Derecho de manera que los actos de disposición sobre la cosa ajena posean efectos jurídicos.

Por otra parte, en la estafa triangular de pretensiones no existe problema de delimitación alguno. Aquí la disposición patrimonial se realiza sobre derechos patrimoniales y, por lo tanto, debe asumirse un concepto amplio de disposición patrimonial que incluya la posibilidad cierta de tener influencia sobre derechos patrimoniales ajenos. En tal sentido la vinculación del tercero disponente al objeto de la disposición debe estar indiscutiblemente revestida de juridicidad. El ejemplo paradigmático de esta vinculación jurídica está constituido por la atribución constitucional de los jueces de intervenir en el patrimonio de las partes procesales en el ejercicio de funciones constitucionalmente atribuidas. Constituye una potestad que, ante el incumplimiento de la parte obligada por la norma, deriva de una función pública que es sustitutiva de la iniciativa privada y que tiene por objeto satisfacer la pretensión del vencedor en el litigio que se ha materializado en una resolución judicial.

11. La denominada estafa procesal impropia tiene lugar cuando la conducta engañosa se dirige directamente de una parte a la otra en el marco de actos procesales de parte que *sustituyan* la actividad jurisdiccional. Es el caso, por ejemplo, de la transacción judicial (art. 1816 CC) donde la resolución judicial se transmuta por disposición de las partes en un contrato que al igual que la sentencia dará solución a la pretensión interpuesta a través de una serie de términos y condiciones. Como se ha mencionado, la alusión expresa al juez en la redacción típica excluye estos supuestos del ámbito del subtipo agravado de estafa procesal (art. 250.1.7º CP) y, por lo tanto, su concurrencia debe sancionarse de conformidad con lo establecido en el art. 248.1 CP.
12. El esquema tradicional de la estafa procesal utilizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia españolas se torna obsoleto a la luz de la tipificación expresa vigente y, asimismo, es en parte inadecuado puesto que intenta una categorización a través de casos límite (la llamada estafa procesal propia indirecta). Por lo tanto, se intenta en primer lugar una clasificación

genérica que abarque tanto los supuestos que no están incluidos en el ámbito de aplicación de la estafa procesal como los que sí lo están. Así pues, se hace uso del término *estafa procesal en sentido amplio* para incluir a la estafa procesal impropia en un esquema general. Por su parte, los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación del art. 250.1.7º CP se denominan *estafa procesal en sentido estricto*, término que a la estafa procesal clásica (la conducta abrumadoramente mayoritaria en la jurisprudencia: el engaño directo al juez por una de las partes en detrimento de los intereses patrimoniales de la contraparte procesal) y la colusión de partes: el acuerdo *inter partes* para simular un litigio que procura el dictado de una resolución judicial errónea y perjudicial al patrimonio de un tercero ajeno al proceso o de otra parte procesal.

13. La variada constelación de supuestos que se han agrupado según distintos criterios evidencian que los casos de estafa procesal clásica ocurridos en el seno de procedimientos civiles son los que más abundan en la jurisprudencia tanto en la jurisdicción contenciosa como en la voluntaria.

Asimismo, del análisis de los casos de estafa procesal ocurridos en procedimientos penales cabe destacar que en virtud de que el objeto del proceso penal constituye una imputación de orden público –esto es la determinación de un hecho tipificado en un precepto penal como delito y su atribución a un sujeto en específico– no rige aquí la perpetuación del objeto que el principio dispositivo permite en el proceso civil. Por otra parte el modelo de enjuiciamiento penal español responde a un esquema mixto o acusatorio formal. Estas dos características del proceso penal español aumentan ostensiblemente la exigencia de sofisticación de la conducta engañosa como requisito previo a su tipicidad. También, las garantías inherentes al imputado determinan un amplio marco de justificación o de permisión de la conducta procesal fraudulenta que dificulta la determinación de la tipicidad de sus actos procesales. Por último, es poco probable que la resolución judicial producto de un proceso penal pueda integrar el elemento típico acto de disposición patrimonial si la pretensión punitiva del estado no se acompaña de pretensiones con objeto patrimonial que guarden relación directa o indirecta con el hecho punible objeto de enjuiciamiento y que *ex ante* posibiliten la producción de una resolución judicial que contenga un acto de disposición patrimonial típico de la estafa. Es el caso, entre otros, de la denominada responsabilidad civil *ex delicto*.

14. Al igual que en el tipo básico de estafa, en la estafa procesal el acto engañoso sin sustrato fáctico constituye en sí un riesgo aprobado o permitido de producción de un acto de disposición patrimonial. En tal sentido, el engaño típico de la estafa procesal consiste en la afirmación (alegato de parte) acerca de la existencia de un hecho que no existe en el mundo. Por el contrario, el conocimiento del Derecho forma parte de la esfera de responsabilidad del juez en virtud del principio *iura novit curia*. En este sentido, la formulación por las partes de alegatos jurídicos falsos forma parte del ámbito de lo permitido y en tal sentido debe ser considerada atípica.

Por otra parte, respecto de los alegatos engañosos con sustrato fáctico, la preeminencia en el proceso jurisdiccional del principio de oficialidad o del principio dispositivo condicionan en gran medida el ámbito de la tipicidad de la conducta procesal engañosa. Así pues, en un proceso dominado por el principio de oficialidad –esto es con preeminencia de la iniciativa judicial en la incorporación de hechos al proceso– las facultades judiciales respecto de este particular estarán lógicamente ampliadas y con ello el ámbito de lo permitido. Por el contrario, en un proceso regido por el principio dispositivo (con predominio de la aportación de partes), esto es, regido por las reglas de la cargas procesales en la determinación del objeto del proceso, los espacios de tipicidad tienen que ser, consecuentemente, mucho más amplios. El predominio no absoluto de uno u otro principio en los distintos sistemas procesales evita que se tengan concepciones tajantes respecto de la tipicidad. Por ejemplo, las amplias facultades del juez penal no son más que un parámetro en la exigencia de sofisticación de la conducta procesal engañosa como presupuesto de su tipicidad.

En el proceso civil el predominio del principio dispositivo permite que la estafa procesal tenga su ámbito de despliegue por antonomasia. No obstante, se sabe que existen amplias facultades de iniciativa judicial que delimitan claramente el ámbito de la tipicidad del alegato fáctico engañoso. A ello debe sumarse, en el contexto de estafas procesales clásicas desplegadas en el proceso civil ordinario, la participación determinante del titular del patrimonio afectado en virtud de su carácter de contraparte procesal: el conocimiento de primera mano de la falsedad de la conducta engañosa le exige, en virtud del principio de unidad de víctima, que haga todo lo que la norma procesal le permita para desvirtuar el alegato engañoso ya que el

desbalance de información o lo que es lo mismo, el déficit cognoscitivo del juez en el proceso y el superávit cognoscitivo de la contraparte perjudicada patrimonialmente ante la conducta engañosa son presupuestos de la atipicidad. Ello se debe a que forma parte del ámbito competencial de la contraparte afectada en su patrimonio el mantener el equilibrio de dicha balanza aportando la información respectiva por medio de los cauces procesales correspondientes. En este sentido, el ámbito de lo permitido debe tener en el contexto del juicio civil ordinario una amplitud considerablemente superior a la de contextos en donde la intervención de los afectados por el engaño esté mucho más restringida. Así pues, junto a los deberes de heteroprotección del juez, deben verificarse el cumplimiento de las cargas de la propia víctima en la prueba de sus alegatos y, por ende, en la refutación de las afirmaciones y pruebas engañosas aportadas al proceso por su contraparte.

La introducción del deber de veracidad procesal (§ 138 I ZPO) en el proceso civil alemán implicó el surgimiento de una corriente dogmático penal que propugnaba la tipicidad de los alegatos engañosos insustentados, esto es, no apoyados en elementos probatorios. Ello implica una clara contradicción con el principio de aportación de parte y, por consiguiente con el sistema de distribución de las reglas de la carga de la prueba como presupuestos ciertos de la tipicidad de la conducta procesal engañosa: la afectación del objeto procesal requiere, conforme a las normas procesales, que la afirmación de hecho engañosa sea cualificada, es decir, *idónea*: debidamente acreditada o sustentada por medios probatorios.

15. El especial contexto normativo en el que tiene lugar la estafa procesal reduce notablemente el despliegue de conductas engañosas “mediante silencio”. Por una parte, los casos de transmisión de información engañosa mediante silencio comunicativo (engaño mediante comportamientos concluyentes) tienen un ámbito de despliegue un poco más amplio que los casos de comisión por omisión. En este sentido, aunque la jurisprudencia no ha hecho expresa referencia al engaño mediante el actuar concluyente en el proceso, pueden distinguirse claramente casos en los que se aprecia la tipicidad en cuanto a este particular. No obstante, en ocasiones no hay claridad en la distinción jurisprudencial entre el engaño concluyente y la comisión por omisión y ello abre paso a discutibles declaraciones de atipicidad por

ausencia de deberes de información en casos donde existe una evidente transmisión tácita de información.

Por su parte, dentro del marco de la problemática referida a la admisión de la modalidad en comisión por omisión del tipo básico de estafa (esto es la no transmisión de información veraz cuando existe el deber de hacerlo), la admisión de la tipicidad de estas conductas en un contexto como el proceso jurisdiccional es más que discutible. En este sentido, el sistema de pesos y contrapesos existente en el proceso civil que establece el principio dispositivo y el contexto contradictorio del procedimiento y que se manifiesta (en parte) a través de las cargas procesales, dificulta enormemente la imposición de deberes procesales a las partes de aportar información veraz porque ello desvirtuaría en gran medida las amplias esferas de organización que el proceso civil debe garantizar a las partes. No obstante, la jurisprudencia ha admitido limitadamente la tipicidad de comportamientos omisivos en virtud de la injerencia por actuar precedente no doloso. Ello se explica porque en el proceso jurisdiccional existe un ámbito común de organización *inter partes* y, por lo tanto, los alegatos de las partes constituyen actos de injerencia en tanto y en cuanto invaden ámbitos de organización superpuestos. Por otra parte, la jurisprudencia ha apreciado la tipicidad de la omisión en el proceso por incumplimiento de deberes institucionales extra procesales que imponen a una de las partes el deber de informar no al juez sino a otra de las partes.

16. En virtud del carácter de la estafa procesal como estafa en triángulo de derechos o pretensiones, el concepto de acto de disposición patrimonial requiere de una necesaria amplitud que permita entenderlo como un acto de atribución de derechos patrimoniales: como un comportamiento o decisión del titular del patrimonio o de un tercero con facultades dispositivas que implique una variación en la identidad de los derechos patrimoniales. En este sentido el perjuicio patrimonial debe ser concebido como la salida de un derecho patrimonial que implique a su vez una disminución o menoscabo económico (concepto jurídico-económico) en la esfera de organización del titular del mismo. Así pues, en atención a lo que dispone la redacción legal, una resolución judicial puede implicar un menoscabo con efectos perjudiciales en el patrimonio de cualquiera de las partes en el proceso o de un tercero ajeno al procedimiento. La sentencia constituye el acto de disposición patrimonial paradigmático en virtud de que su imperatividad

sobre el patrimonio del vencido es innegable, incluso (a tenor de las normas procesales españolas) mucho antes de que adquiriera firmeza. No obstante, puede afirmarse que cierto tipo de resoluciones judiciales también pueden tener incidencia determinante en el patrimonio de las partes procesales y pueden por lo tanto integrar el elemento típico. Así por ejemplo, el auto de despacho de ejecución propio de los procesos ejecutivos (arts. 551 ss. LEC) y ciertos autos emitidos en expedientes de jurisdicción voluntaria.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Duden. Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, t. IV, Mannheim 1978.
- ABEL LLUCH, Xavier, “La valoración de la Prueba”, en ABEL LLUCH, Xavier, *Derecho Probatorio*, Barcelona 2002, pp. 461-528.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt”, *RDPPrArg* (1), 1951, pp. 49-76.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Liberalismo y autoritarismo en el proceso” en EL MISMO, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, t. II, Ciudad de México 1974, pp. 245-290.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de las circunstancias de delito. Estudio general*, Valladolid 1981.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Estafa (II)”, en EL MISMO (DIR.), MANJÓN-CABEZAS OLMEDA, Araceli (Coord.), *Derecho Penal español, parte especial (II)*, Valencia 2011, pp. 251- 289.
- ANDREWS, Neil, *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford 2003.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, t. I, 14ª ed. Milán 2002.
- ANTÓN ONECA, José, “Estafa”, *NEJ*, 1957, pp. 56-90.
- ARMENTA DEU, Teresa, “Principios y sistemas del proceso penal español”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín (Coordinadores). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona 2001.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios de Justicia penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo 2014.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Barcelona 2000.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *Los delitos de la estafa y falsedad documental*, Barcelona 2005.
- ASÚA BATARRITA, Adela, “Prólogo”, en ASÚA BATARRITA, Adela (Ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Bilbao 1998, pp. 11-14.
- ATIENZA, Manuel / RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid 2000.
- BACHMAIER WINTER, Lorena, “Acusatorio vs Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en la misma (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid 2008, pp. 11-48.

- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid Barcelona Buenos Aires 2007.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Delito de falsedad documental*, Buenos Aires 2002.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Madrid Barcelona Buenos Aires 2007.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL / BACIGALUPO, Silvina, *Derecho penal económico*, 2.ª ed., Madrid 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los delitos de estafa en el Código penal*, Madrid 2004.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona 1994.
- BELLAGAMBA, Filippo, "La discussa configurabilità della truffa processuale IP", 2005, pp. 1091-1110.
- BELLAGAMBA, Filippo, "Sul problema della configurabilità della truffa processuale", *FT* (1), 2000, pp. 58-62.
- BENLLOCH PETIT, Guillermo, "Tema 17. Delitos contra la Administración de Justicia", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.)/RAGUÉS I VALLÉS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Barcelona 2011.
- BERMÚDEZ OCHOA, Eduardo, "El problema de la responsabilidad civil en el delito de abandono de familia por impago de pensiones del artículo 487 bis del Código penal", *AP* (21-23), 1994, XXII, pp. 425-438.
- BERNHARDT, Wolfgang, "Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess", en AAVV, *Beiträge zum Zivilprozessrecht. Festgabe zum siebenzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*, München Berlin 1949, pp. 9-50.
- BEULKE, Werner / RUHMANNSEDER, Felix, *Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen*, 2.ª ed., Heidelberg 2010.
- BIANCA, Massimo, "La vendita e la permuta", en VASSALI, Filippo, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VII t. I, 2.ª ed., Torino 1993.
- BINDING, Karl, „Die Wahrheitspflicht im Prozesse“, *DJZ* (3), 1909, pp. 161-167.
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, Leipzig 1902.
- BINDING, Karl, *Lehrbuch Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 2.ª ed., Leipzig 1902.
- BITZILEKIS, Nikolaos, "Der Tatsachenbegriff im Strafrecht", en WEIGEND, Thomas / KÜPPER, Georg (eds.), *Festschrift für Hans Hoachim Hirsch zum*

70. *Geburtstag*, Berlin, Nueva York, 1999, pp. 29-43.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español*, t. II (*El sistema de la parte especial*), vol. 1 (*Delitos contra bienes jurídicos individuales*), Barcelona 2005.
- BLASCO SOTO, Carmen, "El recurso de amparo contra leyes en España", *RD* (12), 2001, pp. 157-177.
- BORRELL, Joaquín, "Tema 3. Carácter rogado de la función", en el mismo (Coord.), *Derecho notarial*, Valencia 2011, p. 55 ss.
- BRINKMANN, Werner, *Die Neuaufrichtung der Wahrheitspflicht in § 1 Abs. 183 ZPO und ihr Einfluß auf die Fragen des Prozeßbetruges*.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Barcelona 1991.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires 1996.
- CAPITELLI, Roberto, "Sull'ingiustificato ostracismo nei confronti della truffa processuale" (comentario a la SCSCit, Sez. V, núm. 6244, de 17 de febrero de 2004 (Rel. Nappi)), *CassPen* (9), 2005, pp. 2603-2610.
- CARD, Richard, *Card, Cross & Jones. Criminal Law*, 14.^a ed., Londres 1998.
- CARD, Richard, *Card, Cross & Jones. Criminal Law*, 19.^a ed., Oxford 2010
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, (trad. Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires 1982.
- CARO-JOHN, José Antonio, "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", *ADPw*, 2003, pp. 49-71.
- CARREÑO AGUADO, Julen A., "La estafa procesal del artículo 250.1.7.º del Código Penal. Algunas cuestiones interpretativas a la luz de la jurisprudencia", *Diario la Ley* (7780), 2012, 22119/2011.
- CERES MONTÉS, José Francisco, "El delito de estafa procesal", *AJA* (322), 1997, BIB 1997\36.
- CEREZO MIR, José, "La estafa procesal", *ADP* (19), 1966, pp. 179-198
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, t. II, 6.^a ed. Madrid 1998.
- CEREZO MIR, José, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982.
- CHIARONI, Gérard, *L'Escroquerie au jugement*, tesis doctoral inédita, Paris 1972.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, t. II, (trad. Sentís Melendo), 2.^a ed., Chile Buenos Aires 1949.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, (trad. Casais y Santaló), 3.^a ed., Madrid 1977.

- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Barcelona 2000.
- CIANO, Ariel, *Defraudaciones*, Buenos Aires 2006.
- CIARNIELLO, Ilaria, “‘Truffa processuale’ e libertà di disposizione in material patrimoniale” (comentario a la SCSCit, Sez. II, núm. 6335, de 29 de octubre de 1998 (Rel. Perna La Torre), *CassPen* (39), 2000, pp. 1276-1284.
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, t. I, (trad. Pérez Martín), Madrid 1996.
- COLOMBO, Carlos J., “Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso”, *RDP* (1), 1955, pp. 37-58.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, 2.^a ed., Valencia 1997.
- Consejo General del Poder Judicial, *Libro blanco de la justicia (Anexos)*, Madrid 1997.
- Consejo General del Poder Judicial, *Libro blanco de la justicia*, Madrid 1997.
- CONTI, Luigi, “Frode processuale”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano 1969, pp. 159-165.
- CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal*, Madrid 2004.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Valor probatorio de las declaraciones inverosímiles del acusado: un enfoque constitucional”, en CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / ORTS BERENGUER (dirs.), CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* t. I, Valencia 2.009.
- CRAM, Ian (gral. ed.) / GRUBB, Andrew (ser. ed.), *The Law of Contempt. Butterworth Common Law Series*, 4.^a ed., Londres 2010.
- CRAMER, Peter / PERRON, Walter en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.^a ed., München 2010.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, "La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal del delito: El delito "suis generis", *ADPCP* (31), 1978, pp. 35-95.
- CUGAT MAURI, Miriam, “Consecuencias penales de la supresión del Libro III”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona 2015.

- DAHLMANN, Gerhard, "Frankreich" en COING, Helmut (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. III/2, pp. 2489-2580
- DAHM, Georg, „28. Betrug“ en GÜRTNER, Franz (ed.), *Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil*, Berlin 1936, pp. 458-473.
- DAMAŠKA, Mirjan R., *Evidence Law Adrift*, New Haven 1997.
- DAMAŠKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, (trad. Morales Vidal), Santiago de Chile 2000.
- DAMAŠKA, Mirjan, "Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study", *UPaLRev* (121), 1973, pp. 506-589.
- DAMAŠKA, Mirjan, "Truth in Adjudication", *Hastings L.J.* (49), 1998, pp. 289-308.
- DAVIES, F.G., "Abuse of Process—An Expanding Doctrine", *JCrimL* (55), 1991, pp. 374-387.
- DE ANDRÉS HERRERO, María Asunción, *La cuantía en el proceso civil. Problemas y soluciones*, Madrid 2008.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil", *IeP* (2), 2012, pp. 243-294.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil*, Madrid 2012.
- DE VERO, Giancarlo, "Truffa a tre soggetti e autorità del giudicato nella c.d. truffa processuale", *APen.*, 1977, pp. 166-205.
- DE VERO, Giancarlo, "Truffa processuale, atto di disposizione, potere di disposizione: residui profili attuali di una vexata quaestio", *RIDPP*, 1979, pp. 664-675.
- DEGNI, Francisco, *La compraventa*, (trad. Bonet Ramon), Madrid 1957.
- DELMANTO, Celso / DELMANTO, Roberto / DELMANTO, Roberto Junior / MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO, Fabio, *Código penal comentado*, Brasil 2002.
- DEWEY, Matías, "Procedimientos fallidos: disposición al riesgo y legitimación de expectativas normativas en Argentina", *RSCh* (22), 2008, pp. 193-216.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada 1996.
- DÍAZ PALOS, Fernando, "Infracciones contra el patrimonio", *RJC (extra)*, 1980,

pp. 51-71.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La categoría de la antijuridicidad en derecho penal", *ADPCP* (44), 1991, pp. 715-790.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *El régimen especial de seguridad social de los funcionarios de la administración civil del estado*, Valencia 2004.

DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio, *Registro de la propiedad y administración pública. Servicio público y función pública registral*, Granada 1995.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, "Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica", *RDPC* (ext. 2), 2004, pp. 279-315.

DREHER, Eduard, „Das Strafrecht hat seine eigene Methode“, *GA*, 1969, pp. 56-61.

EISENBERG, Ulrich, "Wahrheitspflicht und Prozeßbetrug" en ESER, Albin / KULLMANN, Hans Josef / MEYER-GÖBNER, Lutz / ODERSKY, Walter / VOSS, Rainer (eds.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl SaIger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes*, Köln Berlin Bonn München 1995, pp. 15-29.

ESCHER, Heinrich, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung nach Römischem, Englischem und Französischem Rechte und den neueren deutschen Gesetzgebungen*, Zürich 1840.

ESER / BOSCH, § 243 en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.^a ed., München 2010.

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia 2003.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, "iura novit curia" y aplicación judicial del Derecho, Valladolid 2000.

FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume I: Harms to Others*, Oxford 2007.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*, t. I, Madrid 2007.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, "Supresión de las faltas y creación de delitos leves", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.) / MATALLÍN EVANGELIO, Ángela / GÓRRIZ ROYO, Elena (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia 201.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, "Supresión de las faltas y creación delitos leves", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, (dir.)/ MATALLIN Evangelio,

- Ángela/GÓRRIZ ROLLO Elena (coords.), *Comentarios a la reforma al Código Penal de 2015*, Valencia 2015.
- FERRER SAMA, Antonio, "Estafa procesal", *ADP* (19), 1966, pp. 5-11.
- FEZER, Gerhard, „Hat der Beschuldigte ein ‚Recht auf Lüge‘?“, en KÜPER, Wilfried/WELP, Jürgen (eds.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, pp. 663-684.
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t.II (*I delitti contro il patrimonio*), 3.^a ed., Bologna 2002.
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t.II (*I delitti contro il patrimonio*), 5.^a ed., Bologna 2007.
- FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1931.
- FRIEDENTHAL, Jack H. / MILLER, Arthur R. / SEXTON, John E. / HERSHKOFF, Helen, *Civil Procedure. Cases and materials*, 10.^a ed., St. Paul 2009.
- FUCHS, Thomas (ed.), *StGB. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Historisch-synoptische Edition.1871-2012*, 13.^a ed., Mannheim 2012.
- FULLER, Lon L., "The Forms and Limits of Adjudication", *HarvLRev* (92), 1978-1979, pp. 353-409.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio, "Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa", *ADPCP* (58), 2005, pp. 529-559.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio, "Tema 14. Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de defraudación", en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. 1, Valencia 2011.
- GALLO, Ettore, *Il falso processuale*, Padova 1973.
- GANSKE, Horst, *Prozeßbetrug und Adäquanz*, Breslau 1931.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, "El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código penal de 1995", en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (dir.), *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Madrid 1996.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El delito de hurto*, Valencia 1998.
- GARCÍA CASAS, Julio, "La ejecución provisional y la seriedad de la justicia", *RDP* (1), 2001, pp. 35-56.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 14.^a ed., Cizur Menor (Navarra) 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 12.^a ed., Cizur Menor (Navarra) 2011.
- GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, Juan José, "La litigiosidad en los tribunales de

- justicia”, en *Cuadernos de derecho judicial, dedicado a: La sociedad litigiosa*, (13) 2007, pp. 121- 150.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Insolvencias futuras. VIII. Presentación de datos falsos en el procedimiento concursal (Art. 261 C.P)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/ Ventura Püshel Arturo,(coord.), *Derecho Penal español, parte especial (II)*, Valencia 2011, pp. 391- 400.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Lección 11.^a. Insolvencias punibles”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Nicolás (dir.) / MANJÓN CABEZA-OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.), *Derecho penal español. Parte especial*, t. II, pp. 351-400.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Capítulo 35. Las acciones de filiación”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano / CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V, Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 325-457.
- GARÇON, Émile Auguste, *Code Pénal Annoté*, t. III, Paris 1959.
- GARÇON, Émile, *Code pénal annoté*, 2.^a ed., París 1959.
- GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. VI, 3.^a ed., París 1935.
- GERNHUBER, Joachim / COESTER-WALTJEN, Dagmar, *Familienrecht*, 6.^a ed., Munich 2010.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La contrarreforma penal de 1995”, *JpD* (36), 1999, pp. 18-21.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La parte especial en el proyecto de Código Penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, pp. 47-58.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2.^a ed., Montevideo-Buenos Aires 2007.
- GIMENO SENDRA, Vicente, “Art. 429-430” en EL MISMO (dir.) / MORENILLA ALLARD, Pablo (coord.), *Proceso civil práctico*, t. V, Madrid 2005, pp. 457-469.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte general*, 4.^a ed., Madrid 2012.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho procesal*, 7.^a ed., Madrid 2012.
- GISBERT POMATA, Marta, "La estafa procesal en el proceso civil: su apreciación por los tribunales", *RDP* (1-3), 2004, pp. 293-327.
- GOLDSCHMIDT, James, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin Heidelberg 1925.

- GOLDSCHMIDT, James, *Teoría general del proceso*, Barcelona 1936.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Derecho notarial*, Barcelona 2011.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Función y contenido del error en el tipo de estafa", *ADPCP* (38), 1985, pp. 333-345.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona 1985.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, "La posición del juez en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en SAYROL, Alonso-Cuevillas (coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Barcelona 2000, pp. 67 a 87.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "La doctrina del "delictum suis generis": ¿queda algo en pie?", *RECPC* (07), 2005, pp. 06:1-06:52.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio / HERCÉ QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, vol. 1º y vol. 2º, 8.ª ed. Madrid 1976.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *El ejercicio de los derechos*, Madrid 1975.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio/HERCÉ QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 8.ª ed., Madrid 1975.
- GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid 2001.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Presentación de datos falsos relativos al estado contable en las insolvencias punibles (art. 261 CP)", en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Vol. II, Cuenca 2001, pp. 173-203.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, *La determinación del procedimiento por razón de la cuantía*, Granada 1996.
- GONZÁLEZ RUS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Madrid 1968.
- GONZÁLEZ RUS, José, "Lección 21. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico (v) Las defraudaciones", en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Curso de Derecho Penal Español: Parte Especial*, Madrid 1996 -1997, p. 678 ss.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, "Falseamiento del estado contable para obtener la declaración de concurso", en BOIX REIG, Javier (dir.) / LLORIA GARCÍA, Paz, *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Madrid 2008, pp. 487-491.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, "II. Delitos contra la propiedad", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Manual de derecho penal (Parte Especial)*, Madrid 1992.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, "Los delitos contra el patrimonio", en DEL ROSAL

- BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia 1997.
- GONZÁLEZ VELASCO, Jesús, "Las acciones laborales y el delito de estafa procesal", *RPS* (110), 1976, pp. 153-165.
- GRINDA GONZÁLEZ, José, "Capítulo VI. El falso testimonio", en AAVV, *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra 2002.
- GRÜNHUT, Max, „Der strafrechtliche Schutz loyaler Prozessführung“, *SchweizZStr* (51), 1937, pp. 43-79.
- GRÜNHUT, Max, „Der Strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen“ en SCHREIBER, Otto (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (I. Oktober 1929)*“, t. V, Berlin Leipzig 1929, pp. 116-130
- GRÜNHUT, Max, „Zur Lehre vom Prozeßbetrug“, *RhZZP*, 1924, pp. 127-155.
- GRÜNHUT, Max, comentario a KG JW 32 6678 núm. 33, de 21 de octubre de 1931, *JW*, 1932, p. 678.
- GRÜNHUT, Max, comentario a RG JW 27 905 núm. 24, de 5 de noviembre de 1926, *JW* (13), 1927, pp. 905, 906.
- GRÜNHUT, Max, comentario a RG JW 31 3557 núm. 21, de 19 de mayo de 1931, *JW*, pp. 3557, 3558.
- GUTIÉRREZ-ALVIS CONRADI, Faustino, "Introducción", en el mismo (dir.), *La sociedad litigiosa*, Cuadernos de Derecho Judicial.
- HARTMANN, Dierk, *Die Vermögensverfügung bei Personenverschiedenheit des Getäuschten und Geschädigten (263 StGB)*, tesis doctoral inédita, Münster 1972.
- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia 1999.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal* (trads. Muñoz Conde/Díaz Pita), Valencia 1999.
- HAZARD, Geoffrey C. / TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, (trad. Gascón Inchausti), Navarra 2006.
- HEFENDEHL, Roland, § 263 en JOECKS, Wolfgang / MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München 2006.
- HEFENDEHL, Roland, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, Berlin 1994.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, "La estafa triangular en el derecho penal chileno en especial la estafa procesal", *RDCh* (23), 2010, pp. 201-231.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, "Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática",

- RChD* (37), 2010, pp. 9-41.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier / RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “Las consecuencias procesales de la reforma”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona 2015, pp. **XX**.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier/ RAMÍREZ ORTIZ, José Luís, “Consecuencias procesales de la reforma” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Cizur Menor 2015,
- HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin 1972.
- HEß, Katja, *Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozeß*, Saarbrücken 2006.
- HILLENKAMP, Thomas, *40 Probleme aus dem Strafrecht. Besonderer Teil*, 12.^a ed., Colonia 2009.
- HILLGRUBER, Christian / GOOS, Christoph, *Verfassungsprozessrecht*, 3.^a ed. Heidelberg, Munich, Landsberg, Frechen, Hamburgo 2011.
- HUERTA TOCILDO, Susana, "Los delitos patrimoniales en el proyecto del C.P. de 1980", *CPC* (15), 1981, pp. 473-510.
- HUERTA TOCILDO, Susana, “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, CEREZO MIR, José (ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada 1999, pp. 791-812.
- JACOB ALDI, Antonio, “La relación jurídica y las situaciones jurídicas”, *Revista de Derecho vLex*, 2001.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), 2.^a ed., Madrid 1997
- JAKOBS, Günther, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño* (trad. López Barja de Quiroga/Rey Sanfis), Madrid 2011.
- JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main 2012.
- JÄNICKE, Harald, *Gerichtliche Entscheidungen als Vermögensverfügung im Sinne des Betrugstatbestandes*, Berlin 2001.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, (trad. Olmedo Cardenete), Granada 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis / ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal. Conforme al Código de 1928*, Madrid 1929.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “Fraude maquinado y estafa procesal”, en *Estudios en homenaje Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires 1964, pp. 128 – 139.

- JOLOWICZ, John Anthony, "Adversarial and inquisitorial models of civil procedure", *Int'l&CompLQ* (52), 2003, pp. 281-296.
- JOLOWICZ, John Anthony, "Civil Litigation: What's it for?", *Cambridge LJ*, 2008, pp. 508-520.
- JOLOWICZ, John Anthony, *On Civil Procedure*, Cambridge 2000.
- KAGAN, Robert A., *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge 2001.
- KINDHÄUSER, „Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug“, *ZStW* (103), 1991, pp. 398-424.
- KINDHÄUSER, Urs, "Estafa como autoría mediata tipificada", (trad. Perdomo Torres) en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal patrimonial*, Lima 2002.
- KINDHÄUSER, Urs, § 263 en EL MISMO / NEUMANN, Ulfried / PAEFFGEN, Hans-Ulrich (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. III, 4.^a ed., Baden-Baden 2013.
- KLEIN, Franz, *Pro Futuro. Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich*, Leipzig Wien 1891.
- KOFFKA, Else, „Der Prozeßbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozeßordnung“, *ZStW* (54), 1935, pp. 45-65.
- KOHLER, Josef, *Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, Mannheim 1888.
- KOHLER, Josef, *Treue und Glauben im Verkehr. Ein Beitrag zur Lehre von strafbaren Betrug*, Berlin 1893.
- KOHLER, Josef, *Treue und Glauben im Verkehr. Ein Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin 1893.
- KÖSTLIN, Christian Reinhold, *System des deutschen Strafrechts*, t. II, Tübingen 1858, reimpression Aalen 1978.
- KRELL, Paul, „Probleme des Prozessbetrugs“, *JR* (3), 2012, pp. 102-109.
- KÜHNE, Hans Heiner, *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?*, Kehl am Rhein 1978.
- KÜPER, Wilfried, *Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, 8.^a ed., Heidelberg Munich Landsberg Frechen Hamburg 2012.
- LA CUTE, voz "Truffa" (dir. vig.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLV, Varese 1992.
- LACKNER, Karl, § 263 en JESCHECK, Hans-Heinrich / RUB, Wolfgang / WILLMS, Günther (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10.^a ed., Berlin New York 1988.
- LANGBEIN, John H. / LERNER, Renée Lettow / SMITH, Bruce P., *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Institutions*, Nueva York 2009.
- LANGBEIN, John H., "The German Advantage in Civil Procedure", *UChiLRev*

- (52), 1985, pp. 823-866.
- LANGE, Richard, „Die Systematik der Strafdrohungen“, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, Bonn 1954, pp. 69-87.
- LENCKNER, Theodor, „Prozeßbetrug“, en KREKELER, Wilhelm / TIEDEMANN, Klaus / ULSENHEIMER, Klaus / WEINMANN, Günther, (eds.), *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts mit Ordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht*, Heidelberg 1988, pp. 1-6.
- LENCKNER, Theodor, *Der Prozessbetrug*, tesis doctoral inédita, Tübingen 1957.
- LETO, Gisella, “Rilievi critici sulla ammissibilità della truffa processuale”, *RP* (12), 2007, pp. 1237-1239.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón / PÉREZ ESCALONA, Susana, *Comentarios a la Ley de jurisdicción voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de Julio*, Navarra 2015.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, Madrid 2012.
- LIEBS, Detlef, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7.^a ed. Munich 2007.
- LIPSET, Seymour Martin, *American Exceptionalism. A Double-Edged Sword*.
- LISZT, Frank von / SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23.^a ed., Berlin Leipzig 1921.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, 5.^a ed., Cizur Menor 2012.
- LÓPEZ GUERRA, Luis / ESPÍN, Eduardo / GARCÍA MORILLO, Joaquín / PÉREZ TREMP, Pablo / SATRÚSTREGUI, Miguel, *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia 2010.
- LORCA MARTÍNEZ, José, "Estudio de las estafas impropias y de un supuesto de atipicidad", *Diario La Ley* (6432), 2006, 3416/2005.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, "Garantismo procesal y estafa procesal", *AJA* (777), 2009, BIB 2009\689.
- LORD WOOLF, *Access to Justice (Final Report)*, Julio de 1996 (www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm).
- LORD WOOLF, *Access to Justice (Interim Report)*, Junio de 1995 (www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm).
- MAGALDI PATERNOSTRO, María José, “Capítulo VI. De las Defraudaciones”, en CÓRDOBA RODA, Juan/ GARCÍA ARÁN Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código Penal, parte especial, Tomo I*, Barcelona 2004, pp. 739 – 812.
- MAIWALD, Manfred, „Zur Problematik der ‚besonders schweren Fälle‘ im Strafrecht“, *NStZ* (10), 1984, pp. 433-440.

- MANCI, Filipp, *La truffa nel codice penale italiano*, Turín 1930.
- MANGANO, Pompeo, *Frode e truffa nel proceso*, Milano 1976.
- MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli, "Naturaleza de las circunstancias del art. 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas", *Diario La Ley* (3), 1988, 4868/2001.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil. Reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880 y publicada por Real decreto de 3 de febrero de 1881*, t. I, Madrid 1881.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale*, t. II (*Delitti contro il patrimonio*), 3.^a ed., Padua 2009.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luís, "Artículo 248" en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal, (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272)* Vol. 8, Madrid 1999, pp. 301-311.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto penale italiano*, t. IX, 5.^a ed., Turín 1984.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto penale italiano*, t. V, 5.^a ed., Turín 1981.
- MARAVAR GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, Cizur Menor 2009.
- MARINI, Giuliano, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milán 1970.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, "Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes", *EPC* (24), 2002-2003, pp. 445-516.
- MARTINS, Leonardo, *Derecho procesal constitucional alemán*, (trads. Arruda Pereira/Vázquez Martínez), México 2012.
- MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, 9.^a ed., Heidelberg 2003.
- MAURACH, Reinhart, „Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigeständigen Verbrechen de lege ferenda“ en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, Bonn 1954, pp. 249-258.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, (traducción Córdoba Roda), Barcelona 1962.
- MAYER LUX, Laura, "El engaño concluyente en el delito de estafa", *RChD* (41) 2014, pp. 1017-1048.
- MAYORAL SIMÓN, Juan, "La ocultación del domicilio del demandado como

- modalidad de estafa procesal", *Economist & Jurist* (48), 2000, pp. 43-50.
- MENKEL-MEADOW, Carrie, "The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World", *Wm&MaryLRev* (38), 1996, pp. 5-44.
- MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig 1867.
- MESTRE DELGADO, Esteban, *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, Madrid 2001.
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio*, (trad. Finzi), Buenos Aires 1959.
- MICHEL, Otto, *Der strafbare Betrug im Civilprozess*, Breslau 1898.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9.^a ed., Barcelona 2011.
- MIRA BENAVENT, Javier, "El delito de estafa en el proyecto de ley de reforma del Código Penal de 2007", en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/ VENTURA PÜSHEL, Arturo (Coord.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Barcelona 2009, pp. 365- 384.
- MIRABELLA, Julia Grace, "Scales of Justice: Assessing Italian Criminal Procedure through the Amanda Knox Trials", *BUInt'l LJ* (30), 2012, 229-260.
- MOHRBOTTER, „Der Bettel-, Spenden-, und Subventionserschleichungsbetrag. Ein Beitrag zum modernen Vermögensbegriff“, *GA*, 1969, pp. 225-234.
- MOHRBOTTER, Kurt, „Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug“, *GA*, 1975, pp. 41-52.
- MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, (trad. Dorado Montero), 2.^a ed. Santa Fe de Bogotá 1999.
- MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899.
- MONTERO AROCA, Juan, "El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal", en MONTERO AROCA, Juan, *Ideología y proceso civil: su reflejo en la buena fe procesal*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid 2005, pp. 251-320.
- MONTERO AROCA, Juan, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", en EL MISMO (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Moción de Valencia (2006). Declaración de Azul (2008)*, 2.^a ed., Valencia 2011., pp. 138-172.
- MONTERO AROCA, Juan, "Prólogo de la 1.^a edición" en EL MISMO (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Moción de Valencia (2006). Declaración de Azul (2008)*, 2.^a ed., Valencia 2011, pp. 15-28.
- MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento*

- Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia 2001.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de, *Del espíritu de las Leyes*, (trad. Blázquez / de Vega), 2.^a ed. Madrid 1993.
- MONTIEL, Juan Pablo, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, Madrid 2009.
- MOREL, René, *Traité élémentaire de procédure civile. Organisation judiciaire, compétence, procédure*, 2.^a ed., Paris 1949.
- MORESO, José Juan / VILAJOSANA, José María, *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona 2004.
- MUÑOZ CLARES, José, "La tentativa en la estafa procesal", *Diario La Ley* (5906), 1925/2003.
- MUÑOZ CLARES, José, *La tentación en la estafa procesal*, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed., Valencia 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal parte especial*, 16.^a ed. , Valencia 2007.
- MUÑOZ I SABATÉ, Lluís, *Tratado de probática judicial*, t. I, Barcelona 1.992.
- MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München 2.011.
- MUSIELAK, Hans-Joachim, „Einleitung“ en EL MISMO (ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 4.^a ed., München 2005.
- NAGLER, Johannes, „Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation“, *ZAKDR* (23), 1940, pp. 365-367.
- NAUCKE, Wolfgang, „Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik“ en BAUMANN, Jürgen / TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Tübingen 1974.
- NAVARRO FRÍAS, Irene, "Técnicas de destipificación en el Derecho penal moderno. El caso alemán de los ejemplos-regla", *RP* (19), 2007, pp. 106-119.
- NIETO MARTÍN, Adán, "Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal", *AP* (40), 1996-2, XLIV, pp. 765-786.
- NIETO MARTIN, Adán, *El delito de quiebra*, Valencia 2000.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal II. Proceso civil*, Madrid Barcelona Buenos Aires Sao Paulo 2015.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000.

- NIEVA FENOLL, Jordi, “El ‘último’ proceso inquisitivo español (el proceso penal de la novísima recopilación)”, *Justicia* (3-4), 2006, pp. 107-162.
- NIEVA FENOLL, Jordi, “El mal nombre del principio inquisitivo”, *Justicia* (1), 2014, pp. 131-166.
- NIEVA FENOLL, Jordi, “Los sistemas de valoración de la prueba y carga de la prueba: nociones que necesitan revisión”, *RDPr* (3-4), 2011, pp. 91-120.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, Madrid Barcelona Buenos Aires Sao Paulo 2014.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho procesal penal*, Madrid Buenos Aires Montevideo, 2012.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 10.^a ed., Barcelona 2.001.
- O’HARE, John / BROWNE, Kevin, *Civil Litigation*, 14.^a ed., Londres 2009.
- OBERRHAMMER, Paul / DOMEJ, Tanja, “Germany, Switzerland and Austria” en VAN RHEE, C.H. (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerpen Oxford 2005, pp. 255-
- OFFERMANN-BURCKART, Susanne, *Vermögensverfügungen Dritter im Betrugstatbestand*, Berlin 1994.
- OLIVA GARCÍA, Horacio, *La estafa procesal. Prólogo del profesor Juan del Rosal*, 2.^a ed., Madrid 1974.
- OLZEN, Dirk, „Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß“, *ZZP* (98), 1985, pp. 403-426.
- ORELLANA TORRES, Fernando / PÉREZ RAGONE, Álvaro, “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la Justicia civil”, *Ius et Praxis*, Año 13, Vol. 2, 2007, pp. 13-44.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid Barcelona 2007.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*, Navarra 2007.
- PAFFRATH, Constanze, *Macht und Eigentum. Die Enteignungen 1945-1949 im Prozeß der deutschen Wiedervereinigung*, Colonia 2004.
- PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, t. III (Delitti contro il patrimonio), Milán 2003.
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, t. I (Parte General), 17.^a ed., Madrid 2008.
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, t. II (Organización y empleo público), 19.^a ed., Madrid 2007.

- PASTOR MUÑOZ, Nuria / COCA VILA, Ivó, “Tema 11” en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.^a ed., Barcelona 2015, pp. 253-275.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria / ROBLES PLANAS, Ricardo, “Tema 12” en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.^a ed., Barcelona 2015, pp. 253-275.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Capítulo 12. Los delitos contra el patrimonio (II)”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) / PASTOR MUÑOZ, Nuria (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid 2012, pp. 325-366.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Capítulo 8” en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.^a ed., Barcelona 2015.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, (coord.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Barcelona 2003, pp. 67-90.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / MIRÓ LINARES, Fernando (coord.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 1.^a ed., Madrid 2013, pp. 84-109.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid Barcelona 2004.
- PEDRAZZI, Cesare, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán 1955.
- PEÑA OLIETE, Mercedes. DE LA, “La estafa procesal”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Madrid 2010, p. 216 ss.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “§ 11. El engaño omisivo en la estafa”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Curso de Derecho penal económico*, 2.^a ed., Madrid Barcelona 2005, pp. 207-230.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Deslealtad militar, deber de decir la verdad y posición de garante”, *REDMil* (77) 2001, pp. 231-246.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “El Engaño Omisivo en la Estafa” en, BACIGALUPPO, ENRIQUE (dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, 2^a ed. Barcelona 2005, pp. 207 – 230.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, “El impago de prestaciones económicas derivadas

- de separación, nulidad o divorcio”, *PJ* (21), 1991, pp. 31-57.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, “imputación objetiva de la estafa”, en *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann* (Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992), Madrid 1995, pp. 285-309.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Titulo XIII, Las defraudaciones (I) Las estafas”, en *Compendio de Derecho Penal (Parte especial), Tomo II*, Madrid 1998, pp. 439 – 473.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid 1995.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, “Del poder de disposición del proceso civil”, En ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil*”, Barcelona 2000.
- PESCATORE, Gabriele / RUPERTO, Cesare, *Codice Civile Annotato*, t. I, 12.ª ed., Milán 2002.
- PHILIPSBORN, Alexander, „Wahrheitspflicht, Prozeßbetrug und Prozeßschikane“ en AAVV, *Festschrift, Franz von Liszt zum 60. Geburtstag*, Berlin 1911, pp. 188-208.
- PICÓ I JUNOY, Joan, "Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva ley 1/2000, de enjuiciamiento civil", *RJC* (3), 2000, pp. 721-742.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado” en MONTERO AROCA, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Moción de Valencia (2006). Declaración de Azul (2008)*, 2.ª ed., Valencia 2011.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona 2007.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *EL principio de la buena fe procesal*, 2.ª ed., Barcelona 2013.
- PIECH, Xenia, *Der Prozeßbetrug im Zivilprozeß*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1998.
- PIFFER, Guido, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, vol. 4º, t. I, Padova 2005.
- PISANI, Mario, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milán 1959.
- PIZZI, William T., "The American "Adversary System"?", *WVaLRev* (100), 1997-1998, pp. 847-852.
- PIZZI, William T., “Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an

- Adversarial Body?”, en JACKSON, John / LANGER, Máximo / TILLERS, Peter (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford 2008, pp. 65-79.
- PLA BOIX, Ana, “Tema 28. Las garantías de los Derechos constitucionales”, en APARICIO PÉREZ, Miguel A. (dir.) / EL MISMO; BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè (coords.), *Manual de Derecho constitucional*, Barcelona 2009, pp. 627-652.
- POUND, Roscoe, "The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice", *AnnuRepABA* (29), 1906, pp. 395-417.
- PRÜTTING, Hanns / DE FALCO, Sandra, “Estudios de proceso civil alemán contemporáneo”, en ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos / PÉREZ RAGONE, Álvaro (trads.), *Código procesal civil alemán (ZPO)*, Berlín Montevideo 2006, pp. 33-150
- PRÜTTING, Hanns, „Einleitung“ en WIECZOREK, Bernhard / SCHÜTZE, Rolf A. (eds.), *Zivilprozeßordnung und Nebengesetze. Großkommentar*, t. I, 3.^a ed., Berlin 1994.
- PRÜTTING, Hanns / DE FALCO, Sandra, “Primera parte. Estudios de proceso civil alemán contemporáneo”, en ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos / PÉREZ RAGONE, Álvaro (trads.), *Código procesal civil alemán*, Berlín Montevideo 2006, pp. 33-150.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español*, 5.^a ed. , Barcelona 2008.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal español. Parte especial*, 6.^a ed. Barcelona 2010.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Madrid 1993.
- QUICIOS MOLINA, María Susana, *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor (Navarra) 2011.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, 2.^a ed. , Madrid 1972.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MUÑOZ CONDE, Francisco, *La reforma penal de 1983*, Barcelona 1983.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Mitos y racionalidad en el delito de estafa (Apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad)", *RDPP* (3), 2000, pp. 45-64.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Mitos y racionalidad en el delito de estafa (apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad)", *RDPP* (3), 2000, pp. 45-64.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Artículo 250", en EL MISMO (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.ª ed., Navarra 2011, p. 683.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Artículo 393", en EL MISMO (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.ª ed., Navarra 2011.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Artículo 461", en EL MISMO (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.ª ed., Navarra 2011.
- RAGNO, Giuseppe, *Contributo alla configurazione del delitto di truffa processuale*, Milano 1966.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y proceso*, Barcelona 1979.
- RAMOS TAPIA, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia 2000.
- RASSAT, Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, 5.ª ed., París 2006.
- RASSAT, Michèle-Laure, *Droit pénal*, Paris 1987.
- RECHBERGER, Walter H., „Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa“, *RitsLR* (25), 2008, pp. 101-110.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra) 2007.
- RESNIK, Judith, "Managerial Judges", *HarvLRev* (96), 1982, pp. 374-448.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, Barcelona 1998.
- RIFÁ SOLER, José María / VALLS GOMBAU, José Francisco / RICHARD GONZÁLEZ, Miguel, *Proceso penal práctico*, Madrid 2009.
- RIGGI, Eduardo Javier, *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Barcelona 2010.
- RIVERA MORALES, Rodrigo, *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid Barcelona Buenos Aires 2011.
- RIVO LÓPEZ, Elena/GONZÁLEZ VÁZQUEZ, Beatriz/RODRÍGUEZ LÓPEZ, Nuria, "Family office: instrumento de gestión del patrimonio familiar", *REF* (1), 2011, pp. 43-57.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, "Deberes negativo y positivos en derecho penal", *inDret* (4), 2013, pp. 1-21.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona 2007.
- ROCA SASTRE, Ramón María / ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis / BERNÀ I

- XIRGO, Joan, *Derecho hipotecario*, t. IV, 9.^a ed., Barcelona 2008.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 18.^a ed., Madrid 1995.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 2.^a ed., Valladolid 1966.
- RODRIGUEZ DEVESA, José, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 4.^a ed., Madrid 1971.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *El expediente de dominio*, 6.^a ed., Granada 1999.
- ROMERO, Gladys, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires 1985.
- ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / Peter, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17.^a ed., München 2010.
- ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, (traducción Krotoschin), 3.^a ed., Buenos Aires 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, (trad. Berges), Madrid 1969.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, (trad. Luzón Peña), 2.^a ed., Madrid 1997.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón Peña), Madrid 1976.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, § 13 en EL MISMO / HORN, Eckhard / GÜNTHER, Hans-Ludwig (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Neiwied Kriffel Berlin 1996.
- SALIGER, Frank, § 263 en MATT, Holger / RENZIKOWSKI, Joachim (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich 2013.
- SALINERO ALONSO, Carmen, *La protección del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, Barcelona 1997.
- SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Granada 2000.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, “El contrato de comisión” en MENÉNDEZ MENÉNDEZ Aurelio (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil* 5.^a ed., Navarra 2007, pp. 617-623.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid Barcelona 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo 2012.
- SANTANA VEGA, Dulce, “Artículo 461”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.)/MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011.

- SANTANA, Dulce, “Tema 20. Delitos contra la Administración de Justicia”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. 1, Valencia 2011.
- SATTA, Salvatore / PUNZI, Carmine, *Diritto processuale civile*, 13.^a ed. Padova 2000.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich, „Das Delikt des Stellionatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin. Eine Studie zur Entstehungsgeschichte des Betrugs-tatbestandes“ en BEHREND, Okko / DIEBELHORST, Malte / LANGE, Hermann / LIEBS, Detlef / WOLF, Joseph Georg / WOLLSCHLÄGER, Christian, *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, pp. 281-295.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht Besonderer Teil. Grundriß*, Tübingen 1983.
- SCHMOLLER, Kurt, „Betrug bei bewußt unentgeltlichen Leistungen“, *JZ* (3), 1991, pp. 117-129.
- SCHÜNEMANN, Bernd, „Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft“, *GA*, 1969, pp. 46-56.
- SEHER, Gerhard, *Liberalismus und Strafe: zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg*, Berlin 2000.
- SEHER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”, en HEFENDELH, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona 2007, pp. 69-94.
- SEHER, Gerhard, *Liberalismus und Strafe*, Berlin 2000.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Jurisdicción” en SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid 2008, pp. 20-62.
- SERRANO HOYO, Gregorio, "Algunas consideraciones sobre la estafa procesal", *AFD* (14-15), 1996-1997, pp. 189-207.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal” en SALVADOR CODERCH, Pablo / EL MISMO, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid 1999, pp. 75-145.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del nuevo código penal español", *RPCP* (7-8), 1996, pp. 271-281.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Es anacrónica la teoría del delito de cuño alemán?”, *RBCCrim* (96), 2012, pp. 13-34.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Artículo 11”, en COBO DEL ROSAL, Manuel

- (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I (Artículos 1 a 18), Madrid 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "Víctimo - Dogmática", en *La Victimología*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 13-52.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Buenos Aires 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.ª ed., Buenos Aires 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿'ex delicto'? Aspectos de la llamada 'responsabilidad civil' en el proceso penal", *InDret* (3), 2001, pp. 1-13.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos", en PALACIOS CRIADO, María Teresa/ FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián (dir.), *Judicatura y notariado ante los delitos económicos*, Madrid 2006, pp. 167- 203.
- SOLAZ SOLAZ, Esteban, "La especial configuración de las estafas impropias", *Diario La Ley* (42), 2007, 5130/2007.
- SOTO NIETO, Francisco, "Estafa procesal en grado de tentativa", *Diario La Ley* (6305), 2005, 3860/2005.
- SOTO NIETO, Francisco, "La Estafa procesal y sus características", *Diario La Ley* (5902), 2003, 1862/2003.
- SOTO NIETO, Francisco, "Principios éticos en el proceso: el fraude y la estafa procesales", *RDPr* (58), 1974, pp. 900-907.
- SOUTO GARCÍA, Eva María, *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, Valencia 2009.
- SPRUNG, Rainer, „Die Ausgangs Positionen österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluß auf das deutsche Recht“, *ZZP* (92), 1979, pp. 4-28.
- SPRUNG, Rainer, „Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluß auf das deutsche Recht“, *ZZP* (92), 1979, pp. 4-28.
- STAMPA BRAUN, José María, "La estafa procesal en el negocio fiduciario y en el proceso de creación de títulos ejecutivos", *BCAM*, 1979, pp. 7-21.
- STRATENWERTH, Günther / KUHLEN Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6.ª ed., Munich 2011.
- STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*,

- (traducción Cancio Meliá / Sancinetti), 4.^a ed., Navarra 2005.
- STÜRNER, Rolf, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, Tübingen 1982.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “Capítulo XVI. Insolvencias punibles. Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Receptación y blanqueo de capitales”; en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II, pp. 519-570.
- TARUFFO, Michele, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Boloña 1980.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, (trad. Manríquez / Ferrer Beltrán), Madrid Barcelona Buenos Aires 2008.
- TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, (trad. Aramburo Calle), Madrid 2009.
- TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, (trad. Accatino Scaglioti), Madrid 2010.
- TEMME, Jodocus Donatus Hubertus, *Die Lehre vom strafbaren Betrüge und Diebstahl nach preussischem Rechte*, Berlin 1841.
- TEMME, Jodocus Donatus Hubertus, *Die Lehre von strafbaren Betrüge*, Berlin 1841.
- THAMAN, Stephen C., “Aspectos *adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos”, en BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid 2008, pp. 161-176.
- THORNBURG, Elizabeth G., "The Managerial Judge Goes to Trial", *URichLRev* (44), 2010, pp. 1261-1326.
- TIEDEMANN, Klaus, § 263 en JÄHNKE, Burkhard / LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm / ODERSKY, Walter (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11.^a ed., Berlin 2005.
- TOESCHI, Alessandro, "Sulla truffa processuale", *GP*, 1948, II, pp. 497-504.
- TORIO LÓPEZ, Ángel, “Acción y resultado típico en la estafa procesal”, en *Libro homenaje al profesor Antón Oneca*, Salamanca 1982, pp. 877- 900.
- TORIO LÓPEZ, Angel, *Libro Homenaje al prof. J. Anton Oneca*, Salamanca 1982.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, *La eficacia justificante de los derechos. Análisis de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (20.7º CP) desde una perspectiva constitucional*, Valencia 2003.
- UNGER, Dagmar, *Adolf Wach (1843-1926) und das liberale Zivilprozeßrecht*, Berlin 2005.
- URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Concepto, evolución histórica y fuentes del Derecho Mercantil” en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio/ ROJO FERNÁNDEZ – RIO, Ángel José (dir.), APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa (coord.) *Lecciones de Derecho mercantil*, Vol. I, Madrid 2014, pp.

31-45.

- VALLE MUÑIZ, José Manuel, "Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa", *RJC* (2), 1988, pp. 321-343.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, "Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa", *ADPCP* (39), 1986, pp. 863-876.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, "CAPÍTULO VI. De las defraudaciones", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 1996, pp. 484-550.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, "Sección 1ª. De las estafas", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) / VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 1996, p. p. 654 ss.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Código Penal y Leyes Penales Especiales*, 13.ª ed., Navarra 2007.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El delito de la estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona 1987.
- VAN RHEE, "Introduction", en EL MISMO (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerpen Oxford 2005, pp. 3-24.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, "Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil", *Justicia* (1-2), 2009, pp. 23-73.
- VENDITTI, Arnaldo, "In tema di truffa processuale", *GP*, 1957, II, pp. 843-846.
- VÉRON, Michel, *Droit pénal spécial*, 13.ª ed., París 2010.
- VÉRON, Michel, *Droit pénal special*, 7.ª ed., Paris 1999.
- VIERA MORANTE, Francisco Javier, "El falso testimonio. Cambios introducidos por el Código penal de 1995 e influencia de la Ley del Tribunal de Jurado", en CADENAS CORTINA, Cristina (dir.), *Delitos contra la administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 233-278.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, "Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código Penal de 1995", *AP* (4), 1996-I, nn.mm. 47-73.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *La Falsedad Documental: análisis jurídico-penal*, Barcelona 1999.
- VIVES ANTON, T.S. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia 2010.

- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “Lección XXIV. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís (Coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, 4.^a ed. Barcelona 2015, pp. 431-456.
- VOGLER, Richard, “El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental”, en BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid 2008, pp. 177-194.
- VON HIRSCH, Andrew, “El concepto del bien jurídico y “el principio del daño”, en HEFENDELH, Roland (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona 2007, pp. 37-52.
- VON LISZT, Franz / SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23.^a ed., Berlin Leipzig 1921.
- WACH, Adolf, *Die Mündlichkeit im oesterreichischen Civilprocess-Entwurf*, Wien 1895.
- WACH, Adolf, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, (trad. Banzhaf), Buenos Aires 1977.
- WAHLE, *Die Rechtsnatur der ,besonders schweren Fälle im Strafrecht*, Heidelberg 1966.
- WAHLE, Eberhard, *Die Rechtsnatur der „besonders schweren Fälle“ im Strafrecht*, Heidelberg 1966.
- WALTER, Tonio, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, Heidelberg 1999.
- WEIMAR, Wilhelm, „Darf das Gericht unwahre Behauptungen des Klägers bei Saumnis des Beklagten als zugestanden ansehen?“, *MDR* (3), 1963, pp. 189,190.
- WELZEL, Hans, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß*, Berlin Leipzig 1935.
- WESSELS, Johannes, „Zur Problematik der Regelbeispiele für ‚schwere‘ und ‚besonders schwere Fälle‘“, en Schroeder, Friedrich-Christian / ZIPF, Heinz (eds.), *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe 1972, pp. 295-310.
- WILENMANN, Javier, "La administración de justicia como un bien jurídico", *RDCh* (36), 2011, pp. 531-573.
- WITTIG, Petra, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs. Ein normanalytischer Ansatz*, Frankfurt am Main 2003.
- WOLF, Erik, „Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Prozeßbetrug“, *JW* (31), 1938, pp. 1921-1923.
- ZACZYK, Rainer, „Der Versuchsbeginn beim Prozessbetrug“ en AMELUNG, Knut

- / GÜNTHER, Hans-Ludwig / KÜHNE, Hans-Heiner (eds.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart 2010.
- ZANNOTTI, Roberto, *La truffa*, Milán 1993.
- ZUCKERMAN, Adrian, “Lord Woolf’s Access to Justice: Plus ça change...”, *ModLRev* (59), 1996, pp. 773-796.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel “(El annus horribilis de 2003) Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006”, en BUENO ARÚS, Francisco/ GUZMÁN DALBORA, José Luís / SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Coords.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid 2006, pp. 1347-1382.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal (consideraciones generales sobre el título XIII del nuevo Código Penal)” en ASÚA BATARRITA, Adela (Ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Bilbao 1998, pp. 129 – 144.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia española

Tribunal Constitucional

STC (Sala 1ª) núm. 9/1981, de 31 de marzo de 1981 (ponente Gómez-Ferrer Morant) (RTC\1981\9)
STC (Pleno) núm. 165/1998, de 14 de julio de 1998 (ponente Jiménez de Parga y Cabrera) (RTC\1998\165)
STC (Sala 2ª) núm. 127/2001, de 4 de junio de 2001 (ponente González Campos) (CENDOJ) (Caso Filesa)
STC (Sala 1ª) núm. 293/2005, de 21 de noviembre de 2005 (ponente Aragón Reyes) (RTC\2005\293)
STC (Sala 1ª) núm. 304/2006, de 23 de octubre de 2006 (ponente Delgado Barrio) (RTC\2006\304)
STC (Sala 2ª) núm. 2/2008, de 14 de enero de 2008 (ponente Rodríguez Arribas) (RTC\2008\2)

Tribunal Supremo

STS, Sala de lo Civil, núm. 306/1996, de 15 de abril de 1996 (ponente Burgos y Pérez de Andrade) (CENDOJ)
STS, Sala de lo Civil núm. 501/1998, de 29 de mayo de 1998 (ponente Sierra Gil de la Cuesta) (RJ\1998\4073)
STS, Sala de lo Civil, núm. 1079/2000, de 16 de noviembre de 2000 (ponente Corbal Fernández). (RJ 2000\9916)
STS, Sala de lo Civil, núm. 53/2002, de 24 de enero de 2002 (ponente Villagómez Rodil) (RJ 2002\30)
STS, Sala de lo Civil, núm. 1022/2004, de 2 de noviembre de 2004 (ponente Gullón Ballesteros). (RJ\2004\6864).
STS, Sala de lo Civil, núm. 795/2005, de 15 de octubre de 2005 (ponente Villagómez Rodil) (CENDOJ)

ATS núm. 156/2005 de 21 diciembre de 2005 (ponente García Pérez) (JUR/2006/53685)
ATS núm. 266/2006 de 19 enero de 2006 (ponente Maza Martín) (JUR 2006/53578)

ATS núm. 917/2006, de 6 de abril de 2006 (ponente Maza Martín) (JUR\2006\157850)
ATS núm. 1915/2006, de 14 septiembre de 2007 (ponente Saavedra Ruiz) (JUR 2006/245142)
ATS núm. 2078/2007, de 22 de noviembre de 2007 (ponente Martínez Arrieta) (JUR 2007/361603)
ATS núm. 976/2009 de 16 de abril de 2009 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) (CENDOJ)
ATS núm. 1114/2009 de 14 mayo de 2009 (ponente Prego de Oliver Tolivar) (CENDOJ)
ATS (causa especial) de 13 de septiembre de 2010 (ponente Saavedra Ruiz) (CENDOJ)
ATS núm. 341/2011 de 17 de marzo de 2011 (ponente Andrés Ibáñez) (CENDOJ)
ATS núm. 666/2011 de 26 de mayo de 2011 (ponente Saavedra Ruiz) (CENDOJ)
ATS núm. 1959/2011 de 1 de diciembre de 2011 (ponente Jorge Barreiro) (CENDOJ)
ATS núm. 822/2012 de 3 de mayo de 2012 (ponente Giménez García) (CENDOJ)
ATS núm. 919/2012 de 3 de mayo de 2012 (ponente Marchena Gómez) (CENDOJ)
ATS núm. 952/2012 de 10 de mayo de 2012 (ponente Giménez García) (CENDOJ)
ATS 1338/2012 de 28 de junio de 2012 (ponente Marchena Gómez) (CENDOJ)
ATS núm. 1982/2014 de 6 noviembre de 2014 (Ponente Marchena Gómez) (LA LEY 191797/2014)
ATS núm. 2082/2014 de 18 diciembre de 2014 (Ponente Marchena Gómez) (LA LEY 204544/2014)

STS núm. 47/1883, de 29 enero de 1883 (JCrim, t. XXVIII, 6924, p. 101)
STS núm. 377/1887, de 29 noviembre de 1887 (JCrim, t. XXXIX, pp. 804-806)
STS núm. 131/1899 de 2 de noviembre de 1899 (JCrim, t. LXIII, pp. 263-266)
STS de 8 de mayo de 1956 (ponente Rodríguez de Celestino) (1633) p. 1091 del Repertorio Aranzadi

STS de 10 de marzo de 1960 (ponente Quintano Ripollés) (662) p. 406 del Repertorio Aranzadi
STS de 25 de enero de 1962 (ponente García Gómez) (275) p. 172 del Repertorio Aranzadi
STS núm. 698/1964, de 15 de abril de 1964 (ponente Espinosa Herrera) (CL, t. LIII, mar-abr 1964, pp. 819-824)
STS 8 de febrero de 1965 (ponente Casas y Ruiz del Árbol) (CL, t. LVII, ene-feb 1965, pp. 530-533)
STS núm. 992/1967 de 3 de octubre de 1967 (ponente Sáez Jiménez) (CL, oct. 1967, pp. 21-30)
STS núm. 714/1968, 6 de mayo de 1968 (ponente Escudero del Corral) (CL, abr-may 1968, pp. 54-56)
STS núm. 1452/1968 de 6 de noviembre de 1968 (ponente Escudero del Corral) (CL, nov. 1968, pp. 43-47)
STS núm. 971/1972, de 12 de junio de 1972 (ponente Sáez Jiménez) (CL, jun-sep 1972, pp. 266-269)
STS de 7 de Octubre de 1972 (ponente Sáez Jiménez) (3918) del Repertorio Aranzadi
STS núm. 272/1975, de 20 de febrero de 1975 (ponente Hijas Palacios) (CL, ene-feb 1975, pp. 467-472)
STS 25 de octubre de 1978 (ponente Sáez Jiménez) (RJ 3312/1978)
STS núm. 1191/1979, de 12 de noviembre de 1979 (ponente Gil Sáez) (CL, nov-dic 1979, pp. 207-215)
STS 30 de mayo de 1980 (ponente Huerta y Álvarez de Lara) (CENDOJ)
STS 5 de octubre de 1981 (ponente Moyna Ménguez) (CENDOJ)
STS 19 de diciembre de 1981 (ponente Huerta y Álvarez de Lara) (CENDOJ)
STS 16 marzo 1987 (ponente Manzanares Samaniego) (CENDOJ)
STS de 30 de mayo 1987 (ponente Jiménez Villarejo) (RJ 1987/4056)
STS 16 diciembre 1987 (ponente Moyna Ménguez) (CENDOJ)
STS de 8 febrero 1988 (ponente Huerta y Álvarez de Lara) (RJ 1988/978)
STS núm. de 20 de diciembre de 1988 (ponente Carrero Ramos) (CENDOJ)
STS de 7 de junio de 1989 (ponente Ruiz Vadillo) (RJ\1989\5049)

STS de 6 de febrero 1990 (ponente Carrero Ramos) (RJ\1990\1173)
STS 23 febrero 1990 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ\1990\1614)
STS 12 septiembre 1991 (ponente Ruiz Vadillo) (CENDOJ)
STS 18 septiembre 1991 (ponente Montero Fernández-Cid) (RJ\1991\6432)
STS núm. 514/1992, de 9 marzo de 1992 (ponente Martín Pallín) (RJ\1992\1946)
STS de 23 de abril de 1992 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 1992\6783) (caso del <i>Aceite de Colza</i>)
STS 8 de mayo 1992 (ponente Delgado García) (RJ 1992/3769)
STS núm. 2238/1992 de 26 octubre de 1992 (ponente Soto Nieto) (RJ\1992\8523)
STS núm. 2580/1992 de 30 noviembre (ponente Cotta Márquez de Prado) (RJ\1992\9573)
STS de 10 de junio 1993 (ponente García Miguel) (CENDOJ)
STS 9 de julio 1993 (ponente Granados Pérez) (CENDOJ)
STS núm. 1997/1993, de 22 septiembre de 1993 (ponente Moyna Mengues) (RJ 1993/6823)
STS núm. 1148/1993, de 2 de diciembre de 1993 (ponente Martín-Granizo Fernández) (RJ 1993/9485)
STS núm. 100/1994 de 20 enero de 1994 (ponente Ruiz Vadillo) (RJ\1994\40)
STS núm. 678/1994 de 24 marzo de 1994 (ponente Móner Muñoz) (RJ\1994\5999)
STS núm. 1105/1996, de 31 de diciembre de 1996 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 1996\9667).
STS núm. 173/1997, de 13 de febrero de 1997 (ponente García-Calvo y Montiel) (RJ 1997\1611).
STS núm. 271/1997, de 4 marzo de 1997 (ponente Delgado García) (RJ 1997/1830)
STS núm. 530/1997, de 22 abril de 1997 (ponente Puerta Luis) (RJ 1997/3613)
STS núm. 869/1997, de 13 de Junio de 1997 (ponente Granados Pérez) (RJ 1997\4895)
STS núm. 794/1997, de 30 septiembre de 1997 (ponente Conde-Pumpido)

Tourón) (RJ 1997/6842)
STS núm. 1/1997, de 28 de octubre de 1997 (ponente De Vega Ruiz) (CENDOJ) (caso <i>Filesa</i>)
STS núm. 692/1997, de 7 noviembre de 1997 (ponente Soto Nieto) (RJ 1997/8348)
STS núm. 224/1998, de 26 de febrero de 1998 (ponente Jiménez Villarejo) (CENDOJ) (caso <i>Argentia Trust</i>)
STS núm. 60/1998 de 27 enero de 1998 (ponente Martín Pallín) (RJ/1998/97)
STS núm. 199/1998, de 15 febrero de 1998 (ponente Martín Pallín) (RJ 1998/957)
STS núm. 595/1999, de 22 abril de 1999 (ponente Granados Pérez) (RJ 1999/3320)
STS núm. 1584/1999, de 11 noviembre de 1999 (ponente Delgado García) (RJ 1999/8706).
STS núm. 387/2000, de 13 marzo de 2000 (ponente Delgado García) (RJ 2000/1467)
STS núm. 1508/2000, de 28 septiembre de 2000 (ponente Ramos Cancedo) (RJ 2000/8263)
STS núm. 690/2001, de 27 abril de 2001 (ponente Delgado García) (RJ 2001/2104)
STS núm. 1221/2001, de 14 de septiembre de 2001 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2001\9012)
STS núm. 2365/2001, de 14 diciembre de 2001 (ponente Andrés Ibáñez) (RJ 2002/955)
STS núm. 2418/2001, de 17 diciembre de 2001 (ponente Ramos Gancedo) (RJ 2002/272)
STS núm. 2438/2001, de 22 diciembre de 2001 (ponente García Ancos) (RJ 2002/1816)
STS núm. 32/2002, de 14 enero de 2002 (ponente Giménez García) (RJ 2002/2629)
STS núm. 133/2002, de 8 de Febrero de 2002, (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2002\4527).
STS núm. 363/2002, de 27 febrero de 2002 (ponente Jiménez Villarejo) (RJ 2002/3367)
STS núm. 457/2002, de 14 marzo de 2002 (ponente Delgado García) (RJ 2002/6685)
STS núm. 1247/2002, de 3 julio de 2002 (ponente Maza Martín) (RJ 2002/8064)
STS núm. 1369/2002, de 17 julio de 2002 (ponente Móner Muñoz) (RJ 2002/7463)

STS núm. 1453/2002, de 13 septiembre de 2002 (ponente Sánchez Melgar) (RJ 2002/8398).
STS núm. 1606/2002 de 3 de octubre de 2002 (ponente Móner Muñoz) (RJ 2002/9357)
STS núm. 1743/2002, de 22 octubre de 2002 (ponente Granados Pérez) (RJ 2002/9599)
STS núm. 1738/2002, de 23 de octubre de 2002 (ponente Martínez Arrieta) (LA LEY 455/2003)
STS núm. 1899/2002, de 15 noviembre de 2002 (ponente Sánchez Melgar) (RJ 2002/10866)
STS núm. 1980/2002, de 9 enero de 2003 (ponente Conde-Pumpido Tourón) (RJ 2003/958)
STS núm.244/2003 de 21 de febrero de 2003 (ponente Aparicio Calvo-Rubio) (RJ 2003/2718)
STS núm. 308/2003 de 21 de febrero de 2003 (ponente Móner Muñoz) (RJ 2003/2245)
STS núm. 556/2003 de 10 abril de 2003 (ponente Andrés Ibáñez) (RJ 2003/7137)
STS núm. 607/2003, de 30 abril de 2003 (ponente Andrés Ibáñez) (RJ 2003/4700)
STS núm. 656/2003, de 8 mayo de 2003 (ponente Aparicio Calvo-Rubio) (RJ 2003/4056)
STS núm. 649/2003, de 9 mayo de 2003 (ponente Conde-Pumpido Tourón) (RJ 2003/4730)
STS núm. 1047/2003, de 16 julio de 2003 (ponente Maza Martín) (RJ 2003/6192)
STS núm. 1082/2003, de 21 julio de 2003 (ponente Granados Pérez) (RJ 2003/6049)
STS de 16 de septiembre de 2003 (ponente Bacigalupo Zapater) (CENDOJ)
STS núm. 1443/2003, de 6 noviembre de 2003 (ponente Conde-Pumpido Tourón) (RJ 2003/7352)
STS núm. 1455/2003, de 8 noviembre de 2003 (ponente Martín Pallín) (RJ 2003/9385)
STS núm. 65/2004 de 22 enero 2004 (ponente Abad Fernández) (RJ 2004/486)
STS núm 278/2004, de 1 de marzo de 2004 (ponente Sánchez Melgar) (LA LEY 12266/2004)
STS núm. 500/2004, de 20 de abril de 2004, (ponente Giménez García) (RJ 2004\3451)
STS núm. 765/2004, de 19 junio de 2004 (ponente Bacigalupo Zapater)

(RJ 2004/4807)
STS núm. 831/2004 de 29 junio de 2004 (ponente Maza Martín) (RJ 2004/4910)
STS núm. 880/2004, de 7 julio de 2004 (ponente Martínez Arrieta) (RJ 2004/4121)
STS núm. 878/2004, de 12 julio de 2004 (ponente Saavedra Ruiz) (RJ 2004/7475)
STS núm. 966/2004 de 21 julio de 2004 (ponente Soriano Soriano) (RJ 2004/5135)
STS núm. 1016/2004 de 21 septiembre de 2004 (ponente Martínez Arrieta) (RJ 2004/5779)
STS núm. 1171/2004 de 21 octubre de 2004 (ponente Maza Martín) (RJ 2004/6775)
STS núm. 1461/2004, de 9 diciembre de 2004 (ponente Martínez Arrieta) (RJ 2005/263)
STS núm. 172/2005, de 14 febrero de 2005 (ponente Sánchez Melgar) (RJ 2005/3678)
STS núm. 1278/2005, de 5 abril de 2005 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2005/3312)
STS núm. 493/2005, de 18 abril de 2005 (ponente Saavedra Ruiz) (RJ 2005/6949)
STS núm. 624/2005 de 27 abril de 2005 (ponente Andrés Ibáñez) (RJ 2005/5135)
STS núm. 751/2005 de 22 junio de 2005 (ponente Martínez Arrieta) (RJ 2005/5320)
STS núm. 979/2005, de 18 julio de 2005 (ponente Granados Pérez) (RJ 2005/6656)
STS núm. 995/2005, de 26 julio de 2005 (ponente García Ancós) (RJ 2005\9048)
STS núm. 1149/2005, de 7 octubre de 2005 (ponente Granados Pérez) (RJ 2005/7347)
STS núm. 1345/2005, de 14 de octubre de 2005 (ponente Giménez García) (RJ 2006\55)
STS núm. 1267/2005, de 28 octubre de 2005 (ponente Ramos Gancedo) (RJ 2005/8164)
STS núm. 1441/2005, de 5 diciembre de 2005 (ponente Giménez García) (RJ 2006/188)
STS núm. 1537/2005, de 20 diciembre de 2005 (ponente Puerta Luis) (RJ 2006/1221)
STS núm. 1497/2005 de 21 diciembre de 2005 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2006/1087)

STS núm. 1575/2005, de 21 diciembre de 2005 (ponente Martín Pallín) (RJ 2006/588)
STS núm. 10/2006 de 18 enero de 2006 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (RJ 2006/60)
STS núm. 431/2006, de 9 de marzo de 2006 (ponente Sánchez Melgar) (RJ\2006\4811).
STS núm. 313/2006, de 17 marzo de 2006 (ponente Jiménez García) (RJ 2006/5432)
STS núm. 329/2006, de 24 marzo de 2006 (ponente Andrés Ibáñez) (RJ 2006/5332)
STS núm. 443/2006 de 5 abril de 2006 (ponente Granados Pérez) (RJ 2006/1920)
STS núm. 544/2006 de 23 mayo de 2006 (ponente Soriano Soriano) (RJ 2006/3316)
STS núm. 650/2006, de 20 junio de 2006 (ponente Maza Martín) (RJ 2006/5573)
STS núm. 670/2006 de 21 junio de 2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) (RJ 2006/6637)
STS núm. 848/2006, de 27 junio de 2006 (ponente Saavedra Ruiz) (RJ 2006/8529)
STS núm. 739/2006, de 28 junio de 2006 (ponente Puerta Luis) (RJ 2006/6304)
STS núm. 788/2006, de 22 de Junio de 2006 (ponente Saavedra Ruiz) (RJ\2006\4946).
STS núm. 758/2006, de 4 julio de 2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) (RJ 2006/4749)
STS núm. 847/2006 de 20 julio de 2006 (ponente Granados Pérez) (RJ 2006/9331)
STS núm. 1056/2006 de 23 octubre de 2006 (ponente Monterde Ferrer) (RJ 2006/7112)
STS núm. 1123/2006 de 16 noviembre de 2006 (ponente Ramos Gancedo) (RJ 2007/754)
STS núm. 106/2007 de 22 de febrero de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) (LA LEY 6626/2007)
STS núm. 214/2007, de 26 febrero de 2007 (ponente Sánchez Melgar) (RJ 2007/3276)
STS núm. 350/2007 de 30 de abril de 2007 (ponente Maza Martín) (LA LEY 20350/2007)
STS núm. 515/2007, de 19 de Junio de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2007\5453).

STS núm. 592/2007 de 2 julio de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2007/4925)
STS núm. 621/2007, de 4 de julio de 2007 (ponente Delgado García) (RJ 2007\4930)
STS núm. 667/2007 de 12 julio de 2007 (ponente Martínez Arrieta) (RJ 2007/5110)
STS núm. 754/2007 de 2 de octubre de 2007 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) (CENDOJ)
STS núm. 965/2007 de 12 noviembre de 2007 (ponente Granados Pérez) (RJ 2007/8540)
STS núm. 990/2007 de 29 de noviembre de 2007 (ponente Varela Castro) (LA LEY 193599/2007)
STS núm. 128/2008, de 28 de febrero de 2008, (ponente Soriano Soriano) (LA LEY 12954/2008)
STS núm. 223/2008 de 7 de mayo de 2008 (ponente Maza Martín) (CENDOJ)
STS núm. 325/2008 de 22 de mayo de 2008 (ponente Saavedra Ruiz) (CENDOJ)
STS núm. 529/2008 de 1 de septiembre de 2008 (ponente García Pérez) (CENDOJ)
STS núm. 645/2008 de 10 de octubre de 2008 (ponente Martín Pallín) (CENDOJ)
STS núm. 623/2008 de 13 de octubre de 2008 (ponente Andrés Ibáñez) (CENDOJ)
STS núm. 710/2008 de 30 de octubre de 2008 (ponente Bacigalupo Zapater) (CENDOJ)
STS núm. 720/2008 de 12 de noviembre de 2008 (ponente Giménez García) (CENDOJ)
STS núm. 845/2008 de 2 de diciembre de 2008 (ponente Giménez García) (CENDOJ)
STS núm. 853/2008 de 9 diciembre de 2008 (ponente Marchena Gómez) (RJ\2009\1374)
STS núm. 244/2009 de 6 de marzo de 2009 (ponente Bacigalupo Zapater) (CENDOJ)
STS núm. 557/2009 de 8 de abril de 2009 (ponente García Pérez) (CENDOJ)
STS núm. 428/2008 de 28 de abril de 2009 (ponente Soriano Soriano) (CENDOJ)
STS núm. 744/2009 de 30 de junio de 2009 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (CENDOJ)
STS núm. 772/2009 de 3 de julio de 2009 (ponente Martín Pallín)

(CENDOJ)
STS núm. 930/2009 de 30 de septiembre de 2009 (ponente Martínez Arrieta) (CENDOJ)
STS núm. 1009/2009 de 14 de octubre de 2009 (ponente Marchena Gómez) (CENDOJ)
STS núm. 682/2008 de 27 de octubre de 2009 (ponente Monterde Ferrer) (CENDOJ)
STS núm. 1015/2009 de 28 de octubre de 2009 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) (CENDOJ)
STS núm. 1342/2009 de 29 de diciembre de 2009 (ponente Varela Castro) (CENDOJ)
STS núm. 7/2010 de 22 de enero de 2010 (ponente Maza Martín) (CENDOJ)
STS núm. 35/2010 de 4 de febrero de 2010 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) (CENDOJ)
STS núm. 72/2010 de 9 de febrero de 2010 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (CENDOJ)
STS núm. 278/2010, de 15 de marzo de 2010 (ponente Jorge Barreiro) (CENDOJ)
STS núm. 532/2010 de 4 de junio de 2010 (ponente Bacigalupo Zapater) (CENDOJ)
STS núm. 733/2010 de 15 de julio de 2010 (ponente Martínez Arrieta) (CENDOJ)
STS núm. 1006/2010 de 17 de noviembre de 2010 (ponente Andrés Ibáñez) (CENDOJ)
STS núm. 1190/2010 de 24 de noviembre de 2010 (ponente García Pérez) (CENDOJ)
STS núm. 1193/2010 de 24 de febrero de 2011 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (CENDOJ)
STS núm. 124/2011 de 25 de febrero de 2011 (ponente Granados Pérez) (CENDOJ)
STS núm. 117/2011 de 3 de marzo de 2011 (ponente Andrés Ibáñez) (CENDOJ)
STS núm. 266/2011 de 25 de marzo de 2011 (ponente Prego de Oliver Tolivar) (CENDOJ)
STS núm. 254/2011 de 29 de marzo de 2011 (ponente Marchena Gómez) (CENDOJ) (Caso Urbanor)
STS núm. 982/2011 de 30 de septiembre de 2011 (ponente Andrés Ibáñez) (CENDOJ)
STS núm. 1100/2011 de 27 de octubre de 2011 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) (CENDOJ)

STS núm. 1319/2011 de 17 de noviembre de 2011 (ponente Saavedra Ruiz) (CENDOJ)
STS núm. 1219/2011 de 21 de noviembre de 2011 (ponente Varela Castro) (CENDOJ)
STS núm. 1249/2011 de 22 de noviembre de 2011 (ponente Monterde Ferrer) (CENDOJ)
STS núm. 76/2012 de 15 de febrero de 2012 (ponente BerdugoGómez de la Torre) (CENDOJ)
STS núm. 332/2012 de 30 de abril de 2012 (ponente Monterde Ferrer) (CENDOJ)
STS núm. 366/2012 a 3 de mayo de 2012 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) (CENDOJ)
STS núm. 408/2012 de 11 de mayo de 2012 (ponente Sánchez Melgar) (CENDOJ)
STS núm. 489/2012 de 12 de junio de 2012 (ponente Martínez Arrieta) (CENDOJ)
STS núm. 552/2012 de 2 de julio de 2012 (ponente Martínez Arrieta) (CENDOJ)
STS núm.813/2012 de 17 de octubre de 2012 (ponente Jorge Barreiro) (CENDOJ)
STS núm. 306/2013 de 26 de febrero de 2013 (ponente Sánchez Melgar) (LA LEY 36400/2013)
STS núm. 381/2013 de 10 de abril de 2013 (ponente del Moral García) (RJ\2013\7081)
STS núm. 611/2013 de 1 de julio de 2013 (ponente Jorge Barreiro) (LA LEY 111816/2013)
STS núm. 684/2013 de 16 julio de 2013 (ponente del Moral García) (RJ\2013\6763)
STS núm. 860/2013 de 26 de noviembre de 2013 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) (RJ\2013\8456)
STS núm. 921/2013 de 4 de diciembre de 2013 (ponente Martínez Arrieta) (LA LEY 198044/2013)
STS núm. 221/2014 de 17 marzo de 2014 (ponente del Moral García) (RJ\2014\1732)
STS núm. 232/2014 de 25 de marzo de 2014 (ponente Marchena Gómez) (RJ\2014\2539)
STS núm. 327/2014 de 24 de abril de 2014 (Berdugo Gómez de la Torre) (LA LEY 51034/2014)
STS num. 720/2014 de 22 octubre de 2014 (ponente Conde-Pumpido Tourón) (RJ\2014\5627)
STS núm. 719/2014 de 5 noviembre de 2014 (ponente Soriano Soriano)

(RJ\2014\5881)
STS núm. 748/2014 de 7 noviembre de 2014 (Ponente Jorge Barreiro) (LA LEY 158698/2014)

Audiencias Provinciales

AAP Barcelona, Sección 6. ^a , de 28 julio 2000 (ponente Llerena Conde) (JUR 2000/297964)
AAP Girona, Sección 3 ^a , núm. 297/2004 de 19 mayo de 2004 (ponente Escobar Marulanda) (ARP 2004/468)
AAP Guipúzcoa, Sección 3 ^a , núm. 137/2006 de 21 junio de 2006 (ponente Suárez Odriozola) (JUR 2007/96321).
AAP Madrid, Sección 17 ^a , núm. 133/2000 de 9 febrero de 2000 (ponente desconocido) (ARP 2000/1463)
AAP Zaragoza, Sección 1 ^a , núm. 226/2005 de 28 febrero de 2005 (ponente López Millán) (JUR\2005\90878)

SAP Álava, Sección 2 ^a , núm. 344/2007, de 12 de noviembre de 2007 (ponente Medrano Durán) (LA LEY 251017/2007)
SAP Álava , Sección 2. ^a , núm. 216/2010 de 9 de junio de 2010 (ponente Medrano Durán) (LA LEY 205276/2010)

SAP Albacete, Sección 1 ^a , núm. 24/2005 de 15 diciembre de 2005 (ponente Mateos Rodríguez) (JUR 2006/238291)
SAP Albacete, Sección 2 ^a , núm. 121/2013 de 11 de abril de 2013 (ponente Nebot de la Concha) (LA LEY 61398/2013)

SAP Alicante, Sección 3 ^a , núm. 55/1999 de 27 enero de 1999 (ponente García-Villalba Romero) (ARP\1999\362)
SAP Alicante, núm. 473/2000, de 17 de julio de 2000 (ponente Facorro Alonso) (JUR 2000/296246)

SAP Alicante, Sección 1. ^a núm. 530/2001 de 17 de septiembre de 2001 (ponente Magro Servet) (JUR/2001/315480)
SAP Alicante, Sección 2. ^a , núm. 371/2002 de 23 de octubre de 2002 (ponente De Urquía Gómez) (JUR\2002\285017)
SAP Alicante, Sección 1. ^a , núm. 28/2003, de 29 de enero de 2003 (ponente Magro Servet) (ARP 2003\380)
SAP Alicante, Sección 1. ^a , núm. 353/2005 de 11 de Mayo de 2005 (ponente Magro Servet) (JUR 2005/195872)
SAP Alicante , Sección 2. ^a , núm. 202/2011 de 23 de mayo de 2011 (ponente Guirau Zapata) (LA LEY 146339/2011)
SAP Alicante, Sección 2. ^a , núm. 327/2012 de 11 de julio de 2012 (ponente Guirau Zapata) (LA LEY 168902/2012)
SAP Alicante, Sección 10. ^a , núm. 424/2012 de 2 octubre de 2012 (ponente Martínez Marfil) (LA LEY 228473/2012)
SAP Alicante, Sección 2. ^a , núm. 131/2013 de 11 de marzo de 2013 (ponente Guirau Zapata) (LA LEY 58484/2013)

SAP Almería, Sección 3. ^a , núm. 41/2007 de 12 febrero de 2007 (ponente Jiménez de Cisneros Cid) (JUR 2007/175752)
SAP Almería, Sección 1. ^a , núm. 183/2008, de 30 Oct. 2008 (ponente Vélez Ramal) (LA LEY 236056/2008)

SAP Asturias de 15 de Junio de 1995 (ponente Lanzos Robles) (ARP\1995\845)
SAP Asturias, Sección 2. ^a , núm. 513/1995 de 23 noviembre de 1995 (ponente (Álvarez Seijó) (ARP\1995\1288)
SAP Asturias, Sección 2. ^a , núm. 63/2001, de 22 marzo de 2001 (ponente Vázquez Llorens) (ARP 2001/438)
SAP Asturias, Sección 7. ^a , núm. 88/2001 de 18 de septiembre de 2001 (ponente Barrio Bernardo-Rua) (JUR\2001\315797)
SAP Asturias, Sección 2. ^a , núm. 239/2001, de 18 octubre de 2001 (ponente Vázquez Llorens) (ARP 2001/876)
SAP Asturias, Sección 8. ^a , s/n de 27 de diciembre de 2010 (ponente Donapetry Camacho) (LA LEY 325889/2010)
SAP Asturias, Sección 8. ^a , núm. 20/2013 de 14 de marzo de 2013 (ponente Pallicer Mercadal) (LA LEY 33655/2013)
SAP Asturias, Sección 8. ^a , núm. 38/2013 de 24 mayo de 2013 (ponente de Martinez Serrano) (JUR\2013\2120)
SAP Asturias, Sección 2. ^a , núm. 529/2013 de 17 de diciembre de 2013 (ponente Vázquez Llorens) (LA LEY 227564/2013)
SAP Asturias, Sección 2. ^a , núm. 465/2014 de 16 octubre de 2014 (ponente

Barrio Bernardo-Rúa) (LA LEY 179772/2014)
SAP Asturias, Sección 8ª, núm. 3/2014 de 27 enero de 2014 (ponente Donapetry Camacho) (CENDOJ)
SAP Asturias, Sección 8ª, núm. 8/2014 de 13 Febrero 2014 (ponente Pallicer Mercadal) (CENDOJ)
SAP Asturias, Sección 3ª, núm. 97/2014 de 10 de marzo de 2014 (ponente Fernández Pérez) (LA LEY 31199/2014)
SAP Asturias, Sección 2ª, núm. 335/2014 de 23 Junio 2014 (ponente García-Braga Pumarada) (LA LEY 86331/2014)
SAP Asturias, Sección 8ª, núm. 28/2014 de 14 julio 2014 (ponente Donapetry Camacho) (LA LEY 103615/2014)
SAP Asturias, Sección 3ª, núm. 326/2014 de 22 julio de 2014 (ponente Álvarez Rodríguez) (JUR\2014\228443)
SAP Asturias, Sección 2ª, núm. 465/2014 de 16 octubre de 2014 (ponente Barrio Bernardo-Rúa) (LA LEY 179772/2014)

SAP Ávila, Sección 1ª, núm. 107/2009, de 5 de junio de 2009 (ponente Rodríguez Duplá) (LA LEY 92700/2009)

SAP Badajoz, Sección 3ª, núm. 144/2001 de 18 de junio de 2001 (ponente Muñoz Acero) (JUR\2001\260117)
SAP Badajoz Sección 1ª, núm. 5/2012 de 1 de marzo de 2012 (ponente Madrigal Martínez-Pereda) (LA LEY 25455/2012)
SAP Badajoz, Sección 1ª, núm. 35/2014 de 7 noviembre de 2014 (Ponente Madrigal Martínez-Pereda) (LA LEY 212457/2014)

SAP Barcelona, Sección 7ª, núm. 313/2000 de 3 mayo de 2000 (ponente Pérez Máiquez) (ARP 2000/969)
SAP Barcelona, Sección 9ª, de 28 de julio de 1999 (ponente Thomas Andreu) (ARP\1999\5664)
SAP Barcelona, Sección 10ª de 27 de marzo de 2002 (ponente Planchat Teruel) (JUR\2002\176145)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 913/2002 de 21 octubre de 2002 (ponente Magaldi Paternostro) (ARP 2002/685)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 1059/2003 de 5 diciembre de 2003 (ponente Iglesias Martín) (JUR 2004/29422)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 37/2004 de 13 enero de 2004 (ponente Magaldi Paternostro) (JUR\2004\90347)

SAP Barcelona núm. 701/2004 de 13 julio de 2004 (ponente Franquet Font) (ARP 2004/393)
SAP Barcelona, Sección 5ª, núm. 951/2004 de 10 noviembre de 2004 (ponente Guinduláin Oliveras) (ARP 2004/792)
SAP Barcelona, Sección 5ª, núm. 831/2005 de 20 de octubre de 2005 (ponente Assalit Vives) (LA LEY 204077/2005)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 1279/2005 de 19 diciembre de 2005 (ponente Magaldi Paternostro) (JUR 2006/96817)
SAP Barcelona, Sección 10ª, núm. 308/2006 de 4 de abril de 2006 (ponente Alfonso Laso) (LA LEY 130309/2006)
SAP Barcelona, Sección 6ª, de 3 julio de 2006 (ponente Balibrea Pérez) (ARP 2007/90)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 723/2006 de 24 de Julio de 2006 (ponente Magaldi Paternostro) (LA LEY 231055/2006)
SAP Barcelona, Sección 10ª, de 4 de diciembre de 2006 (ponente Vidal Marsal) (LA LEY 248849/2006)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 1045/2006 de 12 diciembre de 2006 (ponente Iglesias Martín) (JUR 2007/251186)
SAP Barcelona, Sección 7ª, núm. 909/2007, de 1 de octubre de 2007 (ponente Perez de Rueda) (LA LEY 218921/2007)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 897/2007 de 7 noviembre de 2007 (ponente Martín García) (JUR 2008/31514)
SAP Barcelona, Sección 3ª, núm. 34/2008, de 14 de enero de 2008 (ponente Valle Esques) (LA LEY 7108/2008)
SAP Barcelona, Sección 5ª, núm. 248/2008, de 25 de Febrero de 2008 (ponente Guinduláin Oliveras) (LA LEY 48667/2008)
SAP Barcelona, Sección 10ª, núm. 224/2008, 2 de abril de 2008 (ponente Pijuán Canadell) (LA LEY 48905/2008)
SAP Barcelona, Sección 5ª, núm. 228/2008, de 2 de abril de 2008 (ponente Guinduláin Oliveras) (LA LEY 48647/2008)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 370/2008 de 25 de abril de 2008 (ponente Magaldi Paternostro) (LA LEY 70352/2008)
SAP Barcelona, Sección 8ª, núm. 669/2008 de 14 Julio de 2008 (ponente Fernández Palma) (LA LEY 219184/2008)
SAP Barcelona, Sección 7ª, núm. 748/2008, de 9 octubre de 2008 (ponente Alfonso Laso) (LA LEY 219001/2008)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 924/2008 de 11 diciembre 2008 (ponente Martín García) (LA LEY 293596/2008)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 638/2009, de 14 de octubre de 2009 (ponente Iglesias Martín) (LA LEY 268723/2009)
SAP Barcelona, Sección 8ª, núm. 655/2009, de 3 noviembre de 2009

(ponente Mir Puig) (LA LEY 269599/2009)
SAP Barcelona, Sección 8ª, núm. 33/2010, de 10 diciembre de 2009 (ponente Albiñana Olmos) (LA LEY 308325/2009)
SAP Barcelona, Sección 3ª, núm. 1091/2009, de 18 de diciembre de 2009 (ponente Valle Esques) (CENDOJ)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 139/2010 de 1 de marzo de 2010 (ponente Magaldi Paternostro) (LA LEY 42001/2010)
SAP Barcelona, Sección 5ª, núm. 760/2010 de 30 de julio de 2010 (ponente Guinduláin Oliveras) (LA LEY 190259/2010)
SAP Barcelona, Sección 10ª, núm. 903/2010, de 12 de noviembre de 2010 (ponente Planchat Teruel) (LA LEY 274356/2010)
SAP Barcelona, Sección 7ª, num. 925/2010 de 16 diciembre de 2010 (ponente Rodríguez Santamaría) (JUR\2011\182899)
SAP Barcelona, Sección 5ª, núm. 436/2011 de 27 de abril de 2011 (ponente Agustina Sanllehi) (LA LEY 64801/2011)
SAP Barcelona, Sección 10ª, núm. 852/2011 de 23 de septiembre de 2011 (ponente Planchat Teruel) (LA LEY 220262/2011)
SAP Barcelona, Sección 2ª, núm. 939/2011, de 19 de diciembre de 2011 (ponente Magaldi Paternostro) (CENDOJ)
SAP Barcelona, Sección 6ª núm. 556/2013 de 18 junio de 2013 (ponente Navarro Blasco) (JUR\2013\266418)
SAP Barcelona, Sección 10ª, núm. 165/2014 de 3 de febrero de 2014 (ponente Planchat Teruel) (LA LEY 29947/2014)
SAP Barcelona, Sección 7ª, núm. 181/2014 de 28 febrero de 2014 (ponente Díez Noval) (JUR\2014\135346)

SAP Burgos, Sección 1ª, núm. 44/2003 de 3 noviembre de 2003 (ponente Redondo Argüelles) (JUR 2004/42514)
SAP Burgos, Sección 1ª, núm. 41/2008, de 17 julio de 2008 (ponente Carballera Simón) (LA LEY 267528/2008)
SAP Burgos, Sección 1ª, núm. 48/2008, de 14 octubre de 2008 (ponente Marín Ibáñez) (LA LEY 267520/2008)
SAP Burgos, Sección 1ª, núm. 63/2008 de 16 de diciembre de 2008 (ponente Marín Ibáñez) (LA LEY 320448/2008)
SAP Burgos, Sección 1ª, núm. 21/2009, de 4 de mayo de 2009 (ponente Muñoz Quintana) (LA LEY 76885/2009)

SAP Cáceres, Sección 2. ^a , núm. 25/2001 de 4 abril de 2001 (ponente Riera Mateos) (JUR\2001\187099)
SAP Cáceres, Sección 2. ^a , núm. 12/2007, de 19 de Junio de 2007 (ponente Pérez Aparicio) (LA LEY 135899/2007)
SAP Cáceres, Sección 2. ^a , núm. 7/2008, de 1 de febrero de 2008 (ponente Cano-Maíllo Rey) (LA LEY 208686/2008)

SAP Cádiz, Sección 6. ^a , núm. 159/2004 de 22 junio de 2004 (ponente Tesón Martín) (JUR 2004/211876)
SAP Cádiz, Sección 3. ^a , núm. 188/2006 de 18 de julio de 2006 (ponente Grosso de la Herrán) (LA LEY 199572/2006)
SAP Cádiz, Sección 8. ^a , núm. 234/2007, de 11 de Julio de 2007 (ponente González Castrillón) (LA LEY 267404/2007)
SAP Cádiz , Sección 1. ^a , núm. 3/2012 de 13 de enero de 2012 (ponente Gracia Sanz) (LA LEY 3330/2012)
SAP Cádiz, Sección 8. ^a núm. 255/2012 de 9 julio de 2012 (ponente Marín Fernández) (JUR\2013\9168)
SAP Cádiz, Sección 1. ^a , núm. 3/2012 de 13 de enero de 2013 (ponente Gracia Sanz) (LA LEY 3330/2012)
SAP Cádiz, Sección 8. ^a , 347/2014 de 30 octubre de 2014 (ponente Rodríguez Bermúdez de Castro) (LA LEY 220982/2014)

SAP Cantabria, Sección 2. ^a , núm. 84/2000 de 30 junio de 2000 (ponente Llaría Ibáñez) (ARP 2000/2586)
SAP Cantabria Sección 3. ^a , núm. 578/2012 de 15 noviembre de 2012 (ponente Campelo Iglesias) (LA LEY 268694/2012)

SAP Castellón, Sección 2. ^a , núm. 43/2002 de 7 de marzo de 2002 (ponente Antón Blanco) (JUR\2002\138105)
SAP Castellón Sección 1. ^a , núm. 111/2010 de 31 de marzo de 2010 (ponente Domínguez Domínguez) (LA LEY 77833/2010)
SAP Castellón, Sección 1. ^a , núm. 32/2006 de 17 de Octubre de 2006 (ponente Diego González) (LA LEY 209938/2006)

SAP Ciudad Real, Sección 2. ^a , núm. 20/2009, de 2 de junio de 2009 (ponente Céspedes Cano) (LA LEY 93227/2009)
SAP Ciudad Real, Sección 1. ^a , núm. 21/2005 de 7 julio de 2005 (ponente Torres Fernández de Sevilla) (ARP 2005/498)
SAP Ciudad Real, Sección 2. ^a , núm. 29/2012 de 18 de octubre de 2012 (ponente Escribano Cobo) (LA LEY 177227/2012)

SAP Ciudad Real Sección 1ª, núm. 11/2013 de 25 de abril de 2013 (ponente Astray Chacón) (LA LEY 66974/2013)

SAP Córdoba, Sección 1ª, núm. 118/2003 de 12 de Marzo de 2003 (ponente Villamor Montoro) (ARP 2003/423)

SAP Córdoba, Sección 1ª, núm. 234/2004, de 24 mayo de 2004 (ponente Magaña Calle) (ARP 2004/438)

SAP Córdoba, Sección 1ª, núm. 402/2006 de 12 julio de 2006 (ponente Fernández Carrión) (ARP 2007/372)

SAP Córdoba, Sección 3ª, núm. 122/2009, de 30 abril de 2009 (ponente Moreno Gómez) (LA LEY 113920/2009)

SAP a Coruña, Sección 1ª núm. 434/2013 de 20 septiembre de 2013 (ponente Llamazares Lopez) (JUR\2013\323518)

SAP A Coruña, Sección 6ª, núm. 308/2013 de 4 de diciembre de 2013 (ponente Sánchez Herrero) (LA LEY 212164/2013)

SAP Cuenca, núm. 40/2001 de 5 abril de 2001 (ponente Muñoz Hernández) JUR\2001\180164

SAP Girona núm. 121/2000 de 14 junio de 2000 (ponente Lacaba Sánchez) (ARP 2000/1251)

SAP Girona, Sección 3ª, núm. 358/2004 de 5 de mayo de 2004 (ponente Marca Matute) (LA LEY 1536/2004)

SAP Girona, Sección 3ª núm. 23/2006 de 23 de enero de 2006 (ponente Marca Matute) (LA LEY 493/2006)

SAP Girona, Sección 3ª, núm. 775/2008 de 17 diciembre 2008 (ponente Carol Grau) (LA LEY 326884/2008)

SAP Girona, Sección 3ª, núm. 711/2009, de 18 noviembre de 2009 (ponente Jaén Vallejo) (LA LEY 298035/2009)

SAP Granada, Sección 2ª, núm. 42/2001 de 23 enero de 2001 (ponente Rodríguez Cano) (ARP 2001/156)

SAP Granada, Sección 2ª, núm. 243/2005 de 29 abril de 2005 (ponente no identificado) (ARP 2006/473)

SAP Granada, Sección 1ª, núm. 660/2004 de 25 octubre 2004 (ponente Bravo Gutiérrez) (JUR 2005/58218)

SAP Granada, Sección 2ª, núm. 243/2005 de 29 abril de 2005 (ponente desconocido) (ARP 2006/473)

SAP Granada, Sección 2ª, núm. 244/2006 de 24 abril de 2006 (ponente Ramos Almenara) (JUR 2007/146465)
SAP Granada, Sección 2ª, núm. 662/2006 de 10 noviembre de 2006 (ponente Ramos Almenara) (ARP 2007/317)
SAP Granada, Sección 2ª, núm. 725/2006 de 1 diciembre de 2006 (ponente Ramos Almenara) (ARP 2007/124)
SAP Granada, Sección 1ª, núm. 610/2008, de 22 Oct. 2008 (ponente Barrales León) (LA LEY 329777/2008)
SAP Granada, Sección 2ª, núm. 468/2009, de 25 septiembre de 2009 (ponente González Niño) (LA LEY 271983/2009)
SAP Granada, Sección 1ª, núm. 405/2011 de 5 de julio de 2011 (ponente Barrales León) (LA LEY 187991/2011)
SAP Granada, Sección 2ª, núm. 751/2012 de 21 diciembre de 2012 (ponente González Niño) (LA LEY 236770/2012)
SAP Granada, Sección 1ª, núm. 385/2014 de 17 junio de 2014 (ponente Flores-Domínguez) (JUR\2014\252174)

SAP Guadalajara, Sección 1ª, núm. 61/2003 de 30 octubre de 2003 (ponente Serrano Frías) (JUR 2004/49623)
SAP Guadalajara, Sección 1ª, núm. 176/2007, de 29 noviembre de 2007 (ponente Serrano Frías) (JUR 2008/92783)
SAP Guadalajara, Sección 1ª, núm. 4/2010 de 18 de marzo de 2010 (ponente Serrano Frías) (LA LEY 43865/2010)

SAP Guipúzcoa, Sección 1ª, núm. 398/2012 de 22 de octubre de 2012 (ponente Germán Mancebo) (LA LEY 278526/2012)

SAP Huesca, Sección única, núm. 28/2000 de 25 febrero de 2000 (ponente Serena Puig) (ARP 2000/625)
SAP Huesca, Sección 1ª, núm. 65/2012 de 27 marzo de 2012 (ponente García Castillo) (JUR 2012\182878)

SAP Islas Baleares núm. 95/2000 de 26 junio de 2000 (ponente Ramón Ribas) (ARP 2000/2776)
SAP Islas Baleares núm. 94/2000, de 30 junio de 2000 (ponente Gómez-Reino Delgado) (ARP 2000/1172)
SAP Islas Baleares, núm. 151/2000 de 7 de diciembre de 2000 (ponente Oliver Barceló) (JUR/2001/64797)
SAP Islas Baleares, Sección 2ª, núm. 61/2001 de 29 de junio de 2001 (ponente Blanes Valdés) (JUR\2001\267475)
SAP Islas Baleares, núm. 16/2002 de 28 de febrero de 2002 (ponente

Terrasa García) (JUR/2002/126537)
SAP Islas Baleares, Sección 1ª, núm. 18/2002 de 8 de marzo de 2002 (ponente Terrasa García) JUR\2002\143555 (RJ 2003/6049)
SAP Islas Baleares, Sección 1ª, núm. 96/2006 de 27 octubre de 2006 (ponente Díaz Sastre) (JUR 2007/24024)
SAP Islas Baleares, Sección 1ª, núm. 21/2007 de 28 febrero de 2007 (ponente Beltrán Mairata (JUR 2007/244688).
SAP Islas Baleares, Sección 2ª, núm. 129/2010 de 20 de abril de 2010 (ponente Gili Pascual) (LA LEY 118409/2010)
SAP Islas Baleares, Sección 2ª, núm. 203/2011 de 23 de septiembre de 2011 (ponente Rodríguez López) (LA LEY 268505/2011)
SAP Islas Baleares, Sección 1ª, núm. 78/2012 de 17 de octubre de 2012 (ponente Ramis Roselló) (LA LEY 181821/2012)

SAP Jaén, Sección 2ª, núm. 78/2009, de 26 de junio de 2009 (ponente Córdoba García) (LA LEY 144969/2009)
SAP La Rioja, Sección 1ª, núm. 165/2006 de 11 octubre de 2006 (ponente Santisteban Ruiz) (ARP 2006/650)
SAP La Rioja, Sección 1ª, núm. 44/2013 de 15 de abril de 2013 (ponente Moreno García) (LA LEY 57815/2013)
SAP La Rioja, Sección 1ª, núm. 135/2014 de 1 septiembre 2014 (ponente Santisteban Ruiz) (LA LEY 131198/2014)
SAP La Rioja, Sección 1ª, núm. 159/2014 de 9 octubre 2014 (ponente Aramendia Ojer) (LA LEY 179359/2014)

SAP Las Palmas, Sección 2ª, núm. 22/2005 de 7 febrero de 2005 (ponente Varona Gómez-Acedo) (ARP 2005/43)
SAP Las Palmas, Sección 6ª, núm. 1/2008, de 10 de enero de 2008 (ponente Morillo Ballesteros) (LA LEY 12235/2008)
SAP Las Palmas, Sección 6ª, núm. 53/2009, de 3 junio de 2009 (ponente Goizueta Adame) (LA LEY 116055/2009)
SAP Las Palmas, Sección 2ª, núm. 27/2011 de 7 marzo de 2011 (ponente Alcázar Montero) (LA LEY 110048/2011)
SAP Las Palmas, Sección 2ª, núm. 49/2011 de 19 mayo 2011 (ponente Acosta González) (LA LEY 125003/2011)
SAP Las Palmas, Sección 2ª, núm. 67/2011 de 23 de junio de 2011 (ponente Parejo Pablos) (LA LEY 169129/2011)
SAP Las Palmas, Sección 1ª, núm. 25/2014 de 6 de mayo 2014 (Ponente Marrero Francés) (LA LEY 112099/2014)
SAP León, Sección 3ª, núm. 12/2005 de 24 octubre de 2005 (ponente

Mallo Mallo) (JUR\2005\272681)
SAP León, Sección 3ª, núm. 13/2006 de 24 mayo de 2006 (ponente Mallo Mallo) (JUR 2006\206402)
SAP León, Sección 3ª, núm. 20/2010, de 24 de noviembre de 2010 (ponente Mallo Mallo) (LA LEY 252666/2010)
SAP León, Sección 3ª, núm. 56/2010, de 17 de diciembre de 2010 (ponente Amez Martínez) (LA LEY 261804/2010)
SAP León, Sección 3ª, núm. 484/2014 de 3 octubre 2014 (ponente Amez Martínez) (LA LEY 163477/2014)

SAP Lleida, Sección 1ª, núm. 181/1998 de 29 de abril de 1998 (ponente Moreno Cardoso) (ARP\1998\1566)
SAP Lleida, Sección 1ª, núm. 612/2003 de 27 octubre de 2003 (ponente Segura Sancho) (JUR 2003/259996)
SAP Lleida, Sección 1ª, núm. 108/2006 de 21 marzo de 2006 (ponente Robledo Villar) (JUR 2006/220992)

SAP Lugo, núm. 538/1999 de 9 diciembre de 1999 (ponente Fernández Cloos) (ARP 1999/5221)
SAP Lugo, Sección 1ª, núm. 247/2006 de 21 julio de 2006 (ponente Quiroga de la Fuente) (JUR 2007/8874)
SAP Lugo, Sección 2ª, núm. 154/2014 de 19 septiembre de 2014 (ponente Sandar Picado) (ARP\2014\1219)

SAP Madrid núm. 134/2001, de 14 de marzo de 2001 (ponente Riera Ocariz) (CENDOJ)
SAP Madrid, Sección 23ª, núm. 51/2001 de 26 de junio de 2001 (ponente Guerrero Roig) (JUR\2001\277560)
SAP Madrid, Sección 15ª, núm. 390/2001 de 6 octubre de 2001 (ponente Jorge Barreiro) (ARP 2001/816).
SAP Madrid, Sección 16ª, núm. 850/2003 de 16 de diciembre de 2003 (ponente Escudero Rodal) (JUR\2004\252168)
SAP Madrid, Sección 15ª, núm. 259/2004 de 11 junio de 2004 (ponente Alhambra Pérez) (JUR 2005/257381)
SAP Madrid, Sección 1ª, núm. 113/2005 de 10 marzo de 2005 (ponente Aizpurua Biurrarena) (JUR 2005/246284)

SAP Madrid, Sección 2ª, núm. 253/2005 de 26 mayo de 2005 (ponente Polo García) (JUR 2005/245342)
SAP Madrid, Sección 2ª, núm. 294/2005 de 22 junio de 2005 (ponente Compaired Plo) (JUR 2005/249230)
SAP Madrid, Sección 16ª, núm. 73/2005 de 26 septiembre de 2005 (ponente Hidalgo Abía) (ARP/2006/4)
SAP Madrid, Sección 1ª, núm. 20/2006 de 23 enero de 2006 (ponente Alvaro López) (JUR 2006/96158)
SAP Madrid, Sección 6ª, núm. 141/2006 de 22 marzo de 2006 (ponente Fernández Prieto) (JUR 2006/173471)
SAP Madrid, Sección 3ª, núm. 103/2007 de 19 febrero de 2007 (ponente García Llamas) (ARP 2007/282)
SAP Madrid, Sección 4ª, núm. 37/2007, de 23 de marzo de 2007 (ponente García Quesada) (LA LEY 75681/2007)
SAP Madrid, Sección 23ª, núm. 36/2007 de 2 abril de 2007 (ponente Riera Ocariz) (JUR 2007/212915)
SAP Madrid, Sección 15ª, núm. 165/2007, de 8 de mayo de 2007 (ponente Oliván Lacasta) (LA LEY 90170/2007)
SAP Madrid, Sección 5ª, núm. 53/2007 de 17 mayo de 2007 (ponente Redondo Gil) (JUR 2007/170130)
SAP Madrid, Sección 16ª, núm. 13/2008 de 24 enero de 2008 (ponente Lamela Díaz) (JUR 2008/98441)
SAP Madrid, Sección 5ª, núm. 136/2008, de 14 noviembre 2008 (ponente Fabia Mir) (LA LEY 250306/2008)
SAP Madrid, Sección 16ª, núm. 20/2009, de 9 de febrero de 2009 (ponente Perales Guillo) (CENDOJ)
SAP Madrid, Sección 29ª, núm. 13/2009, de 23 Abril de 2009 (ponente Rasillo López) (LA LEY 81113/2009)
SAP Madrid, Sección 7ª, núm. 68/2009, de 26 mayo de 2009 (ponente Núñez Galán) (LA LEY 171239/2009)
SAP Madrid, Sección 1ª, núm. 357/2009, de 14 septiembre 2009 (ponente Perdices López) (LA LEY 197849/2009)
SAP Madrid, Sección 7ª, núm. 101/2009, de 20 Octubre 2009 (ponente Acevedo Frías) (LA LEY 280997/2009) (caso Urbanor)
SAP Madrid, Sección 7ª, núm 43/2010, de 23 de Marzo de 2010 (ponente Núñez Galán) (LA LEY 112097/2010)
SAP Madrid, Sección 23ª, núm. 66/2010 de 4 de mayo de 2010 (ponente Cucala Campillo) (LA LEY 112617/2010)
SAP Madrid, Sección 3ª, núm. 327/2010 de 14 de septiembre de 2010 (ponente Abad Arroyo) (LA LEY 173874/2010)
SAP Madrid, Sección 7ª, núm. 97/2010 de 11 de octubre de 2010 (ponente

Molino Romera) (LA LEY 240706/2010)
SAP Madrid, Sección 15ª, núm. 374/2010 de 2 de noviembre de 2010 (ponente Martín Meizoso) (LA LEY 291311/2010)
SAP Madrid, Sección 23ª, núm. 145/2010 de 11 noviembre de 2010 (ponente Cucala Campillo) (JUR\2011\64588)
SAP Madrid, Sección 4ª, núm. 144/2010 de 29 de diciembre de 2010 (ponente Molina Marín) (LA LEY 305676/2010)
SAP Madrid, Sección 30ª, núm. 107/2011 de 1 abril de 2011 (ponente Cruz Torres) (JUR 2011\241491)
SAP Madrid, Sección 3ª, núm. 75/2011 de 25 de febrero de 2011 (ponente García Llamas) (LA LEY 171905/2011)
SAP Madrid, Sección 29ª, num. 81/2011 de 5 octubre de 2011 (ponente Gurrera Roig) (JUR\2012\22988)
SAP Madrid, Sección 1ª, num. 434/2011 de 8 noviembre de 2011 (ponente Casado Pérez) (JUR 2012\34524)
SAP Madrid, Sección 29ª, núm. 15/2012 de 16 de enero de 2012 (ponente Perales Guilló) (LA LEY 26211/2012)
SAP Madrid, Sección 3ª, núm. 514/2012 de 4 de octubre de 2012 (ponente Bermúdez Ochoa) (LA LEY 158303/2012)
SAP Madrid, Sección 2ª, núm. 562/2012 de 20 de noviembre de 2012 (ponente Esteban Meilán) (LA LEY 207079/2012)
SAP Madrid , Sección 3ª, núm. 682/2012 de 28 diciembre de 2012 (ponente Molina Marín) (JUR/2013/35698)
SAP Madrid, Sección 17ª, núm. 60/2013 de 15 enero de 2013 (ponente Fernández Entralgo) (JUR\2013\67858)
SAP Madrid, Sección 4ª, núm. 42/2013 de 8 de abril de 2013 (ponente Pestana Pérez) (LA LEY 77655/2013)
SAP Madrid, Sección 3ª, núm. 349/2013 de 11 de julio de 2013 (ponente Abad Arroyo) (LA LEY 226672/2013)
SAP Madrid, Sección 5ª, núm. 6/2014 de 5 Febrero 2014 (Ponente Redondo Gil) (LA LEY 8293/2014)
SAP Madrid, Sección 16ª, núm. 410/2014 de 29 mayo de 2014 (ponente Cubero Flores) (JUR\2014\237529)
SAP Madrid, Sección 30ª núm. 507/2014 de 7 Julio 2014, (ponente Quintana San Martín) (LA LEY 130392/2014)
SAP Madrid, Sección 16ª, núm. 566/2014 de 24 julio 2014 (ponente Cubero Flores) (LA LEY 122217/2014)
SAP Madrid, Sección 6ª núm. 733/2014 de 24 de octubre 2014 (Ponente Pereda Riaza) (LA LEY 181921/2014)
SAP Málaga núm. 47/2003, 9 de mayo de 2003 (ponente Bueno Mielán) (JUR 2003/195879)

SAP Málaga Sección 2. ^a , núm., 60/2003, 9 de mayo de 2003 (ponente Muñoz Caparrós) (JUR 2003/188820)
SAP Málaga, Sección 2. ^a , núm. 737/2003 de 26 diciembre de 2003 (ponente García Ortiz) (JUR 2004/68297)
SAP Málaga, Sección 9. ^a , núm. 598/2012 de 21 noviembre de 2012 (ponente Ruiz-Rico Ruiz-Morón) (JUR\2013\230022)
SAP Murcia, Sección 4. ^a , núm. 125/1998, 23 diciembre de 1998 (ponente Salas Carceller) (ARP 1998/5737)
SAP Murcia, Sección 5. ^a , núm. 5/2000 de 9 mayo de 2000 (ponente Fernández-Espinar López) (ARP 2000/1646).
SAP Murcia, Sección 3. ^a , núm. 82/2014 de 4 Feb. 2014 (ponente Olmo Gálvez) (LA LEY 19661/2014)
SAP Murcia, Sección 2. ^a , núm. 50/2014 de 5 Feb. 2014 (ponente Díaz Suárez) (LA LEY 17073/2014)
SAP Murcia, Sección 3. ^a , núm. 93/2014 de 12 de febrero de 2014 (ponente Castaño Penalva) (LA LEY 19662/2014)
SAP Murcia, Sección 2. ^a , núm. 5/2015 de 18 diciembre de 2014 (ponente Morales Limia) (LA LEY 225661/2014)
SAP Navarra, Sección 3. ^a , núm. 38/1999 de 1 marzo de 1999 (ponente García Pérez) (ARP 1999/2767)
SAP Navarra, Sección 3. ^a , núm. 35/2000 de 4 marzo de 2000 (ponente Fernández Martínez) (JUR 2000/178431)
SAP Ourense Sección 2. ^a , núm. 189/2010 de 30 de abril de 2010 (ponente Cid Manzano) (LA LEY 147343/2010)
SAP Ourense Sección 2. ^a , núm. 160/2011 de 13 de abril de 2011 (ponente Blanco Arce) (LA LEY 59113/2011)
SAP Palencia, Sección 1. ^a , núm. 7/2005 de 29 abril de 2005 (ponente Donis Carracedo) (ARP 2005/394).
SAP Palencia, Sección 1. ^a , núm. 3/2007 de 1 marzo de 2007 (ponente Miguelez del Río) (JUR 2007/216190).

SAP Pontevedra, Sección 5.ª, núm. 5/2002 de 11 de febrero de 2002 (ponente Lojo Aler) (JUR\2002\114008)
SAP Pontevedra, Sección 5ª, núm. 27/2007 de 15 marzo de 2007 (ponente Fariña Conde) (JUR 2007/253554)
SAP Pontevedra, Sección 2ª, núm. 15/2008 de 25 de abril de 2008 (ponente Pérez-Martín Esperanza) (CENDOJ)
SAP Pontevedra Sección 5ª núm. 51/2010 de 25 de octubre de 2010 (ponente Montero Gamarra) (LA LEY 321863/2010)
SAP Pontevedra Sección 2ª núm. 57/2012 de 28 febrero de 2012 (ponente Cimadevila Cea) (JUR\2012\165677)
SAP Pontevedra Sección 5ª núm. 253/2013 de 29 mayo de 2013 (ponente Pérez Martín-Esperanza) (JUR\2013\213116)
SAP Pontevedra Sección 5ª núm. 358/2014 de 8 julio de 2014 (ponente Fariña Conde) (ARP\2014\1131)
SAP Pontevedra, Sección 5ª, núm. 295/2014 de 18 Junio 2014, (Ponente Montero Gamarra) (LA LEY 102958/2014)

SAP Salamanca, Sección 1ª , núm. 5/2014 de 13 marzo de 2014 (ponente González Clavijo) (ARP\2014\325)
SAP Salamanca, Sección 1ª, núm. 16/2014, de 11 Junio 2014 (ponente García del Pozo) (LA LEY 78080/2014)

SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, núm. 657/2007 de 25 octubre de 2007 (ponente Soriano Vela) (JUR 2008/68903)
SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, núm. 54/2012 de 9 febrero de 2012 (ponente Astor Landete) (JUR\2012\215478)
SAP Santa Cruz de Tenerife Sección 6ª núm. 70/2014 de 4 Febrero 2014 (ponente Casado Portilla) (LA LEY 41295/2014)

SAP Segovia Sección 1ª, núm. 24/2011 de 30 de septiembre de 2011 (ponente Pando Echevarría) (LA LEY 200250/2011)
SAP Segovia Sección 1ª núm. 16/2013 de 28 junio de 2013 (ponente Salinero Román) (JUR\2013\296905)

SAP Sevilla, Sección 3ª, núm. 586/2003 de 6 noviembre de 2003 (ponente Méndez Martínez) (JUR 2004/7886)
SAP Sevilla, Sección 4ª, núm. 671/2003 de 15 diciembre de 2003 (ponente de Paúl Velasco) (JUR 2004/67544)
SAP Sevilla, Sección 7ª. núm. 9/2006 de 24 febrero de 2006 (ponente Romeo Laguna) (JUR 2006/182178)

SAP Sevilla, Sección 1ª, núm. 791/2009 de 10 diciembre de 2008 (ponente Echávarri García) (LA LEY 316517/2009)
SAP Sevilla, Sección 7ª, núm. 33/2010 de 20 de abril de 2010 (ponente Romeo Laguna) (LA LEY 103142/2010)
SAP Sevilla, Sección 7ª, núm. 45/2010 de 25 de mayo de 2010 (ponente González Fernández) (LA LEY 226477/2010)
SAP Sevilla, Sección 3ª, núm. 120/2012 de 7 de marzo de 2012 (ponente Oro-Pulido Sanz) (LA LEY 80320/2012)
SAP Sevilla, Sección 7ª, núm. 30/2012 de 8 de junio de 2012 (ponente Romeo Laguna) (LA LEY 136212/2012)
SAP Sevilla, Sección 3ª, núm. 445/2012 de 19 de septiembre de 2012 (ponente Jurado Hortelano) (LA LEY 249882/2012)
SAP Sevilla, Sección 7ª, núm. 60/2012 de 9 de noviembre de 2012 (ponente Romeo Laguna) (LA LEY 249268/2012)
SAP Sevilla, Sección 7ª, núm. 51/2013 de 22 de julio de 2013 (ponente González Fernández) (LA LEY 139875/2013)
SAP Sevilla, Sección 1ª, núm. 442/2013 de 20 septiembre de 2013 (ponente Echávarri García) (JUR\2013\334143)
SAP Sevilla, Sección 1ª, núm. 87/2014 de 10 Febrero 2014 (ponente Calle Peña) (LA LEY 49896/2014)
SAP Sevilla , Sección 3ª, núm. 114/2014 de 5 Marzo 2014 (ponente Jurado Hortelano) (LA LEY 87139/2014)
SAP Sevilla, Sección 4ª, núm. 113/2014 de 7 Marzo 2014 (ponente Gutiérrez López) (LA LEY 87185/2014)
SAP Sevilla, Sección 1ª, núm. 300/2014 de 19 Mayo 2014 (ponente Calle Peña) (LA LEY 90980/2014)

SAP Soria Sección 1ª, núm. 28/2010 de 28 de abril de 2010 (ponente Rodríguez Greciano) (LA LEY 92777/2010)
--

SAP Tarragona, Sección 2.ª, núm. 412/1998 de 15 julio de 1998 (ponente Carril Pan) (ARP\1998\3338)
SAP Tarragona, Sección 2ª, núm. 475/2005 de 13 mayo de 2005 (ponente Plaza López) (JUR 2005/169951).
SAP Tarragona, Sección 2ª, núm. 139/2006 de 28 abril de 2006 (ponente Guardiola Lago) (JUR\2006\266433)
SAP Tarragona, Sección 4ª, núm. 126/2007, de 28 marzo de 2007 (ponente Hernández García) (LA LEY 25250/2007)

SAP Teruel, Sección única, núm. 4/2002 de 6 mayo de 2002 (ponente Rivera Blasco) (ARP 2002/471)
SAP Toledo núm. 23/2000, de 18 mayo de 2000 (ponente Cáncer Loma) (ARP 2000/1077)
SAP Toledo, Sección 1ª, núm. 36/2001 de 20 diciembre de 2001 (ponente Buceta Miller) (ARP 2001/889).
SAP Toledo, Sección 2ª, núm. 30/2011 de 7 de junio de 2011 (ponente Cruz Mora) (LA LEY 118060/2011)
SAP Toledo, Sección 1ª, núm. 11/2012 de 26 de marzo de 2012 (ponente Suárez Sánchez) (LA LEY 40075/2012)
SAP Toledo, Sección 2ª, núm. 42/2012 de 18 de diciembre de 2012 (ponente Carrión Matamoros) (LA LEY 223479/2012)
SAP Toledo, Sección 1ª, núm. 19/2014 de 22 julio 2014 (Ponente Ocariz Azaustre) (LA LEY 114181/2014)
SAP Toledo, Sección 1ª, núm. 21/2014 de 19 Septiembre 2014 (ponente Buceta Miller) (LA LEY 148265/2014)
SAP Valencia, Sección 2ª, núm. 236/2002 de 13 mayo de 2002 (ponente Monterde Ferrer) (ARP 2002/516)
SAP Valencia, Sección 2ª, núm. 320/2005 de 3 junio de 2005 (ponente Escribano Parreño) (ARP 2005/630)
SAP Valencia, Sección 2ª, núm. 548/2006 de 21 de septiembre de 2006 (ponente Ferrer Gutiérrez) (LA LEY 196819/2006)
SAP Valencia, Sección 2ª, núm. 657/2006, de 20 de noviembre de 2006 (ponente Turiel Sandín) (JUR\2007\223764).
SAP Valencia, Sección 4ª, núm. 464/2009, de 24 de julio de 2009 (ponente Ferrer Tárrega) (LA LEY 277257/2009)
SAP Valencia Sección 1ª, núm. 350/2010 de 18 de mayo de 2010 (ponente Castellano Rausell) (LA LEY 140102/2010)
SAP Valencia Sección 4ª, núm. 176/2011 de 14 de marzo de 2011 (ponente Farinos Lacomba) (LA LEY 309989/2011)
SAP Valencia Sección 5ª, núm. 652/2012 de 19 noviembre de 2012 (ponente Bosca Pérez) (LA LEY 226424/2012)
SAP Valencia Sección 3ª, núm. 192/2013 de 21 de marzo de 2013 (ponente Sanz Díaz) (LA LEY 90983/2013)
SAP Valencia Sección 4ª núm. 787/2014 de 28 octubre de 2014 (Ponente Julia Igual) (LA LEY 214894/2014)

SAP Valladolid, Sección 2ª, núm. 401/2000 de 12 mayo de 2000 (ponente Pizarro García) (ARP 2000/1986)
SAP Valladolid, Sección 4ª, núm. 464/2003 de 13 octubre de 2003 (ponente Martínez García) (JUR 2004/625)
SAP Valladolid, Sección 4ª, núm. 507/2003 de 3 noviembre de 2003 (ponente Ruiz Romero) (JUR 2004/76125)
SAP Valladolid, Sección 4ª, núm. 73/2005 de 15 marzo de 2005 (ponente González Cuartero) (JUR 2005/89825)
SAP Valladolid Sección 4ª, núm. 380/2010 de 29 septiembre de 2010 (ponente Ruiz Romero) (LA LEY 181215/2010)
SAP Valladolid Sección 4ª, núm. 383/2011 de 4 de octubre de 2011 (ponente González Cuartero) (LA LEY 200705/2011)

SAP Vigo, Sección 5ª, núm. 25/2008, de 19 de mayo de 2008 (ponente Montenegro Vieitez) (CENDOJ)

SAP Vizcaya, Sección 1ª, núm. 54/2001 de 6 de julio de 2001 (ponente Goenaga Olaizola) (JUR\2001\304654).
SAP Vizcaya, Sección 2ª, núm. 11/2007, de 15 de febrero de 2007 (ponente Díez Noval) (LA LEY 22981/2007)
SAP Vizcaya, Sección 2ª, núm. 67/2007, de 18 de octubre de 2007 (ponente Díez Noval) (LA LEY 239429/2007)
SAP Vizcaya, Sección 2ª, núm. 97/2007, de 21 de diciembre de 2007 (ponente Real de Asua Llona) (LA LEY 317420/2007)
SAP Vizcaya, Sección 2ª, núm. 94/2009, de 30 de diciembre de 2009 (ponente Rodríguez Puente) (LA LEY 319887/2009)
SAP Vizcaya, Sección 1ª, núm. 91/2012 de 28 de noviembre de 2012 (ponente Pueyo Rodero) (LA LEY 276630/2012)
SAP Vizcaya, Sección 1ª, núm. 23/2014 de 27 marzo de 2014 (ponente Iruretagoyena Sanz) (JUR\2014\183787)
SAP Vizcaya, Sección 6ª, núm. 36/2014 de 5 mayo de 2014 (San Miguel Bergaretxe) (ARP\2014\1312)
SAP Vizcaya, Sección 2ª, núm. 61/2014 de 1 septiembre de 2014 (ponente Martínez Sainz) (ARP\2014\1454)
SAP Vizcaya, Sección 6ª, núm. 60/2014 de 7 octubre de 2014 (ponente San Miguel Bergaretxe) (ARP\2014\1619)
SAP Vizcaya, Sección 6ª, núm. 71/2014 de 19 noviembre de 2014 (ponente Arévalo Lassa) (LA LEY 223519/2014)
SAP Vizcaya, Sección 6ª, 74/2014 de 26 noviembre de 2014 (ponente Rodríguez Puente) (LA LEY 223532/2014)
SAP Zamora, núm. 47/1998, de 1 de junio de 1998 (ponente García)

Garzón) (ARP\1998\2698)
SAP Zamora, Sección 1ª, núm. 19/2014 de 23 junio 2014, (Ponente Pérez Serna) (LA LEY 91836/2014)
SAP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 19/2002, de 28 de enero de 2002 (ponente Pérez Legasa) (ARP\2002\141)
SAP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 122/2003 de 10 abril de 2003 (ponente Blasco Obedé) (ARP 2003/484)
SAP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 243/2007, de 2 de Julio de 2007 (ponente Cantero Ariztegui) (LA LEY 153498/2007)
SAP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 230/2008, de 6 Junio de 2008, (ponente López Millán) (LA LEY 147724/2008)
SAP Zaragoza, Sección 6ª, núm. 23/2010 de 1 febrero de 2010 (ponente Ballestín Miguel) (LA LEY 187779/2010)
SAP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 61/2010 de 3 febrero de 2010 (ponente Murillo García-Atance) (LA LEY 186371/2010)
SAP Zaragoza, Sección 6ª, núm. 311/2010 de 28 de septiembre de 2010 (ponente Blasco Obede) (LA LEY 187796/2010)
SAP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 69/2011 de 9 de febrero de 2011(ponente Arenere Bayo) (LA LEY 96149/2011)
SAP Zaragoza, Sección 6ª, núm. 188/2011 de 26 de mayo de 2011 (ponente Blasco Obede) (LA LEY 104449/2011)
SAP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 32/2012 de 26 enero de 2012 (ponente Arenere Bayo) (JUR 2012\58435)
SAP Zaragoza, Sección 3ª, núm. 10/2013 de 8 de abril de 2013 (ponente López López del Hierro) (LA LEY 51356/2013)
SAP Zaragoza, Sección 6ª, núm. 171/2013 de 27 mayo de 2013 (ponente Ballestín Miguel) (JUR\2013\215110)
SAP Zaragoza, Sección 6ª, núm. 290/2013 de 31 de octubre de 2013 (ponente Lasala Albasini) (LA LEY 211062/2013)
SAP Zaragoza, Sección 3ª, núm. 51/2013 de 11 de noviembre de 2013 (ponente Murillo García-Atance) (LA LEY 212283/2013)
SAP Zaragoza, Sección 1ª, núm. 29/2014 de 21 de enero de 2014 (ponente Sánchez Cano) (LA LEY 11956/2014)
SAP Zaragoza, Sección 6ª, núm. 297/2014 de 23 octubre 2014 (ponente Ballestín Miguel) (LA LEY 179591/2014)

Jurisprudencia alemana

Bundesverfassungsgericht

BVerfG, NJW 1991, 1597-1602

Preußisches Obertribunal

PrObTrib GA (3), 1855, pp. 605-612
PrObTrib GA (8), 1860, pp. 283-285
PrObTrib, GA (9), 1861, pp. 710, 711
PrObTrib GA (11), 1863, pp. 502, 503

Reichgericht

RGSt 1, 227-229
RGSt 2, 91,92
RGSt 2, 436-439
RGSt 3, 142-145
RGSt 3, 169-173
RGSt 3, 332, 333
RGSt 5, 321-324
RGSt 7, 133-137
RGSt 11, 72-77
RGSt 16, 1-14
RGSt 16, 193-196
RGSt 20, 391-393
RGSt 25, 244-248
RGSt 26, 305-307
RGSt 29, 291-293
RGSt 32, 1-4
RGSt 34, 279-283
RGSt 36,114-119
RGSt 39, 143, 145
RGSt 42, 410
RGSt 44, 230-249
RGSt 50, 95-97
RGSt 53, 261, 262
RGSt 59, 104-107
RGSt 63, 391
RGSt 65, 33-36
RGSt 66, 281-287
RGSt 66, 371-374

RGSt 69, 44-49
RGSt 71, 303, 305
RGSt 72, 113-118
RGSt 72, 133-142
RGSt 73, 268-271
RGSt 75, 399-402

Bundesgerichtshof

BGHSt 2, 364-370
BGHSt 16, 220-225
BGHSt, 18, 221-223
BGHSt 24, 257, 261

BGH, NJW, 1952, 1148
BGH, JR, 1958, 106,107
BGH, MDR, 1974, 15
BGH wistra 1992, 183
BGH, NStZ, 1997, 32, 33

Oberlandesgerichte

BayObLG, MDR, 1964, 343, 344
BayObLG, JZ 1987, 626-628
BayObLG, NStZ 2004, 503

OLG Braunschweig, JuS 2002, 820, <u>821</u>
--

OLG Celle, NJW 1994, 142- 144

OLG Hamm, NJW, 1969,620,621

OLG Karlsruhe, NStZ 1996, 282-284
OLG Karlsruhe, JZ 2004, 101- 104

OLG Koblenz, NJW 2001, 1364

OLG Köln,MDR, 1966, 253- 254

OLG Stuttgart, <i>NStZ</i> 1985,365, 366
OLG Stuttgart, <i>NJW</i> , 1965, 1930-1931; <i>JZ</i> , 1966, 319- 321
OLG Stuttgart, <i>NJW</i> 1979, 2573, 2574

OLG Zweibrücken, <i>NJW</i> 1983, 694
OLG Zweibrücken, <i>JR</i> 1989, 390-392

Jurisprudencia italiana

Cass., Sez. II, de 14 de noviembre de 1930 (<i>GP</i> , 1931, p. 961 ss.)
Cass. núm. 6757, Sez. II, de 26 de mayo de 1977 (Rel. Marongiu) (<i>RP</i> , 1977, p. 736 ss.)
Cass. núm. 7346, Sez. V, de 20 de julio de 1996 (Rel. Cicchetti) (<i>giur. it.</i> , 1997, II, p. 666)
Cass. núm. , Sez. II, de 30 de octubre de 1996 (Rel. Sirena) (<i>GP</i> , 1997, p. 545 ss.)
Cass. núm. 13645, Sez. VI, de 23 de diciembre de 1998 (Rel. Di Virginio) (<i>CP</i> , 2000, pp. 888, 889)
Cass. núm. 6335, Sez. II, de 29 de enero de 1999 (Rel. Perna La Torre) (<i>giur it.</i> , 1999, p. 2136 ss., <i>CP</i> , 2000, p. 1275)
Cass. núm. 4026, Sez. VI, de 28 de febrero de 2000 (Rel. Milo) (<i>RP</i> , 2000, p. 708 ss.)
Cass. núm. 37409, Sez. VI, de 17 de octubre de 2001 (Rel. Colla)
Cass. núm. 21868, Sez. II, de 5 de junio de 2002 (Rel. Pagano) (<i>CP</i> , 2003, p. 1572 ss.)
Cass. núm. 3135, Sez. II, de 22 de enero de 2003 (Rel. Sirena) (<i>RP</i> , 2003, p. 298 ss.)
Cass. núm. 6244, Sez. V, de 14 de febrero de 2004 (Rel. Nappi) (<i>CP</i> , 2005, p. 2601 ss., <i>RP</i> , 2004, p. 707 ss.)
Cass. núm. 6314, Sez. II, de 14 de febrero de 2007 (Rel. Iorio)
Cass. núm. 29929, Sez. II, de 23 de julio de 2007 (Rel. Esposito) (<i>RP</i> , 2007, p. 1235 ss.)
Cass. núm. 35608, Sez. II, de 26 de septiembre de 2007 (Rel. Zappia) (<i>RP</i> , 2008, p. 37 ss.)

Cass. núm. 6022, Sez. II, de 6 de febrero de 2008 (Rel. Macchia)

Cass. núm. 39314, Sez. II, de 9 de octubre de 2009 (Rel. Bartolini)

Cass. núm. 43259, Sez. II, de 6 de diciembre de 2010 (Rel. Taddei)

CAppFirenze de 10 de diciembre de 1999 (Rel. Romoli)
(*foro toscano* (1/2000), pp. 58-62)

CAppGenova de 5 de febrero de 1990, (Rel. Capasso)
(*RP*, 1990, pp. 1041-1045)

Trib.Firenze, de 27 de noviembre de 1925 (Rel. Agostini)
(*RDPC*, 1926, pp. 258-268)