

La estafa procesal *

JOSE CEREZO MIR
Profesor Adjunto de Derecho Penal
de la Universidad de Madrid

El problema de la posibilidad de la estafa procesal ha sido objeto hasta ahora de escasa atención por los penalistas españoles. Se encuentran sólo algunas referencias al mismo en algunos tratados, manuales y artículos (1). No obstante, el problema tiene importancia práctica, pues como veremos al estudiar la jurisprudencia, nuestros tribunales han tenido que ocuparse de él con alguna frecuencia y aún son, probablemente, mucho más numerosos los casos en que no llegan a intervenir los tribunales por la incertidumbre que reina en esta materia.

En primer lugar es necesario delimitar el concepto de la estafa procesal, pues se utiliza este término en un sentido amplio y en otro estricto. En un sentido amplio la estafa procesal comprendería la cometida en el proceso por una parte mediante el engaño de la contraria. Por ejemplo, cuando una parte hace afirmaciones conscientemente falsas, avaladas quizá también con documentos o testigos falsos y consigue engañar al contrario, llevando a cabo éste, como consecuencia del error, un acto de disposición (reconocimiento, renuncia, transacción, etc.). En estos casos se admite unánimemente por la doctrina la existencia de estafa (2).

(*) Este trabajo fue presentado por el autor para la firma de la oposición a la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo, convocada por Orden Ministerial de 25 de octubre de 1965, publicada en el "B. O. del Estado" de 20 de noviembre del mismo año.

(1) Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, págs. 629 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, I, pág. 385, nota 23; ANTON ONECA, *Las estafas y otros engaños*, separata de la N.E.J. Seix, Barcelona 1957, págs. 10 y ss.; y SILVA MELERO, *Ilícitud civil y penal*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 179, 1946, págs. 26 y ss. Jiménez Huerta ha publicado un artículo sobre la estafa procesal, pero se ocupa del problema en relación con el Derecho Penal mejicano; véase, *Fraude maquinado y estafa procesal*, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1964, págs. 128 y ss.

(2) Véase, por ejemplo, KOFFKA, ELSE, *Der Prozessbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozessordnung*, Z. Str. W. 54, 1934, fasc. 1-2, páginas 68 y ss.; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 ed. 1931, páginas 593-4; JAGUSCH, en *Strafgesetzbuch*, "Leipziger Kommentar", 8.ª edición, 1957-8, II, págs. 458 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*. Kommentar, 11.ª ed. 1963, pág. 1088; GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht, 13 Jahrg, 1924, págs. 137-8; von

De estafa procesal en sentido estricto cabe hablar sólo cuando 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. La posibilidad de la estafa procesal, en sentido estricto, se deriva de la circunstancia, admitida unánimemente por la doctrina de todos los países (3) y reconocida por nuestra jurisprudencia (4), de que el engañado y el perjudicado pueden ser personas distintas. El engañado y el disponente han de ser la misma persona, pero no el engañado y el perjudicado. En la estafa procesal el engañado es el juez y el perjudicado la parte contraria o un tercero.

El problema de la estafa procesal se plantea principalmente en el proceso civil, en sus variadas formas, pero también en el procedimiento contencioso-administrativo, en la jurisdicción voluntaria y en nuestro país, incluso en el proceso penal, dado que en la mayor parte de los casos el tribunal se pronuncia en la sentencia no sólo sobre la responsabilidad penal, sino también sobre la responsabilidad civil derivada del delito. En nuestras consideraciones nos referimos en principio a la estafa procesal en el proceso civil, que es donde suele producirse con mayor frecuencia y donde plantea los más difíciles pro-

LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21 y 22 ed. 1919, pág. 459; HEGLER, *Vergleichende Darstellung*, Bes. Teil, tomo 7, pág. 438; MERKEL, *Die Lehre vom strafbaren Betrüge*, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, tomo 2, página 286; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán, 1955, pág. 105; PAL, *Truffa processuale*, Giust. Pen. 1940, II, Col. 9-10; y RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, II, Parte Speciale, 2.ª ed. Padua 1962, página 375.

(3) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños*, página 10; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, Parte Especial, 11.ª ed., 1961, página 801; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, pág. 649; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial I, página 386; ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. pen. 1957, página 598; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte Speciale I, Milán, 1954, pág. 251; GIOFFREDI, *Frode processuale, truffa processuale e truffa nella giurisdizione volontaria*, Giust. Penale, 1941, II, col. 674; BATTAGLINI, *Sulla illiceità della iniusta petitio*, Giust. Penale, 1931, col. 964; CAPOTOSTI, *Lite temeraria e truffa processuale*, Giust. Penale, 1956, II, col. 703; MERKEL, ob. cit., pág. 285; von LISZT, ob. cit., pág. 459; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bes. Teil, I, Leipzig 1896, pág. 183; FRANK, ob. cit., pág. 593; MEYER-ALTFELD, *Lehrbuch des Strafrechts*, 8.ª ed., 1932, pág. 474; MIEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Ein Studienbuch, II Bes. Teil, 8.ª ed. 1964, página 176; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9.ª ed., 1965, pág. 330; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Bes. Teil, 4.ª ed., 1964, pág. 301; y SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1086.

(4) Véase, por ejemplo, las sentencias de 30 de noviembre de 1891, 11 de marzo de 1887 y 3 de julio de 1947; en contra se había pronunciado la sentencia de 12 de abril de 1927. En las sentencias de 12 y 26 de marzo y 6 de noviembre de 1958 y 10 de abril y 8 de mayo de 1964 el Tribunal Supremo no apreció la estafa procesal por estimar que faltaba el "nexo engañoso personal entre los sujetos activo y pasivo". Con ello no sólo incurría en contradicción con el criterio generalmente mantenido por él, sino que introducía en la estafa un requisito carente de base legal. Es evidente que en nuestro Código no se exige la identidad del engañado y el perjudicado.

blemas, pero haremos también las observaciones oportunas sobre las peculiaridades que presente en otros procedimientos.

Se han formulado objeciones de principio a la estafa procesal, Grünhut (5) considera que una figura delictiva, como la estafa, protectora del patrimonio de los particulares no es adecuada para sancionar un abuso de las instituciones jurisdiccionales del Estado. Para sancionar estos abusos existen ya las figuras delictivas de las falsedades documentales y el falso testimonio y pueden crearse otras nuevas, pero siempre sobre la base de que sean la fe pública o la Administración de justicia los bienes jurídicos protegidos y no el patrimonio. Grünhut propone, por ello, la creación de una nueva figura dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. Dahm dice que "si alguien causa un perjuicio a otro mediante el engaño de un particular es algo completamente distinto que si se abusa del juez, el Derecho y el Estado utilizándoles como instrumentos para los fines propios. La figura abstracta de la estafa procesal pone en relación fenómenos vitales que, según su naturaleza, son diferentes entre sí" (6). La inclusión de estas conductas en el tipo de la estafa no es correcta ni resulta adecuada al tipo de autor, porque la verdadera razón en que podría basarse su punibilidad es el menosprecio al tribunal y el peligro de la Administración de Justicia. No obstante, Dahm, a falta de una figura específica, adecuada al tipo de autor, admite la aplicación del precepto de la estafa (7).

La tesis de estos autores no ha hallado eco en la doctrina alemana. La opinión dominante (8) y la jurisprudencia de este país admiten la posibilidad de la estafa procesal. Se les ha objetado a estos autores, que relegan a un segundo plano la lesión del patrimonio ajeno (9) y

(5) GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht, 13 Jahrg, 1924, págs. 151 y ss.; y *Der strafrechtliche Schutz loyaler Prozessführung*, Revue penale suisse, vol. LI, pág. 72, esta última cita tomada de Antón ONECA, *Las estafas y otros engaños*, págs. 10-11 y MEZGER-BLEI, ob. cit., pág. 176. En el mismo sentido se han manifestado también, BOLDT, Z. Ak. D. R. 1938, 442 y WOLF, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Prozessbetrug*, JW 1938, pág. 1921 (citados, por ejemplo, por MEZGER-BLEI, ob. cit., pág. 176; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., II, págs. 458 y ss.; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, pág. 578; y SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1086.

(6) DAHM, *BETRUG*, en *Gürtner*, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil. 1935, pág. 357.

(7) DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940, I, Leipzig 1941, pág. 49.

(8) Véase, por ejemplo, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Bes. Teil, 4.ª edición, 1964, págs. 301-2; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., II, 1958, páginas 458 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 11 ed., 1963, págs. 1086-8; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43 ed., 1961, páginas 577-9; MEZGER-BLEI, ob. cit., pág. 176-7 y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9.ª ed., 1965, págs. 330-1.

(9) Véase KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, pág. 578; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, ob. cit., págs. 458 y ss.; y SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., página 1086. Según SAUER (*System des Strafrechts*, Bes. Teil. 1954, pág. 85):

que la utilización del juez para la consecución de un resultado anti-jurídico (enriquecimiento, privación de libertad, muerte) es admitida unánimemente en la doctrina de la autoría mediata (10). Por otra parte, me parece que aún creada una figura especial dentro de los delitos contra la Administración de Justicia se plantearía siempre el problema del concurso con la estafa cuando se dieran los elementos de este delito.

Rechazada esta objeción de principio a la estafa procesal es preciso examinar si se dan en ella todos los elementos del delito de estafa. Porque la estafa procesal no es la simple mentira en el proceso o la falta de respeto a los órganos de la Administración de justicia (11). La estafa procesal es sólo una especie del dolo o fraude procesal. Sólo cabe hablar de estafa procesal si se dan en el hecho *todos* los elementos del delito de estafa.

Plantea dificultades, en primer lugar, la apreciación en la conducta de las partes del engaño característico de la estafa. Se ha dicho que al basarse el proceso civil en el principio de la controversia entre las partes son lícitas las pretensiones aventuradas o temerarias limitándose la ley a sancionar con las costas la temeridad de los litigantes (12).

“La estafa procesal pone de manifiesto que el bien jurídico protegido en la estafa no es sólo, ni en primer término, el patrimonio, sino la honradez en el tráfico jurídico, el deber de veracidad, la confianza”.

(10) Véase, por ejemplo, JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, ob. cit., páginas 458 y ss.; y SCHÖNKKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1086.

(11) Véase, en este sentido, JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, ob. cit., páginas 458 y ss.

(12) Nuestro Tribunal Supremo declaró en la S. de 2 de noviembre de 1899 que “quien somete a la decisión judicial lo que cree su derecho no puede decirse trate de defraudar cometiendo engaño, ya que la Ley ofrece al apremiado medios de oponerse a la reclamación”. En la sentencia de 29 de enero de 1883 había declarado que “no era posible llegar a la defraudación como resultado por el medio que emplearon de demandar ante un Juez de primera instancia lo que tuvieron por conveniente, y podía ser ante el mismo impugnado y contradicho por el recurrente y por dicho Juez desestimado, con el correctivo de las costas en su caso”. En la sentencia de 30 de junio de 1906 declaró que: “De un modo general el hecho de acudir a un tribunal civil con pretensiones temerarias no lleva aparejada responsabilidad criminal”; en este caso apreció, no obstante, la estafa procesal. En la de 8 de mayo de 1956 dijo: “Que no es dado apreciar la existencia de un delito de estafa, al no concurrir el engaño; ya que no se concibe abrigue tal propósito de engañar el que inicia un procedimiento judicial, aunque la reclamación sea excesiva con relación a lo debido, lo que puede obedecer a error u olvido de su estimación, ya que no se desconoce por el ejecutante que la persona contra la que interponía la ejecución podía personarse para defenderse por los medios que la Ley pone a su disposición”. En la de 25 de enero de 1962 declaró: “y a este respecto 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 le era debida por su patrono, entre otros conceptos por los trabajos prestados en horas extraordinarias, 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

Es cierto que no se establece en nuestro ordenamiento procesal civil un deber de veracidad de las partes, como el que se introdujo en la L. E. Civ. alemana (Z. P. O.), en el artículo 138, por Ley de 27 de octubre de 1933 (13). No obstante, creo que las partes abusan de su derecho —a formular las alegaciones que crean pertinentes en defensa de sus intereses— cuando hagan afirmaciones conscientemente falsas (14). Una cosa es la defensa de pretensiones aventuradas, temerarias, o incluso injustas, pero creyendo erróneamente en su justicia y otra cosa la formulación de pretensiones conscientemente injustas. De la esencia del proceso civil, del principio de la controversia entre las partes se deriva la licitud de todas las afirmaciones mientras se crea,

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 los 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...". El Tribunal Supremo ha admitido, no obstante, en numerosas sentencias la estafa procesal.

(13) Según este precepto: "Las partes tienen que hacer las manifestaciones de hecho completas y conforme a la verdad." Un precepto semejante existe en el Derecho procesal austriaco; véase, a este respecto, SILVA MELERO, *El llamado deber de decir verdad en el proceso civil*. Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 168, 1936, pág. 723.

(14) Castán concluye su estudio de la doctrina del abuso del derecho con estas palabras: "Después de recoger sintéticamente esta sentencia, la teoría científica moderna acerca del abuso del derecho estima incorporable dicha doctrina —tanto si se la fija con arreglo a un criterio subjetivo como si se la define con un criterio objetivo— al Derecho patrio, declarando que "lejos de existir en nuestro sistema jurídico precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del abuso del derecho, se registran, a través de algunas reglamentaciones muy modernas, e incluso también a través del articulado del Código civil, numerosas normas e instituciones concretas que responden a la idea de que la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, o que, con análogo alcance, recogen el principio de la buena fe como criterio general que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; siendo también de notar que el art. 1.902 del citado Cuerpo legal, al establecer el principio fundamentalísimo de que quien "por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la ley o extraña a la esfera del Derecho, permite admitir, con una interpretación amplia, que puede alcanzar esta responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos; sin que existan, por otra parte, razones legales que impidan dar a los conceptos de abuso y de culpa toda la extensión y amplitud que demandan las exigencias morales impuestas por las características del vivir social actual, incluyendo en el ámbito del abuso del derecho todos los móviles ilegítimos, de cualquier clase, que puedan determinar la conducta del titular, bien tengan la característica extrema de la intención de dañar o ya consistan únicamente en simples faltas que se traduzcan en una utilización anormal del derecho de que se trate, no adecuada a su verdadero espíritu y finalidad"; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. II, 10.^a ed., Madrid, 1963, págs. 54 y ss. Según Battaglini, constituye un abuso del derecho de acción, que es un derecho público subjetivo, no sólo el proponer con mala

se confíe o se considere meramente posible que sean justas (15). Del principio de la controversia entre las partes no se deriva, en cambio, a mi juicio, la licitud de las afirmaciones conscientemente falsas (16). “Tampoco la libertad de conducta que los principios expuestos reservan a las partes (justificada en cuanto solo estén en juego sus derechos materiales)”, dice Prieto Castro, “puede ir tan lejos que permita la *licencia*, el *ataque a la buena fe* y a la *ética procesal* y el empleo deliberado del *dolo* y el *fraude*. Aunque el proceso sea una lucha, persigue el derecho y ha de ser leal y guiada por la verdad tanto en lo que afecta al fondo o el derecho pretendido como a la forma de llevarlo” (17).

La ilicitud de las manifestaciones conscientemente falsas de las partes no encuentra su base únicamente, sin embargo, en la prohibición del abuso de los derechos. Se deriva también de los principios que rigen en materia de imposición de costas. Aunque haya numerosas excepciones, por regla general, la imposición de costas no está determinada en el proceso civil por el principio objetivo del vencimiento, sino por el de resarcimiento por culpa. El Tribunal Supremo invoca, a este respecto, el artículo 1.902 del Código civil. La mala fe determina, incluso, una excepción en los casos en que rige el criterio del vencimiento, así, por ejemplo, en los artículos 78 y 782 de la L. E. Civ. (18). “La L. E. Civ. (y los tribunales) —dice Prieto Castro— castigan la mala fe procesal con la condena en costas, a veces unida al resarcimiento de daños e incluso a multa y prisión subsidiaria en caso de insolvencia, a litigantes temerarios, al planteamiento indebido de cuestiones de competencia, recusaciones de jueces infundadas, el embargo improcedente, para la conducta dolosa en el interdicto de adquirir, la falta de requisitos para el beneficio de justicia gratuita,

fe, sino también con grave ligereza una demanda infundada; véase BATTAGLINI, *Sulla illiceità della “iniusta petitio”*, Giustizia penale, 1931, pág. 968.

(15) Por esto, en la estafa procesal es preciso, como veremos, el dolo directo; no basta el dolo eventual.

(16) En Alemania, donde se introdujo el deber de veracidad de las partes, más de un autor estima que la situación sigue siendo la misma que antes; véase, por ejemplo, SAUER, *System des Strafrechts*, Bes. Teil, 1954, págs. 84-5; y JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 458 y ss. El deber de veracidad de las partes, según Sauer (ob. cit., pág. 84), “es inherente a la idea del proceso y a la idea del Derecho, orientada en la verdad y en la justicia”. Silva Melero recuerda que “el poder de disposición de los derechos está entre nosotros limitado por exigencias legales o por el interés u orden público, por imperativo del art. 4.º del Código civil” y que, por tanto, “sin violentar nuestra ordenación jurídica cabe perfectamente mantener el principio de la veracidad en el proceso”; véase SILVA MELERO, *El llamado deber de decir verdad en el proceso civil*, Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 168, 1936, pág. 723.

(17) Véase PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, Madrid, 1964, pág. 353, y *Ética procesal, Valoración de la conducta de las partes, Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, I, Madrid, 1950, páginas 141 y ss.

(18) Véase GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho procesal*, I. *Derecho procesal civil*, 4.ª ed., Madrid, 1955, págs. 808 y ss.

etcétera (arts. 108, 211-3, 1.646, II; 31, 32), también con correcciones disciplinarias" (19) (20).

La ilicitud de las manifestaciones conscientemente falsas se ve confirmada, además, por otros preceptos de Derecho positivo. El Estatuto de la abogacía impone a los abogados deberes de cooperación y lealtad (21). En la L. E. Cic. quedan aún restos del antiguo juramento de que no se procede con malicia, como en la aportación de documentos nuevos (arts. 506, 2.º, y 862, 4.º, y en el artículo 1.947 (en materia de jurisdicción voluntaria) (22). El recurso de revisión (artículo 1.796) es también un medio contra la mala fe (23). Por último, en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 70, núm. 11) se establece que: "Cuando se evidencie que cualquiera de los litigantes procedió de mala fe, suscitando pretensiones temerarias o dolosas, o recursos notoriamente falsos de fundamento o con manifiesto propósito dilatorio, el tribunal podrá, con independencia de la indemnización de perjuicios, si procediere, imponer, además de las costas, una sanción de carácter pecuniario, acomodada a la importancia cualitativa del pleito y a la gravedad del fraude" (24).

(19) Véase PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, pág. 353. SILVA MELERO considera que el dolo procesal constituye un ilícito civil, en los casos en que no sea punible, "cuya reparación incompleta no va más allá de la condena en costas, aunque de *iure condendo* sería deseable pudiera ser ampliada la reparación con un completo y total resarcimiento dentro de lo posible"; véase SILVA MELERO, *Ilícitud civil y penal*, Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. 179, 1946, pág. 28.

(20) En el proceso penal la temeridad o mala fe es fundamento de la condena al pago de las costas al querellante particular o actor civil (núm. 3, artículo 240 L. E. Crim.). En cuanto al procesado, rige, en cambio, el principio absoluto del vencimiento (núm. 2.º, art. 240 L. E. Crim., y art. 109 del Código penal).

(21) Véase PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, pág. 353; e *Informe general sobre principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones*, Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Madrid, 1964, pág. 675.

(22) Véase PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, pág. 353.

(23) Según el art. 1.796: "Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociere o declarare después.

3.º Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4.º Si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta."

(24) Véase, a este respecto, PRIETO CASTRO, *Informe general*, pág. 675. En las conclusiones a que llega Prieto Castro en su Informe se dice: "El fraude procesal se perseguirá en términos de rigor compatible con la libertad de defensa, empleando medios realistas y eficaces." Según me indica el profesor Guasp, en el proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en periodo de elaboración, se establece un precepto que faculta al juez para reprimir el fraude procesal.

Las afirmaciones conscientemente falsas de las partes son, pues, ilícitas y constituyen un engaño susceptible de realizar la figura del delito de estafa (25).

En Alemania, antes de la introducción del deber de veracidad de las partes, el Reichsgericht y algunos autores estimaban que no bastan las simples afirmaciones conscientemente falsas para integrar el engaño característico de la estafa; era preciso que el autor, para avalar sus afirmaciones, recurriese a la utilización de documentos o testigos falsos (26). Se admitía también la posibilidad de la estafa en los supuestos de proceso aparente, es decir, cuando las partes, confabuladas, simulan un proceso para perjudicar a un tercero (27). El Reichsgericht consideraba, en jurisprudencia constante, que el juez que diese crédito a afirmaciones no demostradas de las partes infringía su deber y que esta infracción del deber y no la conducta engañosa de las partes era la causante del perjuicio. Esta tesis estaba en contradicción con la posición adoptada por el Reichsgericht en el problema causal. El Reichs-

(25) En el proceso penal se estima que están sujetos al deber de veracidad el denunciante, el querellante y el perjudicado, y se considera que pueden ser, por ello, sujeto activo del delito de falso testimonio. Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, Parte Especial, 11.ª ed., 1961, págs. 277-8; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, II, págs. 580-81; y FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, III, Murcia, 1948, pág. 409. Véase también las sentencias del Tribunal Supremo de 8 noviembre 1877 y 9 junio 1882. En cuanto al procesado, es más problemático que esté sometido a un deber de veracidad. En primer lugar, el procesado conserva en todo momento la facultad de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio contra él (art. 389, II, L. E. Crim.). Por otra parte, en el art. 387 de la L. E. Crim. se dispone: "No se exigirá juramento a los procesados" (y, por tanto, tampoco la promesa de decir verdad), "exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueran hechas." Parece, pues, que el procesado está sometido al deber de veracidad (aunque no se exija juramento o promesa de decir verdad), pero este deber puede entrar en conflicto con el derecho de la propia defensa, y este conflicto tiene que resolverse en favor del derecho. Véase, a este respecto, CUELLO CALÓN, ob. cit., pág. 278; FERRER SAMA, ob. cit., págs. 409-10, y la sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre 1924.

(26) En este sentido, por ejemplo, MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8.ª ed., 1922, pág. 474; v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21 y 22 ed., 1919, pág. 459; GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht, 13 Jahrgang, 1924, págs. 138 y ss., y *Juristische Wochenschrift*, 1932, pág. 678; y aún hoy, SAUER, *System des Strafrechts*, Bes. Teil, 1954, pág. 84 (basándose, como Meyer-Allfeld y Grünhut en la teoría de la causalidad adecuada). Consideraban, en cambio, suficientes las afirmaciones conscientemente falsas para apreciar el engaño en la estafa, MERKEL, *Die Lehre vom strafbaren Betrüge*, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, t. 2, págs. 286-7; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bes. Teil, I, Leipzig, 1896, pág. 186 y, especialmente, nota 5; HEGLER, *Vergleichende Darstellung*, Bes. Teil, t. 7, pág. 437; y FRANK, ob. cit., págs. 593-4.

(27) Véase, a este respecto, FRANK, ob. cit., pág. 594; y PAL, *Truffa processuale*, Giust. Pen., 1940, II, col. 6.

gericht admitía la teoría de la equivalencia de las condiciones, con arreglo a la cual, la infracción del deber —cuando se diese efectivamente— no excluiría el nexo causal entre la conducta engañosa de la parte y el perjuicio irrogado por la sentencia. Esta contradicción fue subrayada por varios autores (28). En España, al seguir también el Tribunal Supremo, en general, la teoría de la equivalencia de las condiciones, no puede negar consecuentemente en esos casos la relación de causalidad (29).

En Italia, donde no se establece tampoco en las leyes procesales el deber de veracidad de las partes (30), algunos autores consideran insuficientes las meras afirmaciones conscientemente falsas para integrar el engaño característico de la estafa. Consideran necesaria la presencia de un engaño calificado. Así, por ejemplo, Zani (31), Battaglini (32) y Saltelli (33), invocando los mismos argumentos que el Reichsgericht, exigen que el autor haya utilizado medios de prueba fraudulentos. Sólo cabe apreciar la existencia de artificios o embustes (artifici o raggiri), según Marsich, cuando el autor haya utilizado medios procesales que tiendan a engañar a la otra parte o al juez, o a ambos, sobre los hechos o la prueba de los mismos. No basta el simple ejercicio del derecho de acción aunque la pretensión sea objetiva y subjetivamente infundada (34). Escobedo exige, además, que los

(28) Por ejemplo, por FRANK, ob. cit., pág. 594; BINDING, ob. cit., páginas 186-7, nota 5, y GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, pág. 142 y ss. Véase también, a este respecto, KOFFKA, *Der Prozessbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozessordnung*, Z. Str. W. 54, 1934, fasc. 1-2, págs. 51 y ss.; PAL, ob. cit., cols. 4 y ss.; MEZGER-BLEI, ob. cit., pág. 176; SAUER, *System des Strafrechts*, pág. 84; y SCITÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1087.

(29) En la estafa se ha desviado, sin embargo, con frecuencia de la teoría de la "conditio sine qua non" y ha seguido la teoría de la causa suficiente o la de la causalidad adecuada; véase ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños*, págs. 7-8; y QUINTANO-RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, págs. 597 y ss.

(30) En el art. 88 del Cód. proc. civ. se establece un deber de comportarse con lealtad y probidad, pero la opinión dominante en la doctrina estima que no implica el deber de veracidad. Véase, a este respecto, PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milán, 1959, págs. 30 y ss.

(31) Las simples afirmaciones de las partes son sólo suficientes, según Zani, cuando la ley les atribuya fuerza probatoria, como sucede con el reconocimiento presunto de escritura y la admisión de hechos, especialmente en el proceso ejecutivo, monitorio y en rebeldía. En este caso el medio, inidóneo en sí, es apto para influir en el convencimiento del juez. Zani no admite, sin embargo, la estafa procesal. Véase ZANI, *Della truffa processuale*, Rivista di diritto processuale civile, año III, 1926, Parte II, págs. 264 y ss.

(32) Véase BATTAGLINI, *Sulla illiceità della "inusta petitio"*, Giustizia penale, 1931, col. 965.

(33) Saltelli no admite, sin embargo, la estafa procesal. SALTELLI, *Su la c. d. truffa processuale*, en *Annali di dir e proc. pen.* 1937, pág. 13. Véase la opinión de SALTELLI en ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. pen. 1957, págs. 597 y 601.

(34) MARSICH no admite, sin embargo, la estafa procesal. MARSICH, *La cosiddetta truffa processuale*, Il diritto commerciale, 1927, pág. 128. En el mismo sentido MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano* 1930, pág. 95.

artificios o embustes sean de particular intensidad (35). Carnelutti considera necesaria una cierta cualidad o intensidad del medio, de modo que se rebasa el límite entre el *dolus bonus* y el *dolus malus* (36). Son lícitos, según Adornato, todos los engaños que puedan ser neutralizados por la sagacidad de la otra parte (*dolus bonus*); pero no aquellos en los que el sujeto se aprovecha de la situación de ignorancia o inferioridad del contrario o rebasa las cautelas ordinarias, de modo que engañe no sólo al juez, sino también a la otra parte. Este es el caso, según Adornato, cuando se utilicen falsos medios de prueba (37) (38). Capotosti exige que a la mala fe en la demanda se añada la mala fe en el comportamiento en el proceso (39).

(35) Véase ESCOBEDO, *La truffa processuale anche in rapporto al progetto del nuovo codice penale italiano*, Giustizia penale 1928, col. 1434-5 y 1444-5; y *Ancora sulla nozione di truffa processuale e di un fallace criterio per escluderla*, Giustizia penale 1937, II, col. 318-9 y 325. En el mismo sentido, GROSSI, *Prode processuale, truffa processuale e truffa nella giurisdizione volontaria*, Giustizia penale, 1941, II, col. 699 y 677.

(36) CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, Rivista di Diritto e procedura civile, 1926; véase la opinión de CARNELUTTI en ESCOBEDO, *La truffa processuale anche in rapporto al progetto del nuovo codice penale italiano*, Giust. Penale 1928, pág. 1431.

(37) Véase ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. penale, 1957, pág. 597.

(38) Después de la promulgación del Código de 1930, la opinión dominante en la doctrina italiana rechaza la posibilidad de la estafa procesal. La mayor parte de los autores que mantienen este criterio lo hacen principalmente, sin embargo, por estimar que al incluir ahora el legislador en el Código penal, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, una figura limitada de fraude procesal (art. 374) quedan impunes los restantes supuestos; en este sentido, por ejemplo, MANZINI, *Tratt. di diritto penale*, IX, 4.ª ed., 1963, página 658; MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano*, Turín 1930, págs. 97 y ss.; SALTELLI, *Su la c. d. truffa processuale*, Annali di dir. e proc. pen. 1937, página 35, véase la opinión de SALTELLI, en ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. pen. 1957, pág. 601; DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, 1940, págs. 217 y ss.; SANDULLI, *Prode processuale*, Scuola Positiva, 1932, págs. 136 y ss.; SICILIANI, *Sulla così detta truffa processuale*, Giustizia Penale, 1936, II, col. 1488; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán 1955, pág. 108; RANTERI, *Manuale di Diritto penale*, II, Parte Speciale, 2.ª ed., Padua 1962, pág. 375; VENDITTI, *In tema di truffa processuale*, Giustizia Penale, 1957, II, pág. 843; y PISAPIA, *Istituzioni di Diritto penale*, Parte Generale e Parte Speciale, Padua 1965, pág. 508. Este criterio es mantenido constantemente por la jurisprudencia. En la figura delictiva del artículo 374 se castiga al que, en el curso de un procedimiento penal, civil o administrativo, con el fin de engañar al juez en un acto de inspección o de experiencia judiciales, o al perito en la práctica de una pericia, altera artificiosamente la situación de los lugares, las cosas o las personas. Algunos autores estiman, sin embargo, que este precepto no es obstáculo para el castigo de la estafa procesal en aquellos casos en que se den los requisitos del delito de estafa; véase, por ejemplo, ANTOISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte Speciale, I, Milán 1954, pág. 251; ADORNATO, *La cosiddetta truffa processuale*, Riv. it. Dir. pen. 1957, págs. 600 y ss.; MAGGIORE, *Diritto penale*, II, Parte Speciale, T. primo, 4.ª ed., 1960, pág. 282; CAPOTOSTI, *Lite temeraria e truffa processuale*, Giust. Pen. 1956, II, pág. 703; BATTAGLINI, *Sulla illiceità della "ingiusta petitio"*, Giust. pen. 1931, pág. 966; ESCOBEDO, *Ancora sulla nozione di truffa pro-*

Dada la ilicitud en nuestro Derecho de las afirmaciones conscientemente falsas de las partes y al no exigirse en los artículos 528 y siguientes, especialmente en el artículo 533, del Código penal, la presencia de un engaño calificado (40) —como sucede en el art. 640 del Código penal italiano (artifici o raggiri) o el art. 405 del Código penal francés (maniobras fraudulentas)— no cabe reducir el ámbito de la estafa a aquellos casos en que el autor, para avalar sus afirmaciones, recurra a la utilización de medios de prueba fraudulentos (41). El Tribunal Supremo español ha apreciado la estafa aunque el autor no hubiera utilizado documentos o testigos falsos (42). No es posible, desde luego, reducir el ámbito de la estafa a los supuestos de proceso aparente (43).

La afirmación conscientemente falsa de una parte sólo constituye,

cessuale e di un fallace criterio per escluderla, Giustizia penale, 1937, II, páginas 315 y ss.; GIOFFREDI, *Frude processuale, truffa processuale e truffa nella giurisdizione volontaria*, Giustizia Penale, 1941, II, págs. 663 y ss., 670 y 676 y siguientes; y RAGNO, en su reciente monografía, *Contributo alla configurazione del delitto di truffa processuale*, Giuffrè, 1964 (véase nota en la Rivista penale, 1964, Dic. N. 12).

(39) Véase, CAPOTOSTI, *Lite temeraria e truffa processuale*, Giust. Pen., 1956, II, pág. 702.

(40) Véase, a este respecto, Antón ONECA, *Las estafas y otros engaños*, páginas 6 y 7; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, págs. 594 y ss.

(41) El presentar a sabiendas documentos o testigos falsos en juicio constituye delito en nuestro Código (arts. 304, 307, 313 y 333).

(42) Véase, por ejemplo, las sentencias de 30 de junio de 1906, 7 de mayo de 1920, 9 de marzo de 1936, 9 de julio de 1951 (frustración), 23 de mayo de 1964, 27 de junio de 1964 (tentativa) y 31 de octubre de 1964 (frustración). Ha apreciado la estafa habiéndose servido el autor de documentos falsos en las sentencias de 29 de noviembre de 1887, 24 de marzo de 1914, 23 de mayo de 1919, 12 de abril de 1927, 11 de febrero de 1929, 18 de noviembre de 1941, 2 de julio de 1945, 24 de octubre de 1950, 13 de abril de 1951, 21 de enero de 1954, 19 de junio de 1957, 4 de noviembre de 1957, 26 de junio de 1962, 15 de marzo de 1963, 6 de abril de 1963, 28 de mayo de 1963, 20 de marzo de 1964 y 8 de febrero de 1965.

(43) RODRÍGUEZ DEVESA admite únicamente la estafa cuando el proceso “se desarrolla entre terceros abusando del principio dispositivo, en cuyo caso hay que admitir que se trata de una maquinación engañosa”; véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, I, pág. 385, nota 23. No es cierto que la jurisprudencia excluya el engaño cuando el proceso se dirige contra el sujeto pasivo, por tener éste la oportunidad de defenderse. En algunas sentencias en que se niega la estafa procesal, el Tribunal Supremo alude a este criterio (véase, por ejemplo, las sentencias de 29 de enero de 1883, 2 de noviembre de 1899, 8 de mayo de 1956, 6 de noviembre de 1958 y 17 de febrero de 1959), pero ha apreciado muchas veces la estafa cuando el proceso se dirigía contra el sujeto pasivo y éste tenía la oportunidad de defenderse (véase, por ejemplo, las sentencias de 29 de noviembre de 1887, 30 de junio de 1906, 24 de marzo de 1914, 23 de mayo de 1919, 7 de mayo de 1920, 12 de abril de 1927, 11 de febrero de 1929, 18 de noviembre de 1941, 2 de julio de 1945, 24 de octubre de 1950, 9 de julio de 1951, 19 de junio de 1957, 4 de noviembre de 1957, 15 de marzo de 1963, 6 de abril de 1963, 28 de mayo

sin embargo, un engaño susceptible de realizar la figura del delito de estafa, cuando sea mantenida después de haber sido rebatida por la otra parte. Sólo cuando la afirmación de una parte ha sido rechazada por la otra se convierte en objeto de examen para el juez, de acuerdo con el principio de la controversia entre las partes. Hasta ese momento no puede estimarse, por ello, que la declaración vaya dirigida a engañar al juez (salvo en el caso de proceso simulado o de engaño previo del contrario). Su destinatario es la otra parte (44).

El demandante que silencia la existencia de hechos que limitan o anulan su derecho, o de un derecho del demandado que excluye el suyo, no trata aún de engañar al juez. De acuerdo con el principio dispositivo es el demandado el que debe alegarlos. Distinto es el caso cuando el demandante rechaza (con conciencia de la falsedad de su afirmación) la alegación del demandado. En este caso no cabe afirmar, a mi juicio, que la contestación del demandante no vaya dirigida a engañar al juez, sino que implica únicamente una invitación a la parte contraria a que pruebe su afirmación (45). Lo contrario implicaría, además, el reconocimiento de un derecho a hacer afirmaciones conscientemente falsas. Puede suceder, no obstante, que una afirmación conscientemente falsa de una parte (demandante o demandado) no se realice con intención de engañar al juez, sino con la de retrasar la resolución con la práctica de la prueba o un aplazamiento.

En los casos en que la decisión judicial se adopta en virtud de la demanda unilateral de una parte, pero sobre la base de un examen, aunque sea sumario, de la verdad de los hechos aducidos (por ejemplo, en el embargo preventivo, art. 1.397 y ss., L. E. Cic. y las medidas cautelares para el aseguramiento de obligaciones de hacer o no hacer, art. 1.428 L. F. Civ.), toda afirmación conscientemente falsa constituye el engaño característico de la estafa. Al no ser oído aquí el contrario, como en el proceso contradictorio, no puede alegar los hechos que limitan o excluyen el derecho del demandante. Este está obligado, por ello, en estos casos, a mencionar los hechos que conozca que se opongan a su pretensión (46).

de 1963, 20 de marzo de 1964, 23 de mayo de 1964, 27 de junio de 1964 y 8 de febrero de 1965).

En los supuestos de proceso simulado o aparente el Tribunal Supremo ha apreciado, desde luego, siempre la estafa, véase, las sentencias de 26 de junio de 1889, 24 de noviembre de 1917, 25 de junio de 1917, 20 de marzo de 1944, 3 de junio de 1948, 6 de mayo de 1953, 1 de diciembre de 1955, y 10 de marzo de 1960.

(44) Véase, en este sentido, KOFFKA, *Der Prozessbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozessordnung*, Z. Str. W. 54, 1934, fasc. 1-2, págs. 53 y ss.

(45) Como estiman algunos autores (GÖRRES, SCHWARZE, HOFFMAN); véase KOFFKA, ob. cit., págs. 55 y ss. KÖSTLIN negaba en todo caso la posibilidad de la estafa procesal por estimar que las partes que hacen afirmaciones falsas tratan siempre únicamente de obligar al contrario a probar sus alegaciones; véase PAL, ob. cit., col. 2.

(46) Véase, a este respecto, KOFFKA, ob. cit., pág. 57.

Dudosos son, en cambio, los casos en que la decisión se adopta en virtud de la demanda unilateral de una parte, pero queda confiada al arbitrio judicial sin que se exija una demostración de la veracidad de los hechos aducidos (reclamación contra la admisión de la apelación en un solo efecto, del art. 385 en relación con el núm. 3 art. 384 L. E. Civ. y suspensión de la ejecución a petición del demandante en el juicio de revisión, art. 1.803 L. E. Civ.). Sólo cuando el juez, para el ejercicio de su arbitrio, examine la verosimilitud del contenido de la demanda y no meramente su corrección externa y el actor haya contado con tal examen podrá apreciarse el engaño característico de la estafa (47).

Algunos autores han negado que el juez pueda ser equiparado al particular como sujeto pasivo del engaño. "La figura del juez —dice De Marsico— personifica el ordenamiento jurídico, con el complejo de las leyes y de las instituciones de que consta y que son precisamente diques y armas contra el engaño, unas veces de eficacia preventiva, otras de eficacia represiva y reparatoria. Puede concebirse y es, sin duda, susceptible de engaño por efecto de artificios o embustes un particular, pero la defensa del particular está precisamente en el juez, que debe considerarse no susceptible de aquél" (48). La incapacidad del juez para ser víctima del engaño en la estafa es una ficción, que resulta además inadmisibile en la teoría de la codeincuencia. En ésta no se puede desconocer la posibilidad de cometer un delito utilizando como medio (autoría mediata) una persona que actúa lícitamente (49).

La conducta engañosa de la parte tiene que inducir a error al juez. En la mayor parte de los casos no plantea problemas la determinación de cuándo el juez yerra. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, de acuerdo con el principio de la controversia entre las partes, el juez tiene que aceptar como verdaderos los hechos que no sean objeto de controversia, es decir, que sean aceptados por ambas partes. Si estos hechos son falsos, el juez no yerra, pues él no cree que sean verdaderos. Se limita a considerarlos como tales en virtud de una ficción legal, y no podría hacer otra cosa aunque estuviera convencido de su

(47) Véase, en este sentido, KOFFKA, ob. cit., págs. 57-8.

(48) Véase, DE MARSICO, *Sull'idoneità dell'immutazione nella frode processuale, en Scritti giuridici in onore di v. MANZINI*, 1954, pág. 159; en el mismo sentido VENDITTI, *In tema di truffa processuale*, lug. cit., pág. 843. Este criterio es mantenido también de modo constante, en los últimos años, por el Tribunal de Casación italiano (sentencias 2 de abril de 1940, 20 de diciembre de 1940: "La figura del juez como sujeto pasivo de los artificios o embustes que dan vida al delito de estafa, sería la negación del juez"; y 12 de octubre de 1956). En contra, BATTAGLINI, ob. cit., col. 963; MAGGIORE, ob. cit., pág. 282; ANTOLISEI, ob. cit., pág. 251; GIOFFREDI, ob. cit., págs. 668-9; y CAPOTOSTI, ob. cit., col. 703.

(49) Véase, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9.ª ed., 1965, páginas 94-5; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 2.ª ed., 1958, páginas 500 y ss.; y MEZGER, *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 6.ª ed., págs. 222.

falsedad (50) (51). Lo mismo sucede en los casos en que la afirmación de una parte tiene que ser considerada, en virtud de una ficción legal, como admitida por la otra. En Alemania se discute la posibilidad de la estafa procesal en estos casos de declaración aislada de una parte (en el proceso ejecutivo, en el de rebeldía, en el de confesión de parte y en el procedimiento monitorio). La opinión dominante se inclina por la tesis afirmativa después de la introducción del deber de veracidad en el artículo 138 de la L. E. Civ. (Z. P. O.); antes se admitía únicamente en los casos de engaño sobre los presupuestos del proceso (52). Schönke-Schröder observa, sin embargo, con razón, que “la sentencia en rebeldía y el mandato de ejecución se basan, tanto ahora como antes, en una determinada conducta de una parte... y no en la convicción judicial de la verdad de los hechos aducidos” (53).

En los casos en que el juez tiene el deber de examinar la veracidad de los hechos aducidos, pero, como consecuencia de las alegaciones de las partes y la práctica de la prueba, no llega a la convicción de la verdad ni de la falsedad de un hecho, la decisión debe recaer en contra de la parte que tiene la carga de la prueba. ¿Yerra el juez en este caso? Creo, como Koffka (54), que debe admitirse el error cuando la incertidumbre sobre la veracidad o la falsedad de un hecho constituya la base de una disposición patrimonial que no hubiera tenido lugar sin la conducta engañosa de la parte.

En los supuestos de proceso aparente el juez yerra no sobre la verdad de los hechos, sino sobre la existencia misma de la controversia. El juez cree erróneamente que existe una controversia entre las partes, cuando en realidad éstas fingen un proceso para conseguir una sentencia perjudicial a un tercero (55).

Como consecuencia del error el juez ha de llevar a cabo un acto de disposición. Hamm y Grünhut consideran inadmisibles la equiparación de la sentencia a un acto de disposición. La razón estriba, según Hamm, en que los actos judiciales no son actos de voluntad y por ello no son actos de disposición sobre el patrimonio de una parte (56).

(50) Véase, en este sentido, KOFFKA, ob. cit., págs. 46 y ss.; y PAL, ob. cit., col. 16.

(51) En caso de que el juez incurriera realmente en error faltaría el nexo causal entre el error y el acto de disposición (sentencia).

(52) Véase KOFFKA, ob. cit., págs. 47 y ss.; MEZGER-BLEI, ob. cit., págs. 176-7; FRANK, ob. cit., págs. 593-4; HEGLER, ob. cit., pág. 438; WELZEL, ob. cit., págs. 330-1; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, II, Bes. Teil, 4.ª ed., 1964, págs. 301-2; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 458 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, págs. 1086 y ss.; y KOHLRAUSCH-LANGE, ob. cit., páginas 578-9.

(53) SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1087; en el mismo sentido PAL, ob. cit., col. 6-17; véase también KOFFKA, ob. cit., págs. 47 y ss., y KOHLRAUSCH-LANGE, ob. cit., pág. 578.

(54) Véase, KOFFKA, ob. cit., págs. 48 y ss.

(55) En estos casos se ha admitido siempre en la doctrina alemana la existencia del error en el juez; véase KOFFKA, ob. cit., pág. 46; FRANK, ob. cit., páginas 593-4; KOHLRAUSCH-LANGE, ob. cit., págs. 578-9, y PAL, ob. cit., col. 16.

(56) Véase, KOFFKA, ob. cit., págs. 58-9, y PAL, ob. cit., col. 2 y 20.

Grünhut dice que entre el engañado y el perjudicado tiene que existir una relación de representación, una relativa identidad que no se da entre el juez y las partes o incluso un tercero. "La sentencia firme en el proceso civil representa la unión ideal de dos fins de la tutela jurídica: la fijación y la realización del Derecho. Ambas cosas sólo puede lograrlas la autoridad del Estado." La relativa identidad entre el juez y la parte no existe. "Pues la sentencia es un acto jurídico con efectos *que no puede producir nunca la parte* y cuyo alcance rebasa en muchos casos considerablemente la esfera de los intereses individuales de la parte." "La fuerza ordenadora del Derecho y no el silogismo necesario para su formulación constituye lo característico, la esencia de la sentencia judicial." "Por ello la actividad de las partes y la sentencia pertenecen a dos mundos completamente separados." La equiparación de la sentencia a un acto de disposición implica, según Grünhut, una concepción puramente iusprivativista de los efectos de las sentencias, es decir, su concepción como un bien jurídico privado sometido a la libre disposición de las partes. La sentencia "es un acto de tutela jurídica por parte del Estado, que es fundamentalmente independiente en su validez de la verificación de las relaciones jurídicas materiales, que quiere proteger". "Las sentencias judiciales no son actos de disposición sobre el patrimonio de las partes; el juez representa en todo caso la voluntad del Estado, pero no la de la parte; ¡el engaño del juez no es una estafa!" (57). Pedrazzi, siguiendo a Grünhut, ha negado también que las resoluciones judiciales puedan ser consideradas como un acto de disposición. "El juez no ejercita un poder de disposición sobre los derechos de las partes, sino un poder jurisdiccional, eminentemente público, que imprime a la providencia un carácter inconfundible con el del acto de disposición, que es un elemento constitutivo de la estafa. Es verdad que la esfera jurídica de las partes se encuentra sujeta al poder del juez; pero la supremacía que vincula a las partes y sus intereses a la providencia no es sino un momento y un aspecto de la función jurisdiccional. Esto significa que cuando el juez es víctima de un engaño antijurídico, la incidencia del fraude sobre los intereses de la parte queda absorbida por el atentado a la función jurisdiccional, como el interés privado queda absorbido por el interés público. Frente a la lógica jurídica el fraude se califica como atentado a la función jurisdiccional; no es lícito calificarlo con base en aquello que es meramente un efecto reflejo" (58).

Estas objeciones no tienen la fuerza que a primera vista parece. Según la opinión de la mayor parte de los autores, el acto de disposición en la estafa no debe ser interpretado en sentido estricto, es decir, en el sentido que se atribuye a este término en el Derecho pri-

(57) Véase GRÜNHUT, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, págs. 147 y ss.

(58) Véase PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán 1955, pág. 106; en el mismo sentido VENDITTI, *In tema di truffa processuale*, col. 843.

vado. “Cuando se habla de acto de disposición a propósito de este delito —dice Antón— es preciso concederle el amplio concepto diseñado en las líneas anteriores: no se emplea la expresión en equivalencia a negocio jurídico o declaración de voluntad en sentido del Derecho civil. Por consiguiente, no hace falta que el disponente tenga facultad jurídica para disponer de la cosa; como no la tiene, por ejemplo, el sirviente que entrega al estafador, enviado fingido de su amo, un objeto que en su nombre le es pedido” (59). Por otra parte, el atentado a la función jurisdiccional, que implica, sin duda, el engaño en estos casos, no es obstáculo para apreciar al mismo tiempo un atentado a la propiedad.

Del acto de disposición llevado a cabo por el juez, es decir, de la sentencia, tiene que derivarse un perjuicio patrimonial para la otra parte o un tercero. En general, la sentencia injusta misma, aunque no sea firme, representa ya el perjuicio patrimonial (60). En algunos casos excepcionales, sin embargo, el perjuicio no se produce hasta la ejecución de la sentencia (61). Según Manzini, esto sería lo corriente y en estos casos sólo podría admitirse la estafa cuando el sujeto pasivo cumple la sentencia voluntariamente. Cuando la víctima se ve coaccionada a dar o hacer faltaría la voluntad engañada característica de la estafa (62). Este criterio me parece insostenible, pues el acto de disposición propio de la estafa es la sentencia judicial y es el disponente, el juez, el que ha de ser engañado. No es necesario que se engañe también al perjudicado. Es en el disponente, es decir, en el juez, donde debe darse necesariamente la voluntad engañada característica de la estafa.

Entre la conducta engañosa, el error, el acto de disposición y el perjuicio patrimonial debe existir una relación de causalidad (63). Ca-

(59) Véase ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños*, pág. 10. En el mismo sentido, por ejemplo, v. LISZT, ob. cit., pág. 459; FRANK, ob. cit., página 593; PAL, ob. cit., col. 20; GIOFFREDI, ob. cit., col. 674; WELZEL, ob. cit., página 330; SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1081 y MEZGER, *Strafrecht*, II, Bes. Teil, Ein Studienbuch, 5.^a ed., 1956, pág. 173. Pero incluso algunos autores que exigen que el engañado tenga la facultad jurídica de disponer de los bienes del perjudicado aprecian, en sentido amplio, esa facultad en el juez y admiten la estafa procesal; véase, por ejemplo, BINDING, ob. cit., págs. 183 y 186 y ss., y HEGLER, ob. cit., págs. 430 y 438.

(60) Véase, en este sentido, JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 458 y ss., SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., 1088; y NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*, 1950, pág. 272. Algunos autores consideran que la sentencia que no es firme sólo puede representar el perjuicio patrimonial cuando sea susceptible de ejecución provisional; véase, por ejemplo, KOFFKA, ob. cit., pág. 59 y ss.; y PAL, ob. cit., col. 20 y ss.

(61) Por ejemplo, en un proceso simulado de ejecución hipotecaria, en que el supuesto acreedor consigue la sentencia de remate para la subasta de una finca inexistente o de cabida menor a la real.

(62) Véase, MANZINI, ob. cit., pág. 659.

(63) Sobre la supuesta interrupción del nexo casual entre la conducta engañosa y el perjuicio por la infracción de un deber por parte del juez, véase lo dicho en las págs. 8 y ss.

rece de fuerza, a mi juicio, la objeción de que el nexos causal entre la conducta engañosa y el perjuicio patrimonial queda interrumpido por la realización de un acto legal, la sentencia, que ordena la entrega de la cosa (64). El perjuicio patrimonial se derivaría entonces de la ejecución de la sentencia, pero no de la conducta engañosa de las partes. Si se hace abstracción, no obstante, de la conducta engañosa de las partes la sentencia injusta no habría recaído. Creo que no puede admitirse, por tanto, una interrupción de la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio por efecto de la sentencia.

No creo, por otra parte, que la libertad del juez en la valoración de la prueba sea un obstáculo a la existencia o apreciación de la relación de causalidad entre la conducta engañosa y la sentencia injusta. Kohler dice que el juez dicta la sentencia basándose en una impresión de conjunto, obtenida en el curso de los debates y la práctica de la prueba, y no es posible reconducir la resolución a ninguna de las afirmaciones o pruebas aportadas por las partes. La sentencia del juez es el resultado de una actividad intelectual incontrolable (65). La libertad del juez en la valoración de la prueba no implica, sin embargo, como dice Pal (66), que esté desvinculado de las normas relativas a la práctica de la prueba, ni que esté exento del deber de indicar detalladamente en la sentencia las razones o motivos en que basa su decisión. Si entre ellas figura la conducta engañosa de la

(64) Esta es la opinión de HAMM a la que se adhirieron en Italia, ZANI, MARSICH, ESCOBEDO, MANCI y SICILIANI; véase ZANI, *Della truffa processuale*, Riv. di dir. proc. civile, 1926, II, págs. 266 y ss.; MARSICH, *La cosiddetta truffa processuale*, Il diritto commerciale, 1927, pág. 129; ESCOBEDO, *La truffa processuale anche in rapporto al progetto del nuovo codice penale italiano*, Giustizia Penale, 1928, col. 1427 y ss. y 1439 y ss.; y Ancora *sulla nozione della truffa processuale e su un fallace criterio per escluderla*, Giust. Pen. 1937, II, col. 321 y siguientes, MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano*, Turin 1930, pág. 95 y SICILIANI, *Sulla così detta truffa processuale*, Giustizia Penale, 1936, II, col. 1489 y ss. En contra, ADORNATO, ob. cit., pág. 598; MANZINI, ob. cit., pág. 659; BATTAGLINI, ob. cit., col. 963 y ss.; y PEDRAZZI, ob. cit., págs. 105 y ss. JIMÉNEZ HUERTA observa, a este respecto, que "tampoco es una particularidad específica de la estafa procesal que desorganice la estructura del delito de fraude, la de que la disposición patrimonial se efectúa en virtud de un acto legal que ordena la entrega de la cosa, pues también en el tradicional delito de fraude genérico puede acontecer, sin que por esto se desvirtúe su consustancial esencia, que la disposición patrimonial se realice por un acto lícito que ordene la entrega, como acontece, por ejemplo, cuando desplegadas las maquinaciones y artificios engañosos sobre los miembros del consejo de administración, éstos ordenan a un tercero, que tiene en su poder y a disposición de la sociedad determinados bienes, que haga entrega de ellos al sujeto activo del fraude, o cuando el engañado dueño de la cosa cursa instrucciones a un apoderado general residente en otra población para que otorgue en favor del sujeto activo del fraude una escritura de compraventa"; JIMÉNEZ HUERTA, *Fraude maquinado y estafa procesal*, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1964, págs. 136-7.

(65) KOHLER, *Treu und Glauben im Verkehr*, 1893, pág. 56. (Véase la opinión de KOHLER en PAL, ob. cit., col. 2 y 17 y ss.)

(66) Véase, PAL, ob. cit., col. 17 y ss. En el mismo sentido MANZINI, ob. cit., pág. 659 y BATTAGLINI, ob. cit., col. 963 y ss.

parte, la constatación de la relación de causalidad no ofrecerá dificultades. Por otra parte, la relación de causalidad entre la conducta engañosa y la sentencia injusta no queda excluida, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, seguida generalmente por nuestra jurisprudencia, porque hayan contribuido, además, otras condiciones a formar la convicción del juez.

La conducta del autor ha de ser dolosa. Del principio de la controversia entre las partes se deriva, a mi juicio, una limitación. Es necesario el dolo directo. No basta el dolo eventual (67). Mientras el autor considere posible que su pretensión sea justa o su afirmación sea verdadera no cabe apreciar un abuso del derecho y su conducta será lícita. Falta el dolo cuando el autor quiere retrasar únicamente la resolución con la práctica de la prueba o un aplazamiento.

La conducta del autor, además de dolosa, ha de ser realizada con ánimo de lucro injusto. Se trata de un elemento subjetivo de la anti-juricidad. Si el autor realiza la conducta engañosa para apoyar una pretensión fundada o que cree justa no responderá de estafa (68). No es preciso que el autor trate de conseguir el lucro para sí; basta con que trate de obtenerlo para un tercero (69).

No cabe objetar, por último, a la apreciación de la estafa procesal que con ella se crearía un obstáculo a la rapidez del procedimiento y se favorecerían las maniobras dilatorias de ciertos defensores, pues lo mismo cabe decir de todas las cuestiones penales que pueden suspender el curso de un proceso civil (70).

La estafa procesal no sólo puede ser incluida en la figura complementaria del artículo 533, sino también, cuando se den sus requisitos, en otras figuras del delito de estafa, concretamente en los números 1.º, 5.º, 6.º y 8.º del artículo 529 y el número 2.º del artículo 532 (71).

(67) En este sentido también, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, Ein Studienbuch, II, Bes. Teil. 8.ª ed., 1964, pág. 177; y KOFFKA, ob. cit., pág. 54; de otra opinión, JAGUSCH en *Leipziger Kommentar*, ob. cit., pág. 458 y ss. (que incurre, sin embargo, en contradicciones) y PAL, ob. cit., col. 11 y 25.

(68) Véase, en este sentido, KOFFKA, ob. cit., págs. 61 y ss.; JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 458 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 1087; CAPOTOSTI, ob. cit., pág. 399; y PAL, ob. cit., cols. 11 y 25.

(69) Véase, a este respecto Antón ONECA, ob. cit., pág. 14, y JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, pág. 460.

(70) En este sentido, por ejemplo, SILVA MELERO, *Ilícitud civil y penal*, pág. 29; MAGGIORE, ob. cit., pág. 282; y SANDULLI, ob. cit., pág. 137.

(71) El Tribunal Supremo ha aplicado, por ejemplo, el art. 533 (antes 534) en la sentencia 26 junio 1889, 10 marzo 1960, 27 junio 1964 y 31 octubre 1964; el núm. 1.º, art. 529 (o los preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 30 junio 1906, 9 marzo 1936, 2 julio 1945, 6 mayo 1953, 1 diciembre 1955, 19 junio 1957, 4 noviembre 1957 y 20 marzo 1964; el núm. 5.º, art. 529 (o los preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 24 marzo 1914, 23 mayo 1919, 12 abril 1927, 18 noviembre 1941, 26 junio 1952, 15 marzo 1963, 6 abril 1963 y 28 mayo 1963; el núm. 6.º, art. 529 (o preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 11 febrero 1929, 21 enero 1954 y 8 febrero 1956; el núm. 8.º, art. 529 (o preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 29 noviembre 1887, 13 abril 1951 y 23 mayo 1964;

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 (72). En la estafa procesal, por tanto, el delito se consumará cuando recaiga sentencia firme o cuando, sin serlo, sea susceptible de ejecución provisional. En los demás casos, la sentencia que no sea firme no determina aún la consumación del delito, pues supondrá ya un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo (que verá disminuido su crédito), pero el sujeto activo no habrá obtenido aún provecho alguno. En algunos casos excepcionales el provecho injusto no se conseguirá hasta la ejecución de la sentencia (73).

Se ha discutido en la doctrina si las afirmaciones conscientemente falsas de las partes representan en todo caso un acto de ejecución. Según Frank (74), en los casos en que el juez sólo puede dar crédito a la prueba, la afirmación conscientemente falsa representa únicamente un acto preparatorio. Salvo que el autor confíe en que el juez dé crédito a su declaración y prescinda, faltando a su deber, de la práctica de la prueba. En mi opinión, la afirmación conscientemente falsa de una parte, mantenida después de haber sido rebatida por la parte contraria, representa ya en todo caso un acto de ejecución. La afirmación conscientemente falsa que no se ha convertido aún en objeto de examen para el juez representa un mero acto preparatorio (75).

Al ser punible en nuestro Código la tentativa imposible (par. 2.º del art. 52 en relación con el párrafo 3.º del art. 3.º) la conducta de la parte que trate de inducir a error al juez, con ánimo de lucro, con manifestaciones conscientemente falsas de *Derecho* constituirá tentativa, frustración y si fuere eficaz, en algún caso rarísimo (porque el juez no está vinculado a las manifestaciones de Derecho de las partes, ni puede exigirles que aporten pruebas de las mismas) delito consumado de estafa.

Estimo que en la estafa procesal debería apreciarse la agravante

y el núm. 2.º, art. 532 (o preceptos equivalentes de Códigos anteriores), en las sentencias 24 noviembre 1917 y 25 junio 1917.

(72) Los autores italianos, de acuerdo con la fórmula del art. 640 del Código penal de su país, consideran también que el delito se consuma cuando el autor obtiene el provecho injusto. La doctrina alemana sitúa, en cambio, el momento de la consumación en la causación del perjuicio, de acuerdo con la definición de la estafa del art. 263 del Código penal alemán. Es cierto que la realización del perjuicio y la obtención del provecho injusto suelen coincidir, pero no coinciden necesariamente. Véase, a este respecto, Antón ONECA, *Las estafas y otros engaños*, pág. 30.

(73) Véase nota 51.

(74) Véase FRANK, ob. cit., págs. 593 y ss.

(75) Véase, en este sentido, KOFFKA, ob. cit., págs. 53 y ss. y 62 (véase lo dicho en la pág. 11 y ss.), y PAL, ob. cit., col. 22. La opinión dominante actualmente en la doctrina alemana considera que las manifestaciones conscientemente falsas de las partes representan siempre un principio de ejecución; véase, por ejemplo, WELZEL, ob. cit., pág. 330, y JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar*, págs. 459 y ss.

16 del artículo 10 (ejecutar el hecho con ofensa a la autoridad), pues no cabe duda de que el juez o tribunal están comprendidos en el concepto de autoridad del artículo 119 y la conducta implica, junto a la lesión o peligro de la propiedad ajena, una ofensa a la Administración de justicia.

Es posible el concurso de la estafa con las falsedades documentales. En este sentido se manifiesta la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo después de la reforma de 1944 en que se suprimió el artículo 323 del Código de 1932, en el que se hacía mención del lucro reportado o propuesto en la falsedad documental para imponer en ese caso junto a la pena privativa de libertad otra pecuniaria (76). Queda, en cambio, absorbida en la estafa procesal, en mi opinión, la presentación en juicio de documentos falsos (arts. 304 y 307 Código penal). Tanto si la estafa se ha consumado, como si ha quedado en grado de tentativa o frustración (77). Queda consumida también en la estafa procesal la presentación de testigos falsos en juicio (art. 333 del Código penal) *.

(76) Véase, por ejemplo, las sentencias 22 mayo 1947, 16 noviembre 1950, 3 junio 1952, 30 marzo 1955, 21 y 25 junio 1955 y 29 febrero 1956. Véase, a este respecto, Antón ONECA, ob. cit., pág. 31, y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, II, págs. 685 y ss. Aunque hay alguna excepción, como, por ejemplo, las de las sentencias de 7 diciembre 1951 y 4 marzo 1964.

(77) De otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., pág. 687. Quintano da preferencia a los preceptos de las falsedades, por estimar que se trata de preceptos específicos, aunque en el caso de la consumación de la estafa admite la posibilidad de aplicar el art. 68. A mi juicio no se trata de un caso de aplicación de los principios de la especialidad o alternatividad, sino del de consunción.

* Estando en prensa este trabajo, se publicó en el fascículo anterior del ANUARIO DE DERECHO PENAL un interesante artículo del profesor Ferrer Sama sobre la estafa procesal, que no pude tener ya en cuenta.