

La prueba del dolo en la estafa

(Comentario a la STS 393/1996, de 8 de mayo)

CARLOS PÉREZ DEL VALLE

Ltrado del Tribunal Supremo, Profesor adjunto de Derecho Penal,
Universidad San Pablo-CEU, Madrid

1. La prueba de los elementos subjetivos del tipo presenta problemas especiales que han sido resaltados por la doctrina frecuentemente. En particular, parece posible afirmar que aportaciones al concepto del dolo como la teoría de Armin Kaufmann sobre la voluntad de evitación (1) o la más reciente de Frisch en relación con el conocimiento del peligro (2) están vinculadas a las dificultades de la prueba.

En particular, la Jurisprudencia se ha desarrollado especialmente en estos aspectos en cuanto se refiere al dolo de homicidio –sobre la base de la distinción entre el *animus necandi* y el *animus laedendi* (3)– y al dolo de la receptación (4). Sin embargo, la delimitación de criterios en relación

(1) «Der dolus eventualis im Deliktaufbau», en *ZStW*, 70 (1958), pp. 64 ss, y en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, pp. 59 ss, en particular pp. 67 s. También presenta un fundamento procesal la crítica que dirige a esta tesis Winfried HASSEMER, en «Kennzeichen des Vorsatzes», *Horn* y otros (dir), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, 1983, pp. 289 y ss., en particular al referirse a los indicadores del dolo.

(2) Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, 1983, pp. 99 ss.; también, en «Offene Fragen des dolus eventualis», *NSiZ*, 1991(1), pp. 23 ss.

(3) Cfr. recientemente: «... el dolo de los delitos de homicidio y, en su caso, de asesinato, se debe inferir de los indicadores externos que permitan conocer la dirección de la voluntad del autor, de modo que cuando el autor realiza una conducta que, por sí misma, genera el peligro de muerte, no cabe ya plantear la exclusión del dolo» (cfr. STS de 2 de enero de 1996).

(4) Cfr. STS de 29 de septiembre de 1995 : «El dolo de este delito se da cuando el autor –según las circunstancias– se haya representado varios posibles orígenes de la cosa y una de estas representaciones constituya un delito contra los bienes ajenos». De

con otros delitos no ha tenido un desarrollo similar, de modo que la discusión ha quedado reducida tradicionalmente a comprobaciones del caso concreto (5). En mi opinión, la sentencia que paso a comentar rompe con esa línea y permite afirmar que determinados hechos no pueden ser aceptados por sí solos como reveladores de la existencia del dolo del delito de estafa.

2. En la sentencia de instancia, el tribunal había absuelto a los procesados de los delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad del que eran acusados los gestores de una sociedad dedicada a la explotación y, en particular, al subarrendamiento de apartamentos. Los apartamentos pertenecían a diversos inversores, que los habían adquirido en cuotas a esta sociedad sin intención de ocuparlos y con el fin de obtener un rendimiento de la inversión, para lo cuál los arrendaban a la sociedad gestora. Sin embargo, ante la mala marcha del negocio, la Junta General acordó la disolución y liquidación de la sociedad. En ese momento, no se había llegado a iniciar la construcción de algunos de los apartamentos indicados, aunque la de otros se había finalizado hasta el punto de que habían llegado a ser explotados.

El TS se refiere a la prueba del dolo de la estafa en relación con dos recursos diferentes, formalizados en todo caso por compradores de apartamentos que no llegaron a ser construídos, pues en los contratos de compraventa se indicaba que las cantidades percibidas a cuenta deberían ser devueltas a los inversores en el caso de que la construcción no se iniciara en el plazo señalado por la póliza de la Ley 57/1968 (6).

3. En los recursos se esgrimen dos argumentos distintos. En el primero, se afirma que la falta de respuesta a los requerimientos de pago efectuados por los compradores recurrentes constituye un dato importante «que indica, en sumo grado, la actitud de los querrelados en una sintomática defraudatoria» y que de allí se desprendería un dolo especialmente grave en tanto que «la idea originadora del negocio fraudulento es el

esta forma, queda enmarcada la compra de objetos a desconocidos y por precio vil como elemento que «permite inducir el conocimiento del comprador de la adquisición de un objeto proveniente de un delito contra los bienes».

(5) En muchas ocasiones enfocadas de forma incorrecta, y dirigidas, por ejemplo, a la comprobación positiva de un error de tipo, sin incidir en que se trata de la cara inversa —es decir, de la negación— de la existencia de dolo. Sobre este aspecto, PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error en el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1994(2), pp. 413 ss, en particular p. 416.

(6) La Ley 57/1968 de 27 de julio regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas por parte de las personas o entidades promotoras, cuando las entregas de dinero son anteriores al inicio de la construcción o durante la misma. En su artículo 1.1.ª exige la garantía de devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés mediante un contrato de seguro o por aval solidario, «para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido». Evidentemente, es éste el plazo al que se refiere la sentencia en el argumento indicado.

actuar en masa». En el segundo, se mantiene que el hecho de que no se diese comienzo a la construcción de los apartamentos «demuestra que su intención era la de no iniciarlos y desaparecer con el dinero de los compradores».

En su respuesta, el TS indica, por una parte, que «una intimación del cumplimiento de obligaciones contractuales no implica sin más que el incumplimiento subsiguiente se adecue al tipo penal de la estafa». Esta conclusión se apoya en la necesaria coincidencia del dolo de la estafa con el momento del engaño, pues si se presentara sólo en el momento de la intimación se trataría de un *dolus subsequens*, y no sería posible afirmar la tipicidad de la estafa —con excepción de los casos de omisión impropia— cuando el dolo concurre con posterioridad al error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado (7).

Respecto al segundo argumento, el TS indica que si los acusados «no ejecutaron ninguna afirmación de hechos falsos como si fueran verdaderos, ni que tuvieran conciencia de la imposibilidad de incumplimiento de las obligaciones que asumían, es indudable que falta toda base fáctica para afirmar el dolo».

4. La sentencia, en los extremos indicados, permite abordar una primera reflexión general en tanto que representa un límite expreso al peligro de extensión de la *praesumptio doli* a la figura que la Jurisprudencia ha denominado «negocios jurídicos criminalizados» (8). Ciertamente, este peligro no es, en sentido estricto, una presunción legal (9) incompatible con la valoración en conciencia de la prueba (10), sino el que representa la denominada prueba *prima facie*, procedente del proceso civil y que, sobre la «prueba de apariencias» (*Anscheinsbeweis*) —que surge de una primera apariencia— provoca una inversión en la carga de la prueba (11). No obstante, la conexión directa entre la denominada prueba *prima facie* y la prueba de apariencias no es totalmente clara, puesto que en ocasiones se ha negado que la consideración de la «primera apariencia» constituya necesariamente una inversión de la carga de la prueba en el proceso penal, sino tan sólo una prueba de indicios (12).

(7) En este sentido, con carácter general, JAKOBS, *Strafrecht-AT*, Berlín, 2.^a edic, 1981, 8/1; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal-Parte General*, 4.^a edic, 1997, p. 129.

(8) Cfr., la STS 16 de marzo de 1995 (RA 1895), tanto en cuanto a la detallada exposición del contenido de la figura y a algunos precedentes jurisprudenciales recientes.

(9) Cfr., p. ej., el artículo 539 CP italiano en relación con delitos sexuales cometidos en perjuicio de un menor de catorce años: el acusado no puede invocar como excusa la ignorancia de la edad del ofendido.

(10) H. HENKEL, «Die "praesumptio doli" im Strafrecht», en *Bockelmann/Gallas* (dir.), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 1961, pp. 578 ss., en particular p. 581.

(11) HENKEL, *Eb. Schmidt-FS*, p. 589.

(12) VOLK, «Kausalität im Strafrecht», *NSiZ* 1996, p. 107. Cfr., de forma particular las consideraciones que aparecen en la nota 10.

En mi opinión, la introducción de máximas de experiencia evidentes a través de las cuáles es posible afirmar el dolo sobre la base de determinados aspectos del comportamiento del autor provoca la defensa en el proceso sobre ese punto (13). La discusión que se origina no ha de ser reconducida necesariamente a una inversión de la carga de la prueba, si se considera que el principio *in dubio pro reo* está vigente también en la cuestión del error de tipo (14) y que las afirmaciones del acusado en relación con el error de tipo —con la ausencia de dolo— son en realidad ya una prueba aportada al proceso en el juicio, cuyo rechazo ha de ser racionalmente fundado en la sentencia.

Por tanto, la argumentación relativa a la determinación de principios de experiencia no implica una inversión de la carga de la prueba en la medida en que requiere un respaldo en las circunstancias particulares del caso y, por tanto, del sujeto (15). En este caso, la sentencia establece con claridad este presupuesto, puesto que se exige al argumento utilizado por la acusación la fuerza suficiente para desvirtuar las afirmaciones de los acusados.

5. Por otra parte, parece claro que el TS quiere establecer límites en el razonamiento indiciario, que necesariamente han de configurarse sobre los argumentos utilizados por el tribunal.

En los citados «contratos criminalizados», la Jurisprudencia ha configurado la prueba del dolo (en este caso, el silencio sobre la intención de no cumplir la parte de la obligación implicaría el engaño sobre un elemento interno) sobre la base de que «el contrato no revela en sí nada anormal en su perfección, pero queda después de manifiesto por la conducta ulterior que sólo existió el propósito de engañar al otro contratante» (16).

(13) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994(2), pp. 418-419. En ese orden de consideraciones, entiende HRUSCHKA («Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Gössell/H. Kaufmann* (dir.), *Strafverfahren im Rechtsstaat-Festschrift für Theodor Kleinknecht*, Munich, 1985, pp. 191 y ss, en particular, pp. 201-202, que el problema del dolo constituye un juicio adscriptivo vinculado a estos hechos externos. La diferenciación entre el lenguaje descriptivo y adscriptivo está desarrollada por HRUSCHKA en *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^a ed., Berlín, 1988, pp. 425 y ss. En los juicios adscriptivos no son «verdaderos» o «falsos» o «obligatorios» o «no obligatorios» (como sucede con el lenguaje descriptivo o prescriptivo): son «fundados» o «infundados» y, si consisten en un reproche o en una reprensión son «justos» o «injustos». Estas consideraciones conducen a un planteamiento sugerente desde la perspectiva de la teoría de la prueba y, sobre todo, de la argumentación jurídica de las partes en el proceso y del tribunal, aunque un examen crítico de esta posición sólo puede ser abordado en profundidad si se tiene en cuenta la teoría de la imputación de HRUSCHKA, y ello no es posible en el comentario de una sentencia.

(14) Cfr., KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung*, 38.^a ed., § 261-30, en relación con el § 16 *StGB*.

(15) Lo que, por otra parte, es ya un límite reconocido a la prueba *prima facie* en la Jurisprudencia y la doctrina alemana cuando se trata de probar hechos internos (cfr. HENKEL, *Eb. Schmidt-FS*, p. 590).

(16) Cfr. la STS 16 de marzo de 1995 antes citada.

Frente a esa posición, creo que la sentencia comentada se separa en forma positiva de la línea precedente. En realidad, no sería desacertado llegar a la conclusión de que es imposible afirmar la existencia de dolo en la estafa y, en particular, en los llamados «contratos criminalizados», sobre la base de elementos de prueba situados en el tiempo con posterioridad a su celebración. En efecto, el único elemento posterior que permite al tribunal respaldar su convicción sería la confesión, que de todos modos debería ponderar racionalmente junto a otros elementos (17). En cualquier otro caso –también en las declaraciones de referencia (18)– es necesaria, en el juicio inductivo, la concurrencia de otros elementos precedentes o coetáneos a la celebración del contrato.

6. En este orden de consideraciones, parece necesario también constatar la relación con los hechos del factor que rechaza el TS como revelador de la existencia de dolo. La acusación se refiere a la falta de contestación a unas intimaciones al pago que, en principio, exteriorizaría la actitud de los acusados con el fin de mantenerse ocultos a la acción de los perjudicados por el negocio.

Sin duda, es cierto que la ausencia de contestación a las intimaciones supone la manifestación de un interés en sustraerse a las acciones de quienes pueden ser los perjudicados por el incumplimiento de las obligaciones contraídas. Sin embargo, ese factor no está relacionado directamente con el núcleo del comportamiento que se quiere subsumir en el concepto de engaño (la celebración del contrato) sino con las consecuencias del mismo (el cumplimiento de las obligaciones derivadas de aquél). De esta forma, parece claro que, en la prueba del dolo y en la discusión sobre el error de tipo, los argumentos empleados han de estar directamente relacionados con los hechos (19) y no con sus consecuencias (20).

(17) «La confesión del hecho puede entrar en el marco del artículo 741 de la ley de enjuiciamiento criminal, siempre que se valoren pruebas que han de ser valoradas y haciéndolo sin infracción de las reglas de la lógica y de los conocimientos científicos» (cfr. STS de 17 de octubre de 1992).

(18) «Los testigos de referencia no pueden fundamentar la condena del acusado por sí solos (...). De lo contrario, se darían por válidas las declaraciones de una persona que no pudo ser interrogada por el acusado y su defensa en los términos del artículo 6.3 d) CEDH, que no prestó juramento y que no declaró ante el tribunal». Un caso distinto es el caso en que un coautor o un cómplice que interviene en la ejecución exponen su participación en los hechos en los que implican al acusado que niega el engaño y el dolo. Aquí la declaración es, en mi opinión, una prueba directa, a diferencia de lo que sucede con las declaraciones de inductor o cooperadores que no intervienen en la ejecución, y que tan sólo pueden respaldar la existencia de un *dolus antecedens* –insuficiente para afirmar la tipicidad de la estafa– y, por ello, indicadores para la prueba del engaño. Además, ésta es una demostración procesal de que la diferenciación entre la coautoría y las formas de participación no puede ser eludida con la igualdad del marco de pena previsto por la ley.

(19) PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994(2), pp. 426-427.

(20) Por ese motivo, en la prueba del dolo de matar de una tentativa carece de trascendencia el argumento relativo a la conclusión –es decir, a la gravedad de las

Esta exigencia de relación directa permite distinguir una primera línea de argumentos que pueden ser empleados racionalmente en la prueba del dolo, pero no impide que el tribunal pueda utilizar otro tipo de indicadores, como los mencionados por la acusación. Sin embargo, la entrada de datos no relacionados directamente con los hechos debe quedar vedada en tanto no exista un indicador directo que permita una conexión con el comportamiento imputado, con un mecanismo similar al de las declaraciones de referencia. De esta forma, si el tribunal prueba que la empresa en nombre de la cuál se celebró el contrato por parte de los acusados no tenía un funcionamiento económico real, hubiera sido posible afirmar que la falta de respuesta a la intimación al pago era la manifestación del interés en ocultarse ante los requerimientos de los inversores en correspondencia a un plan inicial en el que se enmarcaba el silencio de la intención de no pagar. Sin embargo, en este caso el indicador directo que se propone como ejemplo no podía respaldar la entrada de indicadores indirectos en la argumentación, puesto que se había probado la actividad de la empresa en un mismo sector económico.

7. Finalmente, es necesario hacer dos especificaciones apoyadas en consideraciones fundamentalmente dogmáticas. Por un lado, la negación del dolo de engaño en estos casos está vinculada a hechos y no a juicios de valor (21). La condición de que el tribunal deba acudir a juicios indiciarios para su constatación no afecta a esta circunstancia, puesto que la prueba de indicios no se basa en un juicio de valor, sino en un juicio lógico-inductivo, y las reglas de la lógica inductiva no pueden ser consideradas como juicios de valor (22).

Por otra parte, el solapamiento procesal que se produce entre la prueba del objeto del engaño (hecho interno consistente en la voluntad de no pagar) y el dolo de engañar (conocimiento del riesgo que entraña para el patrimonio del otro el silencio sobre ese hecho interno) no debe restar claridad a la diferenciación dogmática de ambos elementos, en la medida en que es posible que el silencio se haya producido sin conocimiento del riesgo concreto que entrañaba ese silencio. Por ese motivo, pese a que los elementos de prueba sean en muchos casos idénticos, deben emplearse de

lesiones— pues de otro modo no sería posible una tentativa de homicidio sin resultado de lesiones. La gravedad sólo habría de tomarse en consideración en tanto implique la exteriorización del lugar al que se dirige la agresión y la fuerza de la misma, en caso de que la peligrosidad del acometimiento dependa también de la intensidad de la fuerza (como, por ejemplo, en un ataque con un objeto contundente o con arma blanca).

(21) LACKNER, *Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar*, 10.^a ed, Berlín, 1979, § 263-11. Esta posición no se ve alterada aunque se discuta esta distinción, como hace SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch-BT*, 3.^a ed, Frankfurt a. M., 1987, § 263-10.

(22) En este sentido, STS 227/1996, de 20 de marzo.

forma separada en la argumentación, puesto que de otro modo se imposibilitaría la discusión sobre el dolo y se incurriría en el riesgo de una *praesumptio doli* en la propia estructura de la decisión judicial, que sólo puede ser evitada con la utilización de criterios como los apuntados en la sentencia comentada.