

I.4 DERECHO PROCESAL

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ESTAFA PROCESAL

Por el Dr. GREGORIO SERRANO HOYO
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. ELEMENTOS DEL TIPO. EN ESPECIAL, LA SIMULACIÓN DE PLEITO O EL FRAUDE PROCESAL COMO INSTRUMENTO O FORMA DE ENGAÑO
- II. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

I. ELEMENTOS DEL TIPO. EN ESPECIAL LA SIMULACIÓN DE PLEITO O EL FRAUDE PROCESAL COMO INSTRUMENTO O FORMA DE ENGAÑO

En 1983¹ se pone fin a la polémica² sobre la tipicidad o la atipicidad del delito de estafa procesal.

¹ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal, dice: «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 en el derecho positivo–.»

² Como resumen de la evolución en las posiciones jurisprudenciales nos parece interesante transcribir de la S.T.S. (Sala 2.ª) de 5 de octubre de 1981 (R.J. 3612) lo siguiente: «La jurisdicción de este Tribunal, superada una etapa previa en que aplicó a supuestos concretos la doctrina de la estafa procesal con la denominación en algún caso de estafa documental y defraudatoria –S. de 3 de octubre de 1967 (R. 4088)–, pero sin pretensiones de definición doctrinal, recibió y desarrollo los matices conceptuales de esta discutida figura jurídica en su S. de 7 de octubre de 1972 (R. 3918), posteriormente ratificada en las de 19 de abril de 1976 (R. 1649), 19 de diciembre de 1977 (R. 5034) y 25 de octubre de 1978 (R. 3312), entre otras, aceptando de manera paladina que el sujeto pasivo del engaño podía ser el Juez no obstante los principios de contradicción y de libre valoración de la prueba que gobiernan el proceso, y que el sujeto engañado y dañado podían ser distintos como resultaba de reconocer al Juez poder de disposición sobre el patrimonio del perjudicado, admitiendo que el proceso, normalmente medio para la tutela y realización del Derecho o conservación del orden jurídico, pudiera ser manipulado torcidamente con el designio de obtener una declaración judicial implicativa de perjuicio patrimonial injusto para la contraparte o un tercero, afirmando, finalmente, que no constituía en su aspecto estructural un delito nuevo o distinto de la estafa común sino que dentro de la proteica y multiforme variedad del engaño se refería a aquél que se sirve del proceso como medio vehicular o que dentro de él trata de obtener un lucro con daño ajeno, a través de la resolución injusta que por error dicta el juez, siendo oportuno puntualizar que no toda falta de verdad constituye especie delictiva porque la falsedad ideológica –dice la S. de 19 abril de 1976– es inocua en el proceso civil, regido por el principio dispositivo y que deja a las partes en libertad de decir la verdad, debiendo tratarse de un verdadero engaño o maquinación fraudulenta dirigida en principio al Juez, pero con el larvado propósito de defraudar a la contraparte, engaño que ha de tener por substancia una conducta idónea para producir el error judicial y consecuentemente el perjuicio, habida cuenta de los medios de control que el órgano judicial tiene atribuidos y de la indudable fuerza del contradictorio, o, como dicen las sentencias de 7 de octubre de 1972 y 25 de octubre de 1978, que las maniobras fraudulentas preparatorias del proceso y las que se utilicen en su ámbito posean un grado de verosimilitud suficiente para producir el error razonable del Juez»; «doctrina ésta aplicable a la nueva figura defraudatoria introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en los artículos 528 y 529, circunstancia 2.ª, y que sanciona el fraude procesal», según la S.T.S. (Sala de lo Penal) de 8 de febrero de 1988 (R.J. 978).

El delito de estafa procesal se obtiene de poner en relación el art. 248, que tipifica la estafa, con la circunstancia 2.^a del art. 250 del C.P.³, luego los elementos del tipo van a ser los mismos que los de la estafa común, con la peculiaridad de que la forma del engaño la da la circunstancia 2.^a del art. 250 (simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal) y, consiguientemente, el sujeto pasivo del engaño va a ser el órgano judicial y no coincidirá con el perjudicado (la contraparte o un tercero ajeno al proceso) que verá como se produce un trasvase de su patrimonio al del autor.

Como sabemos, el proceso es el instrumento o el medio a través del que los órganos del Estado con potestad jurisdiccional han de cumplir la función que se les asigna constitucionalmente: juzgar y ejecutar lo juzgado, la realización del Derecho objetivo, y por el que los particulares pueden ver satisfecho su derecho a la tutela judicial⁴; sin embargo, también es posible que el proceso⁵ se utilice como **forma o instrumento de engaño**, como sucede cuando se simula el pleito o se emplea otro fraude procesal⁶.

La *simulación de pleito* o proceso aparente consiste en el acuerdo de las partes para

³ Establece, en casi idéntico tenor que el antiguo artículo 528, el artículo 248.1 C.P.: «Cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno» y el artículo 250: «el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 2.^o Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal» (el antiguo 529 disponía: «Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior: ... 2.^a Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal (o) administrativo análogo»).

⁴ Montero Aroca, J. (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo), *Derecho Jurisdiccional*, tomo I, Parte general, 7.^a ed., Valencia, 1997, pág. 285.

⁵ El juicio ejecutivo, y por extensión –añadimos– los procesos sumarios, es «el medio más idóneo para conseguir que prosperen estos artificios, ya que el margen de oposición concedido por la ley es bien estrecho», en Oliva García, H., *La estafa procesal*, 2.^a ed., Madrid, 1974, pág. 246.

⁶ Según Vives Antón, «el engaño ha de consistir en la simulación de un pleito mediante colisión entre las partes o en el empleo de fraude análogo, esto es, de un fraude que subvierta la naturaleza del proceso, convirtiéndolo en una forma vacía, sin auténtico contenido contradictorio. Sólo un tal tipo de engaño puede, en el ámbito del proceso, entenderse como bastante para inducir a error al Juez», en Vives Antón, T. S. (y otros), *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen II, Valencia, 1996, pág. 1242.

Igualmente, señala González Rus que «el engaño ha de consistir en una simulación de pleito o en empleo de cualquier fraude procesal. No se mencionan ya entre las formas de estafa procesal posibles a los fraudes administrativos a los que aludía el Código anterior. Esta omisión, y la referencia exclusiva a los fraudes procesales, significa sin duda que la aplicabilidad del precepto se limita a los procesos judiciales que tengan contenido patrimonial, con exclusión de los procedimientos administrativos; en definitiva: procedimientos civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales, siempre que el perjuicio que se deriye de la resolución sea de naturaleza patrimonial. *Simular un pleito* es provocar la iniciación de un procedimiento judicial sobre la base de una pretensión fingida. Dentro de los otros fraudes procesales cabe cualquier actuación que incida en el procedimiento, originariamente no simulado, y que se dirija y provoque el error del Juez o Tribunal. Están excluidos, sin embargo, lo que consistan en sustracción, ocultación o inutilización, total o parcial, de cualquier proceso, expediente, documentos o papeles con relevancia procesal, dado que los mismos se hallan expresamente previstos en el supuesto 4.^o», en *Curso de Derecho Penal español*, Parte especial, I –dtor. Cobo del Rosal–, Madrid, 1996, pág. 679.

someter a un órgano judicial una cuestión jurídica no controvertida⁷. Esta confabulación o colusión de las partes para que sea tipificada como estafa procesal, además del engaño al juez, debe buscar el lucro de las mismas y el perjuicio a un tercero⁸.

Además de esta forma bilateral de engaño, que sería el fraude procesal por excelencia, señala el precepto que estudiamos como típico el *empleo de otro fraude procesal*, habiéndose suprimido el calificativo de *análogo*. Pero, este elemento del tipo (engaño unilateral) no puede desligarse del consistente en el ánimo de lucro o perjuicio patrimonial (producción de un daño o negación de un derecho a la contraparte)⁹. En efecto, en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se alude al «fraude procesal», pero ni mucho menos todas las actuaciones procesales que se incluyen en esta conceptualización genérica tienen cabida en la especie con relevancia penal¹⁰. Además, el anterior calificativo «análogo» imponía otra importante limitación a la hora de considerar un fraude procesal como forma de engaño: habrá de tener una entidad parecida a la simulación de juicio, pues de lo contrario quizá se esté llevando al campo penal algo que pertenece al civil¹¹.

⁷ «En los supuestos de proceso aparente, el juez yerra no sobre la verdad de los hechos sino sobre la existencia misma de la controversia entre las partes, cuando en realidad éstas fingen un proceso para conseguir una sentencia perjudicial a un tercero», en Cerezo Mir, J., «La estafa procesal», en *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Madrid, 1982, pág. 267.

⁸ Entre los supuestos, Soto Nieto señala la tercería fraudulenta, la simulación de vencimiento de un crédito para sustraer bienes. Pero, también, hace constar que el montaje y la puesta en marcha aparental del proceso puede no tener un propósito de perjudicialidad para terceros, sino estar motivado por la comodidad, la garantía de la cosa juzgada, la falta de notario en la localidad, la documentación de la solución de un litigio ya superado y resuelto en la realidad, la economía contando con la gratuidad de la justicia, etc. (Soto Nieto, F., «Principios éticos en el proceso: el fraude y la estafa procesales», en *Revista de Derecho Privado*, tomo LVIII, 1974, págs. 900 a 907).

⁹ Así, «hemos de prescindir de todos aquellos casos de fraude procesal en los que no se dé el ánimo de lucro o perjuicio patrimonial... concepto genérico, dentro del cual y como modalidad específica se ofrece la estafa procesal», señala Ferrer Sama, A., «Estafa procesal», en *A.D.P.*, tomo XIX, 1966, pág. 6. En definitiva, «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», en Cerezo Mir, J., «La estafa procesal», *op. cit.*, pág. 257.

¹⁰ De la Oliva pone de manifiesto que el incumplimiento de determinados deberes procesales (el deber de decir verdad, el deber de no entorpecer maliciosamente el proceso o, incluso, al amparo del artículo 11.1 de la L.O.P.J., que establece que en todo tipo de procesos se deben respetar las reglas de la buena fe, un pretendido deber de lealtad procesal) puede no tener sanción o no ser clara. Apunta, aparte de lo evanescente de su configuración y de que nadie sabe cuáles son las reglas de la buena fe que se deben respetar, el peligro de la formulación de este deber es que, como establece el apartado segundo de este artículo 11, se rechazarán (como sanción procesal) por los juzgados y tribunales las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, pues lo que al arbitrio judicial puede ser considerado como fraude de ley o procesal una de las partes puede entenderlo legítimo agotamiento de sus posibilidades procesales. *Vid.* De la Oliva Santos, A. (con Fernández López, M. A.), *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1995, págs. 547-549.

Por otro lado, la imposición de costas al litigante temerario es un medio para combatir su mala fe procesal (el art. 523 de la L.E.C., junto con la regla general del vencimiento, establece como criterio de imposición el de la temeridad, es decir, paga las costas quien pretende o resiste de forma manifiestamente infundada o insostenible).

¹¹ En este sentido, el F. J. segundo de la S.T.S. (2.ª) 30 de mayo de 1987 (R.J. 4056) dice: «aún prescindiendo de si la no aparición de la disyuntiva «o» entre las expresiones «procesal» y «adminis-

Por tanto, habrá *engaños atípicos o no bastantes*: son lícitos todos los engaños que puedan ser neutralizados por la sagacidad de la parte¹², pero no aquellos en que el sujeto se aprovecha de la situación de ignorancia o inferioridad del contrario, de modo que engañe no sólo al juez sino también a la otra parte (en este caso se trataría de una estafa procesal impropia). Así, la misma jurisprudencia requiere la existencia de cierto grado de verosimilitud en las maquinaciones engañosas, es decir, que el engaño sea adecuado, idóneo¹³.

trativo» en la publicación del texto del «B.O.E.» (si en el de Las Cortes) es constitutiva de un simple error material, lo cierto es que *la nota de «análogo» impone estimar que no todo expediente sea susceptible de ser fuente de la conducta típica*, sino, como estima la generalidad de la doctrina científica, los procedimientos administrativos no jurisdiccionales; *ya que entender lo contrario sería incidir en una interpretación extensiva contra reo vedada por el artículo 9.3 de la Constitución».*

Por otro lado, dice Soto Nieto que «esta red de maquinaciones y artificios, característica del fraude procesal, puede no traspasar la raya delimitadora del ilícito civil, reservándose a los afectados la facultad de reaccionar adecuadamente en restablecimiento y vindicación de sus derechos. La zona –a veces imprecisa y nebulosa– no cabe estrecharla desmedidamente» (en «Principios éticos en el proceso: el fraude y la estafa procesales», *loc. cit.*, pág. 907. *Vid.* la bibliografía allí citada).

¹² En este sentido, la S.T.S. (2.ª) de 5 de octubre de 1981 (R.J. 3612) establece: «...aunque el acusado –aceptando como verosímil la tesis que le era más desfavorable– se hubiera aprovechado conscientemente del error padecido por el querellante al formular su demanda civil, dicho error hubiera sido advertido en la liquidación de cuentas y no hubiera prevalecido razonablemente al tener que superar la contradicción procesal y la apreciación crítica del juzgador si es que además –y aceptando la buena fe del acusado– no hubiera resultado aclarado en el escrito de dúplica, oportunidad para fijar los hechos debatidos –*vid.* art. 548 de la L.E.Civ.– de que fue privado el acusado por paralización del procedimiento civil, quien no dispuso de más ocasión que la primera declaración sumarial, como constaba en el hecho probado, para afirmar el error padecido: por ende, *aquella conducta*, en que radica la base sustentadora de la imputación de estafa procesal, *se muestra como inadecuada e insuficiente para provocar razonablemente el error judicial y meridianamente no revela o patentiza la existencia del dolo característico del delito de estafa».*

¹³ En esta línea, la S.T.S. (2.ª) de 8 de febrero de 1988 (R.J. 978) manifiesta: «Fue doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala la de que no resulta jurídicamente superflua la concepción y apreciación de la estafa procesal como resultado de actuaciones seguidas ante jurisdicciones diversas, pues, *aunque no sea en principio admisible la idoneidad abstracta del proceso como medio de configurarla, si cabe y es posible admitir su idoneidad concreta cuando las maniobras preparatorias del mismo y las torticeramente empleadas en su tramitación y desarrollo presentan un grado de verosimilitud suficiente para engañar, hacer ineficaces los medios de control del Organo jurisdiccional y determinar que el Juzgador sea razonablemente persuadido a pronunciar una decisión, así predeterminada, de la que sobreviene un perjuicio económico para una de las partes con el equivalente correlativo beneficio para la otra*, así lo vino reiteradamente declarando esta Sala, entre otras varias, Sentencias de 10 de marzo de 1960 (R. 662), 3 de octubre de 1967 (R. 4088), 7 de octubre de 1972 (R. 3918), 2 de octubre de 1974 (R. 3518), 12 de noviembre de 1975 (R. 5027), 19 de abril de 1976 (R. 1649), 25 de octubre de 1978 (R. 3312), 30 de mayo de 1980 (R. 2158) y 19 de diciembre de 1981 (R. 5036); doctrina ésta aplicable a la nueva figura defraudatoria introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en los artículos 528 y 529, circunstancia 2.ª, y que sanciona el fraude procesal».

En la S.T.S. (2.ª) de 24 de marzo de 1994, número 678/1994 (R.J. 19945999) se declara haber lugar al recurso de casación al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia infracción, por aplicación indebida del artículo 528, en relación con el 529.2.º, ambos del antiguo Código Penal, y se dicta segunda sentencia en la que absuelve a los condenados del delito de estafa procesal de que venían siendo acusados, manteniendo el resto de los pronunciamientos del Tribunal de instancia. En el F.D. 6.º establece: «falta el engaño bastante, que es precisamente su elemento esencial. En el presente caso, *hubiera sido preciso inducir a engaño a la Magistratura de Trabajo, ofreciéndole una litis sin acción material que la soportara, y no puede constituirlo*

Por otra parte, tampoco puede considerarse *engaño omisivo* el hecho de omitir la verdad cuando no existe un deber de veracidad¹⁴, salvo que se lleven a cabo otras maquinaciones torticeras con lo que el engaño es ya activo.

la alegación de un despido basado en causas inexistentes, no sólo porque los despidos de los otros trabajadores se fundamentaron también en causas inexistentes, y respecto a estos últimos no lo afirma la sentencia de instancia, sino también porque dichas causas inexistentes *carecían de idoneidad para producir engaño*, y eran irrelevantes a los fines de causar error y efectivamente no lo causaron, pues las Magistraturas de Trabajo, que resolvieron sobre los despidos de los recurrentes y los restantes trabajadores, declarándolos improcedentes, reputando inexistentes las inveraces causas de despido alegadas en ambos casos no por los trabajadores, sino por la entidad.

Si, por tanto, la empresa cerró y cesó su actividad, y todos los trabajadores, incluidos los recurrentes, fueron dados de baja en la Seguridad Social, que cesó en sus cotizaciones, hay que concluir que los hermanos J. M. dejaron de trabajar para la empresa que dejó de existir, y que fueron despedidos. Del relato fáctico, no puede desprenderse el engaño o maquinación, y por tanto, al no concurrir en el supuesto enjuiciado el elemento esencial del engaño, deberá reputarse inexistente el delito de estafa procesal. Por ello, no cabe expresar en los razonamientos jurídicos de la sentencia de instancia que los elementos de tal estafa se acreditan de la documental aportada, pues aquéllos han de desprenderse de la descripción de la narración histórica. Y de dicho 'factum' no se desprende maquinación alguna, ni concreción del presunto engaño del Magistrado de Trabajo. La jurisprudencia de esta Sala —cfr. Sentencias de 30 mayo de 1990 (R.J. 1990/4585) y 8 de septiembre de 1991—, exige para que surja la figura de la estafa procesal que es preciso la actuación previa de otra jurisdicción cuyo titular recibe un pleito provisto de *maniobras torticeras, suficientemente verosímiles para engañarle*, haciendo inútil su control sobre dicho proceso, todo lo que no concurre». La cursiva es nuestra.

¹⁴ El deber de decir verdad que incumbe a los testigos bajo la sanción de falso testimonio no sería un deber procesal, sino un bien jurídico penal el atacado; lo mismo sucedería con la presentación de documentos falsos en juicio. «El deber de decir verdad es hoy, tras el artículo 11.1 L.O.P.J., un deber parece jurídico-procesal, en la medida en que la actividad mendaz se estime contraria a una regla de la buena fe. Pero sucede que aunque así se estime, no está clara la sanción jurídica en el orden procesal, pues no parece aplicable el apartado 2 del propio artículo 11 L.O.P.J. a una confesión de parte, por ejemplo, en la que se mienta», De la Oliva Santos, A. (con Fernández López, M. A.), *Derecho procesal civil*, vol. I, *op. cit.*, pág. 549.

Por lo dicho, no resulta nada claro qué tipo de sanción lleva aparejada la negativa del ejecutado frente al requerimiento para que haga manifestación de sus bienes o la falsedad de la misma. Córdón Moreno advierte que el artículo 600 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil «se queda a medio camino», constatando que la doctrina ha sugerido frente a la primera la sanción procesal consistente en la pérdida del *beneficium ordinis* y anudando consecuencias penales a la presentación de una relación falsa (hay que distinguir la inclusión de bienes ajenos de la exclusión de los propios). *Vid.* Córdón Moreno, F., «Consideraciones sobre algunos aspectos de la regulación de la ejecución forzosa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, *Ponencias a las Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997, pág. 414.

En esta línea, la S.T.S. (2.ª) de 7 de junio de 1989 (R.J. 5049) recuerda que el artículo 11 L.O.P.J. «hace una llamada muy razonable y enérgica al respecto en todo tipo de procedimientos a las reglas de la buena fe y ordena que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente todas las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal. No va más allá. En todo procedimiento existe un amplio margen de actuación para las partes en la exposición y acreditamiento de sus respectivas pretensiones (...). De ello no puede deducirse la imposibilidad de que se produzca un delito de estafa como consecuencia de la actuación de una parte en un proceso ni menos aún, de un delito de falsedad. En absoluto: lo que se dice es que el engaño en este tipo de actuaciones para ser típico, es decir, para integrarse en el precepto penal de la estafa, ha de tener una determinada entidad (...). *No toda falla de exactitud u omisión de datos, más o menos relevantes, puede constituir este delito en el que el elemento intencional de defraudar, que aquí no se ha acreditado suficientemente, ha de estar presente*». Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de

Del mismo modo, es distinto el hecho de omitir datos, cuando recae en otra persona la carga de aportarlos, de la conducta consistente en ocultarlos dolosamente y afirmar su inexistencia o su falsedad¹⁵. En este sentido, el art. 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala como primer caso en el que cabe acudir al proceso (mejor que recurso) de revisión: «si después de pronunciada (la sentencia firme) se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado». Por supuesto, si los documentos se detienen por fuerza mayor no habrá estafa procesal ni conducta penal alguna. En cambio, si los documentos «detenidos» por la parte a la que favorecen se recobran o en un proceso penal se prueba su preexistencia y contenido, pese a su posterior sustracción, ocultación o inutilización, sí estaremos ante un conducta tipificada. Así, en parecidos términos se restaura en el nuevo Código Penal el derogado art. 529. 8.º C. P. que hasta 1983 castigaba a «los que cometieren defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro papel de cualquier clase», sin duda era una forma de engaño que tiene cabida dentro del concepto genérico de estafa. En efecto, en el actual art. 250.1.4.º se establece como delito agravado de estafa cuando «se perpetre... sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase»¹⁶.

Si se trata de un procedimiento (los autos completos o una parte) que desaparece y su desaparición responde a una maquinación fraudulenta que persigue un

Ávila número 46/1996 de 7 de junio de 1996 (A.R.P. 1996\1007), F.D. 2.º, pone de manifiesto: «Dicha figura delictiva, que es una modalidad de la infracción de estafa, cuya especialidad consiste en que el engaño se manifiesta en un pleito y va dirigido al Juez que tenga que realizar algún acto de disposición en el curso del mismo, hasta conseguir que incurra en error a consecuencia de aquél y lleve a cabo un acto de disposición patrimonial en perjuicio de la parte contraria o de un tercero, atiende a la doble protección de bienes jurídicos distintos, de una parte el patrimonio del perjudicado, de otra la *probidad procesal como presupuesto del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia*, siendo así que para la existencia de tal infracción han de concurrir todos los presupuestos de la estafa genérica, pues no constituye la estafa procesal un delito nuevo o distinto de la estafa común, y además, se ha de puntualizar para su correcta delimitación, como ha puesto de manifiesto Doctrina legal de la que son ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1976 (R.J. 1976\1649) y 5 de octubre de 1981 (R.J. 1981\3612), que no toda falta a la verdad en el curso del proceso constituye una especie delictiva, porque *la falsedad ideológica es inocua en el proceso civil, regido por el principio dispositivo y que deja a las partes en libertad de decir la verdad*, debiendo tratarse de un verdadero engaño o maquinación fraudulenta dirigida en principio al Juez, pero con el larvado propósito de defraudar a otro, engaño que ha de tener por sustancia una conducta idónea para producir el error judicial y con ello el perjuicio, o sea ha de producirse un grado de verosimilitud suficiente para producir el error razonable en el Juez, al entender de las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 19 de diciembre de 1991». La cursiva es nuestra.

¹⁵ Así, la S.T.S. (2.º) de 23 de febrero de 1990 (R.J. 1614) señala: «En efecto el engaño en el delito de estafa debe consistir en la afirmación como verdadero de un hecho (externo o interno) que es falso, o en el ocultamiento de un hecho verdadero. Tal engaño, por lo tanto, puede consistir en la afirmación de una voluntad de cumplir las obligaciones contraídas (hecho interno) que en verdad no existe».

¹⁶ Entendido como la cara inversa de la simulación de pleito por Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho Penal Español, Parte especial*, 13.ª ed., Madrid, 1990.

perjuicio para el que tenía una sentencia a su favor y un beneficio patrimonial para el que lo sustrae, oculta o destruye, durante la tramitación del proceso no ha habido engaño, pero la conducta de provocar su desaparición con ánimo de lucro se incardina dentro del tipo de la estafa agravada¹⁷.

Asimismo, un fraude procesal análogo a la simulación de pleito es provocar la celebración del juicio en rebeldía, ya que se coloca en situación de indefensión al demandado y los principios de audiencia, defensa y contradicción que informan el proceso y constituyen una garantía para el justiciable son eludidos totalmente debido a las maniobras torcidas del demandante, ardidés o maquinaciones fraudulentas reveladores de su *animus laedendi*¹⁸.

¹⁷ Esta forma comisiva no posee naturaleza falsaria, frente a lo que sucede con la que en el apartado segundo se enuncia, «pues el engaño bastante se articula mediante la desaparición de un documento público u oficial, que da lugar a error del sujeto pasivo. Se trata en consecuencia, de medios comisivos que no implican ninguna alteración en contenidos de los documentos, sino tan sólo, aunque no menos grave, de su desaparición física», en Vives Antón, T. S. (y otros), *Comentarios al Código Penal de 1995*, op. cit., pág. 1244.

La destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones judiciales por el Abogado o Procurador o por un particular (sea la parte o no) se encuentra tipificada en el artículo 465, por lo que podemos encontrarnos ante un supuesto de concurso. Como sabemos, la custodia de las actuaciones procesales le corresponde al Secretario (arts. 287 y 473.3 L.O.P.J.).

¹⁸ Así lo ha sancionado la S.T.S. (2.ª) de 8 de febrero de 1988 en su fundamento de derecho segundo: «...se valió del proceso civil para conseguir torticeramente el resto o participaciones de la finca de la que era copropietario mayoritario y conseguir un beneficio patrimonial con daño para los demás copropietarios, para lo cual promovió demanda ante el Juzgado correspondiente en reclamación de 10.743 pesetas de gastos comunes, dirigida contra desconocidos propietarios de la otra parte de la finca,... no obstante conocer el nombre y dirección de dos de ellos, con los que había tenido anteriormente correspondencia, y que residían fuera de la sede del Juzgado donde se siguió el proceso y de la Provincia, consiguiendo con ese ardid engañoso dirigido al Juzgador, que se siguiese el juicio en rebeldía de los demandados y se llegase en ejecución de sentencia hasta la adjudicación por el importe de la cantidad reclamada de la referida participación en la finca de los demandados que había sido tasada pericialmente en 48.000 pesetas, que se vieron privados de ellas, sin posibilidad de defensa por esa maniobra o ardid dicho de ocultar los nombres y domicilios de dos de los copropietarios, al menos, que indujo a error al Juez, al decretar la rebeldía de los demandados y siguiera el proceso tan sólo con el demandante».

En cambio, el Auto número 48/1996 de la Audiencia Provincial de Segovia de 6 de septiembre de 1996 (A.R.P. 1996\1088) afirma que al acusador incumbe probar «la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que constituyen el ilícito penal objeto de imputación, que en el caso examinado (estafa procesal) vienen determinados por una actuación previa de otra jurisdicción, cuyo titular recibe un pleito provisto de maniobras torticeras suficientemente verosímiles para engañarte haciendo inútil su control sobre dicho proceso determinando que el juzgador quede razonablemente persuadido a pronunciar una decisión de la que sobreviene perjuicio económico para una de las partes, con el correlativo beneficio para la otra (S.T.S de 24 de marzo de 1994 [R.J. 1994\5999] que cita las de 30 de mayo de 1990 [R.J. 1990\4585] y 8 de septiembre de 1991 y en análogo sentido 8 de febrero de 1988 [R.J. 1988\978]); apuntando la S.T.S. de 7 de junio de 1989 (R.J. 1989\5050) que en el delito referenciado el elemento intencional de defraudar ha de estar suficientemente acreditado, de forma que no toda inexactitud u omisión de datos más o menos relevantes constituye el ilícito, recordando por su parte la S.T.S. de 26 de octubre de 1992 (R.J. 1992\8523) que no procede estimar cometido el delito cuando no se evidencia que la ocultación del domicilio real de la contraparte que permaneció en rebeldía en el proceso se debiera a una voluntad defraudatoria de los actores, elementos que no constan en el supuesto de autos ni pueden inferirse de los argumentos que a tal efecto esgrime la apelante, ... no probándose en resumen, el engaño o maquinación previos o simultáneos al desplazamiento patrimonial necesarios para el perfeccionamiento del tipo, sin que en modo alguno se acredite

En cualquier caso, como veremos al referirnos a los concursos, las maquinaciones fraudulentas efectuadas pueden realizar otros delitos¹⁹.

Por otra parte, en la singular cualidad del **sujeto pasivo del error** estriba la especificidad de la estafa procesal y ha de ser el Juzgador, que es inducido a dictar una resolución injusta determinante de un acto de disposición en perjuicio patrimonial no propio, sino ajeno (tercero o contraparte).

Sujeto pasivo del error puede ser cualquier órgano (unipersonal o colegiado) de los distintos órdenes jurisdiccionales, pero no el personal auxiliar o el colaborador con la Administración de Justicia²⁰. Igualmente la conducta engañosa puede

la afirmación vertida en el recurso relativo a que, observándose que no se concreta ni menos aún se justifica a quien puede referirse la genérica expresión a fin de determinar contra quien debería dirigirse el proceso penal; no pudiendo dejar de resaltar que si fuere cierto que para localizar el domicilio de la ejecutada, no se explica por qué no se recibió el telegrama ya citado y que en cualquier caso no puede olvidarse que la querellante, abogado de profesión no podía ignorar la repercusión que podría derivarse de la constatación de un domicilio de la sociedad deudora no coincidente con el real, ni de la omisión de la notificación a la acreedora de los cambios de domicilio o de la variación del número de policía asignado a la finca, el cual además ya se había operado cuando se firmó la póliza, de todo lo cual resulta que la resolución impugnada es plenamente ajustada a derecho *por no existir indicios suficientes de la perpetración del ilícito imputado*» (F.D. 2.º).

¹⁹ En este sentido, en un supuesto de *dolo in contrahendo*, la S.T.S. de 23 de febrero de 1990 (R. 1614) dice al respecto: «la desfiguración de la firma demuestra, por el contrario que el dolo ya existía en el momento de contraer las obligaciones y que fue en dicho instante cuando se engañó a la otra parte sobre la existencia de la voluntad de cumplir con aquéllas. (...) el engaño no consiste en la mentira al Juez al negar la firma en el trámite de los juicios ejecutivos derivados del impago de las letras. Este hecho no fue más que la desfiguración de un dolo que ya había existido al desfigurar las firmas.

Lo que se observa es que la mayoría de las maquinaciones fraudulentas utilizadas para inducir a error al juez realizan otros tipos delictivos, es decir, se subsumen en otros delitos (falsedad en documentos, presentación en juicio de documento falso, falso testimonio). ... La sentencia recurrida afirma que el artículo 529.2 del Código Penal es aplicable por «constituir fraude procesal evidente la actuación de quien cambia su firma habitual, utilizando otra distinta, con el único propósito de preconstituir la tacha de falsedad». Tal hecho puede tener significación procesal, pero no da lugar a la agravante del número 2 del artículo 529 C.P.

Las SS.T.S. de 5 de octubre de 1981 y 19 de diciembre de 1981 han establecido que esta circunstancia es de aplicación cuando se da 'aquel engaño que se sirve del proceso como medio'... 'a través de la resolución impuesta que por error dicta el juez». En el presente caso es indudable –por las razones expuestas en el fundamento jurídico anterior– que el engaño no se produce en el proceso, en el que el demandado, por lo demás, no estaba obligado, como parte, a decir verdad, sino en el momento de contraer la obligación. Bajo tales condiciones no es posible sostener que el proceso ha sido el vehículo para llevar a cabo el engaño, y consecuentemente, no ha habido simulación de pleito en el sentido del artículo 529.2.º C.P.»

No hay que olvidar que, como señala Oliva García, «quedan excluidas del ámbito de la estafa procesal todas aquellas conductas constitutivas de estafa que guardan con el proceso una relación meramente tangencial (...). Tampoco merecen la calificación de estafa procesal aquellas conductas constitutivas de estafa cuyo momento consumativo es anterior a la relación procesal», en *La estafa procesal*, *op. cit.*, págs. 240 y 241.

²⁰ Según González Rus, «el engañado ha de ser necesariamente el juez con competencia para dictar la resolución de la que se deriva el perjuicio patrimonial, por lo que si las destinatarias del fraude fueran el Ministerio Fiscal o las otras partes en el pleito no cabría la agravación», *Curso de Derecho Penal español*, *op. cit.*, pág. 679.

ir dirigida a distintos órganos jurisdiccionales competentes para conocer de un asunto ya sea en la primera ya en segunda instancia, es decir, en cualquier fase del proceso²¹.

El juzgador es sujeto pasivo del engaño y el determinante con su resolución judicial del acto de disposición; no es perjudicado patrimonialmente, pero es la víctima de la lesión al interés jurídico consistente en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

En cuanto a la finalidad o móvil del fraude procesal, debemos señalar que es

En este sentido, el Tribunal Constitucional a la hora de apreciar la lesión del derecho a no padecer indefensión hace un interpretación en sentido amplio del concepto «órgano judicial» a fin de que le resulte imputable la violación. *Vid.* Serrano Hoyo, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, 1997, págs. 251 y ss.

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 la ley en garantía de derechos –arts. 117.4 C.E. y 2.2 L.O.P.J.–), no puede ser sujeto pasivo de un delito de estafa procesal, pues ello sería una interpretación extensiva del hecho típico (simulación de pleito –no de actos o expedientes aunque sean judiciales– o fraude procesal análogo), además de una confusión entre proceso y procedimiento. Ahora, no podría tipificarse ni siquiera como estafa administrativa al haber desaparecido. No obstante, no lo entiende así el Tribunal Supremo en un supuesto de declaración de herederos que, incluso tras la Ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (que remite su tramitación a los Notarios para los supuestos de descendientes, ascendientes o cónyuges del finado –art. 979 L.E.C.–), estaría atribuida a los Juzgados de Primera Instancia, pero podría dejar de estarlo en otro momento confiriéndose a otro funcionario. En efecto, la S.T.S. (2.ª) de 30 de septiembre de 1997, F.D. Undécimo (La Ley, número 4.416, de 13 de noviembre de 1997, marginal 10.251) establece: «El número 2 artículo 529 C.P. 1973 (hoy art. 250.1.2 del nuevo C.P.) recoge la modalidad agravada de estafa doctrinalmente conocida como estafa procesal, figura ya acogida jurisprudencialmente con anterioridad a su expresa tipificación legal (T.S., S. de 25 de octubre de 1978, entre otras), 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, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del juzgador y las garantías del procedimiento.

En el caso actual, el engaño se produce en un expediente de declaración de herederos a través del doble ardid de la ocultación de la existencia de una hermana de la promovente (situada en la misma posición hereditaria que la acusada) y de la presentación de falsos testigos. Mediante la afirmación en la solicitud de la inexistencia de otros parientes del mismo grado que pudiesen ostentar derechos hereditarios y la ocultación de su existencia en la prueba documental aportada (omitiendo la partida de nacimiento de la hermana de la promovente), se obtiene el doble efecto de crear una falsa apariencia e impedir que la persona interesada, y a quien se pretende perjudicar patrimonialmente, pueda ser llamada al procedimiento y desvirtúe, con sus alegaciones, las pretensiones de la acusada. Posteriormente, mediante la aportación de falsos testigos, que ratifican los hechos en que se fundamenta la solicitud, confirmando la inexistencia de otros parientes (bien porque los desconocían, en algún caso, al tratarse de testigos «de favor» fiados en las afirmaciones de la promovente, bien conociéndolos y actuando a conciencia de la falsedad de su testimonio), se refuerza el engaño y se consuma la finalidad perseguida: engañar al titular del organismo jurisdiccional y conducirlo a dictar una resolución que declare como única heredera de su tío a la promovente del fraudulento procedimiento. Procede, en consecuencia, estimar el recurso, dictando segunda sentencia que condene a la promovente de la fraudulenta declaración de herederos como autora de un delito de fraude procesal (art. 529.2 y 7 C.P. 1973 en relación con el artículo 528 del mismo texto legal), viniendo justificada la aplicación del número 7 artículo 529 por el elevado valor de las fincas integrantes de la herencia, tal y como se consigna en los hechos probados».

el enriquecimiento injusto²². El **ánimo de lucro** constituye un elemento subjetivo del tipo que impide la comisión imprudente²³. Por tanto, ha de estar presente el elemento intencional de defraudar²⁴.

²² Según Vives, T. S., el ánimo de lucro «ha de ser definido aquí en términos muy amplios como intención de obtener (para sí o para otro) un enriquecimiento patrimonial correlativo (aunque no necesariamente equivalente) al perjuicio típico ocasionado», en Cobo del Rosal, M. (y otros), *Derecho Penal, Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1990, pág. 919.

²³ «Es necesario el dolo directo. No basta del dolo eventual. 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», en Cerezo Mir, J., «La estafa procesal», *op. cit.*, pág. 270.

²⁴ Así, «el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal» (art. 14.3 C.P.); en este sentido se pronuncia la S.T.S. (2.ª) de 7 de junio de 1989 (R.J. 5049) estimando el error de prohibición: «es presumible que el procesado creyera que las demandas y escritos redactados por el Abogado eran ajustadas a las leyes y no suponían transgresión jurídica con relevancia penal. Si un técnico en Derecho, la Letrada, conocedora de todos los datos que el cliente la facilita, obró de la manera como lo hizo, no parece lógico descubrir en quien se limita a dar a conocer al experto su problema, un deseo de enriquecimiento injusto en base a un engaño bastante consistente en omitir determinados datos relevantes para producir el desplazamiento patrimonial que, además y en principio, como ya se ha puesto de relieve, estaba llamado al fracaso por una casi imposibilidad jurídica de que produjera los efectos deseados, si la intención hubiera sido la de estafar». Aquí podría plantearse si se da la autoría mediata de la Abogada, aunque no es fácil que cumpla los elementos del tipo, ya que el desplazamiento patrimonial no se operaría íntegramente en su favor y el ánimo de lucro se vería un poco difuminado por el hecho de que, en principio, ella sólo quiere ganar el pleito a fin de que se impongán las costas a la parte vencida y, en definitiva, cobrar sus honorarios. Esta conducta podría estar tipificada en el artículo 461.3 N.C.P.

La S.T.S. (2.ª) número 2238/1992 de 26 de octubre de 1992 (R.J. 19928523), que declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por la acusación particular contra sentencia de la Audiencia que absolvió del delito en falsedad y estafa por entender que los procesados no fueron redactores de los escritos (solicitudes de conciliación ante el I.M.A.C. y las demandas ante la Magistratura de Trabajo), sino el Letrado encargado de la defensa de sus intereses, imputándose a dicho Letrado la autoría de los escritos así como la consignación del domicilio de la empresa que allí se hizo constar y que se mantuvo a lo largo del procedimiento laboral hasta la obtención de la sentencia en rebeldía de la empresa demandada, aun cuando aparece la propia firma de los procesados, lo que además fue reconocido en el acto del juicio, y, por consiguiente, únicamente debe considerarse autores de estos escritos a los procesados y no a su Letrado. «La sentencia, en valoración conjunta de la globalidad de la prueba practicada, llega a la conclusión de que la redacción de referidos escritos, así como la indicación del domicilio de la empresa demandada, no fue obra de los inculcados, sino fruto de la iniciativa del Letrado que les dirigió, en cuyas manos pusieron aquéllos el asunto, con entrega de la documentación que obraba en su poder, tratándose de personas de nivel cultural bajo a las que no cabe atribuir intervención en la dinámica y estrategia de los actos y procedimientos procesales llevados a término. Nos hallamos ante una apreciación en conciencia de la prueba practicada, función encomendada al Tribunal por el artículo 741 de la L.E.Crim., que no resulta desmentida por los documentos invocados». En la fundamentación jurídica de la sentencia se razona la exculpación a que llega la Sala, en atención a que, entregada al Letrado la documentación de que disponían los acusados, los mismos se desentendieron sin que indicaran al Abogado el domicilio de la empresa que había de consignarse de entre los varios que figuraban en la documentación aportada, sin que ellos hubieran estado nunca en la sede social de la empresa, eligiendo el Letrado el domicilio de la C. Carretas, uno de los que la sociedad había utilizado con anterioridad. Los procesados, oficiales de la construcción con un nivel cultural bajo, no participaron en la redacción de la papeleta de conciliación ni en la demanda, ni indicaron el domicilio que había que consignar. La sentencia razonablemente concluye sentando la ausencia de voluntad defraudatoria alguna en los acusados, lo que impide que los hechos puedan configurarse como estafa procesal ni ser constitutivos de falsedad en documento oficial.

El **perjuicio** en la estafa procesal es la cuantía de la defraudación, es decir, el valor de la prestación (dar, hacer o no hacer) a cuyo cumplimiento se condena o de cuyo cumplimiento se exonera²⁵.

Los perjuicios que ocasiona el tener que acudir a un proceso, recurrir, esto es, los gastos procesales que integran las costas, o los derivados de que se embarguen bienes, etc. no son típicos, sino perjuicios civilmente indemnizables, es decir, nos encontramos ante una responsabilidad civil *ex delicto*, cuya declaración y condena podrá hacerse en el proceso penal (acción civil acumulada).

Se ha dicho que el **acto de disposición**²⁶ lo constituye la sentencia y, en un sentido amplio, así es, pero nos parece más correcto decir que la resolución judicial es determinante del acto de disposición, pero no el acto dispositivo en

²⁵ Así, la S.T.S. de 6 de febrero de 1990 (R.J. 1173) dice: «el procesado presentó en la Magistratura de Trabajo las certificaciones apócrifas de pago de cuotas sociales con lo que «pretendía el sobreesimiento de los expedientes en cuestión (procedimientos instados por la Tesorería General de la Seguridad Social para el cobro del descubierto de cotizaciones), cosa que no logró». En ese hecho está la clave para determinar si aparte de la falsedad hubo o no delito de estafa. Y, valorada en relación con el artículo 528, tenemos la utilización de un medio engañoso para producir error en otro (en este caso la Magistratura) para obtener de él un acto dispositivo de bienes en perjuicio de un tercero (el demandante) que de prosperar el engaño se habría visto privada del cobro de su crédito, en beneficio del defraudador, cuyo móvil lucrativo no ofrece dudas en esa secuencia comisiva. En suma, un artificio procesal para la estafa, *no deja de existir* sólo porque la maniobra se haga a través de protagonista distinto del perjudicable económico, *ni porque en vez de desplazamiento patrimonial del perjudicado los efectos se ejercieran obstaculizando que hiciera efectivo su crédito líquido y vencido en los bienes del deudor*. No obsta el que el engaño intentado no fuera directo, ni que la pretensión no fuera de disposición dineraria directa, *ya que la consecuencia patrimonial era la misma*. Hubiera habido perjuicio igual que si se indujera a error con documento falsario a entregar bienes en pago de deuda inexistente, pues deuda no hubiera habido si la Seguridad Social reclamara lo ya cobrado, ya que sería, caso de ser cierto, cobrar dos veces. Cualquier ventaja, beneficio o utilidad propuesta –Sentencias de 25 de marzo de 1981 (R. 1219), 27 de octubre de 1982 (R. 5695), 3 de diciembre de 1983 y 5 de junio de 1987 (R. 4571) entre otras–».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila número 46/1996 de 7 de junio de 1996 (A.R.P. 1996\1007) razona: «es el 'acto de disposición' como elemento normativo del injusto el que más claramente falta en el sustrato fáctico aportado: sujeto pasivo del engaño preciso en cualquier supuesto de estafa sólo puede ser una persona que se encuentre en situación jurídica tal que pueda llevar a cabo un acto de disposición patrimonial, o por decirlo de otra manera, que tenga la *facultad inmediata de conservar o disminuir dicho patrimonio*, pues el acto de disposición penalmente relevante es siempre un comportamiento del sujeto inducido a error que conlleva de manera directa la producción de un daño patrimonial, por ello no se acierta a ver que el auto en cuestión haya supuesto en sí y directamente, ni tampoco que se haya producido resultado material de lesión del patrimonio ajeno que de esto sea consecuencia (*recuérdese que el perjuicio ha de ser una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo, pues se trata de un delito de resultado material, cuya perfección exige la verdadera lesión del bien jurídico tutelado, y no solamente su puesta en peligro*). A mayor abundamiento la constatación del perjuicio patrimonial deviene esencial instrumento para marcar la *barrera entre el delito y el fraude civil*, por ello no basta para satisfacer el requisito del perjuicio un mero estado de riesgo para el patrimonio ajeno, y de lo dicho deriva que, como confirme la jurisprudencia (v. gr., Sentencia de 22 de marzo de 1984 [R.J. 1984\1852]) la falta de prueba de la existencia del perjuicio y su cuantificación niega la presencia del delito de estafa» (F.D. 3.º). La cursiva es nuestra.

²⁶ «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 atribuye a este término en el Derecho privado», en Cerezo Mir, J., «La estafa procesal», *op. cit.*, pág. 268.

si²⁷. La sentencia condenará (o desestimará la pretensión) a un dar, hacer o no hacer algo, y esta sentencia puede provocar en el condenado el cumplimiento voluntario; si no es así, podrá pedir el beneficiario o dueño del título de ejecución que se ejecute, que se cumpla lo resuelto coactivamente. Tanto el cumplimiento como la ejecución determinan un acto de disposición que conlleva un trasvase del patrimonio del sujeto pasivo de la estafa al del autor del delito.

Consideramos igualmente, quizá con la minoría de la doctrina penal, que hasta que la sentencia no es firme y ejecutable no se entiende realizado el acto de disposición, pues hasta entonces la parte vencida podrá recurrir y, aunque el juez haya sido inducido a error, faltará el perjuicio patrimonial, con lo que la estafa procesal no se habrá consumado.

II. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

La forma más frecuente de aparición de la estafa procesal es la **tentativa**, que puede mostrar diversos grados de ejecución (no puede olvidarse que engloba la antigua frustración del derogado art. 3), ya que la utilización del proceso como medio de engaño puede consistir en la mera incoación del mismo si con ello puede decirse que se ha realizado un acto que dé principio a la ejecución y en cuanto tal sea punible²⁸. Por supuesto, habrá delito de estafa procesal intentado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, *no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente*²⁹.

El acto de disposición es frecuente, por tanto, que no llegue a realizarse, ya que el sujeto perjudicado por la sentencia condenatoria como sabe que se está

²⁷ Según González Rus, el juez «mediante una decisión suya determina el acto de disposición patrimonial», en *Curso de Derecho Penal español, op. cit.*, pág. 678.

²⁸ Así, «por la (S.T.S.) de 13 de abril de 1951 se confirmó la sentencia condenatoria por delito de estafa en grado de tentativa en atención a que el procesado, propietario de una casa en Madrid, no envió a su inquilino los recibos acreditativos del pago de la renta de dos mensualidades que el inquilino le había enviado por giro postal desde Ceuta, donde se encontraba residiendo, para poder así promover el juicio de desahucio y cobrar nuevamente dichas mensualidades. ... creemos que el artificio fraudulento que se prepara con la conducta omisiva consistente en no enviar al arrendatario los recibos de referencia, donde adquiere el rango de acto de ejecución, es en el hecho del proceder activo constituido por el ejercicio de la acción civil», en Ferrer Sama, A., «Estafa procesal», en *A.D.P.*, tomo XIX, 1966, pág. 10.

²⁹ La S.T.S. (2.ª) de 7 de junio de 1989 (R.J. 5049) nos lo dice así: «En este caso se trata de un procedimiento en el que la parte demandada ha estado ausente por error en el señalamiento del domicilio y en la que se faltó a la verdad en la narración de los hechos que por ello mismo produjo una determinada resolución que no pudo ser hecha efectiva porque, pedida la ejecución por el autor y ahora recurrido, se practicó diligencia de embargo tras la cual el demandado presentó la correspondiente querrela y paralizó su efectividad (...). Esta modalidad de engaños (se utiliza la expresión ahora en un sentido objetivo), es difícil que pueda producir efectos y están, en general, condenados al fracaso, porque cuando la sentencia obtenida de esta manera fraudulenta intenta hacerse efectiva, se obtiene una paralización a través de un proceso de revisión o, como en este caso, con la presentación de una querrela criminal o denuncia, y a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todavía cabe utilizar el mecanismo de la nulidad al amparo del artículo 238 cuando el acto judicial haya sido dictado con infracción de los principios de audiencia, asistencia

cometiendo una estafa y que se ha inducido a error al órgano jurisdiccional tratará por todos los medios a su alcance de demostrar el engaño y conseguir que la sentencia no devenga firme, y, consiguientemente, se lleve a cabo por decisión del juez el acto de disposición. Normalmente, hará valer la nulidad de actuaciones cuando haya sido condenado *inaudita parte*, causándosele indefensión, a través de los recursos y medios que prevean las leyes procesales (recursos ordinarios, el recurso de audiencia al rebelde, el proceso de revisión e, incluso, el recurso de amparo constitucional)³⁰. Además, el recurso de revisión puede ser el cauce para rescindir sentencias ganadas injustamente por otros motivos diferentes a las maquinaciones fraudulentas causantes de indefensión³¹. No obstante, «la existencia de una reacción extrapenal no hace incompatible la aplicación de una pena,

y defensa, siempre que efectivamente hayan producido indefensión, si la situación en concreto es subsumible en este precepto de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial».

«En análogo sentido fue estimada la estafa en grado de frustración en el proceder del procesado que conociendo la extinción de la deuda por pago total de la misma puso en ejercicio la acción ejecutiva para reclamar en esa vía el principal, intereses y costas, obteniendo a su favor sentencia de remate y consiguiendo el embargo de bienes de la supuesta deudora: pero la ficción de crédito en que consistió la maquinación engañosa utilizada no llegó a producir los deseados efectos, toda vez que, aunque el delincuente agotó cuantos actos de ejecución deberían dar por resultado el delito querido, sin embargo no lo produjeron, por causas tan independientes de la voluntad del agente, como la favorable acogida en las dos instancias de la demanda de nulidad del juicio ejecutivo, que frustró los ilícitos propósitos del procesado e impidió que éste consumara la defraudación del ajeno patrimonio con sus asechanzas (S. de 9 de julio de 1951)», en Ferrer Sama, A., «Estafa procesal», *loc. cit.*, pág. 10.

³⁰ Vid. Serrano Hoyo, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, *op. cit.*, pág. 351 al final y, en especial, págs. 418-420.

³¹ La S.T.S. (1.ª) de 23 de marzo de 1995, número 301/1995 (R.J. 1995\206) señala que el concepto «maquinaciones fraudulentas» comprende todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando el éxito de la demanda. Han de resultar de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, pero no de los alegados y discutidos en él. Resuelve un recurso de revisión contra sentencia dictada por Juzgado de Primera Instancia en autos seguidos en juicio declarativo ordinario sobre elevación a público de documento privado de compraventa. El T.S. declara no haber lugar al recurso por no cumplir el requisito del plazo prevenido en el artículo 1798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (tres meses) que es de caducidad. En el F.J. 3.º se afirma: «En el supuesto que la falsedad o estafa procesal de que se habla en el recurso no tuviera por objeto ningún documento, tal y como parece deducirse de la cita de los artículos 528 y 529.2.º del Código Penal, y estuviera basada, por tanto, en las alegaciones de la contraparte, entonces no se estaría en presencia de una imprecisión en torno al plazo sino, por el contrario, en un plazo transcurrido con creces en cuanto que el cómputo inicial tendría que situarse, a lo sumo, en la fecha de notificación de la Sentencia de ... es obvio que habría transcurrido el plazo de tres meses señalado en el artículo 1798 del texto procesal». Añade en los FF.JJ. 4.º, 6.º y 7.º que una presunta maquinación que radicó en el resultado de las alegaciones de la contraparte no puede encajar dentro del concepto de la maquinación fraudulenta que contempla el apartado 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo que el recurso pretende basar la revisión no en causas «ajenas» al pleito tramitado, sino ya debatidas, lo que, implica, desde luego, el intento de convertirle en una nueva instancia para examinar de nuevo las cuestiones debatidas y resueltas, las que, en su caso, pudieran haber tenido cabida en la apelación declarada desierta por causa imputable a la parte apelante, pero sin cabida posible en el recurso de revisión. No existió en los autos ninguna maniobra o maquinación fraudulenta en cuya virtud se hubiera ganado injustamente la sentencia en ellos recaída, lo que origina la inviabilidad del recurso de revisión.

Acerca de la acción revocatoria como cauce para la protección de los terceros, *vid.* Cedeño Hernán, M., *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Granada, 1997, capítulo quinto, págs. 107 y ss.

porque la primera tiende a hacer desaparecer una situación jurídica injusta y la segunda mira sólo al disvalor antijurídico de la conducta del culpable»³².

Tampoco puede olvidarse el carácter preferente de la jurisdicción penal; así, cuando el medio para cometer el engaño sea constitutivo de otro delito o incluso cuando pueda demostrarse que hay tentativa de estafa procesal, el posible perjudicado por el acto de disposición que conllevaría una sentencia de condena ejecutable podría formular una denuncia o interponer una querrela que, si dieran lugar a la incoación de un proceso penal, suspenderían el juicio en el que se intenta inducir a error al juez³³.

En cuanto a la **consumación**, es obvio que la estafa procesal se consuma cuando se han cumplido todos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo. En este sentido, el elemento cuya realización resulta más discutida por la doctrina es el acto de disposición, que hay que entender como toda acción u omisión que comporta un desplazamiento patrimonial³⁴.

Se plantea cuándo puede entenderse producido el daño patrimonial y el correlativo enriquecimiento injusto. En nuestra opinión, hasta que la sentencia no sea firme no se puede decir que determine el acto de disposición. Estamos de acuerdo en que el actor habrá realizado todos los actos de ejecución que están a su alcance cuando se dicte la sentencia de primera instancia, pero un elemento del tipo (el acto de disposición en perjuicio de tercero) no se habrá llevado a efecto porque no depende de su voluntad. Luego, hasta que la sentencia de condena no sea ejecutable, no pueda dársele cumplimiento coactivamente, y se haya operado el desplazamiento patrimonial no se habrá consumado el delito de estafa procesal.

Cuando una sentencia deviene firme (bien porque es consentida, bien porque ya no es susceptible de recurso) y cumple el condenado (aunque no sea nada más que para evitar los gastos de la ejecución) o entra en juego la actividad ejecutiva, realizándose así el acto de disposición, podrá decirse que se ha consumado la

³² Oliva García, H., *La estafa procesal*, *op. cit.*, pág. 351.

³³ El artículo 114 L.E.Crim. consagra la prejudicialidad penal devolutiva al establecer: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndolo, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». *Vid.* Senés Mottilla, C., *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Madrid, 1996, pág. 106 y ss.

En cualquier caso, no concurre prejudicialidad penal alguna, si los acaecimientos con eficacia bastante para engañar al juez encuentran acomodo en una causa de revisión, como puede ser la maquinación fraudulenta del número 4 del artículo 1796, que no se refiera a una concreta conducta tipificada en el Código penal u otra ley punitiva. En este caso, «será suficiente para la procedencia de la acción impugnativa la prueba cumplida en el propio proceso de revisión de los hechos en los que se concreta la actuación fraudulenta, sin que sea necesaria una sentencia penal que califique a los mismos como constitutivos de un delito de estafa procesal o de alzamiento de bienes», en Cedeño Hernán, M., *op. cit.*; pág. 233.

³⁴ El A.T.S. (2.ª) de 6 de febrero de 1991 establece: «Esta Sala —cfr. S. 23 de febrero de 1990 (R. 1613), por todas— tiene señalado que la estafa se consuma con el desplazamiento patrimonial».

estafa procesal. Pero también puede entenderse consumado el delito antes del cumplimiento o la ejecución; en efecto, puede considerarse que la sentencia firme declara la existencia de un crédito líquido o liquidable, vencido y exigible, o de una obligación de hacer o no hacer, además de condenar al pago, con lo que desde ese momento en el patrimonio del perjudicado ha crecido el pasivo, ha disminuido su activo. Según la doctrina, «existe una disminución patrimonial, no sólo cuando desaparece un bien del patrimonio, sino incluso cuando se asume una obligación», sin embargo la jurisprudencia entiende lo contrario³⁵.

Incluso que la sentencia fuera firme y lo resuelto no se hubiera cumplido ni voluntaria ni coactivamente, podría iniciarse un proceso de revisión tendente a la rescisión de tal resolución judicial, con lo que la deuda en el patrimonio del perjudicado y el correlativo crédito reconocido judicialmente al estafador quedan sin eficacia, determinando que el acto de disposición no ocasione el perjuicio patrimonial del tipo de estafa y que el delito de estafa procesal aparezca en grado de frustración. Si la sentencia se cumplió determinando el trasvase patrimonial y posteriormente se rescinde, la estafa procesal se habrá consumado, pues la resolución dictada en el proceso de revisión pondrá fin a una situación jurídica injusta que ha existido y, por tanto, se habrán realizado todos los elementos del tipo.

En definitiva, del entendimiento de cuándo se produzca el desplazamiento patrimonial, del adelantamiento o no del momento consumativo al momento en que haya dictado sentencia firme, dependerá el que las estafas procesales se consumen o surjan modalidades imperfectas de ejecución.

No podemos olvidar que en la estafa procesal aunque el bien jurídico protegido es el patrimonio, también existe el interés jurídico en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia que sirve de fundamento a la agravación de la penalidad. El bien jurídico tutelado no se lesiona si se da en grado de tentativa (acabada o inacabada); en cambio, el interés jurídico en el correcto funcionamiento del aparato judicial no se ve protegido penalmente. Por ello, quizá fuese conveniente que la simulación de pleito sin consecuencias patrimoniales lesivas y siempre que no cumpla otras conductas típicas, se tipificase dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, sin olvidar que la estafa procesal es una modalidad agravada de la estafa genérica, que encuentra su fundamento en el interés del Estado en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia³⁶.

³⁵ Oliva García, H., *La estafa procesal*, op. cit., pág. 382.

Para la S.T.S. de 6 de febrero de 1990: «Concurren pues todos los elementos esenciales para la aplicación del artículo 528. Pero al afirmarse como probado que *con el artificio no se logró el propósito* (pues la falsedad fue detectada a tiempo) *el delito no se ha consumado*; el autor realizó todos los actos de su parte para obtener *el resultado* de enervar la acción ejecutiva y sin embargo, *no se produjo por causas independientes de la voluntad del agente, luego el delito de estafa se da en grado de frustración* (artículo 3 del Código) con las consecuencias punitivas que fija el artículo 51».

³⁶ El autor de un delito de estafa procesal, de acuerdo con el artículo 250.1 circunstancia 2.ª, será castigado con la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. En el C.P. derogado la pena era de prisión menor; por tanto, el rigor punitivo ha aumentado.

Desde el punto de vista procesal tiene interés el *locus commissi delicti* como fuero determinante de la competencia territorial para la instrucción (art. 14 L.E.C.R.I.M.) y, ciertamente, la estafa procesal también aquí puede presentar peculiaridades. En primer lugar, puede que el órgano judicial engañado sea el que conoce en primera instancia o en segunda, por tanto la conducta engañosa puede haberse desarrollado en distintas instancias y sedes judiciales; del mismo modo la sentencia firme puede ser la de una u otra instancia. Esto no afecta al desplazamiento patrimonial que es el determinante del momento y del lugar de consumación y que, a su vez, vendrá dado por el acto de disposición determinado por la sentencia firme, luego la estafa procesal se habrá consumado en el lugar en que se produzca la atribución de bienes o derechos, con lo que normalmente será el lugar de la ejecución que corresponde al juez de primera instancia.

Sin embargo, si el delito no llega a consumarse, sino que sólo aparece como intentado, el lugar de comisión del delito será aquel en que se consigue el engaño del órgano judicial, en definitiva, aquél en que se atenta contra el interés jurídico consistente en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

También hay que poner de relieve que el delito de estafa procesal es frecuente que aparezca en **concurso** con otros delitos y pueden surgir algunas dudas. Así, «con los delitos contra la Administración de Justicia se planteará un concurso de normas en el que es ley especial esta modalidad de estafa, que tiene señalada, además, mayor pena. Con las falsedades en documento público, oficial o mercantil del art. 392, se planteará un concurso ideal de delitos, dado que son dos los bienes jurídicos afectados³⁷. Con la presentación en juicio de un documento falsificado de este tipo (art. 393)³⁸ se planteará un concurso de normas –puesto que en estos

³⁷ «Dado que no hubo simulación de pleito y que el artificio usado ya se ha calificado de falsedad, no puede por el principio *non bis in idem* aplicarse el número 2.º del artículo 529 como pretende el recurrente. Utilizada la falsedad como medio se da un concurso ideal del artículo 71 –tratándose de documento oficial no se da la subsunción, Sentencia de 17 de noviembre de 1986 (R. 6968)–, del que debe tomarse en cuenta el último párrafo por ser más favorable la punición por separado. Tomando en cuenta la pena del artículo 528 en relación con el número 7.º del 529.

Asimismo dichos hechos son constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en el artículo 528 del Código Penal, por cuanto los documentos antes citados se utilizaron como artificio para engañar al Tribunal encargado de resolver los procedimientos de apremio instados por la Tesorería General de la Seguridad Social a fin de conseguir su sobreseimiento con ánimo de lucro para evitarse el pago de la deuda, en perjuicio patrimonial de dicha entidad. No habiendo logrado tal propósito por causas independientes del autor, dicho delito quedó en grado de frustración siendo aplicable el artículo 3 y, a efectos de punición, los 51, 74 y 63 (que hace inoperante el número 7.º del artículo 529, en su caso). *No concurre el subtipo del artículo 529 número 2.º, ya que el fraude procesal se subsume en el delito de falsedad. Y en favor del procesado han de penarse ambos delitos por separado pese a su concurso ideal (artículo 71 párrafo último)*», según establece la S.T.S. de 6 de febrero de 1990 (R.J. 1173).

³⁸ «No surge ningún problema al respecto con el (antiguo) artículo 298 C.P., que sanciona al que, a sabiendas, presenta en juicio algún título nominativo o al portador falso, porque el tipo no requiere ninguna cualidad anímica especial, por lo que basta la simple presentación en juicio de tales títulos de crédito falsificados para que el delito se consuma. Si con ello se ha causado algún perjuicio o se ha obtenido un lucro, son factores que habrán de ser valorados bajo la pauta de las normas propias de la estafa», en Oliva García, H., *La estafa procesal*, *op. cit.*, págs. 336-337.

casos concurre siempre el ánimo de perjudicar-, que deberá resolverse en favor del delito que sancione el hecho con mayor pena. Lo mismo ocurre, y por la misma razón, con la falsificación de documento privado o el uso de los mismos³⁹ (arts. 395 y 396)»⁴⁰.

«El (antiguo) artículo 304 (uso de documento público falso) sanciona dos conductas distintas; de un lado, la presentación en juicio, por persona distinta del falsificador, de un documento falso, y de otro, el uso del documento con ánimo de lucro. Estas dos acciones diversas están separadas por el signo gramatical apropiado, una coma, por lo que al estar las oraciones perfectamente separadas el ánimo de lucro sólo se refiere al uso del documento y no a su presentación en juicio. Y si no se exige el ánimo de lucro para la presentación en juicio de documento falso, la sanción del fraude procesal no puede impedir el castigo de la estafa procesal, cuando esa prueba haya sido causa de que el juez dicte una resolución perjudicial para una parte y beneficiosa para la que actuó dolosamente.

En cambio, en el uso de documento privado falso, artículo 307, aparte del perjuicio de tercero, que no interesa a efectos de concurso, el sentido gramatical del precepto parece ser distinto, porque el signo ortográfico (coma) está situado detrás de la segunda conducta (hacer uso), lo que nos puede inducir a pensar que el ánimo de lucro se refiere tanto a la presentación en juicio como al hacer uso del documento falso», en Oliva García, H., *La estafa procesal*, *op. cit.*, págs. 337-338.

³⁹ Según los principios que rigen el concurso aparente de leyes o normas «son de aplicación incompatible el delito de falsedad en documento privado y el de estafa (podemos añadir procesal), debiéndose así optar por dar preferencia a uno de ellos, ya que no pueden ser sancionados al mismo tiempo, como resaltan las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1988, de 20 de septiembre de 1989 y 14 de diciembre del mismo año.

Así, la incompatibilidad de ambos tipos que, establecen las sentencias aludidas, debe ser resuelto por el artículo 68 del Código penal, posición jurisprudencial que no compartimos, pues el tipo descrito en el artículo 306 supone un perjuicio para tercera persona utilizándose al efecto la falsedad en un documento privado, es decir, se comete una estafa mediante una falsedad, por tanto el artículo 306 es un tipo especial respecto al general del artículo 528, resultando de aplicación preferente aquél al contener más elementos que éste, lo que nos lleva consecuentemente al rechazo del aludido artículo 68», en Muñoz Cuesta, J., *Estafa a pluralidad de personas y falsedad documental* (Comentario a la S.T.S. (Sala 2.ª) de 10 de mayo de 1990), La Ley, número 2.691, de 28 de febrero de 1991.

⁴⁰ González Rus, en *Curso de Derecho Penal español*, *op. cit.*, pág. 679. Vid., igualmente, los que menciona Ceres Montes, J. F., en «El delito de estafa procesal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 322, de 18 de diciembre de 1997, pág. 4.