

RECENSIÓN DEL LIBRO DE LAURA MAYER LUX, *Die konkludente Täuschung beim Betrug*^{*}

José Luis Guzmán Dalbora

*Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral.
Universidad de Valparaíso (Chile)*

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Recensión del libro de Laura Mayer Lux, *Die konkludente Täuschung beim Betrug*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-r3, pp. 1-5.

Disponible en Internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-r3.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 17-r3 (2015), 13 jun]

RESUMEN: Recensión del libro de Laura Mayer sobre *El engaño concluyente en la estafa*.

PALABRAS CLAVE: Engaño, hechos concluyen-

tes, estafa, acción típica, omisión, filosofía del lenguaje, derecho penal, parte especial.

ABSTRACT: Recension of the book by Laura Mayer on *Conclusive deception as an element of fraud*.

KEYWORDS: Deception, conclusive facts, fraud, acts, omissions, philosophy of language, criminal law, special part.

Fecha de publicación: 13 junio 2015

La presente obra corresponde a la tesis que presentó la autora para obtener el grado de doctora en Derecho por la Universidad de Bonn, bajo la dirección del profesor Urs Kindhäuser.

De extensión algo mayor a lo usual en las tesis doctorales alemanas y menor que las muy voluminosas que se exige en España y algunos países hispanoamericanos, el libro aborda un argumento clásico, pero todavía no despejado convenientemente, de los varios que plantea la acción típica en el delito de estafa. Y decimos acción, porque la hipótesis central del libro indica que el engaño concluyente se comete mediante acciones y no es una modalidad omisiva de conducta. Pero vayamos despacio.

^{*} Verlag V & R unipress (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 11), Göttingen, 2013. 288 págs. ISBN: 978-3-8470-0115-7.

Aquí se asume como punto de partida que la estafa constituye un delito de comunicación o expresión (págs. 16 y 23). Sin embargo, piensa la autora que de este generalizado reconocimiento no se ha extraído todavía las condignas consecuencias en materia de *facta concludentia*. Por eso, la monografía se propone el doble objetivo de brindar una base teórica al carácter expresivo del delito y, por otra parte, determinar los criterios que permiten reconocer el engaño concluyente al interior de la interacción comunicativa entre manifestante y engañado.

La base teórica descansa en la filosofía del lenguaje y su análisis de los actos del habla, a cuyo repaso y aplicación en la estafa se dedica el primer capítulo, uno de los más largos de la obra. Tras sintetizar las concepciones de Austin, la penalista chilena sostiene que si el engaño activo presupone un acto locucionario, éste falta por principio en el engaño por omisión, precisamente porque el agente se abstiene de comunicar una información que debió transmitir al sujeto ya incurso en el error. Además, el engaño activo, género al que pertenece la acción concluyente, entraña un acto ilocucionario; la afirmación falsa implica una acción, cumple en sí misma un papel comunicativo. En fin, el engaño activo produce unos efectos —el error y el acto de disposición patrimonial— que lo incardinan en los actos perlocucionarios. La elaboración precedente recibe el respaldo de otra, inspirada en Searle, con arreglo a la cual el engaño, como afirmación de una información no verdadera, pertenecería al grupo de los actos asertivos. Por cierto, el libro matiza tales apreciaciones con la añadidura de que este acto asertivo, locucionario, ilocucionario y perlocucionario a la vez, tiene que referirse a hechos relevantes para el tipo de la estafa, porque sólo así podría haber una pretensión de verdad cuya defraudación legitimaría la vigencia práctica de la figura (pág. 34). Es un anticipo del desarrollo jurídico-penal del problema, que aguarda al lector en el capítulo tercero.

Fiel a la tradición alemana en estas lides —que no es compartida en algunos países “latinos”—, la autora excluye que quepa engañar mediante la formulación de juicios de valor, ya que éstos no podrían ser verdaderos o falsos, sino sólo correctos o equivocados; aunque, prudentemente, advierte que existen situaciones en que un juicio puede significar semánticamente la afirmación de un hecho (pág. 48) y, yendo más allá, que ciertos juicios deben ser tratados como afirmaciones si el manifestante dispone de una competencia especial, como médico o abogado, por ejemplo, y el destinatario de la manifestación no está en condiciones de calibrar su fundamento objetivo (pág. 51). Estos párrafos son también leales a la doctrina germana en la definición de los hechos como sucesos presentes o pasados del mundo externo o interno, con la consiguiente separación de lo que no acontece aún, reserva hecha de la promesa, que puede hallar un punto de contacto con el acto del habla engañoso cuando quiera que el autor alberga de antemano la intención de no cumplir con la palabra dada y, por tanto, induce a error con respecto a un hecho

psíquico concomitante (pág. 60). El capítulo termina con la reafirmación de que el engaño concluyente se diferencia del explícito, no por el papel de la declaración, que es idéntico en ambos, sino por el modo y la manera en que ella se cumple en uno y otro (pág. 72). Para ilustrarlo, se examina dos medios idiomáticos, unos de carácter semántico, que vienen a ser actos locucionarios comprensibles al margen de las circunstancias de su ocurrencia, y otros de tipo contextual, que corresponden a actos ilocucionarios cuyo significado depende de la situación en que se producen. Con todo, ninguno de estos medios es índice infalible para descubrir la existencia de una afirmación falsa en el sentido de la estafa, dada la dificultad, ingénita al lenguaje, de distinguir las diferentes clases de comunicación y porque una misma expresión puede ejecutar distintos actos ilocucionarios (pág. 85). Llegados a este punto, pues, pareciera que el análisis del lenguaje deja de brindar ayuda y han de “tomar la palabra” el lenguaje y los conceptos jurídicos.

El capítulo segundo se divide en dos secciones, una reservada a la declaración causal y otra a la declaración intencional en la estafa, la primera regida por la idea de la causalidad, la segunda por la finalidad. Sin embargo, lo en verdad novedoso e interesante del libro aparece en el capítulo tercero, el más largo de la obra, que aborda la definición del engaño concluyente según la modalidad comunicativa en que se realiza la acción y los requisitos que ésta debiera reunir para cobrar importancia en la estafa.

Como se sabe, el concepto de hechos concluyentes ha sido elaborado de antiguo por la Dogmática civil a propósito de la formación de la voluntad en los negocios jurídicos. Haciendo gala de un admirable manejo de la bibliografía civilista sobre el particular, la autora descarta razonadamente que la perspectiva del Derecho privado permita resolver el delicado problema de la relevancia jurídico-penal del engaño, ni siquiera en la versión del engaño malicioso en cuanto vicio del consentimiento (págs. 119-137). La Dogmática civil puede aportar un entendimiento correcto de la declaración concluyente cuando enseña que no coincide con las declaraciones tácitas —como las realizadas mediante gestos corporales— ni con el silencio de la contraparte —a lo sumo compatible con la omisión delictuosa—, sino que consiste en una expresión *indirecta* de la voluntad cuyo valor declarativo es necesario inferir de las concepciones, experiencias y costumbres del tráfico jurídico. Pero dado que semejantes prácticas no proporcionan un criterio seguro y definido para determinar el hecho de la estafa, es menester buscarlo en el terreno jurídico-penal (págs. 136, 139 y 159).

La mayoría de los criterios conocidos al respecto no parecen satisfactorios a la autora. La teoría del engaño concluyente como una conducta con valor declarativo, que comunica algo con la acción, sirve tan sólo para destacar que es un engaño activo, no otro por omisión. La doctrina mayoritaria en Alemania, que defiende la dependencia del problema de las concepciones del tráfico, en vez de resolverlo,

crea otro aún más difícil, cuáles serían concretamente tales concepciones, las que al cabo se reducen a las opiniones de ciertos grupos sociales. La comprensión para la que lo concluyente del engaño es el resultado de una operación interpretativa, pasa por alto que también las conductas explícitas, tácitas y omisivas demandan una interpretación. El parecer singular de Tiedemann, en orden a que la conducta concluyente está definida por reglas, convenciones o costumbres del tráfico, reproduce el mismo vacío de contenidos que el libro reprocha a la doctrina dominante. Tampoco el fundamento de los negocios jurídicos, en cuanto expresión del principio de buena fe contractual, lleva más allá de la consideración de los riesgos que asumen las partes, riesgos que complican ulteriormente el enjuiciamiento del problema propuesto (págs. 138-171). En cambio, se aproximan a la solución las dos teorías de Kindhäuser acerca del engaño concluyente como una contradicción lógica, empírica o normativa entre la voluntad declarada y real, y como un corolario requerido por la comunicación eficiente en el tráfico jurídico. Sin embargo, su discípula hispanoamericana piensa que la contradicción yace en el plano semántico, no en la lógica, los hechos o las normas involucradas, y que los ejemplos aducidos como muestras de la eficiencia del tráfico —ademanos, gestos, etc.—, revelan antes acciones expresas que otras concluyentes (págs. 171-185).

La propuesta personal de Mayer Lux retoma el arranque filosófico de la investigación en la teoría de los actos del habla, pero contrastándolo con fragmentos de la doctrina general del acto delictuoso. El engaño concluyente es una manifestación activa de la voluntad, sí; pero, a diferencia de las declaraciones explícitas, transmite indirectamente hechos cuya comprensión demanda que el destinatario induzca la conclusión semántica implícita en el acto comunicativo, o lo que viene a ser lo mismo, el significado invariable del acto en su función locucionaria. Este significado no descansa en la buena fe o los usos del tráfico, sino en elementos de la comunicación jurídica, los que están cada vez más estandarizados en el mundo de hoy. En este sentido, el engaño concluyente se diferencia del expreso nada más que por la forma mediata en que es comunicada la voluntad aparente del declarante, no por la manifestación, que pudiera ser explícita —explícito no es sinónimo de directo—, siquiera ambos compartan el ser actuaciones positivas incompatibles con la imagen de la omisión, con que tantas veces se ha confundido el hecho concluyente (págs. 186-202).

El capítulo cuarto prosigue la distinción del engaño concluyente frente a la estafa omisiva, entendida como la omisión de la afirmación de un hecho por un sujeto jurídicamente obligado, deber de aclaración en absoluto indispensable para su pariente activo. Interesa comentar que este es el único pasaje en que el respaldo científico del libro incorpora la teoría de las normas con su nota distinción de mandatos y prohibiciones (págs. 218-219). En fin, el capítulo quinto aplica la idea de la acción concluyente como manifestación activa que involucra la afirmación no

verídica de hechos típicamente relevantes, a una serie de grupos fácticos de dudosa calificación. Así, la realización de contratos sinalagmáticos envuelve la afirmación de la voluntad y capacidad de cumplimiento de las partes; la facultad de disposición patrimonial es una implicación semántica de la tradición de las cosas; quien participa en un juego de azar da a entender que asume la suerte como factor decisivo; el deportista comunica implícitamente que dará lo mejor de sí en la competencia (en lo que la autora tiene en mente el empleo de estimulantes y otras formas de corrupción que envenenan la práctica de algunos deportes en Europa, eco de lo cual son las figuras delictuosas específicas que han aparecido en el último tiempo^{*}), etc. Por el contrario, no representan acciones concluyentes de engaño la afirmación de la conveniencia o el carácter usual del precio de las cosas, su calidad—salvo que esté especificada explícitamente o garantizada por la ley—, la manipulación de las etiquetas de los precios, el ocultamiento de cosas en los autoservicios, y otros.

Se podrá estar de acuerdo o no con la tesis de la autora, cuya caracterización de las acciones concluyentes parece por momentos demasiado sutil, incluso incierta en la separación de las declaraciones concluyentes y expresas. Sin embargo, son indudables la coherencia con que desenvuelve el hilo conductor del libro y la autonomía de criterio que trasuntan sus páginas. Digno de loor es asimismo el sano apego a la realidad de esta joven estudiosa. El estudio del engaño concluyente es desarrollado aquí como un ejercicio sobre el acto delictuoso, argumento antepuesto a la tipicidad de la conducta. La doctrina de los actos del habla, maguer su sede filosófica, se presta dócilmente para adentrarse en las formas reales de manifestación del engaño en la estafa, pero también de las amenazas, injurias, el falso testimonio y los demás delitos de expresión. Tiende puentes entre Dogmática penal y Criminología justamente en el elemento del delito donde estas disciplinas confluyen, el acto, y es un antídoto contra la normativización a ultranza que patrocina un influyente sector del penalismo actual. Laura Mayer consigue mantenerlo a raya a lo largo de una investigación minuciosa, documentada y consciente de la importancia de los conceptos prejurídicos para la elaboración científica de la Parte especial.

La edición es muy cuidada, con encuadernación de tapa dura, lomo curvo, diseño agradable y lucidos colores, todo lo cual facilita la lectura e invita al estudioso a adornar con el libro su biblioteca privada.

^{*} Y la correspondiente inquietud doctrinal. Para un panorama de las opciones penales y extrapenales sobre el tema, nos permitimos recomendar el doctísimo libro de Sergio Bonini, *Doping e Diritto penale*, Cedam, Padova, 2006.