

# LA ESTAFA DE SEGURO (Criminología, Dogmática y Política Criminal) (\*)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

1. La existencia en las sociedades modernas de riesgos de todo tipo, generados por el desarrollo industrial y tecnológico, la distribución funcional y la complejidad de los sistemas sociales constituye una realidad innegable. Aceptado lo anterior, es asimismo obvio que adquieran una importancia trascendental el fenómeno del seguro y, por ende, las entidades encargadas de su gestión: las *Compañías de seguros*. Estas, en efecto, se caracterizan por proceder a una distribución de las cargas derivadas de la necesidad de cubrir los efectos de un concreto riesgo individual entre una pluralidad de sujetos. Precisamente los afectados por la misma posibilidad de que dicho riesgo se transforme en resultado lesivo (1). El supuesto paradigmático es el del *seguro público* (social) que opera esta distribución entre todos los ciudadanos que cotizan. Pero lo mismo cabe señalar a propósito de las *compañías privadas de seguros*, que lo hacen en el círculo, ciertamente más reducido, pero con una creciente importancia cuantitativa, de los tomadores de un seguro concreto.

2. La importancia económica de las relaciones surgidas en este ámbito ha generado una criminalidad específica del sector, cuyo núcleo viene representado, sin duda, por la denominada «estafa de seguro». Esta es aquella modalidad de estafa cometida por el ase-

(\*) Abreviaturas utilizadas: A: *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*; ADPCP: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*; BGH: *Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo federal alemán)*; BT: *Besonderer Teil*; CP: *Código Penal*; DR: *Deutsches Recht*; JA: *Juristische Arbeitsblätter*; JR: *Juristische Rundschau*; Jura: *Juristische Ausbildung*; JuS: *Juristische Schulung*; JW: *Juristische Wochenschrift*; LK: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*; NEJ: *Nueva enciclopedia jurídica*; NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*; ÖSTGB: *Österreichischer Strafgesetzbuch (Código penal austriaco)*; OLG: *Oberlandesgericht (Tribunal Supremo de un Land)*; PE: *Parte especial*; PG: *Parte general*; RG: *Reichsgericht (Tribunal Supremo Imperial alemán)*; SJZ: *Süddeutsche Juristenzeitung*; SK: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*; StGB: *Strafgesetzbuch (Código penal alemán)*; STS: *Sentencia del Tribunal Supremo español*; VR: *Versicherungsrecht*; VW: *Versicherungswirtschaft*.

(1) Cfr. SCHAD: *Betrügereien gegen Versicherungen*, tesis, Kiel-München, 1965, p. 108.

gurado con el fin de obtener, mediante el engaño, una prestación del asegurador (2). Concurren, pues, en principio, los elementos de engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio que, junto con el ánimo de lucro, caracterizan a toda estafa (3). Pero, a la vez, significativas peculiaridades. Así, por ejemplo, la naturaleza de los sujetos activos, la elevada «cifra oscura» de la criminalidad o la práctica ausencia de estigmatización social de estas conductas. Todo ello, unido a la existencia de una regulación legal deficiente, por fragmentaria e irregular, justifica probablemente la realización de un estudio sobre estos supuestos que los abarque en su dimensión criminológica, jurídico-dogmática y político-criminal.

3. Desde la perspectiva criminológica son dos, sin duda, los aspectos que revisten mayor significado en el ámbito de la estafa de seguro. Por un lado, la elevada «cifra oscura» o «negra» de la criminalidad que puede apreciarse a propósito de tal modalidad delictiva y que la singulariza frente a las demás estafas (4). Por el otro, la consideración de la misma como un «Kavaliersdelikt» (o «delito caballeresco»), esto es, la ausencia respecto a ella de una valoración negativa por parte de la opinión pública (5). No es in-

(2) Cfr. FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, Berlín, 1959, pp. 15 y 16. Cabe añadir como posibles autores de la estafa de seguros a terceros, entre los que se incluye al «asegurado» en sentido estricto, esto es, la persona con interés económico en el bien objeto del seguro cuando éste es distinto del «tomador» del mismo, y el «beneficiario». Sobre la distinción entre tomador y asegurado cfr. el art. 7 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) 50/1980, de 8 de octubre. Sobre el «beneficiario», figura característica en los seguros de personas, cfr. arts. 84 ss. LCS. Del tema de los posibles autores de los diversos tipos relacionados con la estafa de seguro en Derecho español nos ocupamos más adelante.

(3) Cfr. ANTON ONECA, voz «Estafa», NEJ, t. IX. Asimismo el art. 528, párrafo primero, CP: «Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.» Matizando el tema del error, GÓMEZ BENÍTEZ: *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, ADPCP, 1985, pp. 333-345.

(4) Así, SUCHAN: *Versicherungsmissbrauch - Erscheinungsformen und Strafrechtsreform*, en Tiedemann (ed.), *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2.ª edic., Karlsruhe, 1972, pp. 83-102, p. 97; también GEERDS: *Versicherungsmissbrauch*, § 265 StGB, Festschrift für H. Weizel zum 70. Geburtstag, Berlín-New York, 1974, pp. 841-857, p. 847. Sobre el tema de la «cifra negra» (Dunkelziffer) en general, cfr. ZIPF: *Introducción a la política criminal* (trad. Izquierdo-Macias Picavea), Madrid, 1979, pp. 112 ss.: se entiende por tal la diferencia entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que han llegado a conocerse oficialmente.

(5) Ya THIEL: *Der Versicherungsbetrug im Reichsstrafgesetzbuch*, tesis, Leipzig, 1910, pp. 139-140, aludiendo a la comprensión que suele rodear a quien ha cometido una estafa de seguro, de modo paralelo a lo que sucede en la defraudación de impuestos; también FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, pp. 20-21, para quien la estafa de seguro se sitúa, en este sentido, junto al delito fiscal, determinados hechos de contrabando, delitos monetarios, etc.

usual señalar que lo segundo es consecuencia de lo primero, al menos en parte (6). Sin embargo, tal opinión podría responder a un análisis parcial. Probablemente sea más correcto, pues, hablar de una interacción entre ambas cuestiones. Desde luego, es cierto que el que muy pocas de estas conductas resulten sancionadas mantiene inalterada la visión social tradicional no estigmatizadora. Pero no lo es menos que la estimación de que tales hechos son constitutivos de un «Kavaliersdelikt» influye en el mantenimiento de una cifra oscura significativamente alta. Ello debido a la impermeabilidad del tejido social en las investigaciones judiciales que, por lo demás, se ven ya sustancialmente dificultadas por las peculiaridades comisivas de las situaciones de estafa de seguro. En conclusión, quizá sea lo más satisfactorio el sostener que «cifra oscura» y «carácter caballeresco» conforman dos aspectos de la misma realidad.

4. Si la estafa del seguro constituye, como hemos señalado, un fenómeno singular en el marco de todas las estafas, ello se debe, en medida no escasa, a las características del autor. Son éstas, en efecto, las que de modo principal dificultan el descubrimiento de la comisión de los delitos que nos ocupan. Así, por un lado, es un obstáculo importante el que generalmente nos hallemos ante «autores ocasionales» (Gelegenheitstäter) (7). Además, como las estadísticas apuntan, el delincuente de seguros suele mostrar rasgos poco comunes de inteligencia, cálculo y refinamiento, que hacen en extremo difícil la prueba de los hechos producidos (8). Por último, y esto es un factor común a muchos de los denominados «delitos económicos», cabría aludir a la perfecta integración del sujeto activo en el entramado social, en la medida en que persigue fines (móviles) convencionales (9) a través de cauces relativamente convencionales. Pero no todo radica en el autor. También es posible atribuir a la víctima un *quantum* de responsabilidad. Así, se ha hecho alusión al escaso interés que las compañías de seguros ponen

Sobre la noción general de «delito caballeresco» como clase de hechos en los que el autor, pese a ser sancionado penalmente, no es considerado «criminal» por la opinión pública, cfr. ZIPF: *Introducción*, p. 119; asimismo, GEERDS: *Weizel-F*, p. 848, aludiendo a que eso es usual a propósito de los «white collar crimes» (delitos de cuello blanco).

(6) Así, FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, p. 22.

(7) SUCHAN: *Die Verbrechen*, p. 97: ello determina que sea prácticamente imposible caracterizarlos, pues pertenecen a cualquier clase social y frecuentemente cometen otros delitos dolosos. Sobre otros rasgos del autor cfr. FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, p. 19.

(8) Cfr., por ejemplo, GEMMER: *Versicherungsbetrug mit Rosenöl*, *Kriminalistik*, 1957, pp. 213-217, p. 217; FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, p. 19; SCHAD: *Betrügereien*, pp. 62, 63, 64.

(9) SCHAD: *Betrügereien*, p. 67: motivos económicos, de búsqueda de ventajas materiales, etc.

en la persecución penal de estas conductas. La estafa parece discutible, puede deberse a diversos factores (10). En primer lugar, no cabe ignorar las escasas posibilidades de una condena, por las consabidas dificultades probatorias, lo que obliga a economizar esfuerzos. También, por supuesto, desempeña un importante papel el interés comercial en no perder clientes, alarmados ante la posibilidad de ser sometidos a investigaciones, querellas y procesos (11). Pero probablemente haya otras razones. Así, por ejemplo, la peculiaridad de estas situaciones, según la cual las compañías de seguros, siendo el sujeto pasivo del delito, no resultan normalmente perjudicadas en última instancia por el mismo. Ello, en la medida en que la pérdida generada por una prestación indebida —provocada por el hecho engañoso—, repercute al siguiente ejercicio sobre los asegurados en concepto de aumento de las primas por incremento de la siniestralidad (12). Este aspecto, a menudo no puesto suficientemente de relieve, influye con práctica seguridad en el hecho de que las compañías se contenten en buen número de casos con mantener el problema en la esfera contractual privada, sin trascender al ámbito jurídico-penal (13). Por último, hay que poner asimismo de relieve algo que se deriva directamente del carácter aleatorio propio de los seguros. Este determina que, en muchos casos, la víctima (es decir, la compañía) ni siquiera sepa que se ha producido el delito, por no haber advertido el perjuicio (14). Lo que, obviamente, explica que no se recurra a la vía procesal penal.

(10) Cfr., sobre ello, KÖNIG: *Der Versicherungsbetrug. Aktuelle Formen und ihre Bekämpfung*, tesis, Zurich, 1968, p. 124.

(11) El argumento relativo al desinterés de las compañías por iniciar procesos penales podría desvirtuarse, al menos en parte, si se piensa que el incoarlos las beneficia económicamente, en la medida en que retrasa el pago de las indemnizaciones. Ello, sobre todo, dado que la doctrina mercantilista no parece ser unánime acerca de si deben pagarse intereses al asegurado en los casos en que el retraso en el cobro de una indemnización se ha debido a la pendencia de un proceso penal contra el mismo finalizado con sentencia absolutoria. Sin embargo, no creo que este posible beneficio resultante del retraso en el pago de las indemnizaciones compensase la pérdida de clientes que sin duda se produciría si las compañías hicieran uso de una estrategia de recurso constante al proceso penal.

(12) En este sentido, GEERDS: *Welzel-F*, p. 847; SUCHAN: *Die Verbrechen*, p. 92, aludiendo al sector del seguro de automóviles, ha señalado que, si las liquidaciones de daños en el mismo fueran honestas, las primas podrían reducirse en un 25 por 100.

(13) Sobre esto, cfr. SUCHAN: *Die Verbrechen*, p. 102. La propia LCS es expresión de lo dicho: en los arts. 10 ó 19, por ejemplo, se mencionan situaciones en las que, en buen número de supuestos, habría lugar a responsabilidad penal. Sin embargo, la ley en sí no contiene mención alguna al respecto. Simplemente alude a que el asegurador queda liberado del pago de la prestación.

(14) ZIPF: *Introducción*, p. 113.

5. Tampoco las causas de que la estafa de seguros se haya convertido en una modalidad delictiva popular («Kavaliersdelikt») son desconocidas. Así, un factor, común a otros delitos que afectan a la colectividad, viene dado aquí por la falta de individualización de la víctima y de una relación personal entre ésta y el autor (15); pues, en efecto, los afectados son personas o instituciones más o menos anónimas. Todo ello, junto a la inseguridad típica del mundo de los seguros, las irregularidades detectadas a veces en su organización y el desconocimiento de su real funcionamiento (esto es, el suponer que la única afectada por la defraudación es la compañía), ha favorecido el mantenimiento de una opinión pública generalmente benévola con el estafador de seguros (16).

6. Lo anterior alude a las características generales que, desde la óptica criminológica, muestra la estafa de seguros. Entrar en consideraciones más detalladas exigiría abordar la problemática específica de cada tipo de seguro (17). Sin embargo, ello, en un trabajo cuyo punto central viene constituido por el estudio dogmático y político-criminal de esta figura delictiva, no es ni necesario ni probablemente conveniente. Sí es importante, en cambio, comentar las cuatro formas fundamentales que puede adoptar la preparación de una estafa de seguro. Ello, por cuanto se verá que, en la deficiente regulación española, los diversos tipos legales acogen algunas de ellas y no todas, sin que tal discriminación aparezca justificada por razones de dogmática ni de política criminal. Las llamadas «modalidades de comisión» o formas de aparición (18) (mejor, *modalidades de preparación*) de la estafa de seguro, cuyo estudio corresponde a la Criminología (19), son cuatro. En primer lugar, la *conclusión fraudulenta del contrato* (20). Esta, a su vez, puede revestir diversas formas. Así, por ejemplo, el engaño respec-

(15) SCHAD: *Betrügereien*, p. 34.

(16) FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, pp. 20-21.

(17) Sobre estas modalidades, cfr. FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, pp. 23 ss. (seguros de incendio), 59 ss. (seguros contra el robo), 70 ss. (seguros de vida) y 92 ss. (seguros de accidentes); también SCHAD: *Betrügereien*, pp. 39 ss. (seguros de incendio), 41 ss. (seguros de transporte), 43 ss. (seguros contra el robo), 44 (daños naturales), 45 ss. (seguro de automóviles), 50 ss. (seguro de vida), 53 ss. (seguro de accidentes o de responsabilidad civil); GEERDS: *Welzel-F*, pp. 849, 850 y 851.

(18) FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, pp. 16-17; SCHAD: *Betrügereien*, p. 36; GEERDS: *Welzel-F*, pp. 848-849; WEBER: «Betrag zum Nachteil der Versicherungen», *Die neue Polizei*, 28 (1974), pp. 165-167 y 184-187, p. 165.

(19) GEERDS: *Welzel-F*, p. 848. JESCHÉCK: *Tratado de Derecho penal*, I (trad. Mir Puig-Muñoz Conde), Barcelona, 1981, p. 64, define la *Criminalística* como la «técnica científica empleada para el esclarecimiento de los delitos y la averiguación de sus autores».

(20) Vid nota 18. La STS 22-2-1985 (A. 1524) señala: «El contrato de seguro puede dar lugar a variados delitos de estafa, desde la provocación intencionada del siniestro por el asegurado para cobrar la indemnización, que

to, a la salud, a un seguro de vida o a un seguro de un edificio en un seguro contra incendios, o a un seguro de automóvil después de producido el accidente (contrato posterior al daño); el «sobreseguro» («Überversicherung»), consistente en la valoración de los objetos asegurados por encima de su valor real (21); o el «seguro doble» («Doppelversicherung») (22). En segundo lugar, la *simulación fraudulenta de un siniestro*. Por ejemplo, convirtiendo torticeramente un hurto excluido en un hurto incluido en el seguro; o un suicidio, en un homicidio o muerte natural (23). En tercer lugar, la *causación fraudulenta del siniestro* (24). Y, por último, el *aprovechamiento fraudulento del siniestro*. Esta situación se caracteriza por la real producción del siniestro, pero que es aprovechada por el perjudicado para exagerar el valor de lo perdido o incluir cosas no perdidas (así, p. ej., en un seguro de robo) (25).

7. La mención de estas cuatro modalidades de preparación de la estafa de seguro puede parecer ociosa. Mas no lo es. No tanto por su intrínseca relevancia penal. A este respecto, no cabe olvidar que se trata de actos preparatorios de la estafa que, a falta de una expresa disposición en la ley, deben estimarse impunes. Pero sí en la medida en que, tratándose de formas en principio similares de preparar la estafa, no todas ellas son abarcadas del mismo modo por el ordenamiento jurídico, ni en España ni en otros países. Lo que de alguna manera obliga a mencionarlas en detalle, con el fin de poner de manifiesto las insuficiencias del mismo. Tales insuficiencias se hacen patentes no sólo a partir de tales modalidades preparatorias en sí mismas consideradas, sino también a través de los sujetos que las ponen en práctica. Estos, en principio, pueden ser no sólo los asegurados, sino también los terceros, ya sean estos

es la forma más común y corriente, renovar fraudulentamente la póliza cancelada —sentencia 6-12-1974 (R. 5116), falsear el parte de siniestro para cobrar más indemnización (sentencias de 27 de mayo y 14 de junio de 1974).»

(21) Vid., además de los citados en nota 18, GROSS-GERDS: *Handbuch der Kriminalistik*, I, Berlín, 1977, pp. 284-285 y 327; SUCHAN: *Die Verbrechen*, p. 84. Sobre la lesión de los «deberes de denuncia precontractuales», cfr. KREUZHAGE: «Der Versicherungsbetrug», VW, 1947, pp. 189-193, p. 190. Sobre el «sobreseguro», cfr. el art. 31 LCS, que alude a su efecto de hacer ineficaz el contrato si aquél se debió a mala fe del asegurado. También BRIEL: *Der Versicherungsbetrug des § 265 StGB und seine Reform*, tesis, Urach, 1938, pp. 24 y 25.

(22) Sobre éste, cfr. art. 32 LCS. También BRIEL: «Der Versicherungsbetrug», ibídem.

(23) GROSS-GERDS: *Handbuch*, ibídem; SUCHAN: *Die Verbrechen*, ibídem; SCHAD: *Betrügereien*, p. 36.

(24) GROSS-GERDS: *Handbuch*, pp. 284-285 y 328; SUCHAN: *Die Verbrechen*, ibídem; SCHAD: *Betrügereien*, p. 37.

(25) GROSS-GERDS: *Handbuch*, ibídem; SUCHAN: ibídem; SCHAD: *Betrügereien*, ibídem; KREUZHAGE: VW, 1947, p. 190. Cfr., para un caso de incendio, el supuesto examinado en la STS 27-5-1954 (A. 2.432).

aseguración diferentes del tomador del seguro, cuando otros países no se tengan un interés económico en el seguro (26). Sin embargo, no todos ellos resultan abarcados por los preceptos alusivos a la estafa del seguro. Sobre esta cuestión habrá que insistir en lo que sigue.

8. El régimen legal de la estafa de seguro en Derecho español presenta, fundamentalmente tras la reforma operada en el Código penal el 25 de junio de 1983, rasgos característicos en el concierto europeo. Estos han provocado que algún autor señale que se trata de la regulación más específica y amplia de todos los ordenamientos de nuestro continente (27). Ello, dejando provisionalmente al margen los defectos de la mencionada regulación, podría ser cierto. Fundamentalmente si se tiene en cuenta que en naciones como Francia, Italia o Suiza la estafa de seguro no se contempla de modo especial en lugar alguno, debiendo someterse a las reglas generales de la estafa (28). Los Códigos penales de Austria y la República Federal Alemana sí disponen, en cambio, de preceptos específicamente referidos a la estafa de seguro. Se trata, respectivamente, del § 151 ÖStGB («Versicherungsmißbrauch») y del § 265 StGB («Versicherungsbetrug»). Común a ambos es la tipificación en los mismos de actos preparatorios de una estafa de seguro que se ven, así, criminalizados de modo autónomo. Su naturaleza de actos preparatorios se revela por el hecho de que en ellos no es preciso que se haya iniciado todavía la actividad engañosa que define el comienzo de la tentativa en la estafa. Que constituyen actos preparatorios de una estafa de seguro lo muestra, además de la propia descripción de las conductas, el requisito de la concurrencia de ánimo defraudatorio (29) o de la intención de conseguir para sí o para otro una prestación de seguros (30). En cualquier caso, ni en Alemania ni en Austria se contemplan en tales preceptos especiales todos los actos preparatorios de la estafa de seguro en sus diversas modalidades. Así, en el § 265 StGB (31) se alude únicamente al incendio de cosas aseguradas o al hundimiento o varamiento de un buque asegurado. En el § 151 ÖStGB, por su parte, se abarca la destrucción, daño o apartamiento de una cosa asegu-

(26) SCHAD: *Betrügereien*, p. 34.

(27) BAJO FERNÁNDEZ: *Estafa al asegurador o a un tercero*, en Cobo (dir.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. 2.º. La reforma del Código Penal de 1983, Madrid, 1985, pp. 1233-1239, p. 1237.

(28) Así, por ejemplo, el art. 148 del Código Penal suizo o el art. 640 del Código Penal italiano. A título meramente ejemplificativo, puede indicarse que éste sanciona la estafa con una pena privativa de libertad de seis meses a tres años y una multa de 100.000 a dos millones de liras.

(29) «Betrügerische Absicht» (§ 265 StGB).

(30) § 151 ÖStGB.

(31) Que sanciona el mencionado acto preparatorio con una pena de uno a diez años de privación de libertad.

rada contra destrucción, daño, pérdida o hurto, así como la autolesión o daño a la salud o el dejar que otro se lo cause al sujeto.

Como se advierte a simple vista, un gran número de las modalidades antes referidas queda al margen de tales preceptos. Por ello la única posibilidad de aprehenderlas es acudir, una vez iniciada la conducta engañosa, al régimen general de la estafa, que en Alemania, por ejemplo, recoge el § 263 StGB (32). Pero tampoco está claro cuál ha de ser la solución jurídico-penal ajustada en los supuestos en que, tras haberse producido un acto preparatorio tipificado, se sigue el *iter criminis*, dando lugar a una tentativa, frustración o incluso a una estafa consumada. De todo esto deberemos ocuparnos a propósito de la situación en España que, estructuralmente, resulta próxima a la descrita para Alemania y Austria.

9. En efecto, también en nuestro Código Penal disponemos de un precepto en el que se tipifica expresamente un acto preparatorio de estafa de seguro. Se trata del artículo 556 C.P. que sanciona con la pena de prisión menor (33), entre otros hechos, el incendio de bienes propios que se realiza con el propósito de defraudar a un tercero (34). La analogía con lo comentado para los casos alemán y austriaco es, pues, evidente. Sin embargo, existen particularidades. Estas se centran en el carácter sustancialmente más restrictivo del artículo 556 C.P., tanto por lo que se refiere a la única modalidad de preparación en él contemplada (*el incendio*) como en lo que afecta al sujeto (*bienes propios*). Todo ello, pero singularmente el último, pone aún más de relieve las incoherencias sistemáticas de la regulación española. Lo más significativo de ésta es, no obstante, la introducción de una agravante, en el marco del régimen general de la estafa (art. 528), que contempla *algunos* de los supuestos en que dicha estafa tiene lugar en el seno de una relación de seguros. Se trata del artículo 529.4.º, que obliga a imponer la

(32) Cuyo marco penal típico abarca hasta cinco años de privación de libertad, o bien una multa.

(33) Esto es, de seis meses y un día a seis años de privación de libertad.

(34) Otros hechos contemplados en el mismo precepto son: b) incendio de bienes propios con propósito de perjudicar a un tercero; c) incendio de bienes propios que causa defraudación; d) incendio de bienes propios que causa perjuicios, y e) incendio de bienes propios con peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno. De ellos, sólo el c) nos interesa en el marco de este trabajo, pues plantea la existencia de una estafa de seguro consumada tras el incendio de los bienes propios. El b) y el d) constituyen modalidades paralelas al acto preparatorio de estafa y a la estafa consumada, pero de mucha mayor amplitud. Por último, el e) expresa una situación de puesta en peligro concreto de bienes ajenos, de naturaleza, por tanto, sustancialmente diferente a las demás alternativas de realización típicas antes estudiadas.

pena de la estafa (35) en grado máximo (36) «cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero». Como puede advertirse, pues, en Derecho español, a diferencia de los demás ordenamientos examinados, existen supuestos de estafa de seguro consumada que se sancionan de modo diferente a la estafa común. Pero ello, lejos de constituir una ventaja, más bien parece ser un inconveniente. Pues así resulta que la estafa de seguro puede recibir tratamiento jurídico-penal diferenciado según que sea englobable en el artículo 556 (prisión menor), en el artículo 529.4.º (arresto mayor en grado máximo) o en ninguno de ellos, debiendo acogerse a lo genéricamente dispuesto en el artículo 528 (arresto mayor). Y, en principio, no se advierten razones axiológicas que justifiquen tal diversidad. En definitiva, pues, la regulación española de la estafa de seguro plantea numerosos problemas. En primer lugar, procederemos a analizarlos y a tratar de ofrecer algunas soluciones de *lege lata*. Ello constituirá el punto de partida de las consideraciones de *lege ferenda* acerca de cuál ha de ser la política criminal más adecuada de los supuestos de estafa de seguro.

10. Comencemos por el artículo 556. Si tenemos en cuenta, al respecto me parece que no existen dudas— que la tentativa en la estafa de seguro halla su comienzo al empezar a requerir la suma indemnizatoria alegando la producción del siniestro (inicio del engaño) (37), no cabe sino reconocer que aquí nos encontramos ante un acto preparatorio especialmente tipificado (38). La razón por la cual los actos preparatorios de estafa de seguro deban sancionarse penalmente no es en sí evidente. Menos evidente es la de que sólo se sancione un acto preparatorio: a saber, la *destrucción* de la cosa asegurada mediante *incendio*. Y ya completamente incongruente es que su sanción sea, en principio, más elevada que la de la propia estafa consumada. Para tratar de justificarlo se ha aludido, sin embargo, a diversas razones. Así, en primer lugar, la sanción de los actos preparatorios en materia de estafa de seguro se ha explicado haciendo referencia a la especial peligrosidad de los

(35) Tipo básico: arresto mayor (de un mes y un día a seis meses de privación de libertad).

(36) Esto es, de cuatro meses y un día a seis meses.

(37) En este sentido, RANFT: «Grundprobleme beim sog. Versicherungsbruch», *Jura*, 1985, pp. 393-402, pp. 394-395; por eso, el «sobreseguro» es un acto preparatorio impune.

(38) El incendio de bienes propios, como cualquier caso de autolesión, y más tratándose de bienes jurídicos disponibles, habría de ser penalmente irrelevante salvo en su dimensión de preparación de una estafa. Ello, dejando aparte la alternativa e) mencionada en nota 34 y, por supuesto, los casos en que el incendio afecta más a la seguridad personal que a los valores patrimoniales (arts. 547, 548 e incluso 549, 550 y 551).

relación entre el bien jurídico «patrimonio del asegurado» (39). Ello es probablemente cierto. Pues una vez simulado o causado fraudulentamente el siniestro, se hallan firmemente fijadas las bases de la estafa que hay que reconocer que tal bien jurídico se encuentra en grave peligro. El hacer vigente la pretensión indemnizatoria apenas añade nada a lo ya existente. Pero, entonces, lo que carece de razón es el trato especial que recibe el seguro de incendios frente a los demás seguros (40) y, dentro de éste, sólo el acto preparatorio consistente precisamente en incendiar, es decir, en la *causación del siniestro* (41). Además, sea como fuere, tampoco parece muy satisfactorio que tales actos preparatorios de estafa se sancionen con una pena mayor que la que, en principio, parece corresponder a la estafa (42). Las alusiones al *peligro común* («Gemeingefahr») (43) y al papel que desempeña el seguro contra incendios como factor de especial importancia en la economía (44) no resultan muy convincentes. Lo primero es evidente en Derecho español. En nuestro ordenamiento, el incendio de cosa propia con peligro de propagación constituye una alternativa de realización típica del artículo 556 diferente al incendio de

(39) KOHLAAS: «Versicherungsbetrug des § 265 StGB», VR, 1955, pp. 465-467, p. 465; ID.: «Der Betrug in der Versicherung», VR, 1965, pp. 1-9, p. 1.

(40) ZAPP: *Introducción*, p. 100; KÖNIG: *Der Versicherungsbetrug*, p. 122; SCHROEDER: «Nota a BGH 15-1-1974 5StR 602/73», JR, 1975, pp. 71-74, p. 72; KELLER: «Nota a BGH 25-10-1983 1StR 682/83 (BGHSt 32,137)», JR, 1984, pp. 433-435, p. 434. KOHLAAS: VR, 1955, p. 465, ha rechazado la fundamentación que pretendía justificar la especial penalidad del § 265 StGB aludiendo a que el mismo no es un simple delito contra el patrimonio sino que también afecta a la capacidad de prestación social de los aseguradores, pues tal repercusión podría verse del mismo modo en casos de seguro de vida, etc. Sin embargo, en favor de tal fundamentación, SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht BT Grundriß*, 2.ª ed., Tübingen, 1983, p. 127, núm. 41.

(41) Poniendo de relieve esta incompletud ARZT/WEBER: «Strafrecht BT», LH, 2, Bielefeld, 1983, p. 60; LACKNER: *LK*, 10.ª ed. (ed. Jescheck-Ruß-Willms), Berlín, 1979, § 265, núm. 1; LENCKNER, en Schönke-Schröder: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.ª ed., München, 1985, § 265, núm. 2; RANFT: *Jura*, 1985, p. 393.

(42) RANFT: *Jura*, 1985, p. 402, critica el carácter fragmentario de toda la regulación legal de la estafa por vulnerar el principio constitucional de igualdad. De todos modos, y en lo que se refiere a la cuestión de que el acto preparatorio se sanciona con una pena superior a la de la estafa consumada, habría que introducir una precisión, sobre la que después me extenderé. Esta es que, a mi juicio, la estafa consumada de seguro subsiguiente al incendio de bienes propios se halla también contemplada en el art. 556 y sancionada con la misma pena que el acto preparatorio. La crítica habría de dirigirse, pues, contra el trato especial que toda la estafa de seguro en los casos de incendio de bienes propios recibe frente a las demás estafas en materia de seguro de incendios y las producidas en las restantes clases de seguro. Ello con independencia de que tampoco es, en principio, correcto que el acto preparatorio y la estafa consumada reciban la misma pena.

(43) KRBUZINAGE: VW, 1947, p. 189; SCHROEDER: JR, 1975, p. 71; KELLER: JR, 1984, p. 434; LACKNER: *LK*, 10.ª ed., § 265, núm. 1.

(44) SCHROEDER: JR, 1975, p. 72.

cosa propia con propósito defraudatorio. Si concurren, pues, propósito defraudatorio y peligro de defraudación, debería haberse producido un *curso ideal* entre ambos delitos (45). En lo que se refiere a la especial importancia socioeconómica del seguro contra incendios (46), hay que decir que probablemente eso era cierto al promulgarse tanto el «Reichsstrafgesetzbuch» de 1871 como el Código Penal de 1870, cuyo artículo 574 contenía un precepto muy similar al vigente artículo 556. Pero lo que parece fuera de lugar en la actualidad es que, sin duda, existen ramas del seguro con mayor trascendencia social que la de los incendios (47). Por último, tampoco en la existencia de elementos de vulneración de la confianza (48) hay mayor dificultad en el descubrimiento de los hechos (49), por lo que fundamentar la elevada penalidad que el § 265 StGB o su equivalente (*servata distantia*) español establecen para los mencionados actos preparatorios.

11. Con todo, lo cierto es que tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el alemán (50) disponemos de un tipo que sanciona un acto preparatorio de estafa en el seguro de incendios. Es, pues, preciso proceder a su análisis con el fin de delimitar las conductas punibles en el mismo de las que no lo son. Llama la atención la redacción según la cual, más que un *tipo de hecho*, que parece contenerse en el precepto es un *tipo de autor*: «El incendiario...». Tal expresión debe sin duda imputarse a una ciencia técnica e integrarse en la línea seguida por todo el capítulo. Así, la conducta típica viene constituida por el «incendiar». A este respecto, existe un significativo acuerdo en la doctrina en el sentido de estimar suficiente para la consumación la mera comisión del fuego al objeto correspondiente, con independencia de que éste luego siga ardiendo de modo autónomo o no (51). Ello

(45) A estos efectos me parece irrelevante que ambas posibilidades alternativas se hallen comprendidas en un único artículo del Código. El art. 556 StGB comprende varias posibilidades de realización típica, alternativamente formuladas. Y entre ellas pueden, a mi juicio, darse relaciones concursales (curso de leyes o curso ideal) sin ningún género de dudas.

(46) Cfr. sobre eso, SCHROEDER: JR, 1975, p. 72, con observaciones críticas.

(47) GEERDS: *Welzel-F*, p. 853.

(48) En el mismo sentido, SCHROEDER: JR, 1975, p. 73.

(49) Diferente, el OLG Koblenz 11-3-1965, NJW, 1966, p. 1669.

(50) En éste, ampliado al hundimiento y varamiento de buques. Cfr. también GORDON: *The Criminal Law of Scotland*, 2.ª ed., Edinburgh, 1978, p. 628, donde se señala que, también en aquel país, en los casos de incendio de bienes asegurados basta para sancionar penalmente, con el propósito de obtener el beneficio ilícito, sin necesidad de llegar a que el beneficio mismo sea obtenido. En otros casos, en cambio, sería precisa la producción de un resultado efectivo.

(51) Cfr. en España, por todos, POLAINO NAVARRETE: *Delitos de incendio en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1982, pp. 66 ss. Además, RANFT:

de la indemnización, con lo que el autor del incendio de bienes propios y punibles las formas de imperfección de la acción cuando se llegase a la aludida comunicación del fuego, se realizan todos o al menos, parte de los actos necesarios para ello (52). La conducta de incendiar aparece matizada por la concurrencia de dos nuevos elementos que determinan su tipicidad a los efectos del artículo 556 C.P. Por un lado, el propósito de defraudar (53); por otro lado, el carácter de «propios» de los bienes incendiados. Ambos aspectos plantean algunos problemas, lo que obliga a su estudio por separado. El «propósito de defraudar» se halla también presente en la redacción del § 265 StGB alemán («*betrügerische Absicht*»). Se trata de un elemento subjetivo del injusto que matiza el sentido del incendio de bienes propios, atribuyéndole su auténtico significado de acto preparatorio de la estafa (54). Respecto a tal elemento subjetivo existe en Alemania una significativa discusión. Se debate, así, si debe optarse por una concepción restringida o amplia del mismo. Según la primera, sólo tendría ánimo defraudatorio el que incendia para conseguir para sí o para un tercero una prestación a la que no se tiene derecho (55). No realizaría el tipo el que incendiare los bienes de un asegurado de buena fe para beneficiarle (56), pues éste sí tiene derecho a la percepción

Jura, 1985, p. 395; LENCKNER: *Schönke-Schröder*, 22.ª ed., § 265, núm. 8. Sobre la innecesariedad de realizar cualquier actividad trascendente al simple incendio, STS 16-12-1982 (A. 7.713).

(52) KOHLHAAS: VR, 1955, p. 466; ARZT/WEBER: BT, p. 62.  
(53) Prescindiendo aquí del «ánimo de perjudicar» a tercero, que amplía considerablemente el sentido del art. 556, mucho más allá del concreto ámbito de la estafa de seguros. Otro tanto sucede con la forma de «causar perjuicio», alternativa a la de causar defraudación. Un incendio de bienes propios con ánimo de perjudicar, o que efectivamente cause perjuicio, puede ser uno que afecte a acreedores, arrendatarios, herederos, etc. Ello pone de relieve la extraordinaria amplitud que puede tener el art. 556 por esta vía y obligaría a una interpretación restrictiva del elemento normativo «perjuicio». Tal empresa, sin embargo, no puede ser acometida aquí, donde se trata sólo de las modalidades potencial o efectivamente defraudatorias de realización del mencionado precepto.

(54) Cfr., sobre las generalidades, LENCKNER: *Schönke-Schröder*, 22.ª ed., § 265, núm. 11.

(55) Cfr. KREBS: «Versicherungsbetrag und Betrug zum Nachteil einer Versicherung — Abgrenzung und Konkurrenzverhältnis —», VR, 1958, pp. 742-743, p. 743. Así, por ejemplo, si se realizaría el § 265 por un tercero que incendia los bienes para beneficiar al asegurado si éste, al contratar, había practicado con mala fe un «sobreseguro»; pues el «sobreseguro» doloso determina la pérdida del derecho a la prestación indemnizatoria. Vid. también BUNDE: «Nota a la sentencia RG 3StrSen 6-1-1941», DR, 1941, pp. 1147-1149, p. 1148. En el caso de que se tuviera derecho a la prestación, el sujeto causante del siniestro sólo podrá ser hecho responsable del delito en que tal causación consista. Además, por supuesto, el asegurador podrá repetir obligatoriamente por el importe de la indemnización satisfecha.

(56) En este sentido, KREBS: VR, 1958, p. 743. Es doctrina dominante:

de la indemnización, con lo que el autor del incendio de bienes propios y punibles las formas de imperfección de la acción cuando se llegase a la aludida comunicación del fuego, se realizan todos o al menos, parte de los actos necesarios para ello (52). La conducta de incendiar aparece matizada por la concurrencia de dos nuevos elementos que determinan su tipicidad a los efectos del artículo 556 C.P. Por un lado, el propósito de defraudar (53); por otro lado, el carácter de «propios» de los bienes incendiados. Ambos aspectos plantean algunos problemas, lo que obliga a su estudio por separado. El «propósito de defraudar» se halla también presente en la redacción del § 265 StGB alemán («*betrügerische Absicht*»). Se trata de un elemento subjetivo del injusto que matiza el sentido del incendio de bienes propios, atribuyéndole su auténtico significado de acto preparatorio de la estafa (54). Respecto a tal elemento subjetivo existe en Alemania una significativa discusión. Se debate, así, si debe optarse por una concepción restringida o amplia del mismo. Según la primera, sólo tendría ánimo defraudatorio el que incendia para conseguir para sí o para un tercero una prestación a la que no se tiene derecho (55). No realizaría el tipo el que incendiare los bienes de un asegurado de buena fe para beneficiarle (56), pues éste sí tiene derecho a la percepción

12. Ninguno de estos problemas se suscita en Derecho español, al menos en lo que se refiere al acto preparatorio que comentamos (59). En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el § 265 StGB (60), el delito del artículo 556 C.P. en principio no lo puede cometer un tercero distinto del asegurado. Ello por la sencilla razón de que se exige que se incendien bienes propios. Así queda concluido, en principio, la tipicidad de la conducta de terceros representantes o interesados económicamente en el seguro, que incendian bienes propios del asegurado con propósito defraudatorio del asegurador. Y no sólo esto. También será atípica la conducta incendiaria del tomador del seguro sobre los bienes del asegurado en los casos en que ambas figuras no recaigan en la misma

BLI: «Nota a la sentencia 7-9-76», JA, 1977, pp. 45-46, p. 45; RANFT: Jura, 1977, pp. 397, 398, 399. También la Jurisprudencia alemana sigue esta línea; cfr. «Celle 8-3-1950», SJZ, 1950, pp. 682-686, p. 683. Desde la misma, serían posibles casos como el del acreedor que incendia la casa asegurada del deudor con el fin de acceder luego a la suma del seguro. Cfr. todo ello en KOHLHAAS: VR, 1955, pp. 466-467; Id.: VR, 1965, p. 5.

(57) Cfr., sobre ella, KOHLHAAS: VR, 1955, pp. 466-467; RANFT: Jura, 1977, p. 398, aludiendo a que tal postura sólo es coherente con una concepción del § 265 que no lo reduzca a mero subtipo de estafa, sino que atiende además a su carácter de delito contra la capacidad social de prestación de las sociedades aseguradoras. Partidario de la misma es, sin duda, WILZ: «Zur Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug», NJW, 1953, pp. 652-653, p. 653. La «*betrügerische Absicht*» es la intención de causar un beneficio económico a alguien en perjuicio de la compañía de seguros; la antijuricidad no es requisito del beneficio económico, sino de la acción típica. En favor de la misma de *lege ferenda*, KOHLHAAS: VR, 1955, p. 467, y WAGNER: «Subjektive Bestand des Versicherungsbetrugs (§ 265 StGB)», JuS, 1978, pp. 161-163, p. 163.

(58) Sobre esta postura, LACKNER: LK, 10.ª ed., § 265, núm. 5; SCHRÖDER: SK, 2.ª BT, 3.ª ed. (ed. Rudolphi-Horn-Samson), Frankfurt, 1985, § 265, núm. 5. Discrepa de la misma BOCKELMANN: «Nota a la sentencia OLG Celle 8-3-1950», SJZ, 1950, pp. 682-686, p. 684, manteniéndose en la línea más puramente restrictiva. Matizando, SCHMIDHÄUSER: BT, p. 128, núm. 42, que se muestra favorable a incluir los casos de provocación por representante, pero no si es un tercero interesado económicamente.

(59) En cambio, quizá puedan influir tales cuestiones en el tratamiento jurídico de la estafa de seguro consumada, como después veremos.

(60) Cfr. WEBER: «Betrag zum Nachteil der Versicherungen», Die Polizei, 28 (1974), pp. 165-167 y 184-187, p. 165.

persona (61). Excepcionalmente, es posible estimar típica la conducta del administrador, gerente o representante de una persona jurídica que incendia bienes propios de ésta con propósito defraudatorio. Pues la condición de autoría que les falta a tales sujetos —a saber, la titularidad de los bienes— se subsana por lo dispuesto en el artículo 15 bis C.P. (62). Con todo, resta aún un problema de relativa importancia constituido por la concurrencia o no de «propósito defraudatorio». De acogerse la concepción amplia del sector minoritario de la doctrina alemana (63), el tema se resolvería con facilidad, pues sería irrelevante si la persona jurídica —asegurada— tenía todavía derecho a la prestación indemnizatoria o no. Mas ocurre que estimo lo más satisfactorio el sostener una visión restrictiva del «propósito defraudatorio» en la línea de lo establecido por la doctrina dominante alemana (64). Creo, en efecto, que difícilmente cabe hablar de «propósito defraudatorio» cuando lo que se pretende es que alguien efectúe una prestación a otro sujeto que tiene derecho a recibirla. Todo lo más, cabría referirse en tal situación a un propósito de «perjudicar», pero nunca «de defraudar», término que, a mi juicio, incorpora la exigencia de que el beneficiario de la prestación no tuviera derecho a la misma. En cualquier caso, también desde una concepción restrictiva del «propósito defraudatorio» es viable afirmar su concurrencia en el caso que ahora nos ocupa. Pues si el incendiario actúa en nombre de la persona jurídica (como directivo, órgano o representante), parece obvio que ésta, como sujeto de Derecho, ha de estar conforme con lo que hace. Y entonces es fácil afirmar el propósito defraudatorio, dado que la connivencia de la persona jurídica con la conducta incendiaria le hace perder todo derecho a la prestación indemnizatoria. Por supuesto que es posible, por otro lado, que el directivo, órgano o representante incendien los bienes de la persona jurídica asegurada por su cuenta, actuando como unos terceros cualesquiera. Pero en tal hipótesis, evidentemente, no obrarían

(61) Todo ello, evidentemente, aunque el propio asegurado estuviera de acuerdo con la conducta de los terceros, e incluso la aprobara. Lo que da una idea de lo insatisfactorio del precepto del art. 556.

(62) Art. 15 bis CP: «El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.» Sobre el tema, en general, por todos, GRACIA MARTÍN: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, II, Zaragoza, 1986. Dado que el art. 15 bis CP —a diferencia del § 14 StGB— se limita a relaciones con personas jurídicas, no podría, en cambio, incluirse, el caso de quien actúa como representante de otra persona física.

(63) Cfr. *supra* nota 57.

(64) Cfr. *supra* nota 56.

como directivos u órganos ni en representación de aquella. Con lo que se excluiría la aplicación al caso del artículo 15 bis y, por añadidura, del artículo 556. Eso sí, entrarían eventualmente en juego los tipos generales del delito de incendio. Y en el supuesto de que la aseguradora hubiere de satisfacer la indemnización a la persona jurídica (65), podría a su vez repetir, desde luego, contra el causante del incendio.

13. En conclusión, y con las excepciones comentadas, los terceros que incendian bienes del asegurado para beneficiarse a éste e indirectamente beneficiarse a sí mismos, no realizan el tipo del artículo 556 C.P. La pregunta inevitable es, entonces, si el asegurado que, conociendo la inminente producción del incendio en sus bienes y pudiendo evitarlo no lo hace, puede reputarse autor del delito del artículo 556 C.P. en comisión por omisión. No es posible entrar ahora a analizar la compleja problemática de la comisión por omisión (66). En lo que aquí importa, conviene reseñar que la comisión por omisión de delitos de incendio se admite con práctica unanimidad por la doctrina, y el artículo 556 no habría de ser excepción a este principio (67). Por otro lado, también en Alemania es doctrina dominante la que convierte al asegurado en garante de la no-producción del siniestro (68). Según ello, a dicho sujeto le corresponde un deber de evitación de los daños que, de ser incumplido, daría lugar a responsabilidad omisiva por el delito correspondiente. El tema es especialmente significativo por tratarse en el artículo 556 de un acto preparatorio de la estafa de seguro y no de una estafa en sí. Que esta última no puede realizarse en comisión por omisión —pese a la opinión favorable de cierta jurisprudencia—, es una tesis que comparto por completo (69). Para ello me baso fundamentalmente en el carácter de «verhaltensgebundenes Delikt» (delito de medios determinados) de la misma, por la exigencia del elemento

(65) También en esta segunda alternativa cabe que la persona jurídica hubiera perdido el derecho a la indemnización, por su connivencia o pasividad ante el incendio; o incluso por no desvelar dolosamente datos relativos a la forma de producción del mismo en el momento de notificar el siniestro. Cfr. arts. 16 y 17 LCS, entre otros.

(66) Cfr. SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986. Parte tercera.

(67) Cfr., por todos, MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte especial*, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 325.

(68) Cfr., por todos, LACKNER: *LK*, 10.ª ed., § 265, núm. 3; SCHAD: *Benennungsgereien*, p. 79: se estima la relación de seguro como una comunidad de peligro en la que rigen de modo especial los principios de buena fe en el tráfico (Treu und Glauben). También «RG 2 Sen 16-6-1930 2 D 419/30», *JW*, 1931, pp. 1581-1586, p. 1582.

(69) SILVA SÁNCHEZ: *El delito*, pp. 358-359 y nota 328. Cfr., por todos, también, BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º, pp. 1168 y 1184. Sigue este punto de vista VALLE MUÑOZ: «Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa», *ADPCP*, 1986, pp. 863-876.

de engaño (70). Pero en el artículo 556 no ocurre nada de eso. Basta simplemente con incendiar bienes propios con propósito defraudatorio. Y la cuestión es si comete tal delito quien, pudiendo, no impide —con propósito defraudatorio— el incendio de sus propios bienes por un tercero o por un agente natural. Según la concepción que estimo preferible, para ello sería precisa una «identidad estructural» entre tal supuesto y el de la causación activa del incendio (71). Dicha *identidad estructural*, por su parte, exigiría, como requisito previo, que el asegurado hubiera asumido el *compromiso* efectivo de evitar tales daños (72). Desde luego, este extremo parece fácilmente afirmable en lo que se refiere a la relación contractual entre el asegurador y el asegurado (73). Pero, a la vez, es evidente que un compromiso asumido *formalmente* y en el marco de una *relación contractual bilateral* no posee la eficacia material y *erga omnes* propia del acto de asunción del compromiso por un garante cualificado; no es el compromiso que genera *identidad estructural* con la comisión activa (74). ¿Acaso podría decirse que a raíz del acuerdo contractual *todos dan por sentado* que el control de los siniestros *está en manos* del asegurado en la medida en que a éste le sea posible evitarlos? Por supuesto que no. En definitiva, lo más satisfactorio es negar la posibilidad de comisión por omisión del tipo del artículo 556 en la alternativa que hemos examinado (75).

(70) SILVA SÁNCHEZ: *El delito*, p. 359.

(71) SILVA SÁNCHEZ: *El delito*, p. 369.

(72) SILVA SÁNCHEZ: *El delito*, pp. 370-371: «Sólo en los casos de que el compromiso del garante resulta inequívoco, es posible hablar de que toma en sus manos el riesgo real o hipotético, actuando a modo de "barrera de contención" del mismo. Una vez establecida —con el compromiso— tal "barrera", el retirarla, esto es, el no contener el riesgo cuando éste amenazaba con realizarse en el bien que hay que proteger, muestra una auténtica identidad estructural, en el plano normativo, con el hecho comisivo.»

(73) Las condiciones generales obligan, en efecto, al asegurado a impedir la producción del siniestro o su simulación por tercero. Cfr. «BGH 19-12-1950 4 StR 14/50», NJW, 1951, pp. 203-204.

(74) Cfr. SCHAD: *Betrügereien*, p. 79, sobre la necesidad de que la función de evitación de daños se asuma frente a la generalidad; p. 80, rechazando la posibilidad de construir una posición de garante a partir de una relación contractual individual, y pp. 92-93. Las consideraciones efectuadas redundan, además, en un rechazo de la vía absolutamente formal de fundamentación de las posiciones de garante (así, la *teoría formal del deber jurídico*, que aquí apelaría al contrato) en favor de una perspectiva material que atienda al *compromiso* y al *control normativo* sobre el proceso lesivo. Una vez asumida la función de *barrera de contención* de riesgos frente a la comunidad, el incumplirla da lugar a que el riesgo se realice bajo control del sujeto, de igual modo que si éste lo hubiera creado activamente.

(75) Ello no significa que la no evitación del siniestro por el asegurado haya de ser del todo irrelevante. Sí lo es *de lege lata*, por cuanto no cabe más en el art. 489 bis ni en el art. 338 bis. Sin embargo, estructuralmente se trata de lo que se ha denominado «omisión de garante», por mucho que

14. Decidido lo anterior, otro tema de relativa importancia es el de determinar cómo deben resolverse los supuestos en que la conducta del sujeto trasciende del acto preparatorio (art. 556 C.P., § 265 StGB), dando lugar a tentativa o frustración de estafa o, incluso, a estafa consumada. La cuestión afecta a la *teoría del concurso* y se suele expresar aludiendo a cuál debe ser la relación entre § 263 y § 265 StGB (en Alemania) o entre el artículo 556 y los artículos 528-529, 4.º, C.P. en España. En aquel país, y por lo que se refiere a la relación entre los dos párrafos mencionados, se dan opiniones de todo signo. Estas aparecen perfectamente resumidas en el Tratado de la Parte Especial de *Maurach-Schroeder* (76): a) concurso real; b) concurso ideal; c) concurso de leyes: consunción del § 265 por el § 263; d) concurso de leyes: consunción del § 263 por el § 265. Ninguna de estas opciones, que sin embargo constituyen todas las posibles, me parece totalmente libre de críticas. Es convicción dominante, en la doctrina y en la jurisprudencia alemana, la de que el § 263 y el § 265 se hallan en una relación de *concurso real* (77). En apoyo de tal tesis se dan argumentos positivos y negativos. Como argumentos positivos se mencionan la existencia de una pluralidad de acciones (78) y de una pluralidad de bienes jurídicos lesionados (79). Lo primero —que excluye el concurso ideal— no parece discutible, dado que la preparación y el comienzo de la tentativa no pueden estimarse un hecho *único*; cabe, incluso, que entre ambas medie una cesura temporal importante. Lo segundo, en cambio, tiene su base en las consideraciones que atribuyen al § 265 la protección de un bien jurídico trascendente al patrimonio individual del asegurador, que se sitúa *difusamente* en torno al daño social. Y esto, aun en el caso de que fuera cierto, tampoco podría, según entiendo, justificar del todo la apli-

éste no sea lo suficientemente cualificado como para afirmar la responsabilidad en comisión por omisión. De ahí que habría que proponer, siempre que se estime conveniente mantener la tipicidad del acto preparatorio del art. 556, la creación de un tipo de «omisión de garante» que contemplara la situación a que venimos haciendo referencia. Sobre la distinción entre «omisiones puras generales», «omisiones puras de garante» y «comisión por omisión», cfr. SILVA SÁNCHEZ: *El delito*, pp. 344 ss.

(76) MAURACH-SCHROEDER: *Strafrecht BT*, 1, 6.ª ed., Karlsruhe, 1977, p. 435.

(77) Así, KREKELER: «Der Versicherungsbetrag, § 265 StGB», tesis, Cassel, 1912, p. 34; KREUZHAGE: *VW*, 1947, p. 189; «BGH 19-12-1950 4 StR 14/50», NJW, pp. 203-204, p. 204; KOHLHAAS: *VR*, 1958, p. 743; SCHAD: *Betrügereien*, pp. 88-89; RANFT: *Jura*, 1985, p. 402. Sobre esta tesis, descriptivamente, LACKNER: *LR*, 10.ª ed., § 265, núm. 12; SAMSON: *SK 2 BT*, 3.ª ed., § 265, núm. 12.

(78) Cfr., por todos, LENCKNER: *Schönke-Schröder*, 22.ª ed., § 265, núm. 16; KOHLHAAS: *VR*, 1958, p. 743.

(79) Cfr. SCHAD: *Betrügereien*, p. 89; KOHLHAAS: *VR*, 1958, p. 743; RANFT: *Jura*, 1985, p. 402.

cación aquí de los criterios del concurso real (80). Más fuerza que los argumentos positivos tienen, a mi juicio, los de naturaleza negativa. Pues ellos, por un lado, permiten eliminar la posibilidad de consunción del § 265 por el § 263, dado que en éste se prevé una pena inferior y no se abarca la lesión del bien supraindividual. Por otro lado, también la consunción del § 263 por el § 265, pues es absurdo sostener que un acto preparatorio consume, como hechos posteriores impunes o copenados, a la tentativa, frustración o consumación del mismo delito (81). Con todo, y pese a la relativa precariedad de sus fundamentaciones, tanto la tesis del concurso ideal (82) como la de la consunción (83) han encontrado partidarios.

15. La situación en España es significativamente distinta a la que hemos observado en el caso alemán, por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque la estafa agravada de los artículos 528-529, 4.º, contempla específicamente el supuesto en que el estafado es una compañía de seguros. Ello descarta la posibilidad —que significábamos a propósito del § 265 StGB— de que en el acto preparatorio del artículo 556 se protejan más bienes jurídicos que en los mencionados artículos 528-529, 4.º, C.P. En segundo lugar, porque ocurre que el artículo 556 alude a una segunda

(80) Pues es cierto que, en Derecho alemán, el § 263 protege sólo el patrimonio de terceros, y el § 265, el patrimonio de terceros y un bien jurídico supraindividual, al menos según la doctrina dominante. Pero entonces el concurso real no se adapta completamente a la situación, pues el patrimonio del asegurador se consideraría dos veces, en su puesta en peligro por la preparación y más tarde en la lesión. (A esto debe referirse LENCKNER: *Schönke-Schröder*, 22.ª ed., § 265, núm. 16, cuando, en contra de la tesis del concurso real habla de la existencia de «unidad valorativa» por la intención defraudatoria.) A mi juicio, la relación entre el § 265 y el § 263 puede estimarse similar en mucho a la existente, por ejemplo, entre una falsedad en documento público realizada ya con ánimo defraudatorio y la subsiguiente estafa. Lo más razonable, en estos casos, con el ordenamiento jurídico español en la mano, sería apreciar el *concurso medial* del art. 71, que aplica el mismo régimen del concurso ideal. En efecto, la situación actual en Alemania es parecida a la que existía en España, antes de la reforma de 1983, entre el acto preparatorio del art. 556 y la estafa del art. 529, 1.º. Y, a este respecto, la STS 17-3-1982 (A. 1.720) apreció entre los mismos un concurso ideal del art. 71 CP en relación de medio a fin (aprecia, en cambio, *concurso real* la STS 30-6-1976 (A. 3.277) y habla de *concurso ideal* la STS 9-4-1984 (A. 2.341). Lo cierto es, con todo, que la figura del «concurso medial» no existe en Derecho alemán, donde, por eliminación, habrá que acabar dando la razón a la tesis del concurso real, siempre que en la determinación de la pena se valore las peculiaridades de la situación.

(81) Sobre ambas cuestiones, SCHAD: *Betrügereien*, pp. 88 y 89.

(82) Cfr., por ejemplo, BLEI: *JA*, 1977, pp. 45-46; ARZT/WEBER: *BT*, p. 63.

(83) Cfr., por ejemplo, BAUMANN: *Der Versicherungsbetrug im Sinne des § 265 des Reichsstrafgesetzbuchs*, tesis, Baden-Baden, 1911, p. 82; SCHMIDHÄUSER: *BT*, p. 128, núm. 43; MAURACH-SCHROEDER: *BT*, 6.ª ed., p. 435.

alternativa de realización típica, en la que el incendio de bienes propios «causa defraudación»; esto es, que también el mismo artículo 556, y no sólo los artículos 528-529, 4.º, comprende una estafa consumada. Así las cosas, no habría en principio obstáculos para que, o bien los artículos 528-529, 4.º, o bien la segunda alternativa del artículo 556, absorbieran el acto preparatorio de este último precepto, en el caso de que tras el mismo se llegara a una estafa consumada. Sin embargo, se dan algunos problemas que es preciso resolver previamente. Por un lado, cuál de los dos preceptos aludidos prevalece. Por el otro, qué ocurre en los casos de tentativa y frustración de estafa. La primera cuestión ha sido decidida por *Bajo* en el sentido de la prevalencia del artículo 529, 4.º, que, según estima, sería *lex specialis* frente al artículo 556 (84). Tal conclusión me parece discutible. En efecto, ley especial es aquella que reproduce todas las características de otra (ley general) a la que todavía añade ulteriores notas individualizadoras; es decir, que capta más peculiaridades del hecho que la ley general. Pero entonces difícilmente puede decirse que el artículo 529, 4.º, es ley especial frente al artículo 556. Pues no reúne todos los elementos definitorios de éste añadiendo otros nuevos: al contrario, el incendio de bienes propios es más específico que la destrucción de los mismos a que se refiere el artículo 529, 4.º. Sin embargo, otro tanto ocurre a la inversa. El «causar defraudación» del artículo 556 es, en efecto, más genérico que la defraudación del asegurador a que alude el artículo 529. Incendiando bienes propios puede defraudarse a alguien más que al asegurador: así, por ejemplo, a un tercero que tenga que pagar una indemnización cuyo montante se elevaría fraudulentamente al incendiar los mencionados «bienes propios» (85). En definitiva, pues, si no se aprecia que el artículo 556 (segunda alternativa) es ley especial, no cabrá más remedio que estimar que la relación entre ambos preceptos es de alternatividad (86). De ser así, y conforme a lo dispuesto por el artículo 68 del Código Penal, la cuestión debería decidirse en favor del precepto que sancionare el hecho con la pena más grave. Este sería, en principio, el artículo 556 (prisión menor frente a arresto mayor en grado máximo). Sólo se daría una posibilidad diferente en el supuesto de entenderse que toda estafa de seguro, por repercusión sobre el colectivo de los asegurados en un incremento de sus primas

(84) BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º, p. 1239.

(85) Aunque es cierto que el art. 529, 4.º abarca, equiparándolos, los casos de defraudación de asegurador o de tercero, lo que restaría importancia a este factor de «especialidad».

(86) Esta surge cuando varias leyes contemplan el mismo hecho de un arreglo a diversos criterios, decayendo una de ellas ante la aplicación de la otra. También suele hablarse de *subsidiariedad*: cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1985, p. 606.

mas, es estafa que afecta a «múltiples perjudicados» (art. 529, 8.º). Pues, en tal eventualidad, en las estafas de seguro contempladas en el artículo 529, 4.º, concurrirían dos agravantes y la pena a aplicar sería la de prisión menor (art. 528, párr. 2.º). De cualquier modo, sin embargo, si se entra a analizar casos concretos, la opción por el artículo 556 se muestra más satisfactoria, siempre en el marco del criterio de alternatividad sentado por el artículo 68 del Código Penal (87). En conclusión, pues, parece ser que es la segunda posibilidad de realización típica del artículo 556 la que más argumentos reúne en su favor para consumir el acto preparatorio del propio artículo 556 C.P. (88). Todavía resta, sin embargo, analizar el segundo de los problemas planteados. Este hace referencia al tratamiento que deben recibir los supuestos en que el acto preparatorio prosigue en forma de tentativa o frustración de estafa, pero sin llegar a alcanzar la consumación. Por supuesto, no cabe aplicar aquí las reglas generales. Pues, de ser así, correspondería imponer una pena inferior en uno o dos grados a la estafa consumada (prisión menor), esto es, pena de arresto mayor (un grado) o multa (dos grados) (89). Y no parece admisible que la tentativa o frustración de estafa se castiguen menos que los actos preparatorios de la misma. De modo que aquí sí será inevitable la conclusión de que el artículo 556, primera alternativa (acto preparatorio), las absorbe, imponiéndose en todo caso la pena de prisión menor. Sólo tal consecuencia, ciertamente poco convincente desde la perspectiva dogmática —pero inevitable, dada la fragmentariedad e incorrección sistemática de la regulación española—, puede resultar mínimamente satisfactoria desde el punto de vista de la política criminal.

16. Comentado en tales términos el artículo 556 C.P., conviene entrar en el ámbito de la regulación legal de la estafa de seguro

(87) Así, por ejemplo, si la reclamación fraudulenta frente al asegurador se produce en un proceso, la opción por la alternativa del art. 556 permitiría apreciar concurso ideal entre éste y el art. 528/529.2.º (relativo a la estafa que se realice «con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal o administrativo análogo»). Con ello se impondría la pena de prisión menor en grado máximo (BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º p. 1238). En cambio, el optar por la alternativa de los arts. 528/529.4.º en ningún caso permitiría ir más allá de la prisión menor en general, pues el párrafo segundo del art. 528 alude a ésta como la debida cuando concurren «dos o más» de las agravantes del art. 529. Es decir, también tres: 529.2.º, 529.4.º y 529.8.º.

(88) En sentido similar quizá BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, p. 291, aunque no queda claro si, cuando se refiere al art. 556, alude a la alternativa típica constituida por el acto preparatorio o la que viene dada por la causación de defraudación. Diferente, MUÑOZ CONDE: *PE*, 6.ª ed., p. 329, quien, citando a Quintano y a la STS 21-12-1974, se inclina por el concurso ideal.

(89) Cfr. art. 74 CP, según el cual la multa de 30.000 a 300.000 pesetas es la pena última en todas las escalas graduales del art. 73.

consumada. Como habrá podido advertirse, aun aceptando la opinión sostenida en el texto, resulta que el mencionado artículo 556 (segunda alternativa) abarca muy pocos de los supuestos de estafa de seguro. Los demás —es decir, prácticamente todos— habrán de incluirse en el régimen general de la estafa, establecido en el artículo 528. A este respecto, llama en primer lugar la atención, como ya antes señalamos, la existencia de una agravante (la del art. 529, 4.º) que contempla, de nuevo parcialmente, situaciones de estafa de seguro (90). En la misma se toman en consideración, para fundamentar la agravación, determinadas formas de realización de actos preparatorios de la estafa, esto es, hechos previos al engaño. Y de nuevo, la mayoría de los actos preparatorios siguen quedando al margen. Se incluyen, ciertamente, hechos de *causación del siniestro* (destrucción, daño de cosa propia) e incluso de *aprovechamiento de un siniestro* (agravación de lesiones sufridas). Pero no son en absoluto todos ellos y, por otro lado, quedan fuera todos los supuestos en que la preparación de la estafa se acomete mediante una configuración fraudulenta del contrato de seguro. En definitiva, y si no fuera por su relación directa con el artículo 528, el artículo 529, 4.º, supondría una tipificación de actos preparatorios de estafa de seguro similar a la del artículo 556, aunque más amplia que aquélla. El requisito subjetivo «para defraudar al asegurador» junto a la ausencia de mención por parte alguna del engaño, el error, la disposición o el perjuicio lo ponen de relieve (91). Ahora bien, el artículo 529, 4.º, sólo tiene efectos en el marco de una estafa con los requisitos del artículo 528, aunque, desde luego, también en las formas típicas de tentativa y frustración (91 bis).

17. El artículo 529, 4.º, C.P. es inexplicablemente limitado. No ya sólo por la razón mencionada de que en él se haga alusión a

(90) Además de casos en los que se pretende obtener una indemnización superior a la debida de parte de un sujeto obligado a indemnizar y no vinculado por una relación de seguro.

(91) Por «asegurador», a los efectos de esta agravante, debe entenderse no sólo la compañía privada de seguros, sino también la Seguridad Social. Las estafas a la Seguridad Social que no se preparan mediante la autolesión ni la agravación de lesiones sufridas son, por otro lado, perfectamente incluíbles en el régimen general del art. 528. Respecto a todas estas estafas me parece clara la aplicabilidad de la agravante del art. 529.8.º relativa a la repercusión sobre múltiples perjudicados.

(91 bis) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º, pp. 1213-1214, sobre la discusión acerca de si los supuestos contemplados en el art. 529 son circunstancias del delito genéricamente descrito en el art. 528 o bien tipos agravados de estafa (estafas impropias) para las que no serían precisos los requisitos del aludido art. 528. La conclusión es que la redacción legal sólo permite la primera alternativa. Si bien Bajo critica tal solución por dejar impunes, en principio, hechos que, antes de la reforma de 1983, eran punibles como estafa.

... muy pocas de las modalidades de preparación de la estafa de seguro. Además, porque es preciso que los contados actos preparatorios en él mencionados hayan sido realizados por el propio asegurado (cosa propia, autolesión) (91 ter). Si los referidos actos preparatorios los realiza un tercero (92), aunque sea con la aquiescencia del asegurado, al producirse la reclamación fraudulenta de la indemnización por el propio asegurado, el tomador o el beneficiario (92 bis) no será de aplicación el artículo 529, 4.º, sino que, en principio, habrá que seguir la vía general del artículo 528. Sólo se produciría una excepción, a mi juicio, en los casos en que fuera posible hablar de *coautoría*. Es decir, en aquellos supuestos en que, en ejecución de un *plan defraudatorio unitario*, el asegurado y el tercero se distribuyeran los actos, de modo que a este último le correspondiera, por ejemplo, la destrucción de los bienes del asegurado. Pues el *principio de imputación recíproca* permitiría hacerles a ambos responsables de un delito de estafa con la agravante del artículo 529, 4.º (93). En cualquier caso, no es ésta la única situación problemática. Al contrario, la posibilidad de que el acto preparatorio lo realicen o el asegurado o un tercero, unida a la posibilidad de que el engaño lo practique el propio asegurado, el tomador o el beneficiario, da lugar a múltiples combinaciones —dependientes también de las diferentes posturas subjetivas—. Estas deben examinarse por separado.

18. A) *El asegurado realiza alguno de los actos preparatorios descritos en el artículo 529, 4.º (con el correspondiente propósito defraudatorio)*. Si a continuación es el propio asegurado quien reclama, los tipos aplicables serían los artículos 528-529, 4.º, y la pena, la de arresto mayor en grado máximo (94). Si quien reclama la indemnización es el tomador o el beneficiario del seguro, en el caso de que sean distintos al asegurado, es preciso distinguir situaciones. En primer lugar, si éstos conocían (hubiere acuerdo o no)

(91 ter) O el representante, directivo u órgano, en el caso de personas jurídicas: art. 15 bis.

(92) Incluido el tomador, en el caso de que éste sea persona diferente al asegurado. Un caso de realización del acto preparatorio por tercero es contemplado en la STS 9-4-1984 (A. 2341).

(92 bis) En principio puede realizar el engaño requerido por el tipo de estafa cualquiera de los sujetos legitimados para reclamar la indemnización sobre la base de la alegación de la producción del siniestro. Estos, según el art. 16 LCS, son tanto el *tomador* como el *asegurado* o el *beneficiario* (cfr. también art. 31 LCS). Se da también la posibilidad de que el engaño se produzca sirviéndose como medio de un *agente libre de seguros* (art. 21 LCS), en una situación de *autoría mediata*. Por último, también cabe que el engaño se cometa a través de *representante*.

(93) Un caso de *coautoría* (plan único) es el contemplado por la STS 9-4-1984 (A. 2341).

(94) Vid. *infra* nota 104. Las penas que se establezcan en adelante parten del supuesto de que la estafa llegue a consumarse.

la realización por el asegurado del acto preparatorio del artículo 529, 4.º, la pena que se les impondrá será, asimismo, la de *arresto mayor* en grado máximo (art. 528, párr. 3.º). Sin embargo, cabe que éstos ignoren algún elemento de la situación agravatoria; así, por ejemplo, que supongan erróneamente que el acto preparatorio realizado no era uno de los contemplados en el artículo 529, 4.º, o que se efectuó sin propósito defraudatorio. En tal caso, será de aplicación el artículo 6 bis, a), párrafo 1.º C.P., según el cual el *error invencible* (95) sobre un elemento que agrave la pena excluye la agravación. La pena a imponer será, pues, la de *arresto mayor* (art. 528, párr. 2.º, inc. 1.º). Por último, si el tomador o beneficiario ignora incluso el propio hecho de la provocación o simulación del siniestro en general, su conducta de reclamación de la suma indemnizatoria será impune, pues faltará el dolo de engaño (dolo de estafa) y la estafa no puede cometerse por imprudencia (96).

B) *El asegurado favorece con o sin propósito defraudatorio la estafa con un acto preparatorio doloso o imprudente distinto de los previstos en el artículo 529, 4.º, o bien con uno de los regulados en este tipo, pero sin propósito defraudatorio* (97). Si a continuación es el propio asegurado quien reclama la indemnización falsando la declaración del siniestro, la pena que corresponderá será la de la estafa común del artículo 528 (arresto mayor), pues, sin duda, concurrirán todos los elementos de ésta (98). Si quien reclama es, en cambio, el tomador o el beneficiario —distintos al asegurado—, de nuevo conviene distinguir. Porque en el caso de que éstos conozcan que el asegurado provocó el siniestro, será de aplicación sólo la pena de la estafa común, dado que no concurre ya el *fundamento objetivo* de la agravación del artículo 529, 4.º. La pena del artículo 528, párrafo 2.º, inciso 1.º, será de aplicación *sin* cuando tomador o beneficiario hubiesen supuesto erróneamente la concurrencia de la agravante del artículo 529, 4.º. Pues la suposición errónea de elementos accidentales que agravan la pena es irrelevante, dando lugar a la imposición de la pena del delito base (99). Por último, si el tomador o beneficiario ignoran incluso el propio hecho de la provocación o simulación del siniestro, de

(95) En el caso de tratarse de un *error vencible* también se excluye la agravación: cfr., por ejemplo, MIR PUIG: PG, pp. 211 y 212.

(96) Pues es un delito de tendencia interna trascendente (con elemento subjetivo del injusto: ánimo de lucro injusto).

(97) Ejemplo de una provocación dolosa del siniestro, pero sin ánimo defraudatorio, es el supuesto contemplado en la STS 22-2-1985 (A. 1524). Falta, además, el propósito *defraudatorio* cuando se quiere provocar que el asegurador pague a alguien que, por obrar de buena fe, tiene derecho a la prestación. En tal caso sólo podría hablarse de propósito de *perjudicar al asegurador*, lo que no es lo mismo. Vid. *infra* nota 104.

(98) Vid. *infra* nota 104.

(99) Cfr. MIR PUIG: PG, p. 212.

nuevo habrá que afirmar la impunidad de su conducta por falta de dolo de engañar (100).

C) Quien favorece la estafa con actos preparatorios de provocación o simulación es un tercero diferente al asegurado (p. ej., tomador, beneficiario u otros), ya lo hagan con ánimo defraudatorio, ya dolosamente pero sin tal ánimo, ya de modo meramente imprudente. Si a continuación quien reclama la indemnización es el asegurado, conviene diferenciar. Pues si éste conoce el hecho de tal provocación y no lo desvela en su declaración, la pena a aplicar será la de la estafa común (art. 528, párr. 2.º, inc. 1.º). En cambio, si desconoce tal provocación, el asegurado quedará impune (101). Si quien reclama es el beneficiario, y él provocó el siniestro, se aplicará, sin duda, la pena de arresto mayor (art. 528, párr. 2.º, inciso 1.º). Si quien provocó el siniestro fue un tercero (tomador u otros), habrá de nuevo que diferenciar según que el beneficiario lo supiera o no, y desprender de ello las mismas conclusiones que hemos derivado para las anteriores situaciones (impunidad o arresto mayor). Por último, si quien reclama es el tomador (para beneficiar al asegurado), habiendo provocado él o conociendo la provocación por parte de otro tercero, el tema decisivo es si cabe aplicar la pena de arresto mayor (102). Pues, evidentemente, engaño hay (103). Pero no está tan claro que concorra ánimo de lucro. El problema tiene mayor alcance que las situaciones aquí contempladas (104). Se trata, en general, del tema de la estafa en beneficio de tercero. Esta es, sin duda, posible (105). Pero lo importante a propósito de ella es si puede hablarse de ánimo de lucro cuando lo que se pretende es provocar que se efectúe la prestación indemnizatoria a un tercero que, en principio, tiene derecho a recibirla. En el caso de los seguros se pierde el derecho a la indemnización

(100) Sobre el dolo en la estafa, cfr. VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa: delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, tesis mecanografiada, Barcelona, 1986, p. 484.

(101) Aunque ciertamente habría un perjuicio para el asegurado. Este, pues, podría repetir civilmente contra el causante del siniestro quien, además, podría ser sancionado penalmente si la conducta de causación del siniestro es, de por sí, un delito. Esto es válido de modo general para la situación en que se provoca el siniestro, con independencia de la relevancia penal de la posterior reclamación indemnizatoria.

(102) Art. 528, párrafo segundo, inciso primero.

(103) Se engaña dolosamente siempre que, conociendo el verdadero origen del siniestro, el sujeto capacitado para la reclamación no lo declara en ésta.

(104) Situaciones a las que debería añadirse el caso de que quien reclama sea el asegurado, existiendo un beneficiario distinto a él mismo: ejemplo 1) tomador provoca; asegurado reclama en favor del beneficiario; ejemplo 2) asegurado provoca; asegurado reclama en favor del beneficiario.

(105) Cfr. por todos, BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º, pp. 1172, 1175; SCHAD: *Betrügereien*, p. 97; LACKNER: *LK*, 10.ª ed., § 265, núm. 5.

si el que va a recibirla ha tenido algo que ver con la provocación del siniestro, o no lo ha impedido pudiendo, o no ha informado suficientemente al asegurador, o habría practicado de mala fe un seguro doble o sobreseguro. Fuera de estas situaciones, se tiene derecho a percibir la prestación. Y si es otro sujeto el que, provocando y engañando, da lugar a la disposición patrimonial por parte del asegurador, difícilmente podrá hablarse de estafa. Ello parece claro en Alemania, en donde el ánimo de lucro se entiende como «propósito de conseguir para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica» (106). Pero también en España parecen ir las cosas en el mismo sentido y la doctrina entiende el ánimo de lucro como ánimo de lucro injusto (107). En conclusión, si es el tomador quien provoca el siniestro y engaña, y el asegurado tenía derecho a la prestación, lo cierto es que el tomador no ha defraudado al asegurador, sino que le ha perjudicado. Así pues, y con independencia de que la conducta del tomador sea constitutiva de algún delito distinto, sólo existirá por parte del asegurador el derecho a repetir contra él por la cantidad en que ha debido indemnizar al asegurado (108). Por último, si el tomador reclama sin conocer la provocación por parte de tercero, ya no habrá estafa, de nuevo por falta de dolo de engañar.

19. Las observaciones anteriores partían de considerar que la única agravante de las contempladas en el artículo 529 C.P. que puede ser de aplicación en algunos de los supuestos de estafa de seguro es la del artículo 529, 4.º. Sin embargo, es posible que no sea así. Cabe, en efecto, considerar la posibilidad de que las conductas de estafa de seguro realicen lo descrito en otras agravantes. En particular, las de los números 2.º, 7.º y 8.º del artículo 529. De modo general, se halla el artículo 529, 8.º, relativo a las estafas que afecten a «múltiples perjudicados». Ciertamente, la estafa de seguro no guarda ninguna relación con esta agravante en la interpretación que de la misma ha venido efectuando la doctrina, reduciéndola a los supuestos de «delito masa», esto es, de pluralidad de sujetos pasivos (109). Sin embargo, como es sabido, los conceptos de sujeto pasivo y de perjudicado no son coincidentes. El primero es un concepto jurídico-penal y se refiere al titular del interés

(106) § 263 StGB.

(107) Cfr. por todos, ANTÓN ONECA: *NEJ*, tomo IX, p. 70: Así, no hay estafa si se recupera mediante engaño algo de lo que otro se había apropiado indebidamente. Sólo la violencia y la intimidación dan lugar a la «realización arbitraria del propio derecho» (art. 337 CP); GÓMEZ BENTÉZ: *ADPCP*, 1985, p. 333.

(108) Cfr. VALLE MUÑIZ: *El delito*, pp. 500 y 502, acerca de cómo la falta de ánimo de lucro deja subsistente el ilícito civil.

(109) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ: *P. E.*, p. 237; BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º, pp. 1249-1250.

jurídico) lesionado por el delito; el segundo, en cambio, es un concepto jurídico-civil que alude a quienes soportan consecuencias perjudiciales más o menos directamente derivadas del delito (110). Gramaticalmente, pues, el enunciado legal permite su extensión a todos los casos en que existe una pluralidad de afectados civilmente por el hecho. Lo que daría lugar a su aplicación en todos los casos de estafa de seguro. En efecto, debido a la peculiaridad de la relación de seguro, y como ya sabemos, toda estafa en esta materia redonda en un incremento de las primas del colectivo de asegurados, debido al aumento de los porcentajes de riesgo por la producción del siniestro. En conclusión, sería posible que toda estafa de seguro, incluso la que no se puede encuadrar en el artículo 529, 4.º, se castigue con la pena de arresto mayor en grado máximo, como consecuencia de la relación de los artículos 528-529, 8.º (111).

20. En segundo lugar, pueden darse, desde luego, situaciones de estafa de seguro en las que la reclamación fraudulenta de la indemnización se produzca en el marco de un proceso. Ello daría lugar a la aplicación de la agravante 2.ª del artículo 529, relativa a la denominada «estafa procesal» (112). En el caso de que la mencionada estafa fuera provocada en los términos del artículo 529, 4.º, podría imponerse la pena de prisión menor (113). Muñoz Conde, sin embargo, ha señalado la incompatibilidad de los argumentos de los números 2.º y 4.º del artículo 529 (114). Pero tal opinión es discutible. Pues hay que tener en cuenta que el fundamento de la agravante del número 2.º es que en el supuesto no sólo se ve afectado el patrimonio, sino también el funcionamiento de la Administración de Justicia (115). Además, ocurre que el artículo 529, 4.º, no abarca toda la estafa de seguro y los casos que engloba se contemplan con independencia de que la reclamación se produzca por vía extrajudicial o judicial. En conclusión, no se advierten obstáculos para la aplicación concurrente de las dos agravantes (116).

(110) Cfr. MIR PUIG: *EG*, p. 163.

(111) Art. 528, párrafo 3.º. Si coinciden el 529.4.º y el 529.8.º, la pena será de prisión menor (art. 528, párrafo 2.º, inciso segundo).

(112) Art. 529.2.º: «cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal (o) administrativo análogo». Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º, p. 1238.

(113) La pena podría ya ser de prisión menor por la concurrencia de las agravantes de los núms. 2 y 8 del art. 529, desde luego (art. 528, párrafo 2.º, inciso segundo). Sentado que la agravante del art. 529.8.º concurre en toda estafa de seguro, basta con cualquier otra agravante para poder imponer la pena de prisión menor.

(114) MUÑOZ CONDE: *PE*, 6.ª ed., p. 253.

(115) BUSTOS RAMÍREZ: *PE*, p. 234.

(116) También se da la posibilidad de una sucesión. Ejemplo: 1.ª reclamación extrajudicial / 2.ª reclamación judicial, lo que daría lugar a un con-

21. Por último, todavía cabe hablar de una agravante que, al menos teóricamente, sería de aplicación en las estafas de seguro. Se trata de la del número 7.º del artículo 529, relativa a que la estafa «revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación». Desde luego, esta agravante debe ser de apreciación muy excepcional. No ya sólo por su propia naturaleza (117), sino todavía más aquí en la medida en que si se admite —y debido a la concurrencia de la agravante del núm. 8.º— daría lugar a la imposición de la pena más alta que cabe en materia de estafa: prisión mayor (118). Ello obliga a ser extraordinariamente prudente con la mencionada agravante, lo que en la práctica se traducirá en su inadmisión en los casos de estafa de seguro. Sobre todo si, como cree Bajo, para considerar la *gravedad* debe tenerse en cuenta el caso concreto y la situación de la víctima (119). Pues, como es obvio, la compañía de seguros difícilmente se vería afectada de modo grave por una sola estafa, por muy elevada que ésta sea. En cualquier caso, es preciso señalar que la tesis de Bajo no es compartida por toda la doctrina y jurisprudencia. Así, Rodríguez Devesa (120) entiende que la concurrencia de esta agravante debería apreciarse de modo exclusivamente objetivo, pues a la situación de la víctima ya se atiende en el número 5.º del artículo 529. Y de acoger la propuesta de Rodríguez Devesa —aunque con vacilaciones— y de la jurisprudencia, en muchas estafas de seguro cabría apreciar esta agravante (más de un millón de pesetas) (121).

22. Con lo anterior, se llega al fin de las consideraciones dogmáticas relativas a la regulación española en materia de estafa de seguro (122). Corresponde, pues, a continuación, enfocar la cues-

curso real de estafa intentada en la primera fase y estafa, en el grado que se estime, en la segunda fase, ésta con la agravante del art. 529.2.º

(117) BUSTOS RAMÍREZ: *PE*, pp. 198, 237.

(118) Art. 528, párrafo 2.º, inciso 3.º.

(119) BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º, p. 1248.

(120) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español. Parte especial*, 9.ª ed., Madrid, 1983, pp. 492-493.

(121) El propio RODRÍGUEZ DEVESA: *PE*, 9.ª ed., p. 493, manifiesta, con todo, sus dudas ante lo impreciso del precepto y sólo señala que el mínimo debe fijarse en el millón de pesetas en todo caso. Vid. referencias jurisprudenciales en QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho penal español. Parte especial*, vol. II, Barcelona, 1986, p. 316, en las que la cifra del millón de pesetas viene a ser la determinante.

(122) En resumen, en materia de estafa de seguro pueden aplicarse, según los casos, los siguientes preceptos: 1) art. 556 (prisión menor); 2) art. 528/529.8.º (arresto mayor en grado máximo); 3) arts. 529/529.8.º/529.2.º (prisión menor); 4) arts. 528/529.8.º/529.4.º (prisión menor); 5) arts. 528/529.8.º/529.7.º (prisión mayor); 6) arts. 528/529.8.º/529.2.º/529.4.º (prisión menor); 7) arts. 528/529.8.º/529.2.º/529.7.º (prisión mayor); 8) arts. 528/529.8.º/529.4.º/529.7.º (prisión mayor); 9) arts. 528/529.8.º/529.4.º/529.2.º/529.7.º (prisión mayor).

Aparte, debe mencionarse la posible aplicación de los preceptos relativos

tión desde una óptica político-criminal y de reforma legislativa. Ello sin demasiada confianza en que la reforma de la ley penal sea el instrumento más idóneo para combatir la estafa de seguro. Probablemente los medios más eficaces no revisten naturaleza criminal, sino que vienen, más bien, constituidos por la imposición de sanciones civiles como consecuencia de la infracción de obligaciones formales o por el establecimiento de cláusulas de garantía (123). De todos modos, no cabe duda de que una regulación más coherente, completa y satisfactoria desde la perspectiva axiológica podría contribuir en mucho al fin señalado. A este respecto, el punto clave en el seno de la reflexión político-criminal sobre la estafa de seguro es el de si los aseguradores, en tanto que víctimas de un delito de estafa, merecen una protección especial frente a la recibida por los restantes titulares patrimoniales (124). El tema es, sin duda, esencial. Pues sólo en el caso de darse una respuesta afirmativa se podrá pasar a discutir en qué debe traducirse la mencionada protección especial: si en la anticipación de las barreras de protección abarcando los actos preparatorios, si en una tipificación especial o en un régimen de agravantes. Si la respuesta, en cambio, es negativa, no cabrá sino sostener que el régimen general de la estafa debe aplicarse, sin mayores consideraciones, también a la estafa de seguro. También es posible, de todos modos, una tercera vía matizada, según la cual habría que distinguir entre la estafa al seguro público (social) y la estafa al seguro privado. Tal es la seguida por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (P.A.N.C.P.) de 1983. Esta se caracteriza por la desaparición de preceptos como los vigentes artículos 529, 4.º, ó 556, de modo que toda estafa de seguro recibiría la misma pena que la estafa común. Un régimen especial se prevé tan sólo para la defraudación al seguro público, ubicada entre los delitos socioeconómicos. Pero, significativamente, se trata de un régimen privilegiado: pena de multa de

a las falsedades. En efecto, como reconocen las STS de 27-5-1974, 14-6-1974 y 22-2-1985, el *parte de siniestro* es documento mercantil. Ello significa que, siempre que en el mismo se falte a la verdad en la narración de los hechos, entrarán en juego los arts. 303/302.4.º CP (prisión menor y multa). De modo que, en toda estafa de seguro, los preceptos de la estafa se hallarán en relación concursal de medio a fin con los de las falsedades en documentos públicos, oficiales o de comercio (art. 71 CP).

(123) A ellas alude FARNY: *Das Versicherungsverbrechen*, pp. 43 ss.: negación de la prestación indemnizatoria en los casos en que se han incumplido algunas de las obligaciones propias de las situaciones de siniestro (denuncia, información y disminución del daño), cláusulas de reconstrucción en caso de seguro de edificios, franquicias para el caso de seguro de edificios antiguos, etc.; también, KREUZHAGE: *VW*, 1947, p. 193, señala que, en muchos casos, las medidas preventivas (ejemplo, rechazar solicitudes, introducir cláusulas de seguridad), pueden ser lo más eficaz.

(124) Plantean la cuestión SCHROEDER: *JR*, 1975, p. 75; LACKNER: *LK*, 10.ª ed., § 265, núm. 12; ZIFF: *Introducción*, p. 100, entre otros.

seis a doce meses, frente a prisión de seis meses a cuatro años en la estafa común (art. 243 P.A.N.C.P.). Así, el artículo 292 P.A.N.C.P. dispone que «el que fraudulentamente obtuviere prestaciones de desempleo u otras de la Seguridad Social, indebidas o superiores a las que le correspondan o prolongue el disfrute de las mismas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses, teniendo en cuenta para su fijación el importe de lo defraudado, siempre que exceda de 100.000 pesetas» (125).

23. Las posturas doctrinales acerca de la necesidad de una especial protección penal de los aseguradores, expresada ya en una anticipación, ya en una intensificación de la misma, se hallan enfrentadas. Un sector minoritario se muestra en contra de tal protección especial (126). La doctrina dominante, en cambio, ha tomado posición a favor de la misma, por entender que la estafa de seguro constituye un delito socioeconómico (127). Tal carácter económico del delito de estafa de seguro suele fundamentarse actuando a dos razones. Así, por un lado, se señala que la estafa al asegurador al repercutir sobre el colectivo de asegurados en forma de incremento de las primas debe estimarse como un «Wirtschaftsdelikt», un delito contra la comunidad, susceptible de recibir una pena agravada (128). Por otro lado, se alude a que dicha estafa no sólo atenta contra el bien jurídico constituido por el patrimonio del asegurador, sino que también vulnera la capacidad de prestación social de la compañía de seguros que sirve a la comunidad (129). Ello la convertiría en un delito contra el orden económico en sentido amplio, entendiendo por tal la «regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios» (130). A ambas razones cabe contraponer algunas consideraciones. Así, respecto a la primera, es posible poner de manifiesto, en la línea de Schroeder, que el colectivo de asegurados no es tan

(125) Se observa en este precepto una descripción mucho más genérica y menos detallada de los requisitos de la estafa.

(126) Cfr., por ejemplo, SCHROEDER: *JR*, 1975, p. 73; ARZT/WEBER: *BT*, p. 60; en España, BUSTOS RAMÍREZ: *PE*, p. 236, criticando la introducción de la agravante del art. 529.4.º.

(127) Cfr. GEERDS: *Welzel-F*, pp. 853-854; Groß/GEERDS: *Handbuch*, I, p. 327; KAISER: *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1980, p. 485.

(128) SCHAD: *Betrügereien*, pp. 107-108; SUCHAN: *Die Verbrechen*, p. 84.

(129) KOHLHAAS: *VR*, 1965, p. 4; SUCHAN: *Die Verbrechen*, p. 98; GEERDS: *Welzel-F*, pp. 852, 855; SCHAD: *Betrügereien*, p. 113; SCHROEDER: *JR*, 1975, p. 71; LACKNER: *LK*, 10.ª ed., § 265, núm. 1; SCHMIDHÄUSER: *BT*, 2.ª ed., p. 177, núm. 41; ARZT/WEBER: *BT*, p. 59; BAJO FERNÁNDEZ: *Comentarios*, V, 2.º, p. 1236; OTTO: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 2.ª ed., Berlín-New York, 1984, p. 280; LENCNER: *Schönke-Schröder*, 22.ª ed., § 265, núm. 1. En contra, SAMSON: *SK*, *BT*, 3.ª ed., § 265, núm. 1.

(130) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *Derecho penal económico*, Madrid, 1978, p. 40.

amplio como «la comunidad» en general (131). Además, que en absoluto está claro que un delito económico cuyo montante es igual al de otro delito contra un patrimonio individual haya de recibir una pena mayor (132). En cuanto a la segunda, es preciso insistir en que en la estafa al asegurador privado la vertiente decisiva es la patrimonial y que las consideraciones de orden socioeconómico desempeñan un papel muy secundario; ocurre aquí, pues, lo mismo que, en general, en las estafas (133). Las dos clases de consideraciones son suficientes, a mi juicio, para rechazar que la estafa en el seguro privado constituya un delito socioeconómico. En cambio, tal carácter socioeconómico debe predicarse, sin duda, de la estafa en el seguro público. En ella se dan, ciertamente, con mucha mayor claridad, los elementos de repercusión sobre la comunidad y sobre el orden económico general que definen a las infracciones socioeconómicas. De ahí que haya que aplaudir la regulación especial del artículo 292 P.A.N.C.P. 1983, con independencia de las críticas que pueda merecer su penalidad privilegiada respecto al tipo general de estafa.

24. Si bien la estafa en el seguro privado no es un delito socioeconómico, lo cierto es que presenta peculiaridades que la singularizan respecto a las demás estafas en sentido agravatorio. Sin ir más lejos, hay que aludir al hecho de que acabe perjudicando a un amplio colectivo de personas y al de que repercuta negativamente en el funcionamiento de una institución esencial en el orden económico como es el seguro. Ello me parece suficiente para justificar un régimen especial agravado en los casos de estafa de seguro que nos ha venido ocupando. Tal regulación especial, sin embargo, no me parece que deba extenderse hasta la punición de actos preparatorios (134). Si éstos son impunes en delitos mucho más graves, no se dan razones axiológicas para que sean sancionados en estos casos. Y tampoco los argumentos relativos a la dificultad del descubrimiento de estos hechos (135) me parecen suficientes, pues también se dan en otros delitos y no por ello se ha pensado en castigar ya la fase preparatoria. Una vez establecido que sólo debe castigarse la fase ejecutiva, la duda radica en dilucidar si esto ha

(131) SCHROEDER: JR, 1975, p. 73: más aún, añadá que, al repercutir sobre terceros, el daño se diluye y el que aquéllos sufren es relativamente leve.

(132) Se trata del conocido ejemplo académico relativo a si es más grave una estafa de un millón de pesetas a una persona o una estafa de una peseta a un millón de personas.

(133) Sobre el carácter prevalentemente patrimonialista de la estafa, cfr. VALLE MUÑOZ: *El delito*, p. 157.

(134) En esta línea, SUCHAN: *Die Verbrechen*, pp. 83, 84, 100, 101, 102. En contra, SCHAD: *Betrügereien*, pp. 117, 118, 120, 121; KOHLHAAS: *VR*, 1965, pp. 8-9.

(135) SCHAD: *Betrügereien*, pp. 121-122; en contra, SUCHAN (vid. nota 134).

de producirse mediante la creación de un tipo especial o simplemente introduciendo una agravante en el marco del tipo básico de estafa. A mi juicio, esto último puede ser perfectamente suficiente para poner de manifiesto que nos hallamos, si no ante un delito económico, sí ante un *delito contra el patrimonio* de especial trascendencia social (136). Se trataría así de integrar en una sola agravante los contenidos de desvalor específicos de la estafa de seguro: las ideas de «maquinación en el marco de la relación de seguro» y de «múltiples perjudicados». Ello de modo que el resultado fuera similar al que ahora deriva de la concurrencia de las agravantes 4.ª y 8.ª del artículo 529, esto es, la pena de *prisión menor* (137).

(136) En esta línea, SUCHAN: *Die Verbrechen*, p. 102; RANFT: *Jura*, 1985, p. 402.

(137) Pero aplicable a todas las estafas de seguro, superando el carácter parcial y fragmentario del vigente art. 529.4.º.