

¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos
de organización ajenos?
Acerca de la distribución de riesgos conforme
al § 263 StGB en casos de errónea acreditación
en cuenta y constelaciones emparentadas (*)

MICHAEL PAWLIK (**)

I. LOS GRUPOS DE CASOS PROBLEMÁTICOS

En una sentencia del 8 de noviembre de 2000 que ha concitado mucha atención, el BGH (1) decidió que desde el punto de vista de la estafa, por principio, el aprovechamiento de una *errónea acreditación en cuenta* no debería ser tratado de modo distinto que el aprovechamiento de una *transferencia hecha por error*: en ambas constelaciones de casos faltaría regularmente el engaño típico de la estafa (2). Ya en

(*) Título en alemán: *Täuschung durch die Ausnutzung fremder Organisationsmängel? Zur Risikoverteilung gemäß § 263 StGB in den «Fehlbuchungsfällen» und verwandten Fallkonstellationen*; publicado en: D. Dölling (a cargo de la ed.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, pp. 689 ss. Traducción de Paola Dropulich.

(**) Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho, Universidad de Regensburg (al momento de la publicación, Universidad de Rostock).

(1) BGHSt 46, pp. 196 ss.; con comentarios de GEPPERT, JK 2001, StGB, § 263/58; HEFENDEHL, NSTZ 2001, pp. 281 ss.; HEGER, JA 2001, pp. 536 ss.; JOERDEN, JZ 2001, pp. 614 ss.; KRACK, JR 2002, pp. 25 ss.; MARXEN, <http://www.rewi.hu-berlin.de/Lehrstuehle/Marxen/fall.html>, y RANFT, JuS 2001, pp. 854 ss.

(2) Del mismo modo, JOECKS, Studienkommentar StGB, 3a ed., 2001, § 263, nro. marg. 43 ss.; KINDHÄUSER, en: Nomos Kommentar zum StGB, 1994 ss., § 263, nro. marg. 176; *el mismo*, Lehr- und Praxiskommentar StGB, 2002, § 263, nro. marg. 75; LACKNER/KÜHL, StGB, 24a ed., 2001, § 263, nro. marg. 9; SAMSON/GÜNTHER, en: Systematischer Kommentar zum StGB, 1994 ss., § 263, nro. marg. 37;

un fallo anterior, el BGH había llegado a esta conclusión para la situación de la transferencia hecha por error –una transferencia eficazmente realizada, pero a la que no le subyace una pretensión jurídica material, lo cual no es advertido por el transferente– (3). En su decisión del año 2000, el tribunal puso ahora en claro que lo mismo valdría también para las acreditaciones erróneas, en las cuales el Banco, a causa de un error contable interno, asienta incorrectamente un activo en la cuenta del cliente. Con ello se produce una fractura tanto con la anterior jurisprudencia de los tribunales superiores regionales (4), como también con la doctrina dominante hasta el momento (5); el «riesgo general de la vida de los Bancos» se ha elevado desde entonces (6).

Los casos en los cuales el autor se aprovecha de negligencias de la parte perjudicada en la realización de transacciones financieras ciertamente no están limitados al ámbito del servicio de transferencias. Problemas semejantes pueden plantearse, a modo de ejemplo, también en las operaciones de cheques. Así, en el año 2001, el BGH hubo de decidir la cuestión de si comete un engaño típico del delito de estafa, quien presenta un cheque con el que se exige el pago de una deuda que, como él sabe, no existe más (7). Acorde con su tendencia a interpretar restrictivamente el requisito del engaño –demostrada en los casos de transferencia–, el tribunal considera que ese elemento

KREY/HELLMANN, *Strafrecht Bes. Teil*, Tomo 2, 13a ed., 2002, nro. marg. 364a; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 6a ed., 2002, § 51, nro. marg. 16; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht Bes. Teil/2*, 25a ed., 2002, nro. marg. 498; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 160; GEPPERT (*supra* nota 1), § 263/58; HEFENDEHL, *NStZ* 2001, pp. 281 ss.; KRACK, *JR* 2002, pp. 25 ss.; MARXEN (*supra* nota 1), pp. 5 s.; SCHMOLLER, *StV* 1994, pp. 191 ss.; probablemente también BOCKELMAN, *ZStW* 79 (1967), pp. 47 s.; detalladamente además GÖSSEL, *Strafrecht Bes. Teil*, Tomo 2, 1996, § 21, nro. marg. 93, 97 s.; HEGER, *JA* 2001, pp. 536 ss.; JOERDEN, *JZ* 2001, pp. 614 ss.; RANFT, *JuS* 2001, pp. 854 ss.

(3) BGHSt 39, pp. 392 ss.; con comentarios de GEPPERT, *JK* 1994, StGB, § 263/40; JOERDEN, *JZ* 1994, pp. 422 ss.; NAUCKE, *NJW* 1994, pp. 2809 ss.; y SCHWANE, *JA* 1994, pp. 541 s. –Con esta decisión coincide la opinión casi unánime en la literatura; referencias en nota 57–.

(4) OLG KÖLN, *NJW* 1961, pp. 1735 s.; *NJW* 1980, p. 2366; OLG KARLSRUHE, *Justiz* 1978, pp. 173 s.; OLG STUTTGART, *NJW* 1979, pp. 2321 s.; OLG CELLE, *StV* 1994, pp. 188 ss.

(5) CRAMER, en: *Schönke/Schröder*, StGB, 26a ed., 2001, § 263, nro. marg. 16c; *Tröndle/Fischer*, StGB, 50a ed., 2001, § 263, nro. marg. 7; TIEDEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11a ed., 1992 ss., § 263, nro. marg. 41; *el mismo*, 50 Jahre Bundesgerichtshof (BGH-FG), 2000, pp. 553 s.; HOHMANN/SANDER, *Strafrecht Bes. Teil I*, 2a ed., 2000, § 11, nro. marg. 28; RENGIER, *Strafrecht Bes. Teil I*, 5a ed., 2002, § 13, nro. marg. 8 *in fine*; KÜHL, *JA* 1979, p. 683; MÜLLER, *JR* 1979, pp. 473 ss.; PUTZO, *JuS* 1978, p. 551.

(6) Correctamente, JOERDEN, *JZ* 2001, p. 614.

(7) BGH, *NStZ* 2002, pp. 144 s.

típico regularmente no se cumple en el caso del cobro de un cheque sujeto a repetición. A las constelaciones previamente mencionadas están emparentados aquellos casos bien conocidos, en los cuales alguien se aprovecha del descuido de su *partner* en la comunicación al entregar dinero. Según la opinión –entretanto– casi generalizada, no comente estafa aquel que sin hacer comentario recibe de vuelto, como él reconoce, una suma de dinero demasiado elevada (8). ¿Pero qué sucede cuando, más allá de ello, interviene activamente en la transacción? En ese caso, según la opinión de la jurisprudencia, es susceptible de ser penado por estafa (9); la doctrina aboga también en esa medida por mayor reserva (10).

Con ello quedan nombradas las constelaciones de casos que forman el objeto de las siguientes consideraciones. No son sólo su actualidad y su importancia práctica las que le proporcionan derecho a un debate científico profundizado. Antes bien, en ellas se torna visible, como en un vidrio ustorio, la *problemática general* del elemento del engaño típico: ¿según qué criterios se deben distribuir en el ámbito del § 263 StGB los «riesgos de orientación» (*Lackner*) y su contrapartida, las competencias de información? (11) ¿Depende ello de la clasificación de una conducta como «engaño concluyente» o como «engaño por omisión»? La presente exposición acerca de estas cuestiones está dedicada a Ernst Joachim Lampe, un hombre de ciencias que hizo del derecho penal económico –y aquí en particular del tipo penal de la estafa y de los delitos semejantes a la estafa– uno de los puntos centra-

(8) BGH, JZ 1989, pp. 550 s.; OLG Frankfurt, NJW 1971, p. 527; OLG Düsseldorf, NJW 1969, pp. 623 s.; OLG Köln, NJW 1980, pp. 2366 s.; AG Bremerhaven, JZ 1967, pp. 370 s.; CRAMER, en: *Schönke/Schröder* (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 17a; TRÖNDLE/FISCHER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 13; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 173; LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 64, p. 67; KÜPER, Strafrecht Bes. Teil, 5a ed., 2002, p. 272; *Otto* (*supra* nota 2), § 51, nro. marg. 17; WESSELS/HILLENKAMP (*supra* nota 2), nro. marg. 507; RENGIER (*supra* nota 5), § 13, nro. marg. 7; en extenso, BLEI, Strafrecht II (Bes. Teil), 12a ed., 1983, p. 223; KAISER, NJW 1971, pp. 601 s.; críticamente, también RANFT, Jura 1992, p. 67.

(9) Cfr. BGH (*Dallinger*), MDR 1953, p. 21; OLG Hamm, MDR 1968, p. 778; OLG Frankfurt, NJW 1971, pp. 527 s.; OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527 s.; más restrictivo, OLG Köln, NJW 1980, pp. 2366 s.

(10) KÜHNE, Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?, 1978, p. 18; JOERDEN, JZ 1988, pp. 104 s.; VOLK, JuS 1981, pp. 882 s.; probablemente también BÖHM, NJW 1971, pp. 1143 s.

(11) LACKNER, en: Leipziger Kommentar zum StGB, 10a ed., 1985 ss., § 263, nro. marg. 29, 50, 69.

les de su obra científica, y que ha contribuido sustancialmente al desarrollo posterior de este ámbito jurídico (12).

II. LOS «CASOS DE ERRÓNEA ACREDITACIÓN EN CUENTA»

1. Argumentación del BGH: análisis y crítica

Dentro de la dogmática del delito de estafa es en gran medida indiscutida la proposición de que el riesgo de que no exista una deuda, en principio, ha de soportarlo quien cumple la prestación (13). Por ello, la mera recepción de la prestación no implica, como es sabido, afirmar la existencia del derecho respectivo (14). Pero algo distinto ocurriría, según la concepción tradicional, tan pronto como el receptor de la prestación vaya más allá de esa mínima intervención, en especial al «exigir» de alguna forma la prestación no debida: al hacerse valer una deuda se afirmarí, a la vez, la existencia de los hechos en que se funda el derecho. En una escueta, pero –a causa del carácter difuso del límite entre afirmaciones sobre hechos y opiniones jurídicas– a la vez también imprecisa formulación: la exigencia de una prestación contendría la afirmación concluyente de la existencia de la deuda (15). De

(12) Remítase a las siguientes contribuciones: «Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft», FS Maurach, 1972, pp. 375 ss.; «Die strafrechtliche Behandlung der sog. Computer-Kriminalität», GA 1975, pp. 1 ss.; «Erfordert die Bekämpfung der sogenannten Computerkriminalität neue strafrechtliche Tatbestände?», en: Bundesminister der Justiz (Ed.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, tomo XII (1977), Anexo 3; «Strafrechtliche Aspekte der “Unterschrifterschleichung” durch Provisionsvertreter», NJW 1978, pp. 679 ss.; «Der Kreditbetrug (§§ 263, 265 b StGB)», 1980; «Falsches Glück», JuS 1994, pp. 737 ss.

(13) BGHSt 39, pp. 392, 398; OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527, 2528; TRÖNDLE/FISCHER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 13; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 39; WESSELS/HILLENKAMP (*supra* nota 2), nro. marg. 513.

(14) BGHSt 39, pp. 392, 398; BGH, JZ 1989, p. 550; OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527, 2528; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 17a; JOECKS (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 32; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 173; LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 33; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 39; RENGIER (*supra* nota 5), § 13, nro. marg. 7; WESSELS/HILLENKAMP (*supra* nota 2), nro. marg. 507, 513.

(15) OLG Köln, NJW 1961, pp. 1735 s.; NJW 1987, pp. 2527, 2528; OLG Celle, StV 1994, pp. 188, 189; OLG Hamm, NStZ, pp. 130, 131; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 16c; LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg.

la presentación de una orden de pago o de transferencia se deduce, sobre la base de estas suposiciones de la opinión dominante hasta el momento, el contenido declarativo tácito de que para la suma a pagar o a transferir existiría suficiente cobertura en la cuenta (16). Ello faltaría cuando el derecho al pago que hace valer el respectivo titular de la cuenta, de ninguna manera le corresponde a éste en sentido jurídico-material. Precisamente éste sería el caso en el supuesto de aprovechamiento de una errónea acreditación en cuenta. Una acreditación errónea sería civilmente ineficaz y, por consiguiente, no fundamentaría un derecho a obtener el pago por parte del (supuesto) beneficiario (17). El titular de una cuenta que se aprovecha de una acreditación errónea, es decir, que retira o transfiere dinero que por error –sin tener por base una orden de transferencia– ha sido acreditado en su cuenta, sería, por esta razón, punible por estafa (18).

El BGH contradice esta interpretación en el fallo mencionado al comienzo. *En primer lugar*, la Sala se dirige allí contra la tesis de la ineficacia jurídico-civil de la acreditación errónea. Se pronuncia a favor de la concepción, consolidada entretanto en la jurisprudencia y doctrina civiles, que reconoce que también la acreditación errónea produciría «derechos al abonarse el importe en la cuenta» (19). La comunicación de un abono en cuenta, efectuada por un Banco, representaría por regla general una promesa de pago o un reconocimiento de deuda frente al cliente (20). El ejercicio del derecho a asentar un débito compensatorio, que le corresponde al Banco según las AGB Banken 8, párr. 1, sólo tendría por consecuencia la eliminación retro-

39; KÜPER (*supra* nota 8), pp. 271 s.; MÜLLER, JR 1979, p. 473; atenuadamente, KIN-DHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 175 («Al hacerse valer una deuda puede ser afirmada a la vez, falsamente, la existencia de los hechos en que se funda el derecho»); el destacado se agrega).

(16) Ejemplar, OLG Karlsruhe, Justiz 1978, pp. 173, 174; OLG Celle, StV 1994, pp. 188, 189; HOHMANN/SANDER (*supra* nota 5), § 21, nro. marg. 27; RENGIER (*supra* nota 5), § 13, nro. marg. 8.

(17) A modo de ejemplo, OLG Karlsruhe, Justiz 1978, pp. 173, 174; OLG Stuttgart, NJW 1979, pp. 2321 s.; OLG Celle, StV 1994, pp. 188, 189; HOHMANN/SANDER (*supra* nota 5), § 21, nro. marg. 27; KÜHL, JA 1979, p. 683; MÜLLER, JR 1979, p. 473. Asimismo, desde el aspecto jurídico-civil, OLG München, WM 1971, pp. 264, 265; SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, HGB, tomo IV, 5a ed., 1976, apéndice al § 365 HGB, nro. marg. 38.

(18) Referencias en nota 5.

(19) Cfr. BGHZ 72, pp. 9, 11; 87, pp. 246, 252; BGH, NJW 1991, p. 2140; PALANDT/SPRAU, BGH, 61a ed., 2002, § 676 f BGB, nro. marg. 10; BAUMBACH/HOPT, HGB, 30a ed., 2000, BankGesch C/14 (pp. 1330 s.); SCHWINTOWSKI/SCHÄFER, Bankrecht, 1997, p. 123.

(20) BGHSt 46, pp. 196, 200.

activa de este derecho originado al principio de modo eficaz (21). Más allá de ello, la Sala se dirige *en segundo lugar* contra la suposición general, según la cual el libramiento de una orden de transferencia contendría la manifestación concluyente de que para la suma a transferir existiría suficiente cobertura en la cuenta. En la praxis bancaria, no serían excepcionales los débitos sin respectiva cobertura; los Bancos concederían crédito para girar en descubierto y tolerarían con frecuencia también descubiertos adicionales en exceso de ese límite (22).

En cuanto se las observa en detalle, estas objeciones son más débiles de lo que parecen a primera vista. En primer lugar, en lo concerniente al segundo de los puntos de vista aducidos por el tribunal, los casos allí mencionados se diferencian sustancialmente de la constelación que se encuentra aquí en discusión. Ciertamente, un Banco otorga crédito para girar en descubierto y aun más allá de ese límite tolera incluso, con un cierto alcance, descubiertos en cuenta que son *reconocidos por él como tales*. Pero de ello no se puede concluir que el Banco estaría dispuesto a renunciar al requisito de cobertura en cuenta también frente a aquel cliente que dispone sobre un saldo activo que le fue destinado gracias a una acreditación errónea (*aún no reconocida como tal por el Banco*). En el primer caso, el Banco actúa *sobre la base de una ponderación de riesgos* hecha previamente; en el segundo caso *le falta*, en cambio, el *conocimiento del riesgo*. Ambas situaciones de hecho no son comparables desde la perspectiva del Banco; una constelación, por ello, no despliega fuerza probatoria respecto de la otra (23).

Pero tampoco la referencia del BGH al derecho a obtener el pago, que existe en materia civil, es suficiente para privar de su base argumentativa a la opinión hasta ahora dominante. Para aquellos que, junto a la concepción tradicional, ven en la orden de transferencia la afirmación concluyente de la legitimación material propia del titular de la cuenta, es pues –como destaca Krack– (24) «sólo consecuente» el creer reconocer en su solicitud el enunciado de que a él tampoco le serían conocidas circunstancias que fundamentarían la *extinción unilateral* (aquí: facultad para asentar un débito compensatorio) de ese derecho. La posibilidad de esta interpretación (25) demuestra que un

(21) BGHSt ídem, pp. 200 s.

(22) BGHSt. ídem, pp. 198 s.

(23) Críticamente acerca del argumento del BGH, también HEFENDEHL, NStZ 2001, p. 282, y RANFT, JuS 2001, p. 856.

(24) JR 2002, p. 26.

(25) A ella remiten, junto a KRACK, también HEFENDEHL, NStZ 2001, p. 282, y RANFT, JuS 2001, p. 856.

análisis *jurídico-civil*, tan importante también para la comprensión precisa de la estructura normativa de la presente situación de hecho, no dispensa sin embargo del tratamiento de la verdadera problemática *jurídico-penal*. Según lo expuesto hasta aquí, ésta se puede resumir en la cuestión de *qué conclusiones tiene derecho a extraer* una de las partes de la falta de una manifestación explícita de su contraparte respecto de un determinado ámbito temático, de *cómo*, por tanto, es *distribuido el riesgo de orientación* entre los *partners* de la comunicación. Por consiguiente, ¿el empleado bancario que efectúa el pago está efectivamente facultado a deducir del silencio del cliente que según su estado de conocimiento faltarían los presupuestos objetivos de un derecho a asentar un débito compensatorio? ¿O tiene que partir de que el cliente no se habría pronunciado acerca de este tema de ninguna manera –ni afirmativa, ni negativamente–? En este caso, el titular del patrimonio menoscabado por el pago, es decir, el Banco, sería *por sí mismo* competente para obtener la información respectiva, y un engaño típico por parte del cliente no entraría en consideración.

También las explicaciones del BGH documentan por sí mismas que *éste* es el problema del que realmente se trata. Es decir, la cuestión de si pertenecería al ámbito de competencias del cliente poner en conocimiento del Banco la existencia de un derecho a debitar en compensación, en modo alguno fue dejada de lado por el Tribunal. Sólo que su análisis no se efectúa desde la perspectiva del *empleado bancario*, sino en cuanto a la del *cliente*. El BGH no pregunta, por tanto, *qué tiene derecho a esperar* el empleado bancario y *qué conclusiones* está facultado a extraer, por esa razón, del silencio del cliente. El BGH analiza, antes bien, *qué debe hacer* el cliente en el marco de su relación comunicativa con el trabajador bancario, respecto de *qué*, por tanto, él debe pronunciarse. Como es sabido, el nombre tradicional de este modo de tratamiento del problema reza: «engaño por omisión» (26). La exposición anterior muestra, sin embargo, que el llamado engaño por omisión no se diferencia, desde una perspectiva sistemática, del llamado engaño concluyente: sólo puede engañar quien es *competente* por un determinado riesgo no permitido de error para su *partner* (27). En el caso del engaño por omisión, este requisito

(26) La posibilidad de un engaño por omisión es reconocida casi en forma unánime; cfr. sólo CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 18; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 181 ss.; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 40 ss.; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 21, 74.

(27) KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 78; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 47. En extenso acerca del concepto de engaño que aquí se toma por base, PAWLIK (*supra* nota 2), pp. 73 ss. También subrayan la

es tratado bajo la voz de posición de garante (28); en el engaño concluyente, en cambio, es «ocultado» regularmente bajo la pregunta de qué habría «co-declarado tácitamente» uno de los *partners* de la interacción frente al otro (29). Esta diferente clasificación no modifica en nada la identidad material de las respectivas cuestiones a tratar; la apreciación de que uno de los *partners* de la comunicación tendría derecho a confiar en un determinado contenido declarativo representa, antes bien, sólo el *reflejo teórico-normativo* de la competencia de la otra parte para crear el estado de información correlativo. Decisiva es, en ambos casos, la distribución del riesgo de orientación (30).

Aun en otro lugar de los fundamentos del fallo, el BGH se ocupa de la distribución de riesgos entre las partes. En el marco de sus explicaciones acerca de la cuestión de un *engaño concluyente* expone: «La gestión de la cuenta y el asiento en debida forma de débitos y créditos se halla, conforme al § 676 f BGB, en la esfera de deberes del Banco. Éste carga con la responsabilidad por la gestión de la cuenta y con ello, en principio, también con el riesgo de que la deuda exista y que la prestación no exceda al derecho» (31). Sobre el contenido material

«íntima conexión» entre engaño concluyente y engaño por omisión, LACKNER, en: LK¹⁰ (*supra* nota 11), § 263, nro. marg. 54 ss., 69; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 37; ARZT/WEBER, Strafrecht Bes. Teil, 2000, § 20, nro. marg. 44; ELLMER, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, pp. 100 ss.; SEIER, Der Kündigungsbetrag, 1989, p. 404; SCHAUER, Grenzen der Preisgestaltungsfreiheit im Strafrecht, 1989, pp. 115 ss.; SEELMANN, NJW 1980, pp. 2546 s.; VOLK, JuS 1981, p. 882; VORMBAUM, JuS 1981, p. 22. Que los límites entre engaño concluyente y engaño por omisión se desdibujarían, constatan además, GÖSSEL (*supra* nota 2), § 21, nro. marg. 22; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht Bes. Teil 1, 9a ed., 2003, § 41, nro. marg. 39; MITSCH, Strafrecht Bes. Teil 2/Tlb. 1, 1998, § 7, nro. marg. 27; RANFT, JA 1984, p. 724; *el mismo*, Jura 1992, p. 66.

(28) Cfr. sólo CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 19; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 43; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 51.

(29) Fundamental acerca de esta determinación normativa del carácter de concluyente, LACKNER, en: LK¹⁰ (*supra* nota 11), § 263, nro. marg. 28; próximo, TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 30; enfáticamente, además, WALTER, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, pp. 47 ss.

(30) Al engaño por omisión le queda un ámbito de aplicación independiente, en la medida en que esta figura jurídica se considere aplicable, junto a la opinión dominante, también allí donde la conducta del autor no posee valor declarativo y falta una «relación comunicativa» entre autor y víctima (cfr. sólo TIEDEMANN, en: LK¹¹ [*supra* nota 5], § 263, nro. marg. 51, con otras referencias; acerca de la posición aquí sostenida en esta cuestión, PAWLIK [*supra* nota 2], pp. 84 ss., 106 ss.). También en estos casos la tarea consiste, ciertamente, en distribuir el riesgo de orientación de modo convincente. Constelaciones de ese tipo, de todos maneras, no afectan la apreciación aquí efectuada respecto de la dependencia sistemática del engaño concluyente *dentro de relaciones comunicativas dadas*.

(31) BGHSt 46, pp. 196, 199.

de esta frase se ha de volver enseguida. En el contexto actual es de interés la circunstancia de que el Tribunal, aparentando absoluta evidencia, fundamenta sus expresiones remitiéndose a los argumentos de BGHSt 39, pp. 392, 398. Las consideraciones contenidas en ese fallo, sin embargo, fueron efectuadas por el BGH aun en el marco del examen de un *engaño por omisión*. Este detalle prueba, con especial claridad, que la aquí defendida nivelación de la supuesta diferencia sistemática entre los distintos tipos de engaño está muy lejos de propagar un estado de revolución en la aplicación del derecho. La presente concepción sólo expresa abiertamente lo que la jurisprudencia, de todos maneras, practica tácitamente ya en gran medida.

Con ello no está dicho que la distinción entre engaño por omisión y engaño concluyente sea sin más de ningún valor. Pero dentro de relaciones comunicativas dadas, ella no marca una diferencia ontológica y sistemáticamente significativa, sino sólo una constatación *fenomenológica* (32). Más preciso: ella toma en cuenta la circunstancia de que existen grados de tipicidad social de distinta intensidad (33). Cuanto más evidente parece el hacer responsable a uno de los *partners* de la comunicación por un determinado déficit de información de su contraparte, tanto más fácil se presta usualmente a recurrir a la figura del engaño concluyente, a pretender reconocer la competencia del autor, por tanto, directamente en el contenido de su declaración. En otros casos, en cambio, las circunstancias no son tan claras; por tanto, una determinada conclusión de la víctima respecto del modo en que la información es presentada por el autor no se impone con el mismo énfasis. Allí aparece de nuevo más claramente la cuestión de si también *por ello* podría ser aun responsabilizado el autor y, por ese motivo, se discute allí explícitamente, recurriendo a la figura del engaño por omisión, la cuestión de la posición de garante del autor. Así, en el grupo de casos que se hallan aquí en discusión, es más adecuado suponer que aquel que hace valer una deuda afirmar su existencia actual, antes que considerar que él sostendría a la vez la ausencia de motivos para debitar en compensación. Ésta es, sin embargo, una diferencia puramente gradual, sin carácter sistemáticamente fundamental. El *supraconcepto teórico-penal* general de ambos grupos de casos es, sea otra vez destacado, aquel de la *competencia*, y el objeto específico de la distribución de competencias en el ámbito del engaño es el *riesgo de orientación*.

(32) Cfr. sobre ello nota 30.

(33) Sobre ello, en detalle, PAWLIK (*supra* nota 2), pp. 99 s.

2. Distribución de competencias en los «casos de errónea acreditación en cuenta»

Ahora bien, ¿cómo están constituidos *materialmente* los criterios de distribución de competencias en los casos que aquí interesan? *Schmoller* ha expuesto de modo convincente que, ante la distribución de tareas entre el Banco y el cliente, la petición de pago efectuada por éste debería considerarse como una especie de «solicitud», con la que él requeriría el control interno del Banco y la posterior decisión sobre el pago (34). El BGH hace suya esta consideración: sería el Banco el que cargaría con «la responsabilidad por la gestión de la cuenta». Por ello, el Banco haría examinar a través de sus empleados, junto a los requisitos formales de una transferencia, también la cobertura en la cuenta. En esa medida, el valor declarativo de una solicitud de transferencia se agotaría «en la petición de que se efectúe la transacción requerida»; ella no contendría en general la afirmación de poseer un derecho a obtener el pago respectivo (35). Esta fundamentación es evidentemente independiente de las consideraciones del BGH tratadas y reconocidas como insuficientes en el punto 1: No es la *circunstancia fáctica* de que los Bancos admiten –incluso con frecuencia– giros en descubierto, sino un *juicio normativo* acerca de la distribución de responsabilidades entre los *partners* de la comunicación, lo que ahora sirve al BGH como punto de partida del modo de razonar con el que se distancia de la opinión hasta ahora dominante. Si la responsabilidad del Banco por la *gestión de la cuenta* es el punto de vista determinante penalmente, entonces no importa de modo decisivo si además se reconoce o no civilmente un *derecho al pago* por parte del cliente que se aprovecha de una acreditación errónea (36). Las extensas explicaciones que el BGH dedica a esta cuestión, si bien son comprensibles en atención al estado de discusión hallado por el Tribunal, bajo puntos de vista de fundamentación son, en rigor, superfluas (37).

(34) SCHMOLLER, StV 1994, p. 192.

(35) BGHSt 46, pp. 196, 199.

(36) Correctamente, JOERDEN, JZ 2001, p. 614.

(37) Con razón las designa MARXEN (*supra* nota 1), p. 4, como «añadido». Se fundan asimismo de modo decisivo en el punto de vista de la distribución de riesgos en los casos de acreditación errónea: JOECKS, StK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 45 s.; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 176; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 75; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 37; PAWLIK (*supra* nota 2), p. 160; JOERDEN, JZ 2001, p. 614; KRACK, JR 2002, pp. 26 s.; MARXEN, *ídem*, pp. 5 s.; SCHMOLLER, StV 1994, pp. 191 ss. En cambio, consideran decisivo el reconocimiento efectuado por el BGH de un derecho civil al pago por parte del cliente: LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; KREY/HELLMANN (*supra* nota 2), nro. marg. 364a; OTTO (*supra*

La comprensión del BGH según la cual, desde el punto de vista jurídico-penal, el Banco soporta el riesgo de orientación respecto a errores de sus empleados originados en fallas en la gestión de la cuenta, merece aprobación. El cliente no ha aumentado el grado de desorientabilidad por parte del Banco, sino que se ha limitado a crear la ocasión en la cual esa desorientabilidad pudo surtir efecto a su favor. En ello no radica nada prohibido; pues fuera de especiales relaciones de confianza, el *titular de un bien jurídico por sí mismo* es competente por las consecuencias perjudiciales que tienen su origen en la organización defectuosa de su ámbito jurídico. Esta competencia por los efectos internos de la propia organización del ámbito jurídico está ligada inseparablemente al concepto de derecho subjetivo como tal. Un derecho subjetivo –ejemplo típico: la propiedad– otorga a su titular la facultad de *exclusión* de otras personas. Hasta donde alcanza la facultad de exclusión, los demás no tienen una posibilidad reconocida jurídicamente de examinar los procesos internos del ámbito jurídico ajeno o, menos aun, de modificarlos por su cuenta. Las personas extrañas a ese ámbito, sin atención a cuyo carácter se impone la obligación penal de contribuir a evitar las consecuencias perjudiciales para su contraparte, originadas en defectos de organización de ésta, soportarían una profunda *asimetría* en su relación jurídica con ella: Por las *ganancias* que se generan para el titular del ámbito jurídico organizado de modo signado por riesgos, permanecería sólo éste competente (*vulgo*: él podría quedárselas); en cambio, tendría derecho a descargarse en cierta medida de la competencia para evitar *pérdidas* que amenazan producirse. Un derecho penal comprometido con la idea de la autorresponsabilidad no tiene motivo para favorecer tal asimetría en una relación de personas jurídicamente iguales (38).

nota 2), § 51, nro. marg. 16; WESSELS/HILLENKAMP (*supra* nota 2), nro. marg. 498; GEPPERT (*supra* nota 1), § 263/58; HEFENDEHL, NStZ 2001, pp. 282, 284; HEGER, JA 2001, p. 538.

(38) Por ello, es errada la referencia del BGH a la regulación del Art. 141bis del Código Penal suizo (correctamente, MARXEN [*supra* nota 1], p. 6). La no punibilidad del aprovechamiento de acreditaciones erróneas no resulta de una laguna de punibilidad lamentable que debe ser cerrada en la medida de lo posible, sino que ella es por completo acorde al sistema. Por asimetría están caracterizadas aquellas relaciones jurídicas en las cuales un «fuerte», por razones de solidaridad, debe sacrificar de modo excepcional alguno de sus bienes jurídicos a favor de un «débil» (§§ 34, 323 c StGB). Presupuesto para ello es, sin embargo, una situación de necesidad existencialmente significativa para el «débil» (respecto del § 34 StGB: PAWLIK, Der rechtfertigende Notstand, 2002, pp. 160 ss.; respecto del § 323 c StGB: SEELMANN, in: NK-StGB [*supra* nota 2], § 323 c, nro. marg. 12). No se trata de ello en los casos que aquí interesan.

Esto vale también para la relación de un Banco con sus clientes. Si bien atañe al cliente particular una obligación civil accesoria relativa al control de los extractos de cuenta (AGB-Banken 11, párr. 4), cuya infracción puede hacer responsable al cliente por daños y perjuicios (39); de acuerdo a las consideraciones precedentes no existe motivo, empero, para adoptar ese deber de cooperación en la distribución jurídico-penal de competencias: El Banco no está obligado a informar al cliente sobre los pormenores de su organización interna o, menos aun, a permitirle un examen activo. Antes bien, al cliente le son comunicados en los extractos de cuenta sólo los resultados de aquellos procesos internos. Es a la primacía del Banco sobre su organización, a la que penalmente se corresponde su competencia exclusiva básica por errores de organización. Es cierto que una competencia de información más amplia por parte del cliente, vinculada al ejercicio de confianza especial, no está excluida desde el principio. Pero, por regla general, faltan en este sentido los puntos de apoyo fácticos necesarios; el BGH –en el contexto del engaño *por omisión*– ha expuesto esto en forma detallada y convincente (40).

Expresado en las categorías de la Parte General, la solución del caso de errónea acreditación en cuenta manifiesta, junto a la fragilidad de la distinción entre actuar y omitir, también la necesidad de una consecuente *normativización del concepto de autoría*: no es su «conocimiento superior» como tal, lo que convierte a alguien en autor de un engaño relevante para la estafa, sino su competencia por el error de otro –lo que se ha de determinar valorativamente–. La dogmática del tipo penal de la estafa, el cual se puede comprender como un caso tipificado de autoría mediata (41), utiliza en esa medida un entendimiento que en la doctrina usual de la autoría mediata es aceptado sólo aisladamente (42).

3. Contraposición con interpretaciones divergentes

La jurisprudencia anterior y la literatura han desconocido en gran medida la dimensión *normativa* de la presente problemática. Así,

(39) OLG Hamm, WM 1986, pp. 704, 707; BAUMBACH/HOPT (*supra* nota 19), AGB-Banken 11, nro. marg. 9.

(40) BGHSt 46, pp. 196, 202 s.

(41) Este punto de vista ha puesto de relieve sobre todo KINDHÄUSER; cfr. KINDHÄUSER, FS Bemann, 1997, pp. 339 ss.; *el mismo*, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 55 ss., con otras referencias; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 33; asimismo, PAWLIK (*supra* nota 2), p. 228, con otras referencias.

(42) Fundamental, JAKOBS, GA 1997, S. 553 ss., con referencias respecto a la opinión contraria en nota 22 (p. 560).

el OLG Köln rechazó la objeción de que un Banco no confiaría en lo informado por el cliente sino exclusivamente en sus propios documentos, con una lapidaria remisión al texto del § 263 StGB –considerado en ese sentido, en general, como desafortunado– (43), según el cual «la provocación y el mantenimiento de un error representan elementos conceptuales por completo equivalentes» (44). Schröder completó esto con la afirmación de que el cliente que se aprovecha de una acreditación errónea cometería un engaño en la medida en que, a través de la presentación de su orden, remitiría al empleado bancario a la planilla de cuenta de la que éste debería deducir la existencia del correspondiente saldo activo (45). Con ello, ciertamente, Schröder invirtió sin más la distribución de tareas y de riesgos existente de hecho entre instituto bancario y cliente (46).

Así como el simple recurso al texto de la ley –sólo de presunto valor expresivo para la presente problemática– no permite eludir la distribución de competencias precedentemente desarrollada, ésta tampoco puede ser soslayada gravando al cliente con una posición de garante por injerencia fundada en su petición de pago. Joerden concuerda con esta posición si se parte, junto al BGH, de que la acreditación errónea habría generado un derecho jurídicamente eficaz del cliente frente al Banco (47). Tan pronto como se *rechazara* que se origine un derecho al pago, se debería afirmar, en cambio, una posición de garante del cliente por injerencia. Es decir, al hacer valer el activo no destinado a él, el cliente habría creado para el Banco, de modo consciente y contrario a deber, el riesgo de «que sus empleados dedujeran de la errónea planilla de cuenta un saldo activo del cliente no existente en realidad» (48). Por este motivo, estaría obligado o bien a impedir que se origine el error respectivo, o bien a aclarar el error originado (49). En definitiva, esta consideración termina en la posición del OLG Köln y de Schröder: El cliente que hace valer una supuesta deuda está obligado penalmente a librar al Banco, en forma parcial, de la competencia por sus defectos internos de organización. En el marco de la exposición precedente, sin

(43) Cfr. sólo CRAMER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 7; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 7.

(44) OLG Köln, NJW 1961, p. 1736.

(45) SCHRÖDER, JR 1961, p. 434; del mismo modo, OLG Karlsruhe, Justiz 1978, pp. 173, 174; LACKNER, en: LK¹⁰ (*supra* nota 11), § 263, nro. marg. 48; KÜHL, JA 1979, p. 683; MÜLLER, JR 1979, p. 474.

(46) En rechazo, también *Schmoller*, StV 1994, p. 191.

(47) JOERDEN, JZ 2001, p. 614.

(48) JOERDEN, *ídem*, p. 615.

(49) JOERDEN, *ídem*; igualmente, ya *el mismo*, JZ 1994, p. 423.

embargo, esta valoración posee sólo escasa fuerza de convicción. Joerden mismo no logra armonizarla con su posición previa acerca de la distribución de riesgos entre el Banco y su cliente. Allí estuvo aun de acuerdo con el BGH, y remarcó que sería el Banco el que cargaría con la responsabilidad por la gestión de la cuenta; esto valdría, como añade expresamente, «con independencia de..., si en los casos de acreditación errónea se reconoce o no la existencia de un derecho jurídicamente eficaz por parte del cliente del Banco» (50). En cambio, en sus consideraciones acerca de la cuestión de la injerencia, Joerden califica el hecho de hacer valer una supuesta deuda, sin más, como una «disposición sobre el saldo activo» (51). De esa forma, deja de lado que la disposición *decisiva normativamente* –el pago del dinero–, según la distribución de riesgos antes aprobada por él, cae en el ámbito de riesgos a cargo del Banco; de modo que éste, y no el cliente que se limita a provocar el proceso, soporta en esa medida el riesgo de orientación. La aceptación de una posición de garante del cliente por injerencia queda, de esta manera, privada de sustento (52).

También la argumentación de Ranft padece del defecto de sobredimensionar el concepto de engaño, es decir, de cargar al cliente con una competencia desmedida por los intereses del Banco. Según la opinión de Ranft, el cliente ha cometido un engaño concluyente: Quien dispone sobre el saldo activo de su cuenta, declararía con ello que no le serían conocidas circunstancias que pudieran autorizar a la

(50) JOERDEN, ídem.

(51) JOERDEN, ídem.

(52) Una posición de garante del cliente por injerencia niegan también, KRACK, JR 2002, p. 26 y RANFT, JuS 2001, pp. 857 s. –Por la misma razón fracasa también el recurso en cierto modo auxiliar de JOERDEN al principio jurídico *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est* (al respecto, en general: ROTH, en: Münchener Kommentar, BGB, T. 2, 4a ed., 2001, § 242, nro. marg. 539 ss.; J. SCHMIDT, en: STAUDINGER, BGB, 13a reelaboración, 1995, § 242 BGB, nro. marg. 777 ss.; TEICHMANN, en: SOERGEL, BGB, Tomo 2, 12a ed., 1990, § 242, nro. marg. 298 ss.). Con ayuda de esta proposición, JOERDEN busca mostrar que al cliente no le estaría permitido valerse de un saldo activo reconocido por él como el resultado de una acreditación errónea, aun cuando, junto al BGH, se parta de que a través de ella se habría fundamentado un derecho del cliente, en sí mismo, civilmente eficaz (ídem; también RANFT, ídem, p. 856, reprocha «malicia» al titular de la cuenta que se aprovecha de una acreditación errónea). JOERDEN subestima aquí otra vez los «efectos a distancia» de la distribución de riesgos por él aceptada. Es decir, si el Banco soporta el riesgo de orientación, entonces la valoración que en ello subyace, para evitar contradicciones axiológicas, debe alcanzar también la interpretación del principio *dolo agit*; en este caso falta una *petición normativamente relevante* por parte del cliente.

contraparte a asentar un débito compensatorio (53). Sin embargo, el cliente no habría provocado el respectivo error del empleado bancario que efectúa el pago, pues éste no indagaría habitualmente la forma en que se llevó a cabo la acreditación en cuenta (54). Ranft desvincula aquí los elementos «engaño» y «error» de un modo sumamente cuestionable sistemáticamente. Su argumentación acaba en la afirmación de que «el tráfico» –como es sabido, el parámetro para la determinación del contenido de las llamadas declaraciones concluyentes (55)– abrigaría una *expectativa* respecto del cliente, cuyo *cumplimiento* sería *de modo típico indiferente* para el concreto representante de ese «tráfico» –para el empleado bancario como el actual *partner* en la comunicación del respectivo cliente–. Difícilmente se puede compatibilizar esta construcción con el entendimiento usual del «engaño concluyente». Si se interpreta el contenido de la declaración del cliente así como lo hace Ranft, se tiene que afirmar entonces, consecuentemente, también un correspondiente error del empleado bancario incluso en el estadio débil de la –así llamada– «co-consciencia objetivo-conceptual» (56). Que Ranft retroceda ante este segundo paso es, en el marco de las consideraciones precedentes, en definitiva correcto. Sin embargo, a diferencia de lo supuesto por el propio Ranft, la razón decisiva para ello no radica en la separación organizativa y personal de los procesos individuales de trabajo dentro del Banco, sino en que el elemento del engaño se debe interpretar, desde el principio, de modo significativamente más restrictivo de lo que Ranft acepta.

La contraposición con planteos de solución concurrentes confirma, por lo tanto, el significado central que para la interpretación del § 263 StGB le corresponde a la distribución del riesgo de orientación entre las contrapartes. Quien pase por alto esta circunstancia incurrirá muy probablemente en incongruencias al tratar problemas particulares concretos.

(53) RANFT, ídem.

(54) RANFT, ídem. Lo último destacan también BGH, NStZ 2000, pp. 375 s., y AG Tiergarten, NJW 1989, p. 846.

(55) Cfr. sólo CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 14; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 27; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 28 ss.

(56) En esa medida, correctamente MÜLLER, JR 1979, p. 475. Por ello, en contra de la propuesta de KRACK (JR 2002, p. 25; similar ya HEFENDEHL, NStZ 2001, p. 283), la existencia de un engaño no se puede dejar abierta aquí con la fundamentación de que «de todas maneras», dado que el empleado bancario regularmente no reflexionaría acerca de la legitimación material del cliente, faltaría un error.

III. LOS «CASOS DE TRANSFERENCIA HECHA POR ERROR»

1. Criterios de distribución de competencias

La conclusión fundamentada precedentemente –no punibilidad del cliente del Banco por delito de estafa– es aplicable también a aquellos casos en que el cliente se aprovecha de una *transferencia hecha por error* (57). Tanto una estafa en perjuicio del Banco que materializa el pago, como una en perjuicio de quien realiza la transferencia, fracasa por falta de un engaño relevante de acuerdo al § 263 StGB. En lo que concierne a la *posición del Banco que efectúa el pago*, la transferencia hecha por error deja intactos sus intereses patrimoniales: al igual que en el caso de transferencias libres de error, el Banco puede dirigirse al transferente (o bien a su Banco); la relación jurídico-civil de repetición existe entre el transferente y el receptor de la transferencia (58). Por este motivo, queda excluida la provocación, por parte del cliente, de una desorientación del Banco que realiza el pago, que sea relevante en atención al bien protegido por el § 263 StGB –el patrimonio (59)– (60). En cambio, en la *relación del cliente con el transferente*, considerado de modo puramente constructivo, queda espacio para la admisión de un

(57) Esto es reconocido hoy, en definitiva, unánimemente: BGHSt 39, pp. 392 ss.; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 16c; OLG Köln, NJW 1979, p. 278; OLG Hamm, MDR 1979, p. 692; OLG Düsseldorf, NJW 1987, pp. 853 s.; Joecks, StK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 44; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 176; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 75; LACKNER/KÜHL (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 9; SAMSON/GÜNTHER, en: SK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 37; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 41, 64; *el mismo*, BGH-FG (*supra* nota 5), p. 554; HOHMANN/SANDER (*supra* nota 5), § 11, nro. marg. 28; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (*supra* nota 27), § 41, nro. marg. 42; KREY/HELLMANN (*supra* nota 5), nro. marg. 364; RENGIER (*supra* nota 5), § 13, nro. marg. 8, 12; PAWLIK (*supra* nota 2), p. 160; GEPPERT, JK 1994, StGB, § 263/40; HEFENDEHL, NSTZ 2001, p. 284; JOERDEN, JZ 1994, pp. 422 ss.; KÜHL, JA 1978, p. 683; MÜLLER, JR 1979, pp. 472 s.; NAUCKE, NJW 1994, pp. 2809 ss.; SCHMOLLER, StV 1994, p. 192; THOSS, JA 2000, p. 672.

(58) BGH, NJW 1985, p. 2700; BAUMBACH/HOPT (*supra* nota 19), BankGesch, C/16 (p. 1331); MÖSCHEL, JuS 1972, p. 300.

(59) Esta determinación del bien protegido es hoy apenas todavía puesta en duda; cfr. sólo CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* nota 5), § 263, nro. marg. 1; KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 13 ss.; TIEDEMANN, en: LK¹¹ (*supra* nota 5), previo al § 263, nro. marg. 18 ss.; PAWLIK (*supra* nota 2), pp. 82 ss.

(60) Que a causa de la caracterización del § 263 StGB como delito contra el patrimonio, son típicos sólo aquellos engaños que infringen los *derechos de administración patrimonial* de la víctima, es expuesto en *mi* obra mencionada en nota 2 (pp. 82 ss.); en una posición próxima MITSCH (*supra* nota 27), § 7, nro. marg. 38.

engaño típico; al fin y al cabo, quien retira el dinero calla que lo obtenido por él —el derecho al pago o bien la suma de dinero pagada— está sujeto a repetición por parte del transferente (61). Por ello, desde el punto de vista del engaño, la mera referencia al hecho de que el receptor del dinero tiene un derecho (sin bien sujeto a repetición) a exigir el importe transferido es tan poco concluyente en los casos de transferencia hecha por error, como lo fue en la constelación de la errónea acreditación en cuenta (62). Pero consideraciones acerca de la distribución del riesgo de orientación conducen también aquí a negar la punibilidad del cliente* por delito de estafa.

En tanto se halle en cuestión su *silencio frente al empleado del Banco que materializa el pago*, esta conclusión resulta de que, *sub specie* del derecho penal, nunca le puede ser exigido colaborar en la clarificación de errores concernientes al ámbito de organización del instituto bancario representado por aquél. Entonces, en el marco de la mencionada relación comunicativa, *de ninguna manera* puede ser obligado a emplear su propia ventaja cognoscitiva a favor de un *tercero*, a revelar por tanto informaciones que, llevadas a conocimiento del tercero, le facilitarían a éste el corregir errores dentro de su esfera de organización. Lo mismo vale en lo concerniente al *silencio* del beneficiario *directamente frente al propio transferente*. Aquellos autores, según cuya opinión engaños típicos de la estafa son posibles sólo dentro de concretas relaciones comunicativas (63), deberían excluir aquí desde el principio la existencia de un engaño. Pero aun si se pasa por alto esta reflexión, se fracasa de todas maneras a causa de las consideraciones desarrolladas precedentemente acerca del riesgo de orientación; es decir, aquí vale otra vez que el receptor de la transferencia no tiene que librar al transferente de las consecuencias perjudiciales de su deficiente organización (64).

2. Caso especial: cobro de un cheque sujeto a repetición

La estructura de los casos de transferencia hecha por error se corresponde, en el punto decisivo normativamente, con aquella de una

(61) Correctamente, HEFENDEHL, NStZ 2001, p. 284.

(62) En esa medida, modifiqué *mi* argumentación expuesta en (nota 2), p. 160.

(63) Fundamental, HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip, 1972, pp. 72 ss. (sólo una conducta con valor declarativo entraría en consideración como engaño); en extenso acerca de la respectiva controversia, PAWLIK (*supra* nota 2), pp. 109 ss.

(64) Este punto de vista subraya con especial énfasis JOERDEN, JZ 1994, p. 423.

* Con autorización del autor, se traduce aquí «punibilidad *del cliente*», pese a que en el original alemán dice «punibilidad *del transferente*», lo que claramente no se corresponde al sentido del texto. (N. de la T.)

situación de hecho que en el año 2001 fue sometida a decisión del BGH: Contra la compañía aseguradora *V* le correspondía a *A* el derecho a cobrar la suma de 65.000 DM. *V* remitió un cheque cruzado por el importe respectivo al Banco de *A*, el que le acreditó a éste el valor del cheque. Algunos días más tarde, por equivocación, *V* envió personalmente a *A* un nuevo cheque por la mencionada suma. *A* presentó igualmente este cheque al cobro (65). El BGH rechazó la existencia de un engaño típico: El segundo cheque habría contenido una orden de pago jurídicamente eficaz librada por *V*, la cual habría obligado al Banco girado a materializar el pago. Si bien como consecuencia de la extinción de la deuda producida en el ínterin, a la relación fundamental entre *V* y *A* le habría faltado la causa jurídica en el sentido del § 812 BGB, las circunstancias de la relación fundamental, empero, no pertenecerían «en principio, en una consideración valorativa global, al contenido declarativo de la presentación de un cheque» (66).

La conclusión del BGH debe ser aprobada; la fundamentación, sin embargo, es incompleta, pues el Tribunal no menciona con mayor precisión las valoraciones a las que se refiere. Recurriendo a las reflexiones precedentes se puede remediar esa omisión sin dificultad. Desde el principio sólo entra en consideración una estafa en perjuicio de *V*. Pero en contra de ésta interviene el principio de distribución de competencias desarrollado anteriormente, según el cual el riesgo de orientación con respecto a defectos de organización ha de soportarlos aquel en cuyo ámbito jurídico se producen los defectos respectivos. Por ello, desde el punto de vista jurídico-penal, *V* no tenía derecho ni a esperar que *A* la informara a ella misma sobre su equívoco, ni a confiar en que él llevara esta circunstancia a conocimiento de su *partner* inmediato en la comunicación, es decir, del empleado del Banco que materializa el pago (67).

(65) BGH, NSTZ 2002, pp. 144 s.

(66) BGH, ídem, p. 145.

(67) No pertenece inmediatamente al contexto del presente tema –aprovechamiento de defectos de organización ajenos– la cuestión dejada abierta por el BGH (ídem) de si comete un engaño típico aquel que presenta a su *partner* un *cheque extraviado*. Quien recibe tal cheque bajo lesión del deber de examen que le compete según el artículo 21 ScheckG responde, de acuerdo a los §§ 990, 989, 166 párr. 1, 276 BGB, ante el librador, o en caso contrario ante un legitimado, por eventuales daños (RGZ 166, pp. 98, 105; BGHZ 26, p. 268, 272; BAUMBACH/HEFERMEHL, WechselG und ScheckG, 22a ed., 2000, Art. 21 ScheckG, nro. marg. 5a; BÜLOW, WechselG, ScheckG, AGB, 2a ed., 1995, Art. 21 ScheckG, nro. marg. 2, 6). A qué se debe referir ese examen, depende del tipo de cheque presentado (Art. 5 ScheckG). Quien presenta un *cheque al portador* está formalmente legitimado ya por la posesión del documento. En cambio, en el caso de un típico *cheque a la orden*, según el Art. 19 ScheckG, es necesaria una cadena ininterrumpida de endosos. El BayOblLG ha extraído de allí la conclusión de que en el caso de presentación de un cheque

IV. ERROR AL ENTREGAR DINERO

Por último, han de ser abordados los casos que bien pueden ser denominados «clásicos», es decir, aquellos en los cuales el autor se aprovecha de una falta de atención de su *partner* en la comunicación al entregar dinero. Sirva de ilustración el siguiente caso, decidido en el año 1987 por el OLG Köln: A presentó en la Caja de Ahorros Municipal S un fajo de billetes en moneda extranjera que, como él sabía, poseía un valor aproximado de 5.000 DM. Debido a un error al contar los billetes, la cajera K fijó el valor del fajo en aproximadamente 20.000 DM. Ante la respectiva comunicación, A reaccionó con las palabras: «Está bien así.» A continuación, recibió el pago de la mencionada suma (68). El OLG estimó posible que K, a la comunicación del importe a pagar calculado por ella, haya asociado concluyentemente la pregunta dirigida a A, de si se declaraba de acuerdo con el resultado obtenido al contar el dinero, como fundamento para los cálculos siguientes. En ese caso, a juicio del Tribunal, la respuesta afirmativa de A habría representado un mantenimiento del error, típico de la estafa (69). Según esta interpretación, a diferencia de los casos tratados anteriormente, A no se ha limitado, por medio de la expresión de una petición socialmente adecuada, a «impulsar» la transacción que condujo a un resultado perjudicial para la Caja de Ahorros; antes

al portador extraviado faltaría ya un engaño típico; por el contrario, de la presentación de un cheque a la orden se debería deducir, en todo caso en conexión con una firma efectuada en el reverso, la declaración del presentante de que él sería el legitimado (NJW 1999, pp. 1648, 1649; de acuerdo, LACKNER/KÜHL [*supra* nota 2], § 263, nro. marg. 11; MARKEN, EWiR § 263 StGB 1/99, pp. 519, 520). Esta diferenciación es, sin embargo, poco convincente: La legitimación formal de quien presenta el cheque fundamenta, *en igual medida para ambos tipos de cheques mencionados*, la presunción de su legitimación material. Por ello, desde el punto de vista del engaño, ambas situaciones de hecho deben ser tratadas del mismo modo. Parece correcto negar este elemento del tipo también para el caso de presentación de un cheque a la orden. La conclusión contraria extraída por el BayObLG es demasiado amplia. Para librarse del riesgo de responsabilidad civil, el tomador del cheque necesita sólo determinar *que* existe una cadena de endosos ininterrumpida y «no llamativa» (es decir, que no da motivo a una grave desconfianza). En cambio, él no necesita formarse una convicción positiva en el sentido de que quien entrega el cheque sería el *verdaderamente* (materialmente) legitimado. En correspondencia con ello, éste no tiene motivo para afirmar su legitimación material. Por tanto, de su conducta se debe extraer (formulado en la terminología tradicional) sólo el contenido declarativo de que están dadas todas las circunstancias que el otro debe controlar para determinar su (del transferente) legitimación formal. Pero esta afirmación (cadena ininterrumpida de endosos) es correcta por regla general, de modo que un engaño conforme al § 263 StGB queda excluido.

(68) Según OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527 s., con comentario de JOERDEN, JZ 1988, pp. 103 ss.

(69) OLG Köln, ídem, p. 2528.

bien, mediante una confirmación explícita, él ha intervenido en el desarrollo de la transacción como tal (70).

Este acto de participación, sin embargo, en cierta medida le fue impuesto por su *partner* en la comunicación *K*. Se imaginaría el caso en que *K*, al contar el dinero, se hubiera equivocado *en perjuicio* de *A*; entonces, éste observaría el error y contradiría por ello el resultado dado a conocer por *K*. En este supuesto, *A* actúa en su propio interés. Por medio de su intervención puede provocar que *K* deba contar otra vez el dinero, en tanto no quiera arriesgarse a que fracase el negocio. Una intervención inmediata es aquí conveniente para *A*, por lo demás, ya por el hecho de que en caso contrario le amenazan importantes dificultades probatorias. En esa medida, se puede hablar en esta situación de una *carga de contradecir* por parte de *A*. En la interpretación del OLG Köln, ésta se transforma en un *deber de contradecir*. En vez de sus *propios* intereses, el cliente debe ahora favorecer los intereses *ajenos*. Expresado de otro modo: a *K* le es concedida la facultad jurídica de imponer a *A*, de modo unilateral, un *deber de cooperación* reforzado penalmente; ante la pregunta de *K*, *A* debe poner su propio nivel de información al servicio del Banco. Ni siquiera por medio del silencio puede escapar a la exigencia de colaboración, pues de acuerdo a una aclaración expresa del OLG, un silencio de su parte habría de interpretarse igualmente como –concluyente– confirmación (71). La cuestión decisiva normativamente es, por lo tanto, si merece protección penal el esfuerzo de *K* por poner a *A* «en el deber» de actuar a favor del Banco representado por ella. Se trata aquí, una vez más, de la adecuada distribución del riesgo de orientación entre los *partners* de la comunicación. Se hace manifiesto, por consiguiente, que la estructura normativa del presente problema coincide con aquella de los casos tratados con anterioridad: Declaraciones que de modo *puramente fáctico* son apropiadas para conducir a error al *partner* de la comunicación –como por ejemplo la manifestación explícita «¡Está bien así!», en la situación de hecho del OLG Köln– caen en el ámbito de regulación del tipo penal de la estafa, sólo cuando bajo puntos de vista normativos se presentan como *no cumplimiento de un deber de cooperación*. Con más precisión: Uno de los *partners* debe poder ser considerado como *competente* por una determinada provisión de información para su contraparte. A consecuencia de ello, el déficit de

(70) En esa medida, este caso resulta algo más difícil que aquellas situaciones de hecho en las que el cliente, sin hacer comentario, se guarda el vuelto que le es entregado. Que en estos casos no interviene el § 263 StGB, es reconocido hoy casi unánimemente (referencias en nota 8).

(71) OLG Köln, NJW 1987, pp. 2527, 2528.

información de ésta se imputa inculpativamente a aquél, al competente. La denominación para el juicio de imputación respectivo en el contexto del § 263 StGB reza: «engaño».

¿Ha cometido *A* un engaño en este sentido, por medio de su respuesta afirmativa a la pregunta de *K*? Por regla general, el *partner* de un negocio tiene derecho a esperar, al solicitar una información, que su contraparte no responda a la pregunta que le fue dirigida contradiciendo su propia convicción. Es decir, de la fiabilidad básica del medio de comunicación «lenguaje» dependen *por igual ambas partes contratantes*; en esa medida, el deber de veracidad no representa una carga unilateral (sólo) del interrogado *in concreto*. Pero desde el punto de vista de la estafa, la fiabilidad de informaciones proporcionadas por medio del lenguaje no es un fin en sí mismo (72); ella sirve para posibilitarle a la persona individual el *manejo auto-responsable de su patrimonio* (73), para facultarla por tanto, a modo de ejemplo, para decidir sobre una base objetiva suficiente respecto de la aceptación de riesgos económicos. Este limitado objetivo *no* exige descargar al titular del patrimonio también de aquellos riesgos que se generan para él por el hecho de que debe *procesar y evaluar*, dentro de su propia esfera de organización, las informaciones relevantes para su decisión. Pero justamente a ello se llegaría, si se calificara como engaño típico, junto al OLG Köln, la reacción afirmativa de *A* a la pregunta de *K*. La soberanía de organización, tanto para el acto de pago propiamente, como también para el proceso de conteo y de cálculo previo, corresponde aquí a quien efectúa el pago, es decir, al Banco. Sus empleados competentes tienen derecho a decidir cómo debe ser ejecutado técnicamente el proceso en que se cuenta el dinero, y qué personal es designado para ello. Si bien el cliente está habilitado a contradecir el *resultado obtenido*; el Banco puede no permitir, empero, intromisiones del cliente en el *procedimiento como tal* por él determinado. Quien tiene el *derecho de determinación* exclusivo sobre un cierto ámbito de organización, y además está facultado a *retener* para sí las *ganancias* allí generadas, ése no tiene permitido a la vez poder extender a su *partner* en la comunicación, por medio de una simple interrogación, la *competencia por la eliminación de eventuales errores* de esa organización. El hacer participar a éste en los *riesgos* de la organización respectiva, pero privarlo de las *ventajas* (jurídicas y económicas) de

(72) Este punto de vista pasa por alto KINDHÄUSER, en: NK-StGB (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 122; *el mismo*, LPK (*supra* nota 2), § 263, nro. marg. 65. KINDHÄUSER acepta un *amplio* deber con el contenido de atenerse a la verdad cuando se dice algo.

(73) PAWLIK (*supra* nota 2), p. 83.

ésta, significaría otra vez introducir una asimetría fundamental en la relación con su contraparte, para la cual no existe una razón convincente objetivamente. Por tanto, aun si en el presente caso se interpreta en el sentido de una pregunta la comunicación a *A* del resultado obtenido al contar el dinero, *A* no estaba obligado a dar una respuesta conforme a la verdad. Antes bien, el riesgo de orientación permanece en el ámbito de *K*. La transformación, tomada en cuenta por el OLG Köln, de la carga de contradecir del cliente en un deber de cooperación, por esta razón, no merece aprobación. Un engaño típico de *A* no entra en consideración (74).

V. RESUMEN

Con ello, el presente estudio ha llegado a su término. Éste se ha esforzado, por un lado, por poner de relieve las valoraciones materiales que son decisivas contra una punibilidad por estafa en los casos de errónea acreditación en cuenta y en las constelaciones, emparentadas a ellos, del aprovechamiento de defectos de organización ajenos. Por otro lado, la exposición precedente ha intentado demostrar que un tratamiento sistemáticamente satisfactorio de estas situaciones de hecho requiere una consecuente normativización del concepto del engaño típico. Si en el marco de la modificación del entendimiento tradicional del engaño, se concedió un lugar destacado a las expresiones «competencia» y «distribución de competencias», ello no ocurrió con la intención de imponer a la dogmática de la estafa una determinada posición teórico-penal, o incluso filosófico-jurídica. Como ya antes fue expuesto, la presente terminología surge, antes bien, del afán por conceptualizar y por reunir en un conjunto sistemáticamente satisfactorio, modos de razonar que materialmente son reconocidos ya en gran medida y –si bien no siempre libre de contradicciones– de hecho son puestos en práctica. Que de este modo la interpretación de un tipo penal central de la Parte Especial haya sido familiarizada más íntimamente con algunas categorías básicas de la teoría general del derecho penal, representa, a mi parecer, un beneficio para ambas partes: La dogmática de la Parte Especial obtiene en esa medida una base sistemática más estable, y aquella de la Parte General gana en claridad y en relevancia práctica. Confío por ello en que un hombre de ciencias como Ernst-Joachim Lampe, formado por igual en ambas áreas, contemplará con simpatía el objetivo aquí perseguido.

(74) Del mismo modo, JOERDEN, JZ 1988, pp. 104 s.