

Aspectos generales del tipo penal de estafa

Edgardo Alberto DONNA
Javier Esteban de la FUENTE

SUMARIO: I. *Bien jurídico protegido*. II. *La definición de estafa*. III. *Tipo objetivo*. IV. *Tipo subjetivo*. V. *Consumación y tentativa*.

I. Bien jurídico protegido

En el Código Penal argentino, el tipo de estafa se encuentra incluido en el título 6, denominado “Delitos contra la propiedad”. Sin embargo, basta con analizar el contenido de los diferentes tipos para reconocer que en realidad la protección legal va mucho más allá del mero “derecho de propiedad”.

Hay que aclarar que la función de los rótulos que encabezan los distintos tipos penales no es necesariamente la determinación del bien jurídico protegido, sino que por medio de fórmulas abreviadas se intenta individualizar las diferentes conductas previstas, de modo que el título al que se alude desempeña una función meramente ilustrativa.¹

Técnicamente resulta más adecuado hablar de “delitos contra el patrimonio”, pues no sólo se incluyen acciones que lesionan o ponen en peligro la propiedad, sino también aquellas que afectan otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito, e incluso las expectativas.²

1 Véase Valle Muñiz, José Manuel, *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 77.

2 *Ibidem*, p. 78. En igual sentido, Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González (*Manual de derecho penal. Parte especial, Delitos patrimoniales y eco-*

A diferencia de otros tipos penales como el hurto o el robo, en el caso de la estafa la distinción es aún más evidente, pues no se protege un determinado elemento integrante del patrimonio sino que se toma en cuenta al patrimonio de la víctima como una unidad o conjunto.³

De esto se deriva —como pone de resalto Bajo Fernández— que

El ataque a un elemento integrante del patrimonio (propiedad, posesión, derecho de crédito, etcétera) sólo podría constituir estafa cuando de él se derive una disminución del valor económico del patrimonio globalmente considerado, mientras que en otros tipos basta el ataque a dicho elemento patrimonial aislado para que se consuma el delito, aun cuan-

nómicos, Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces, 1993, p. 34), señalando que “la necesidad de destacar la distinta regulación actual del orden económico, la necesidad de corregir defectos técnicos del título XIII, la necesidad de referirse a los intereses colectivos que aparecen como dignos de protección en nuestro ordenamiento y la necesidad, por último, de aludir más exactamente al bien jurídico y al contenido del título, obligan a sustituir la expresión «Delitos contra la propiedad» por la de «Delitos patrimoniales»”. Sobre la diferencia entre los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio véase Zugaldía Espinar, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal Iure, 1988, p. 22.

3 Asiste razón a Conde-Pumpido Ferreiro, cuando afirma que “los delitos contra el patrimonio en su conjunto son aquellos que atentan al patrimonio considerado como valor económico y que es perjudicado por la acción delictiva, estimándose como prototipo de ellos la estafa, que es el delito patrimonial por antonomasia, hasta el punto de llegar a afirmarse, no sin exageración, que el concepto de patrimonio nace por y para la estafa y se desarrolla a partir de sus exigencias” (Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Estafas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 33). En igual sentido, Bustos Ramírez expresa que “la protección que se ofrece al patrimonio en la estafa tiene un carácter más amplio y global que en cualquier otro caso, ya que puede abarcar cualquier elemento del patrimonio (derechos, obligaciones, cosas, otros objetos, etcétera) y, además, cualquier tipo de relación jurídicamente protegida es suficiente” (Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1991, p. 189). Otra opinión sostiene González Rus al entender que la estafa es un delito que se dirige contra los elementos integrantes del patrimonio, pues —a su criterio— desconectando el perjuicio del acto concreto de disposición patrimonial y entendiéndolo como detrimento del patrimonio en su conjunto “habría que entender que el perjuicio lo integran tanto los detrimentos patrimoniales provocados directamente como los generados en forma indirecta por el acto de disposición, pues en todo ello resulta empobrecido desde una perspectiva global el patrimonio del sujeto pasivo como consecuencia del delito, con lo que se acumularía y confundiría la indemnización de perjuicios con la cuantía relevante para la tipificación y la pena” (González Rus, Juan José, *Curso de derecho penal español. Parte especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, Marcial Pons, 1996, t. I, p. 655). Tampoco está de acuerdo con la consideración del bien jurídico patrimonio como “un todo” Francisco Muñoz Conde (*Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 359).

do el patrimonio, considerado unitariamente, reste incólume o, incluso, beneficiado.⁴

Es decir, no se persigue la protección de la propiedad ni de la posesión o del título de crédito, sino el resguardo de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona,⁵ aunque necesariamente —claro está— el ataque al patrimonio de la víctima siempre se instrumenta a través de la lesión de un concreto bien o valor.⁶

Otra cuestión importante es aclarar que en la estafa el bien jurídico no es, como podría pensarse, la “buena fe en el tráfico” o la “lealtad en las operaciones” sino el patrimonio.⁷ El ardid y engaño previstos en el tipo como formas de comisión constituyen simplemente los medios con los que se produce el daño patrimonial del sujeto pasivo, de modo que el quebrantamiento de la buena fe es el *modus operandi* que va a determinar la lesión jurídica patrimonial, pero no el objeto de la tutela, ni directa ni indirectamente.⁸

Si la buena fe fuese el bien jurídico amparado, la consumación del delito debería producirse con la sola realización del engaño, sin necesi-

4 Bajo Fernández *et al.* (*op. cit.*, nota 2, p. 36), quienes continúan ejemplificando: “Así se dice que hay delito de daño en el caso de quien produce la muerte de un viejo caballo inútil que el propietario conserva por pura relación afectiva, a pesar de que con la muerte del animal se origina un beneficio o disminución de costos. O el caso de quien destruye un inmueble viejo en el centro de una gran ciudad con ánimo de dañar, lo que constituye delito de daños a pesar de que el propietario del inmueble se haya enriquecido porque el solar aumenta de valor al librarse el inmueble de inquilinos. Igualmente comete hurto quien toma la cosa ajena contra la voluntad de su dueño dejando en su lugar el valor equivalente en dinero o un valor superior. En todos estos casos hay delito de daños, hurto o robo, con independencia del enriquecimiento ocasionado al sujeto pasivo del delito. Por ello decimos que en estos delitos el bien jurídico protegido lo constituye exclusivamente cada uno de los elementos patrimoniales aisladamente considerados cuya lesión implica la consumación”. En el caso de la estafa, no alcanza con la lesión de un elemento patrimonial concreto, sino que debe ser el “conjunto del patrimonio” el que haya sido dañado.

5 Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 34.

6 Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 88.

7 Aunque eso no impide reconocer, como señala González Rus, que “uno de los fines político-criminales que llevan al legislador a construir el delito de estafa es el proteger la confianza, la fiabilidad y la credibilidad en el tráfico mercantil” (González Rus, Juan José, *op. cit.*, nota 3, p. 656).

8 Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 32.

dad de que ocasione perjuicio patrimonial alguno, solución que resulta inaceptable desde el punto de vista legal.⁹

En consecuencia, el bien protegido en la estafa es el patrimonio globalmente considerado, es decir, en su totalidad como *universitas iuris*, de modo que el delito va a perfeccionarse cuando la conducta se haya traducido en una disminución del valor económico patrimonial de la víctima.¹⁰ No obstante, únicamente se deben tomar en cuenta los perjuicios patrimoniales derivados directamente del acto de disposición.¹¹

Aclarado esto, debemos entrar en el problema del concepto de “patrimonio” como bien jurídico protegido por el delito de estafa. En derecho penal existen cuatro posiciones básicas.

1. Concepto jurídico de patrimonio

De acuerdo con esta posición, el patrimonio es el conjunto de “derechos patrimoniales” de una persona. Sólo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que está reconocido como “derecho subjetivo” por el orden jurídico.¹²

Esta concepción genera tres consecuencias fundamentales:

1) No existe estafa cuando el fraude se refiere a un objeto o bien de procedencia ilícita. Está claro que en esos casos, jurídicamente hablando, no existe “derecho” sobre lo defraudado.

9 En palabras de Bajo Fernández, “el entendimiento de la buena fe como bien jurídico protegido en la estafa provoca, a nuestro juicio, resultados insatisfactorios, por ejemplo el adelantamiento de las formas imperfectas de la ejecución, ya que habría que considerar el engaño como resultado típico y no como modalidad de la conducta” (Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 265).

10 Como señala Bajo Fernández, “la comparación del patrimonio total, antes y después del acto de disposición, servirá para determinar el perjuicio de la estafa consumada” (*ibidem*, p. 267).

11 Supongamos que la estafa recae sobre un objeto cuyo valor resulta inferior al beneficio fiscal que provoca su pérdida. Está claro que en lo inmediato y de manera “directa” se ha ocasionado un perjuicio patrimonial al producir la pérdida de la cosa, y en nada afecta la solución el hecho de que “indirectamente” se haya beneficiado económicamente a la víctima. Entre el acto de disposición y el perjuicio patrimonial rige el principio de “inmediatez” (*idem*).

12 Así Binding, quien concibe al patrimonio como “la suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona” (Binding, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, 1969, t. 1, pp. 237 y ss.).

2) Tampoco podría apreciarse el delito cuando la víctima aún no tenía un derecho patrimonial adquirido sino sólo una mera “expectativa”. Esto resulta criticable porque, como señala Bajo Fernández, “hay expectativas de derecho, como, por ejemplo, la clientela, cuya defraudación puede tener un gran significado económico en el mundo mercantil”.¹³

3) En cambio, la pérdida de derechos sobre cosas o bienes constituye perjuicio patrimonial y por lo tanto puede dar lugar al delito de estafa, sin importar que se trate de objetos no “valorables económicamente”. Así, entonces, la servilleta de papel donde el pretendiente expresa en forma de verso sus sentimientos hacia su amada contiene un valor afectivo reconocido por el derecho, que integrará, para los seguidores de esta teoría, el patrimonio.

Aquí únicamente importa la lesión de “derechos patrimoniales”, de modo que, aunque la cosa careciera de valor económico, o si, en otro supuesto, la contraprestación tuviese un valor económico equivalente, el patrimonio de todas formas se consideraría lesionado.¹⁴

El bien jurídico patrimonio, para esta posición, resulta lesionado no sólo cuando la cosa esté dotada de contenido económico, sino cuando la lesión se produzca sobre cualquier derecho patrimonial. Con razón se ha dicho que el concepto jurídico resulta en exceso amplio y en exceso restringido, pues por un lado permite la estafa cuando no existe ningún perjuicio patrimonial concreto y, por el otro, la excluye al dejar de lado los valores no integrados en un derecho subjetivo como las expectativas.¹⁵

2. Concepto económico de patrimonio

Conforme a este punto de vista, patrimonio es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como “derechos”.

Las consecuencias son exactamente inversas a la teoría anterior:

¹³ Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 268.

¹⁴ En el ejemplo de Conde-Pumpido Ferreiro, esto se daría por ejemplo en la venta, como un supuesto *Stradivarius*, de un violín vulgar pero en un precio equivalente al valor intrínseco de tal violín falso (*op. cit.*, nota 3, p. 36).

¹⁵ *Idem.*

1) Deben incluirse en el concepto de patrimonio a los bienes o cosas de procedencia ilícita. La defraudación que se comete en perjuicio del coautor del robo en el reparto del botín debería ser incluida en el tipo penal de estafa, lo que no parece satisfactorio. Como afirma Bajo Fernández, “al incluir *siempre* en el concepto de patrimonio la cosa poseída antijurídicamente, se da una amplitud excesiva al delito de estafa”.¹⁶

2) Obviamente, también forman parte del patrimonio las “expectativas” cuando tengan un valor económico determinado, aunque todavía no puedan considerarse desde el punto de vista jurídico como “derechos adquiridos”.

3) Por último, se deben excluir del bien jurídico a las cosas u objetos desprovistos de valor económico, que sólo posean una apreciación afectiva o sentimental. El valor de la cosa se determina “objetivamente” sin tener en cuenta el juicio de la persona. Aunque —como en el caso de la servilleta— la conducta del autor lesione un derecho reconocido, si no existe perjuicio patrimonial, en el sentido de perjuicio económico, no es posible considerar la conducta como estafa. Lo mismo sucede en los casos en que el autor del engaño realiza una contraprestación “equivalente” desde el punto de vista económico.

El problema más importante que presenta esta posición es, como afirma Valle Muñiz, “su gran permeabilidad cuando integra en el patrimonio posiciones en el tráfico económico que, susceptibles de valoración, adolecen de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico”¹⁷ y, por otra parte, en muchos casos resulta muy difícil, por no decir imposible, prescindir por completo de criterios “jurídicos” para determinar si el bien pertenece o no al patrimonio.¹⁸

3. Concepto mixto o económico-jurídico de patrimonio

El criterio que parece más adecuado para definir el bien jurídico protegido por el delito de estafa es el mixto, según el cual, por patrimonio corresponde entender al conjunto de bienes o derechos con valor económico que además gocen de protección jurídica.¹⁹

16 Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 268.

17 Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 82.

18 Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 268.

19 Siguiendo este punto de vista, Welzel, para quien el patrimonio de una persona se

De esta forma se logra un concepto que no resulta ni muy restringido ni tampoco excesivamente amplio, permitiendo explicar satisfactoriamente la mayoría de los supuestos problemáticos que se presentan en la estafa.²⁰

Sin embargo, pensamos que la teoría mixta debe ser aclarada en el sentido de que únicamente pueden considerarse incluidos en la tutela aquellos bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el derecho, pero que no contradigan el sistema de valores de nuestra Constitución y del orden jurídico en general. Como señala Frank Zieschang, a los fines del tipo penal sólo pueden pertenecer al concepto de patrimonio “los bienes de una persona que no se encuentren en oposición con el sistema de valores fundamentales plasmados en la Constitución”.²¹

En esta noción de patrimonio deben incluirse:

compone de la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico (Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, Walter de Gruyter, 1969, p. 372). Valle adopta esta teoría señalando que “sólo el patrimonio entendido en sentido amplio, esto es, como la suma de relaciones jurídico-patrimoniales susceptibles de valoración económica, es apto para aglutinar en su seno los diferentes objetos jurídicos de las figuras delictivas agrupadas en el título” (Valle Muñiz, *El delito de estafa*, cit., nota 1, p. 83). Para Bajo Fernández y Pérez Manzano, “constituyen elementos patrimoniales todas aquellas posiciones de poder sobre una cosa, valorables económicamente, que revisten una apariencia jurídica” (Bajo Fernández et al., op. cit., nota 2, p. 268).

²⁰ Como afirma Huerta Tocildo, “frente a la concepción jurídica, esta teoría supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico (es-tén o no concretados en derechos subjetivos), mientras que, frente a la teoría económica, supone una importante restricción al considerar bienes patrimoniales únicamente a aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica” (Huerta Tocildo, Susana, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, p. 35, citado por Romero, Gladys, *Delito de estafa*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 274). En el mismo sentido, expresa Conde-Pumpido Ferreiro que esta postura “toma de la teoría jurídica la exigencia de que los bienes o valores sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación jurídica, lo que supone una restricción del carácter económico expansivo de la teoría estrictamente económica, y toma de esta última la exigencia de que el derecho subjetivo tenga un valor económico, lo que matiza la concepción estrictamente jurídica de la primera de las teorías expuestas” (op. cit., nota 3, p. 38).

²¹ Zieschang, Frank, “La protección de la propiedad a través del delito de estafa”, trad. de Maximiliano D. Vaccalluzzo, *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, núm. 2000-1, pp. 11 y ss.

- a) Las cosas, bienes y créditos con valor económico.
- b) Los derechos reales, personales e intelectuales.
- c) La posesión, aunque como veremos más adelante debe quedar al margen cuando sea obtenida ilícitamente.²²
- d) Las expectativas (ganancias futuras), pero en general se exige que tengan una base jurídica preexistente y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación.²³

4. El llamado concepto “personal” de patrimonio

Finalmente, para algunos autores el patrimonio debe considerarse como una “unidad personalmente estructurada” que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos. Así, Gladys Romero afirma que “lo que caracteriza el concepto personal de patrimonio consiste, sobre todo, en el reconocimiento de la *finalidad económica individual* y las posibilidades de acción del titular del patrimonio”, poniendo de manifiesto que “en los delitos patrimoniales no se lesiona cualquier acopio de bienes con valor monetario perteneciente a alguien, sino a la persona a la que corresponde el patrimonio y, además, se la lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los *finés perseguidos con sus actos de disposición*”.²⁴

La consecuencia más importante es que el perjuicio patrimonial en el delito de estafa no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para satisfacer los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima.²⁵

²² Esta cuestión será analizada al abordar el problema del perjuicio patrimonial (apartado III, 5).

²³ Véase lo explicado al analizar el perjuicio patrimonial (apartado III, 5).

²⁴ Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 282.

²⁵ Véase *ibidem*, p. 283. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro, para esta teoría “el perjuicio patrimonial deviene de una reducción de la potencia económica del propietario, reducción que no tiene por qué valorarse exclusivamente en términos monetarios, sino que surge también de una disposición sobre los bienes económicos que no consigue, para el que la realiza, el fin que con ella pretendía: en el ejemplo del *Stradivarius* falso, el patrimonio monetariamente hablando no sufre perjuicio, pero su titular no consigue poseer un violín de aquel *luthier*, que era lo que le llevó a la compra del objeto” (*op. cit.*, nota 3, p. 40).

En realidad esta tesis ha sido criticada por su falta de utilidad práctica, pues se entiende que todos los problemas que plantea pueden ser resueltos satisfactoriamente con la postura mixta (jurídico-económica),²⁶ dado que este concepto de ninguna manera significa que el perjuicio patrimonial en la estafa únicamente deba medirse con “valores pecuniarios”, sino que también corresponde tener en cuenta las necesidades y fines del engañado.²⁷

II. La definición de estafa

El artículo 172 del Código Penal argentino establece que: “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”.

El legislador optó por no definir a la estafa y, en cambio, utilizar un sistema ejemplificativo-casuístico, señalando las diferentes formas que resultan punibles.²⁸ No obstante, el texto legal nos brinda una primera aproximación al concepto de la estafa, en el sentido de que el delito consiste en una “defraudación” causada mediante “ardid o engaño”.²⁹

²⁶ Véase Zugaldía, *op. cit.*, nota 2, p. 59; Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 269, y Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 41.

²⁷ Como señala Antón Oneca, “a los efectos de determinar el perjuicio en la estafa, la valoración de la disminución patrimonial ha de hacerse en primer término en un plano objetivo, estimando la cuantía según medidas generales, no según la opinión del perjudicado; lo que no quiere decir que carezca de significación el momento subjetivo, pues en segundo término, han de tenerse presentes las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engañado” (Antón Oneca, José, *Las estafas y otros engaños*, Barcelona, 1957, p. 13).

²⁸ Distinto es el sistema utilizado por el Código Penal español, cuyo artículo 248 establece que “cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero”. Por su parte, el § 263.I del Código Penal alemán dispone que “quien, con la intención de procurar para sí o un tercero una ventaja patrimonial ilícita, perjudique el patrimonio de otro causando un error o manteniéndolo, por medio de la apariencia de hechos falsos o de la desfiguración o supresión de hechos verdaderos, será castigado con pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa”.

²⁹ Como señalan Molinario y Aguirre Obarrio, “no se trata de la creación, por vía analógica, de nuevas entidades delictivas, sino solamente de aplicar la ley penal a formas de conducta que, reuniendo todos los elementos constitutivos del delito de estafa, aparezcan novedosas por el medio utilizado para inducir a error a la víctima” (Molinario, Al-

Es importante aclarar que por defraudación se debe entender “toda lesión patrimonial producida con fraude”, de modo que se trata del “género”, cuyas especies son la estafa y el abuso de confianza, modalidades que resultan claramente diferentes.³⁰

La doctrina ha intentado precisar un poco más el concepto ocupándose de buscar una definición para el delito. En palabras de Antón Oneca podríamos decir que la estafa consiste en “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”.³¹

La definición refleja claramente los elementos exigidos por el tipo de estafa: engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio y ánimo de lucro. Como veremos luego, dichos elementos no pueden aparecer en forma aislada sino que deben estar relacionados de manera especial.

fredo J., *Los delitos*, preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, Tea, 1996, t. II, p. 325).

³⁰ Véase Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Buenos Aires, Tea, 1996, t. IV, p. 346. Básicamente la diferencia es que, en la estafa, el fraude actúa como “determinante” del acto que ocasiona el perjuicio patrimonial, mientras que en los abusos de confianza existe una situación jurídica legítima preexistente, a partir de la cual se concreta posteriormente la defraudación. En este sentido, afirman Molinario y Aguirre Obarrio: “En las estafas la acción del delincuente comienza por un engaño que vicia el consentimiento de la víctima. La víctima yerra en su apreciación de la realidad y obra de manera tal que produce o acepta la producción de un hecho que perjudica su patrimonio. En los abusos de confianza existe inicialmente una relación jurídica válida. Tal relación crea obligaciones que impiden al sujeto hacer ciertas cosas, pero las hace, con el fin de perjudicar a la víctima y beneficiarse ilegítimamente él” (Molinario, *op. cit.*, nota anterior, p. 319).

³¹ Antón Oneca, *op. cit.*, nota 27, p. 1. Entre nosotros, Núñez la define como “la defraudación sufrida por una persona a causa del fraude de que el autor hizo víctima a ella o a un tercero” (Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, t. IV, p. 285). Soler la concibe como la “disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardides de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido” (Soler, *op. cit.*, nota anterior, p. 346). Para Romero, la estafa es “un engaño, causante de un error, que motiva una disposición patrimonial que provoca un daño patrimonial” (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 113). Según Molinario y Aguirre Obarrio, “es pretender la obtención ilegítima de un derecho patrimonial ajeno, con perjuicio para la víctima, que lo entrega o concede voluntariamente, inducida a error por empleo de ardides o maquinaciones aptas a ese efecto” (Molinario, *op. cit.*, nota 29, p. 335).

III. Tipo objetivo

El tipo objetivo de estafa exige la presencia de tres elementos fundamentales: fraude (ardid o engaño), error y disposición patrimonial perjudicial. Tales elementos deben darse en el orden descrito y estar vinculados por una relación de causalidad —o si se prefiere de imputación objetiva—, de modo tal que sea el fraude desplegado por el sujeto activo el que haya generado error en la víctima y ésta, con base en dicho error, realice una disposición patrimonial perjudicial.

1. *El ardid o engaño*

El ardid o el engaño son las dos únicas modalidades previstas en la ley para caracterizar la estafa, de ahí que es fundamental precisar bien estos conceptos a los efectos de garantizar plenamente el principio de legalidad. Por otra parte, dichos elementos constituyen el punto central de la teoría de la estafa, pues si no hay ardid o engaño, aunque exista error y disposición patrimonial perjudicial, debe descartarse categóricamente el delito.

Se puede decir que el engaño es la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, o, de acuerdo con la definición tradicional de Antón Oneca, es la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas.³²

El Código Penal enuncia sólo algunos ejemplos cuando se refiere al “nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación”, lo que se confirma cuando el legislador agrega la fórmula genérica de “valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”.

Si bien generalmente el engaño recae sobre “hechos”,³³ nada impide incluir también como formas de engaño a los “juicios de valor”,

³² Antón Oneca, *op. cit.*, nota 27, p. 5. Como gráficamente señala Valle Muñiz, es la muleta o capa de que se sirve el torero para engañar al toro (Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 142).

³³ Normalmente se dice que el engaño puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos.

siempre que se cumplan con todos los requisitos propios de este primer elemento y en especial con la exigencia de “idoneidad”.³⁴

Como se sabe, existen dos formas diferentes de concebir este delito.³⁵

A. Criterio limitado

Según una posición restringida, el engaño como elemento típico fundamental exige una especial *maquinación o puesta en escena*. Es decir, el medio engañoso debe adoptar cierta entidad, no resultando suficiente con las simples palabras sino que en todos los casos el autor debe desplegar alguna actividad tendente a falsear la realidad.³⁶ En palabras de

34 Véase González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 663; también, Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 278. En contra de la consideración de “juicios de valor” como objeto del engaño, Gladys Romero, aunque la diferencia que propone entre “hechos” y “juicios de valor” no resulta muy clara. Por un lado, parte de un concepto sumamente amplio de “hecho” al considerar que “es todo aquello que puede ser conocido”, incluyendo los “sucesos, situaciones, relaciones, propiedades, calidades, etcétera, que se pueden percibir directa o indirectamente a través de los sentidos” (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 129). No obstante, más tarde aclara que para determinar si se trata de un “hecho” o un “juicio de valor” es fundamental la concepción del tráfico, no resultando decisiva la fórmula lingüística. Por ejemplo —afirma—, una aserción sobre la calidad de un objeto, como “el mejor cigarrillo del mundo”, aunque encierre la apariencia de la afirmación de un hecho, por lo general no es considerada así. Por el contrario, un aparente juicio valorativo puede contener la afirmación de un hecho, como, por ejemplo, el manifestar que se trata de “un coche muy veloz” (p. 134). Pensamos que no es relevante analizar si el engaño recae sobre un hecho o juicio de valor, distinción que por otra parte no viene impuesta por la ley, sino que lo importante es que ese engaño pueda considerarse “idóneo” para producir un estado de error en la víctima, conforme a las exigencias que luego analizaremos.

35 Sobre las dificultades e imprecisiones de la jurisprudencia al interpretar el “ardid o engaño”, véase Bertoni, Eduardo A., “El concepto de «ardid o engaño» en la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, núm. 2000-1, pp. 31 y ss.

36 Esta posición se impuso en el siglo XIX e imperó fundamentalmente en la doctrina francesa a través de la llamada *mise en scène*. Entre nosotros Soler siguió parcialmente esta postura señalando que “para constituir ardid se requiere el *despliegue intencional de alguna actividad*, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante”, agregando que “es un principio de la jurisprudencia repetido casi textualmente por varios autores el que las palabras artificiosas, las alegaciones mentirosas, las promesas, las esperanzas, desprovistas de todo hecho exterior, no constituyen maniobras” (Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 348). También adhirió a esta posición Carrara, expresando textualmente: “Aunque no acostumbro adular las doctrinas francesas, me parece que en este punto han acertado, porque la *mise en scène* no es una fórmula empírica ni se refiere a accidentes materiales desprovistos de sentido jurídico; todo lo contrario, completa el elemento subjetivo y el elemento objetivo del deli-

Pedrazzi, con esta tesis “se atiende al *revestimiento exterior* del engaño: se incrimina el engaño que esté construido con una cierta riqueza de formas y de medios; se exige que el motivo fraudulento no venga simplemente enunciado, sino que venga desenvuelto y revestido de un acompañamiento de maquinaciones aptas para abrir una brecha en la defensa del sujeto pasivo”.³⁷

Se trata de hacer una diferencia entre lo que sería el *fraude civil* y el *fraude penal*. Mientras que para el primero es suficiente con cualquier forma de engaño, por mínimo que sea, en materia penal se exige un plus adicional consistente en la *maniobra fraudulenta* que lleva a cabo el autor, que, sin duda, revela mayor peligrosidad dado que supone la existencia de premeditación y preordenación de medios.³⁸ En rigor —a nuestro juicio—, dicha diferenciación no resulta convincente pues lo que constituye fraude lo es tanto en el ámbito civil como en el penal.³⁹

Con esta posición resulta sumamente dificultoso incluir en el tipo penal de estafa tanto a los llamados *engaños omisivos* como a los *engaños verbales* (mentiras), pues en ninguno de esos casos existen actividades o maniobras externas desplegadas por el autor del hecho como pretenden los partidarios de esta teoría.

Como bien señala Conde-Pumpido Ferreiro, en definitiva se trata de adoptar una determinada postura de política criminal: qué forma de frau-

to: el subjetivo, porque muestra mayor astucia, mayor persistencia del deseo de hacer daño, un individuo más temible para la sociedad, y el objetivo, porque las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la credulidad de la víctima y le agregan al hecho un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero quien se presente” (Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, vol. IV, t. 6, § 2344).

³⁷ Pedrazzi, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 220, citado por Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 46. Como señala este último autor, de este modo se establece una distinción entre la mentira verbal, que no debe ser punible, y la maniobra fraudulenta como obra material y exterior, de carácter positivo.

³⁸ Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 48.

³⁹ Como señala González Rus, “la cuestión es más de tipicidad que de dolo, pues entre un concepto de dolo y otro no hay diferencias lo suficientemente claras como para permitir una distinción nítida” (González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 666). En igual sentido Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 3, p. 361. Sobre la imposibilidad de diferenciar el fraude civil del penal, véase ampliamente Soler, *op. cit.*, nota 30, pp. 339 y ss., y Molinario, *op. cit.*, nota 29, p. 348.

de debe ser castigado penalmente y si la reacción penal sólo debe actuar ante los fraudes de mayor gravedad o peligrosidad. No obstante, el problema es que “en ciertos supuestos la simple mentira, aun no acompañada de un *aparato* ratificante, puede resultar peligrosa frente a un sujeto pasivo desapercibido o fácilmente sugestionable, por lo que la tesis de la *mise en scène* puede resultar insuficiente”.⁴⁰

Ya hace tiempo afirmaba Finzi que la intensidad del engaño no debe medirse sobre la base de la prudencia mediana, sino con arreglo a las condiciones intelectuales personales del engañado en cada caso.⁴¹ Es decir, el medio comisivo de la estafa es aquel por el cual se llega a la lesión patrimonial; sin que interese, desde el punto de vista jurídico, que el error se haya logrado con medios refinados o con medios simples, si se utiliza para producir el daño ajeno.⁴²

B. Criterio amplio

Frente a la posición anterior, se considera que para la existencia del delito de estafa es suficiente con cualquier forma de engaño que sea idóneo para inducir a error a la víctima, sin que en todos los casos sea exigible el despliegue de alguna maniobra o actividad fraudulenta exterior. Es decir, para estimar el carácter penal del fraude basta con que la conducta, aunque sólo se encierre en una mentira verbal, sea susceptible de engañar a la persona a la que va dirigida, o que el engaño no sea fácilmente verificable.⁴³ Dicho de otro modo, cualquier forma de engaño

40 Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 47.

41 Finzi, Conrado A., *La estafa y otros fraudes*, Buenos Aires, Depalma, 1961, p. 40.

42 *Ibidem*, p. 41. El autor, recordando a Vincenzo Lanza, expresa que “hay estafa tanto en el engaño más burdo como en la asechanza más refinada, si uno u otra ha tenido la eficacia de determinar a una persona a consentir en lo que el estafador se había propuesto”. Seguidamente se pregunta con Tolomei: ¿Es que no hay delito en el hecho de matar a un niño, porque es tarea mucho más fácil matar a un niño que a un adulto? ¿Y por qué, del mismo modo, se debería absolver al que engaña a un tonto y castigar al que ha engañado a un hombre inteligente, por la circunstancia de que aquél ha recurrido a artificios mucho más sencillos? A su juicio, “la máxima de Garraud, que aparece en su tratado de 1899, según la cual ‘la ley sólo puede proteger a los que se protegen solos’, es una triste absurdidad” (p. 40).

43 Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 49.

es típicamente relevante, siempre que tenga la virtualidad de provocar el error de la víctima.⁴⁴

Ésta parece ser la tesis que adopta nuestro Código Penal, pues el artículo 172 utiliza como posibles formas de comisión del delito al *ardid* y al *engaño*. El primer elemento es entendido como el empleo o utilización de medios artificiosos para deformar la realidad, ya sea simulando aquello que no existe u ocultando lo que existe.⁴⁵ Por engaño, en cambio, se debe considerar a la utilización de palabras destinadas a convencer o, dicho de otra forma, a la mentira adornada de razonamientos idóneos para hacerla pasar por verdad.⁴⁶ Es decir, mientras que el *ardid* obra sobre la realidad externa, creando una falsa apariencia material, el *engaño* obra directamente sobre la psique del engañado.⁴⁷

Este punto de vista amplio parece ser adecuado, en cuanto para configurar el tipo de estafa no corresponde exigir en todos los casos la realización de una maniobra o maquinación exterior. Sin embargo, partiendo del principio de mínima intervención, es preciso encontrar alguna limitación al concepto penal de “engaño”, con el objeto de procurar que

44 Véase Núñez (*op. cit.*, nota 31, p. 299), entendiendo que “el tipo del artículo 172 se realiza siempre que un fraude, cualquiera sea su categoría en orden a su idoneidad para engañar, haya viciado efectivamente la voluntad dispositiva de su víctima. Al autor no se le atribuye criminalidad por haber defraudado a otra persona con un fraude de cierta categoría, sino por haberla defraudado engañándola”. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que “cualquier tipo de proceder enderezado intencionalmente a inducir a otro a un error comporta el artificio de la estafa debiendo la eficiencia del ardid precisarse en las circunstancias propias de cada evento” (CNCrim., sala VII, 30 de septiembre de 1991, “Abarza, Alejandro D. y otro”). También se afirmó que “la tesis de Soler sobre la estafa, traída de Carrara, que en la teoría francesa se denominó *mise en scène*, es errada ya que se basa en la fórmula empírica, en una materialidad desprovista de contenido jurídico que nunca puede constituir, por lo demás, un criterio distintivo entre el fraude punible y el fraude que sólo produciría consecuencias jurídicas civiles. En el delito de estafa, lo relevante no es el medio, sino el error de la víctima” (CNCrim., sala III, 26 de mayo de 1992, “Franco, Roberto C.”).

45 Para Soler, el ardid es el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante (Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 348).

46 Definición perteneciente a Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, p. 247, citado por Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 50.

47 Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 50. En palabras de Núñez, “el ardid requiere artificios o maniobras objetivas, mientras que el engaño, como puro engaño, no los requiere, pues le basta la conducta contraria a la verdad” (Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 294).

no cualquier incumplimiento o violación a la verdad, en el ámbito de los negocios civiles, quede absorbido por el derecho penal.

Con razón destaca González Rus, que “siempre ha sido una constante de la interpretación doctrinal y jurisprudencial la idea de que la ley penal no puede ser el instrumento utilizado para reprimir todos los fraudes que abusan de la buena fe de otros, por lo que no todo engaño puede ser constitutivo de estafa”.⁴⁸

Una forma interesante de limitar el concepto amplio de engaño puede hallarse en las tesis que asientan la estafa en la quiebra de la buena fe en el tráfico. Para determinar si existe o no estafa, habrá que analizar si la conducta llevada a cabo por el autor puede ser caracterizada como “engaño fraudulento”, según las costumbres sociales vigentes en el tráfico o en la actividad que se está desarrollando.

De acuerdo con este punto de vista, “deben considerarse penalmente relevantes aquellos engaños, cualquiera que sea su mecanismo o forma de manifestarse, que se revisten de credibilidad por desarrollarse en un ámbito que el uso social estima está dominado por la buena fe, de modo que el sujeto pasivo tiene derecho a confiar en la veracidad de las manifestaciones de la otra parte”.⁴⁹

Según esta posición, para dar lugar a la estafa, el engaño debe afectar la buena fe exigible en el tráfico, y además vulnerar las costumbres sociales vigentes. De esta manera se atribuye al engaño cierta entidad objetiva, “sustrayendo la valoración al arbitrio del sujeto pasivo, en cuanto sólo podrá alegar el engaño cuando conforme las valoraciones ordinarias de las diversas situaciones de la vida cabría esperar que el sujeto activo actuara con veracidad y buena fe, de modo que sus alegaciones o afirmaciones debieran tomarse como serias”.⁵⁰

⁴⁸ González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 659. En el mismo sentido, expresa Muñoz Conde que “el concepto de engaño es un concepto tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma, y de la finalidad preventiva y político criminal específica del derecho penal, teniendo en cuenta especialmente el principio de intervención mínima del mismo, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente” (Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 3, p. 362).

⁴⁹ Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 52.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 51. El elemento de los “usos y costumbres sociales” funciona como corrector, evitando ampliar en exceso los límites penales del concepto de engaño. Éste no atenta a la buena fe cuando en los usos sociales es un valor entendido: la exageración del comerciante sobre la bondad del producto vendido, las manifestaciones elogiosas en

En parte, adopta esta idea González Rus al señalar que el exigir de acuerdo a la tesis de la imputación objetiva que el engaño suponga, conforme al fin de la norma, la creación o un aumento de peligro para el patrimonio del sujeto, obliga a atender al espacio social en el que se produce la acción engañosa. Según el autor,

...cuando la relación entre el sujeto activo y el pasivo se produce en un ámbito en el que el patrimonio está sometido a un cierto peligro, consustancial a la actividad en la que se desenvuelven ambos (la competencia, el beneficio económico, el riesgo comercial, etcétera), engaño *bastante* será el que aumenta el peligro implícito a la relación y que no provenga de procedimientos usuales o tolerados en ese tipo de tráfico. Por el contrario, cuando el hecho se produce en un ámbito estrictamente privado, sin que el sujeto pasivo tenga expuesto su patrimonio a riesgos que no sean los propios de las relaciones sociales generales, la simple creación del peligro por la acción engañosa del sujeto activo será, por lo general, suficiente para afirmar la tipicidad del engaño.⁵¹

En el mismo sentido, y también desde la óptica de la imputación objetiva, se afirma que

...la tipicidad del engaño requiere además que el riesgo creado o incrementado de producir error e inducir al acto de disposición constituya un riesgo no permitido. La acción que se mantiene dentro de los límites de lo socialmente permitido en un ámbito concreto no puede, en principio, estimarse antinormativa en el sentido de la estafa. Exageraciones, inexactitudes... son práctica habitual en el sector de la publicidad, en la venta de todo tipo de productos o en los llamados negocios de alto riesgo, y están perfectamente integrados en el tráfico jurídico-económico. Aunque sean prácticas engañosas, si se realizan bajo la observancia de las reglas o usos sociales reguladores de la actividad no podrá afirmarse su tipicidad a efectos de la estafa.⁵²

la publicidad de un producto, etcétera, son situaciones aceptadas socialmente y valores entendidos en los que el sujeto pasivo sabe que no puede confiar en ellos al pie de la letra (p. 52).

⁵¹ González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 660. Un punto de vista similar, y poniendo especial énfasis en la esfera de protección de la norma del tipo penal de la estafa, en Valle Muñiz, *El delito de estafa, cit.*, nota 1, p. 169.

⁵² Véase Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 279. En sentido similar, Serrano Gómez expresa que “hay un límite de engaño socialmente permitido, y sólo cuando se so-

A nuestro modo de ver —y sin perjuicio de lo interesante que resulta incorporar a la estafa teorías como la de la imputación objetiva— se trata, simplemente, de interpretar un elemento del tipo como el “engaño”, atendiendo a su sentido social. Sólo va a considerarse engaño aquello que según las reglas y costumbres sociales vigentes puede catalogarse como tal. En cambio, a los efectos del tipo penal, no serán engaño las conductas que se presenten como “aprobadas” o al menos “toleradas” por las costumbres sociales vigentes en el tráfico.⁵³

Con estas limitaciones, y dándole al concepto de engaño el sentido estudiado, no existe inconveniente alguno en incluir como posibles medios de comisión al “silencio”, a la “simple mentira” y a los llamados “engaños implícitos”.

C. *El silencio como forma de estafa*

Está claro que tanto el ardid como el engaño —medios de comisión previstos por la ley— suponen la realización de acciones por parte del autor. La estafa está prevista claramente como un delito de comisión.⁵⁴

brepasa ese límite entrará en juego el derecho penal, no pudiendo hacerlo antes por el principio de intervención mínima: no todo engaño es protegido por el derecho penal” (Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 346).

53 Determinar si la conducta del autor se encuentra “tolerada” de acuerdo a las costumbres sociales vigentes es una cuestión que debe ser analizada en el caso concreto. Con relación a la publicidad en general, la doctrina distingue el mero “exceso publicitario” del “engaño publicitario”. El primero forma parte de las reglas de la publicidad y pretende hacer más atractivo el producto ya sea recurriendo a métodos subliminales (asociación de ideas) o a ponderaciones adjetivas. En el engaño, en cambio, se va más allá de la mera exageración del producto, invocando falsamente cualidades que en realidad no posee (véase Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 75, con referencia a la jurisprudencia española). Además de ello, hay que recordar, como señala Muñoz Conde, que para el delito de estafa no es suficiente que la publicidad pueda considerarse lesiva de los “intereses de los consumidores en general”, sino que siempre debe existir un perjuicio patrimonial efectivo y relevante (Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 3, p. 360).

54 Interesante es la opinión de Gurruchaga, quien concibe a la estafa como un tipo penal “mixto”, es decir, aquel cuya norma precedente contiene tanto una formulación prohibitiva como preceptiva. Según el autor, “el tipo penal de la estafa cuenta con una norma prohibitiva antecedente que exige: no estafarás al prójimo, que funciona como un tipo activo —en cuyo ámbito ingresa el engaño de esa índole—, y también simultáneamente con una norma preceptiva precedente que indica la conducta debida: evitarás el engaño defraudatorio de otra persona —que comprende, justamente, el engaño omisi-

Para incluir a la omisión como forma de realización típica, no queda otra alternativa que recurrir a las reglas de la omisión impropia.⁵⁵ Esto supone que debe concurrir en el autor un elemento especial que lo transforme en garante del bien jurídico. Es decir, debe existir una relación de deber que obligue especialmente al sujeto a la conservación del bien jurídico dañado.⁵⁶

En el caso de la estafa, la mayoría de la doctrina entiende que el silencio puede considerarse ardid o engaño en los términos del artículo 172 del Código Penal, únicamente cuando existe en el autor obligación jurídica de pronunciarse, es decir, un deber especial de informar.⁵⁷ La

vo—... De modo que lo que habría que analizar no es la supuesta posición de garante sino determinar si, en el caso concreto y con las circunstancias que lo han rodeado, la conducta constituye o no un engaño” (Gurruchaga, Hugo D., “La estafa y el engaño omisivo. Tipo penal mixto”, *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, núm. 2000-1, pp. 80 y ss.).

55 De ahí que otra cuestión que deberá analizarse, y que excede los fines del presente trabajo, es el problema de la posible inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia en ordenamientos como el nuestro, donde el instituto no se halla regulado legalmente.

56 Como señala González Rus, “los comportamientos omisivos serán punibles cuando el jurídicamente obligado a evitarlo no impide el error ajeno. Será necesario que estén presentes los elementos que requiere la comisión por omisión: posición de garante y relación entre la omisión y el perjuicio patrimonial” (*op. cit.*, nota 3, p. 664). En contra de la aplicación de las reglas de la omisión impropia al tipo de estafa se muestra Valle, quien considera que la única posibilidad de castigar esta clase de hechos es que el silencio se manifieste como un acto concluyente (Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, pp. 174 y ss.). En sentido similar, Caruso Fontán, María Viviana, “Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tratamiento legal del delito de estafa en el derecho español”, *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, núm. 2000-1, pp. 102 y ss.

57 Así se ha expresado la mayoría de la doctrina nacional: según Soler, “el problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso (*facta concludentia*), o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad, según veremos. A este fin, no basta que medie una obligación moral o caballerescas; debe tratarse de una obligación jurídica estrictamente determinable como tal, cuestión que depende del examen particular de cada situación, por ejemplo 173, 9. Esta obligación específica no puede ser suplida por la obligación genérica de comportarse con buena fe. No toda inobservancia de las normas de la buena fe constituye ardid” (Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 350). Para Núñez, “el silencio engañoso representa aquí un caso de comisión de una estafa por una omisión, y a su respecto rigen las reglas pertinentes... Por lo tanto, sólo si el silencio, que ha causado el error, implica una violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla, puede imputarse a título de engaño defraudatorio. Ese deber puede surgir de la ley, de una convención o de un he-

omisión será relevante sólo cuando el derecho imponga al sujeto activo el deber de informar determinadas circunstancias, de modo que en caso de silencio la otra persona se halla facultada a considerar que dichas circunstancias no concurren.⁵⁸

En consecuencia, al decir el Código Penal “cualquier ardid o engaño”, se entiende que el no despejar un error puede ser suficiente, y con

cho precedente” (Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 301). Al decir de Spolansky, “en el tipo de estafa tanto en la acción concluyente como en la omisión impropia es preciso un elemento subjetivo concreto: el dolo. Sin embargo, si el silencio intencional que produce el error basta en el primer caso, en el segundo es necesario que la prohibición descrita en el tipo del artículo 172 se complemente con un especial deber de información que surja de determinadas circunstancias que le den fundamento” (Spolansky, Norberto, *La estafa y el silencio*, Buenos Aires, Astrea, 1967, pp. 104 y 105). El mismo autor sostiene que “son discutibles las circunstancias y límites de la existencia del deber de actuar en el tráfico patrimonial. La buena fe, artículo 1198 del Código Civil, si bien es un criterio delimitador, no es lo suficientemente preciso para establecer en qué casos y dentro de qué límites se fundamenta el deber de actuar; en especial el de decir verdad. Sin embargo, el deber de informar en el tráfico patrimonial está explicitado en los casos en que se grava, arrienda o venden bienes cuando se recibe una contraprestación. En ese sentido, el deber de informar abarca como materia la condición en que se encuentran los bienes en tanto fueran bienes litigiosos, embargados o gravados (artículo 173, inciso 9)” (Spolansky, *op. cit.*, en esta nota, p. 77). Gladys Romero ha encarado en sus términos precisos la cuestión, al señalar que “la equivalencia entre la acción tipificada y la omisión de impedir el resultado exige una doble verificación: a) por una parte, dicha equivalencia presupone que el omitente aparezca como garante de la evitación del resultado, es decir, que exista una estrecha vinculación entre el autor y el bien jurídico protegido, del que surge el deber de actuar; b) la equivalencia entre la omisión y la acción que causaría el resultado. Esta comprobación es consecuencia de la diversidad de elementos que estructuran los tipos penales” (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 140). A juicio de Rojas Pellerano, “el presunto estafador no hace ni dice nada, ciñéndose a convertir en su provecho lo recibido del sujeto pasivo, para cuya acción no ha necesitado valerse de falsedad alguna. Es lógico, por ende, que al faltar ese elemento esencial del engaño, aun cuando exista error del perjudicado, su obrar no es estafa, por no integrarse debidamente al medio requerido por el artículo 172 del Código Penal” (Rojas Pellerano, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, p. 73). Un criterio especial adopta Silvestroni, quien sostiene que la estafa por omisión sólo puede existir a partir de la fórmula “el que defraudare con engaño por abuso de confianza” que incluye ciertas situaciones en que el autor omite sacar del error al sujeto pasivo, en el marco de una relación jurídica que lo obliga a hacerlo (Silvestroni, Mariano Hugo, “Estafa por omisión”, *Revista del Colegio Público de Abogados*, Buenos Aires, 2000).

⁵⁸ En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, “esa obligación de informar no debe ser sólo valorada en términos jurídicos sino también en atención a los usos y costumbres propios del tráfico, de modo que ha de tenerse en cuenta si en la situación concreta los usos del tráfico permiten contar con que sería proporcionada la información silenciada” (Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 57).

ello se tipificará la estafa cuando existiera el mentado deber de informar, esto es, impedir la voluntad errónea de la víctima. Crear un error y mantener activo el error del sujeto pasivo, en estos casos, son conductas equivalentes.⁵⁹

D. El problema de la simple mentira

En general se dice que la simple mentira no es suficiente para estafar, porque ello equivaldría a criminalizar por estafa todas las promesas incumplidas. Desde este punto de vista, la mentira sólo puede castigarse cuando vaya acompañada de una maquinación o maniobra capaz de provocar el error.⁶⁰

Para quienes aceptamos la postura amplia en cuanto al concepto de ardid o engaño, no hay inconveniente alguno en admitir la “simple

⁵⁹ En apoyo de la estafa por omisión suele invocarse que el Código Penal castiga especialmente a quien vende una cosa gravada sin advertirlo (véase Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 3, p. 191). En nuestro Código es elocuente el tipo previsto en el artículo 173, inciso 9, que castiga al que “vendiére o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios bienes ajenos”. La jurisprudencia ha dicho que “el silencio es ardid suficiente para la estafa cuando existe la obligación de decir la verdad, pues en casos de promesa de venta, desde que el vendedor se posiciona como garante, si calla una circunstancia que frustra el derecho del comprador, el silencio motiva el error de la víctima” (CNCrim., sala I, 22 de junio de 1995, “Marchisella, Rodolfo”).

⁶⁰ González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 663. Entre nosotros, ya Soler, coherente con la idea de exigir en todos los casos una “maniobra fraudulenta” por parte del autor, señala que “la simple mentira no es delictiva porque a nadie más que a sí mismo debe imputar la víctima el daño sufrido por propia credulidad. Es un principio de la jurisprudencia repetido casi textualmente por varios autores, el de que las palabras artificiosas, las alegaciones mentirosas, las promesas, las esperanzas, desprovistas de todo hecho exterior, no constituyen maniobras” (Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 348). También Carrara expresa que se debe distinguir entre la mentira y el artificio: “La mentira no es delito, porque ninguno debe creer fácilmente las palabras ajenas, y si las cree, cúlpese a sí mismo, y si es el caso, espere de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos. Pero el artificio, cuando no tiende a una burla inocente sino a un injusto despojo, presenta las condiciones objetivas del delito; para que haya artificio no basta el solo discurso, por elocuente, estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas, y si el artificio logra su intento, tendrá también (por lo menos como regla general) las condiciones subjetivas para constituir un delito” (Carrara, *op. cit.*, nota 36, vol. IV, t. 6, § 2344). En igual sentido, Molinario y Aguirre Obarrío consideran que “el ardid empleado debe tener cierta entidad objetiva, desde que la simple mentira no es ni puede ser bastante para calificarla de ardid idóneo” (Molinario, *op. cit.*, nota 29, p. 337).

mentira” como medio de realización del tipo de estafa, cuando —según las circunstancias del caso— ello es idóneo para inducir en error a la víctima.⁶¹

Es decir, al igual que lo que sucede con la omisión, en ciertos supuestos, teniendo en cuenta la situación particular y, en especial, el principio de buena fe en los negocios, corresponde exigir que el autor se exprese verídicamente con relación a ciertas circunstancias. Para ello, también aquí habrá que tener presente las costumbres sociales vigentes en el tipo de operación o actividad concertada.⁶²

E. *Los engaños implícitos*

Existen ciertas conductas que, de acuerdo con los usos sociales, implícitamente demuestran la voluntad de realizar la contraprestación correspondiente o de someterse a una determinada obligación. Por ejemplo, quien ingresa a un hotel y pide una habitación da por sobreentendido que abonará el precio pertinente. Idéntica situación se presenta cuando alguien se hace servir bebidas o alimentos en un restaurante u otro establecimiento, cuando deja que le llenen el tanque de nafta en una estación de servicio o cuando se hace transportar en taxi u otro medio de transporte pago.

Realizar alguna de esas actividades con la intención previa de no cumplir la contraprestación constituye engaño y puede dar lugar al deli-

61 Como señala Valle, “la susceptibilidad del engaño para producir los resultados de error y acto de disposición, no dependerá de su puesta en escena. En determinado contexto y en concretas condiciones, la manifestación falsa o mentirosa puede ser, perfectamente, adecuada para alcanzar el injusto provecho económico” (Valle Muñiz, *El delito de estafa*, cit., nota 1, p. 144). En palabras de Núñez, “nada autoriza a decir, en efecto, que engaño en el lenguaje del artículo 172, quiera decir otra cosa que engaño en el lenguaje del mundo, y en este lenguaje, la mentira es una forma de engañar” (Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 304). En igual sentido se ha expedido la CNCrim., sala I, 30 de octubre de 1995, “Acosta, Juan C.”.

62 Como ejemplos de mentiras engañosas aceptadas socialmente se suelen mencionar las exageraciones de las virtudes de la cosa vendida; la afirmación inexacta del comerciante sobre su margen de ganancia para obtener un precio más ventajoso; la alegación del comprador de no disponer de más dinero para conseguir una rebaja del precio, etcétera. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro, “en este terreno de engaños socialmente admitidos, esto es, los que por corresponder a las reglas de juego social todos cuentan con ellos y por consiguiente valoran las prestaciones engañosas con un grado de escepticismo que les resta valor causal” (*op. cit.*, nota 3, p. 75).

to de estafa. Estos casos se denominan engaños implícitos o concluyentes porque el autor asume una conducta que aparenta una situación que no es cierta, o da a entender que va a cumplir una obligación o compromiso al que realmente no piensa hacer frente.⁶³

No obstante, para que se dé la estafa es necesario que exista un dolo anterior por parte del autor, de modo que ya debe saber con anticipación que no realizará el pago. Si el dolo es posterior (por ejemplo, no paga por haberse quedado sin dinero o porque el sitio no le gustó), estaremos ante un incumplimiento de contrato que debe resolverse en la vía civil.⁶⁴

Por otra parte, se requiere que la conducta del autor realmente haya sido percibida y entendida como “acto concluyente” por la persona engañada, pues de lo contrario no puede hablarse de engaño ni mucho menos de error. Por ello no existe estafa cuando el sujeto obra “clandestinamente”, es decir, sin ser visto.⁶⁵

F. Ejemplos legales de “ardid” o “engaño”

El artículo 172 enumera algunos ejemplos de ardid o engaño que, siguiendo a Núñez, pueden ser clasificados de la siguiente manera.⁶⁶

a. Fraudes relativos a la persona del autor

Aquí corresponde incluir al “nombre supuesto”, la “calidad simulada” o los “falsos títulos”:

⁶³ *Ibidem*, p. 59. Para un análisis de la teoría del engaño mediante actos concluyentes véase Caruso Fontán, *op. cit.*, nota 56, pp. 89 y ss. Este criterio prevaleció en nuestra jurisprudencia, señalándose que “el petardismo o garronería —acción de quien pide y consume alimentos o bebidas en una casa de comidas sabiendo que no pagará el precio o con la intención de no pagarlo— constituye el delito de estafa previsto por el artículo 172 del Código Penal” (CNCrim., en pleno, 3 de septiembre de 1993, “Franco, Roberto Carlos”); la misma solución se adoptó en los casos de utilización de servicios hoteleros (véase, entre otros, TOCr. núm. 25, 2 de diciembre de 1996, “Livello, M. F.”).

⁶⁴ Véase Serrano Gómez, *op. cit.*, nota 52, p. 347.

⁶⁵ Por ejemplo, quien ingresa al hospedaje y duerme una noche sin ser visto, quien viaja escondido en el vagón del tren o camarote del barco, etcétera. Sobre la inexistencia de “error” como elemento de la estafa para todos estos casos, véase *infra*, numeral 2.

⁶⁶ Núñez, *op. cit.*, nota 31, pp. 313 y ss.; sobre ello véase también ampliamente y entre otros, Soler, *op. cit.*, nota 30, pp. 351 y ss.; Molinario, *op. cit.*, nota 29, pp. 357 y ss.; Creus, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, p. 470.

- a) Existe nombre supuesto cuando el autor, para simular que es otra persona, se presenta ante la víctima con un nombre que no es el real o el que habitualmente usa, generando un error sobre su identidad.
- b) La calidad simulada consiste en invocar falsamente una condición, posición o situación personal que en realidad no se tiene (por ejemplo, estado civil, nacionalidad, vecindad, posición familiar o social, condición de comerciante, empleado, doméstico, artista, industrial, obrero, destinatario de algo, etcétera).
- c) Se vale de falso título quien fraudulentamente manifiesta poseer una determinada capacidad profesional o un estado certificado por alguna entidad pública u otra institución.

b. Fraudes relativos a la capacidad o actividad económica del autor

En este caso, el Código alude a la “apariencia de bienes, crédito, empresa o negociación”. Puede decirse con Creus que “aparenta bienes el que muestra que tiene cosas o derechos que en realidad no integran su patrimonio”. Aparenta créditos el que “simula la obtención de un respaldo económico de terceros”. Aparenta empresa quien “simula la existencia de una organización destinada a la producción económica lucrativa, la reunión de medios económicos sin fines de lucro (por ejemplo una fundación de bien público) o muestra como existentes características que una empresa real no tiene”. Aparenta negociación el que invoca falsamente la “existencia de una transacción que se realiza o se va a realizar, o muestra características distintas de una transacción que se está llevando o se llevó a cabo”.⁶⁷

c. Fraudes relativos a relaciones personales del autor con terceros

La ley se refiere a la “apariencia de comisión” y a la “influencia mentida”.

⁶⁷ Creus, *op. cit.*, nota anterior, p. 142.

- a) La comisión es una orden, facultad, encargo, mandato u otra representación dada al autor por un tercero para obrar por su cuenta, en su favor o en el de un tercero. Puede invocarse una comisión inexistente o una extensión mayor a la realmente conferida.
- b) La influencia mentida consiste en la promesa de hacer valer ante un tercero, para un fin cualquiera, un poder, valimiento o autoridad, a sabiendas de que no se lo posee.

d. Fraudes relativos al abuso de una relación personal del autor con la víctima

En este caso nos referimos al “abuso de confianza”. Por confianza se entiende “a la fe, la seguridad que se deposita en alguien y en cuya virtud se omiten, respecto de esa persona, las precauciones y cuidados habituales”, de modo que “abusa de la confianza la persona que, siendo objeto de esa fe o seguridad, y valiéndose precisamente de ella, perjudica patrimonialmente a quien le honró con aquella confianza”.⁶⁸ Pero aquí no se debe perder de vista que el abuso de confianza no opera como modalidad autónoma de defraudación (como son los tipos previstos en el artículo 173, incisos 2 y 7) sino como una forma más de ardid o engaño, por lo que dicho abuso “constituirá ardid solamente cuando la confianza sea el resultado *intencionalmente* procurado para abusar de ella”.⁶⁹

2. El error

El segundo elemento que contiene el tipo objetivo de la estafa es el error. Se trata de un estado psicológico provocado por el autor del deli-

⁶⁸ Molinario, *op. cit.*, nota 29, p. 362. Elocuente resulta el siguiente precedente jurisprudencial: “Se adecua al tipo de estafa el obrar de quien, tras ganarse la confianza de su víctima basándose en su avanzada edad, y en su condición de ganadero y empresario de gran solvencia, la interesó para que éste le adquiriera un inmueble a bajo precio, celebrando con ella un boleto de compraventa y percibiendo una importante suma de dinero, si el propietario enajenante careció de facultades para la venta, y además el inmueble está gravado y sometido a juicio” (TOCr. núm. 25, capital federal, 5 de marzo de 1996, “García Baena, R. S.”).

⁶⁹ Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 364.

to, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial.

Podemos decir con Bajo Fernández y Pérez Manzano que el error es “un conocimiento viciado de la realidad”.⁷⁰ Suele hablarse de *error propio* (creencia equivocada de un hecho o dato de la realidad) e *impropio* (ignorancia o desconocimiento de aquel hecho o dato real), aunque —claro está— también en este último caso, en definitiva, la ignorancia de la víctima tarde o temprano se traduce en un error en la apreciación.⁷¹

Aquí el error adquiere una importancia vital, pues a diferencia de otros delitos como el hurto o el robo, no se trata de “sustraer” o “apoderarse” sino de provocar la colaboración del sujeto pasivo y que éste, engañado, sea quien realice una disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

Estamos en presencia de un elemento que podría considerarse como de “nexo” o “unión” entre los otros componentes del delito. Por un lado el error debe haber sido “consecuencia” del engaño, y al mismo tiempo, debe ser la “causa” del perjuicio patrimonial. Es decir, se observan claramente dos momentos distintos en el delito de estafa: uno de ellos es cuando a partir del engaño la víctima incurre en error y luego cuando dicho error determina el acto de disposición.⁷²

Para la configuración del delito de estafa resulta imprescindible que el sujeto pasivo realmente haya sido “engañado” por la conducta del autor. Si no existe error, el posible perjuicio patrimonial que se genere nunca puede constituir aquel delito.

⁷⁰ Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 282.

⁷¹ Véase Conde-Pumpido Ferreiro (*op. cit.*, nota 3, p. 80), quien señala que el concepto de error a efectos del tipo radica en la presencia de una falsa o incierta representación de la realidad provocada por el engaño, ya sea producto de un acto positivo o error propio, que ofrece al sujeto una versión de la realidad distinta a cómo es, ya lo sea de un acto negativo o ignorancia, que impide al sujeto representarse a la realidad tal como es. En ambos casos hay una ausencia de la representación de la realidad, por lo que la voluntad aparece viciada, y el acto de disposición a que tal voluntad errónea se encamina aparece por ello también viciado (p. 81).

⁷² Como afirma Cramer, “...el error tiene que corresponder al acto engañoso, porque si no no se le podría atribuir, y además tiene que influir sobre el motivo de la disposición, porque si no carecería de causalidad” (en *StGB Kommentar*, núm. 33, par. 263, citado por Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 189).

Esta premisa debe utilizarse para resolver algunas situaciones que han sido debatidas por la doctrina y la jurisprudencia.

A. Engaño a incapaces

Para que pueda afirmarse el delito de estafa es imprescindible una mínima capacidad de entendimiento y comprensión por parte de la víctima del engaño. No hay que olvidar que el tipo exige un acto de disposición “voluntario” de quien ha sido inducido a error. Si el sujeto es absolutamente incapaz jurídicamente no puede decirse que el acto haya sido voluntario, debiendo excluirse el delito de estafa, sin perjuicio de que la conducta constituya otro delito.⁷³

Como señala Antón Oneca, el requisito de la capacidad deberá determinarse en vista de las exigencias de la figura delictiva y, conforme a ellas, lo decisivo será si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto el grado de madurez y sanidad mental necesarios para conocer de los hechos brindados a su conocimiento, y para tomar resoluciones de acuerdo con ese conocimiento.⁷⁴

En consecuencia, lo fundamental es valorar si el sujeto tiene o no un mínimo de capacidad para considerar que fue “engañado”, de modo que su voluntad pueda reputarse viciada por el engaño del autor, y no por las deficiencias previas en su capacidad.

No debe descartarse la estafa cuando la acción recae sobre personas que sólo tienen algunas insuficiencias psíquicas o son parcialmente incapaces pues, en tales casos, existe una capacidad psíquica para disponer que puede ser objeto del engaño.⁷⁵ Ante estas situaciones es muy común que la inmadurez o los eventuales defectos psíquicos sean utilizados por el autor como parte de la maniobra engañosa.⁷⁶

⁷³ El hecho puede constituir el delito de explotación de incapaces previsto en el artículo 174, inciso 4, del Código Penal, o en su defecto, podría considerarse incluso la existencia de un delito de apoderamiento (hurto).

⁷⁴ Antón Oneca, *op. cit.*, nota 27, p. 9. Véase, en igual sentido, entre otros, Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 305; Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 203 y Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 200.

⁷⁵ Véase Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 70, con referencias jurisprudenciales.

⁷⁶ Serrano Gómez, *op. cit.*, nota 52, p. 347.

B. *El caso del “polizón”*

Se discute si existe estafa en aquellos casos en que una persona elude la vigilancia y viaja en tren u otro medio de transporte sin pagar el correspondiente boleto. Lo mismo ocurre cuando se ingresa a un espectáculo o a cualquier establecimiento sin abonar el billete de ingreso.

Algunos autores entienden que se debe excluir el delito por no existir perjuicio patrimonial, dado que no corresponde incluir dentro del patrimonio al “lucro cesante”. Es decir, el patrimonio de la víctima no sufrió ninguna “disminución”, sino tan sólo se vio impedido de beneficiarse con un “ingreso”.

Partiendo de lo dicho al analizar el bien jurídico, está claro que para nosotros en estos casos puede afirmarse sin mayores inconvenientes el perjuicio patrimonial. El ingreso que corresponde a la entrada o pasaje deja de percibirse y ello, sin duda, implica una lesión patrimonial.⁷⁷

Sin embargo, existen dos inconvenientes fundamentales:

1) En primer lugar, se debe analizar si se produjo o no un “error” en la víctima, es decir, si el guarda incurrió realmente en error, o simplemente ni siquiera ha percibido la situación. Desde este punto de vista se dice que el caso del polizón constituye delito de estafa cuando provoca la errónea creencia de tener derecho a la utilización del servicio (viaje en tren, barco, avión, entrada a espectáculos, etcétera), mas la conducta será impune si, por el contrario, no genera ningún error, ya que se utiliza el servicio clandestinamente.⁷⁸

En consecuencia, una primera medida para resolver los casos de “polizonaje” es determinar si el autor pasó inadvertido para los encargados del control, en cuyo caso corresponde excluir el delito por inexistencia de error, o si, por el contrario, su conducta realmente desencadenó aquel estado psicológico de error, como sería por ejemplo si el sujeto activo frente al requerimiento del guarda, le muestra un billete vencido o falso.

⁷⁷ Indican Bajo Fernández y Pérez Manzano que “no puede sostenerse *a priori* que la condición de polizón excluya el perjuicio patrimonial por cuanto es de suponer que normalmente habrá un lucro cesante que, como valor económico, puede formar parte del patrimonio” (Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 283).

⁷⁸ Así Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 194; Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 283; González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 671; Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 3, p. 193 y Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 191.

2) Pero, además de ello, existe un inconveniente insuperable para afirmar el delito, pues en los casos analizados no puede decirse que la disposición patrimonial sea consecuencia del engaño, dado que el servicio se presta de cualquier forma y con independencia de la conducta del autor. Como afirma Muñoz Conde, “el problema en el polizonaje y en la entrada sin abonar el billete en espectáculos es que, de todos modos, el servicio se presta, por lo que el sujeto activo del engaño no causa la disposición patrimonial, sino que se aprovecha de ella, siendo, pues, muy difícil encajarlos dentro del concepto general de estafa”.⁷⁹

C. *¿Estafa mediante aparatos mecánicos?*

Otra de las cuestiones sumamente discutidas en la doctrina y jurisprudencia se presenta cuando el autor del hecho produce un perjuicio patrimonial a la víctima utilizando un “aparato mecánico”. Por ejemplo, usar el servicio de un teléfono público introduciendo una falsa moneda o extraer dinero de un cajero automático con un objeto que sustituya la tarjeta habilitada. Infinidad de maniobras similares pueden realizarse con las máquinas expendedoras de bebidas y de comida, las fichas de subte, los juegos electrónicos, o incluso a través de la manipulación de sistemas informáticos.

De acuerdo con la posición tradicional, no existe estafa en esos casos porque el tipo penal exige ineludiblemente que el engaño recaiga sobre “otro”, y *otro* únicamente puede ser la persona física, no una máquina. Es decir, si el error es un estado psicológico, es evidente que sólo pueden sufrirlo las personas físicas y no los instrumentos mecánicos.

⁷⁹ Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 3, p. 366. En este sentido se ha dicho: “No constituye estafa la conducta de quien realizó un viaje en tren sin abonar el pasaje y al culminar su viaje y ser requerido por el boleto exhibió uno adulterado. La estafa constituye una disposición patrimonial perjudicial, generada por el error a causa de un ardid o engaño, debiendo vincularse cada uno de estos elementos de la descripción del tipo objetivo en una relación de causalidad, de allí que, si bien podría haber ardid por la adulteración de un boleto ya caduco, si tal medio no fue el que condujo a la disposición patrimonial perjudicial, pues el procesado no debió exhibirlo antes de subir al tren, por ausencia de controles, no es posible afirmar que dicho boleto haya sido la causa productora de error alguno y menos que la disposición haya derivado de éste, siendo por ende la conducta atípica” (CFed.CCorr., sala I, 10 de mayo de 1984, “Martín, Enrique H.”).

En consecuencia, este tipo de conductas resulta atípica, salvo que a través de la manipulación se obtenga una cosa mueble, en cuyo caso podrá existir hurto o robo, pero nunca estafa, porque no se engaña a otro sino a una máquina.⁸⁰

Desde otro punto de vista —y según la opinión de algunos autores—, podría pensarse que el instrumento mecánico representa la voluntad vi-ciada del sujeto pasivo, con lo cual no habría mayores inconvenientes para afirmar el delito de estafa, pues habría “un engaño que resulta bastante para inducir a error a quien construyó la máquina y hace la oferta, produciéndole el correspondiente perjuicio”.⁸¹

A nuestro juicio, dado que en los casos analizados realmente no existe un error provocado sobre el sujeto pasivo, no es posible sostener su adecuación al tipo de estafa. Así como al analizar los “engaños implícitos” o el supuesto del “polizón” vimos que el utilizar el servicio de transporte u hospedaje en forma “clandestina” desechaba la estafa por inexistencia de error, lo mismo debe ocurrir con el empleo de instrumentos

⁸⁰ Véase Antón Oneca, *op. cit.*, nota 27, p. 10; Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 365; Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 295 y González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 658. En palabras de Romero, “al propietario de la máquina no se lo engaña, sino que es simplemente el que sufre el perjuicio, como en los casos en que no existe identidad entre el engañado y el perjudicado” (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 210).

⁸¹ Adoptan este criterio Bajo Fernández y Pérez Manzano (*op. cit.*, p. 299), aunque niegan la estafa cuando se utiliza una tarjeta para extraer dinero de un cajero automático. Entre nosotros, Abalde considera que puede cometerse el delito de estafa mediante “medios mecanizados”. A su criterio: “Debe, pues, desterrarse la inexacta apreciación de la realidad de las cosas que subyacen tras expresiones como ‘engaño a una máquina’, ‘ordenador engañado que realiza un acto de disposición’ y otras tantas semejantes. Porque, ni se engaña a la máquina —a lo sumo se engaña a alguien utilizando como instrumento la máquina— ni el ordenador realiza por error acto alguno de disposición —en todo caso, ‘ejecuta’ el traspaso patrimonial ordenado y dispuesto por quien ha efectuado la programación—” (Abalde, Sandro F., *La estafa mediante medios mecanizados*, en L. L. del 25 de junio de 1997). Según este autor, respecto del engaño “es imprescindible aceptar que el falseamiento de la realidad que él implica, no comporta necesariamente una relación directa y personal entre dos seres humanos”; sobre el error, “debe negarse su condición de elemento autónomo del tipo objetivo, circunscribiendo su función a la delimitación restrictiva del engaño típico”, y con relación al acto de disposición, “se pueden realizar disposiciones patrimoniales con auxilio de una máquina”, aclarando que “la colaboración en el traspaso patrimonial lesivo que este elemento implica, puede atribuirse a la persona física, pues el dominio, sin duda, le corresponde” (p. 6). Un criterio similar sigue Palazzi, Pablo Andrés, *Apoderamiento de dinero por un cajero automático*, en E. D. 171-571.

automáticos. Nuestro Código, a diferencia —por ejemplo— del ordenamiento alemán o español, no castiga aún esta clase de conductas, resultando peligroso —a la luz del principio de legalidad— extender los alcances del tipo.⁸²

Sin embargo, no hay inconveniente alguno para afirmar el delito de estafa en la situación inversa, es decir, cuando la máquina ha sido preparada para, aun recibiendo el importe requerido, no entregar el dinero, la cosa o prestar el servicio correspondiente, siempre —claro está— que se cumpla con el resto de los requisitos típicos. Como bien señala González Rus, en este caso “el engañado es una persona y otra la autora del arreglo, por lo que la maniobra fraudulenta se materializa en un perjuicio concreto”.⁸³

Por otra parte, también puede existir delito en las maniobras que se realizan sobre los aparatos “medidores o contadores”, como los utilizados en taxímetros, básculas e instrumentos similares, pues es evidente que tales conductas se realizan para “engañar” a quien debe pagar la factura, que incurre en un error sobre lo efectivamente gastado como consecuencia de la manipulación del instrumento.⁸⁴

D. Estafa en el marco de un negocio jurídico

El fraude también puede producirse aprovechando la realización de un contrato o negocio jurídico. Por lo general el autor de la estafa se vale de la contratación para perpetrar el engaño, de modo que simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse

⁸² El artículo 248.2 del Código Penal español establece que “también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Por su parte, el § 263 del Código Penal alemán dispone que “quien, con la intención de procurar para sí o para un tercero una ventaja patrimonial ilícita, perjudique el patrimonio de otro influyendo en el resultado de un proceso de elaboración de datos por medio de una errónea configuración del programa, por medio del uso de datos incorrectos o incompletos, a través del uso no autorizado de datos o a través de la intervención desautorizada en el proceso, será castigado con la pena de privación de libertad hasta cinco años o con multa”.

⁸³ Véase González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 658. Obviamente —aclara el autor— no habrá delito cuando las deficiencias provengan de los desperfectos propios del uso, salvo que sean intencionalmente aprovechados.

⁸⁴ Así claramente Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 210 y Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 365.

del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada pero sin intención de cumplir la suya.⁸⁵

Lo importante es saber diferenciar el posible delito de estafa del mero incumplimiento contractual, asunto que —al pertenecer únicamente a la esfera civil o comercial— queda al margen del tipo penal analizado. Se trata de un problema de tipicidad, pues en cada caso habrá que preguntarse si se cumplen o no los elementos que el tipo delictivo exige para la concurrencia de una responsabilidad criminal.⁸⁶

Para afirmar la estafa es imprescindible la presencia de un engaño fraudulento inicial a la contratación. El autor utiliza el contrato como instrumento del delito, sabiendo desde el principio que su intención era no cumplir la contraprestación. Como bien se dijo en la sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de junio de 1995, “se prostituyen así los esquemas contractuales para instrumentarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio y perjuicio de las víctimas, desplegando unas actuaciones que desde que se planifican prescinden de toda idea de cumplimiento propio, lo que origina el desvalor de la acción del agente y la lesión de un bien jurídico ajeno”.⁸⁷

3. La relación entre el engaño y el error

Hemos visto que el tipo penal exige una relación especial entre el engaño desplegado por el autor y el error de la víctima, de modo que el error debe ser consecuencia directa y precisa del engaño.

Como regla general, el engaño debe ser anterior al error del autor, pues de lo contrario resultaría muy difícil afirmar que fue “causa” de

⁸⁵ Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 62.

⁸⁶ Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 293.

⁸⁷ Véase Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 63. En igual sentido, entre otros, González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 666; Serrano Gómez, *op. cit.*, nota 52, p. 351. Nuestra jurisprudencia resolvió por ejemplo que “incurre en el delito de estafa previsto por el artículo 172 del Código Penal, el procesado que contrató la prestación de servicios turísticos sabiendo que no podría cumplir con su obligación, y percibió en forma anticipada la totalidad del precio, que retuvo para sí una vez frustrado el convenio” (CNCrim., sala I, 31 de julio de 1991, “Camelino, Ramón E.”), o que “la diferencia entre un mero incumplimiento contractual y otro de carácter defraudatorio radica, en general, en el momento en que el autor decide no cumplir, por lo que es elemento fundamental la acreditación del aspecto subjetivo” (CNCrim., sala VI, 18 de marzo de 1991, “Sánchez, E. J.”).

éste. Sin embargo, como vimos al analizar la “simple mentira” y el “silencio”, en ciertos casos el engaño puede operar sobre un error preexistente de la víctima, cuando exista obligación jurídica de informar.⁸⁸ De cualquier forma, siempre es imprescindible que el engaño sea antecedente del acto de disposición patrimonial realizado por el sujeto pasivo.⁸⁹

Aquí corresponde analizar dos situaciones diferentes.

A. La idoneidad en el ardid o engaño

Que el engaño deba ser idóneo no significa, como a veces se piensa, que la ley castigue únicamente como medios de comisión aquellos ardis o engaños de cierta entidad o peligrosidad. Hemos visto que cualquier forma de engaño —incluso la omisión y la simple mentira— puede dar lugar al delito de estafa. El artículo 172 se limita a castigar al que defraudare a otro valiéndose de cualquier ardid o engaño, sin establecer limitaciones especiales respecto a la mayor o menor intensidad de los medios utilizados.⁹⁰

Por el contrario, lo que interesa es que el ardid o engaño desplegado por el autor haya sido adecuado para producir el error en el sujeto pasivo, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Es decir, se trata de saber si esa clase de engaño pudo ser realmente la verdadera causa del error.

⁸⁸ Véase *supra*, omisión y simple mentira (apartado III, 1).

⁸⁹ En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, “desaparecida la figura de la estafa analógica, se exige que el engaño sea antecedente necesario de la disposición patrimonial decidida por un error del sujeto pasivo, única forma de que pueda ser valorado como causa de tal error y del acto de disposición” (Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 79).

⁹⁰ Nuestro Código no contiene la exigencia del “engaño bastante” contemplado, por ejemplo, en el Código Penal de España, cuyo artículo 248 dispone: “cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. Como afirma Núñez, “el artículo 172 no requiere un determinado grado de idoneidad objetiva en el engaño, sino que basta que el autor use un engaño, esto es, que su conducta simule o disimule frente a la víctima una realidad, cualquiera que sea la forma o procedimiento que utilice para hacerlo. Respecto de esta forma o procedimiento, la ley es muy amplia, pues además de los engaños especiales que enuncia, acepta *cualquier otro engaño*, y no sólo un engaño astuto o grave. Nada autoriza a decir, en efecto, que engaño en el lenguaje del artículo 172, quiera decir otra cosa que engaño en el lenguaje del mundo, y en este lenguaje, la mentira es una forma de engañar” (Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 304).

Este análisis es fundamental pues, como vimos, el tipo penal de la estafa se caracteriza por una doble relación entre el engaño y el error, y entre éste y la disposición patrimonial perjudicial. El engaño debe haber sido determinante del error y éste a su vez debe haber sido la causa de la disposición.⁹¹

Cuando el ardid o engaño no es idóneo para producir el error de la víctima, no será posible tener por satisfecha dicha relación. El error no habrá sido consecuencia precisa del engaño desplegado por el autor, sino que tendrá su explicación en otra causa distinta.⁹²

Para determinar la idoneidad del ardid se debe utilizar un criterio objetivo-subjetivo:

- a) Objetivamente será preciso que el medio engañoso empleado sea adecuado para hacer incurrir en error a una persona normal o media, teniendo en cuenta las reglas y costumbres atinentes al tráfico o actividad en cuestión.⁹³ Rige aquí lo explicado respecto del sentido “social” del engaño.⁹⁴

91 En palabras de Valle Muñiz, y conforme a la tesis de la imputación objetiva, “sólo al engaño que genera un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo” (Valle Muñiz, José Manuel, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 487).

92 Desde el punto de vista de la imputación objetiva se dice que “basta con que el engaño cree un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición, por error, que desemboque en un perjuicio patrimonial” (Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 275).

93 En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, es necesario que la maquinación engañosa “adopte apariencia de seriedad y de realidad creíble para la media de las personas (el patrón medio del ciudadano normal), por tener la apariencia de una de aquellas causas o motivaciones que en la convivencia social se admiten como adecuadas para mover la voluntad y realizar un acto de disposición patrimonial” (Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 73).

94 Como afirma Gladys Romero, “existen engaños que serían perfectamente idóneos y no obstante son socialmente tolerables. Tal sería el caso, por ejemplo, de ciertos anuncios publicitarios: ‘Este jabón lava más blanco’. Puede tratarse, naturalmente, de engaños reales, incluso de posible idoneidad, pues de otro modo no se utilizarían con tanta profusión, pero pierden eficacia, por así decir, cuantitativa, en virtud de ser aceptados en el tráfico por la mera costumbre, y en atención, quizá, a su mínima potencialidad. Lo cierto es que por una u otra razón, carecen de rango criminal, y es seguro que ninguna querrela o denuncia prosperaría del lector ingenuo que pretendiere ser víctima de estafa porque

Se parte de un criterio objetivo, de idoneidad general, que luego será corregido tomando la situación particular del caso y de la víctima.⁹⁵

- b) Subjetivamente se debe atender especialmente a las circunstancias particulares del sujeto pasivo. Como señala Valle Muñiz, el juicio de adecuación normativo sobre la conducta (previsibilidad objetiva) tendrá que tomar en cuenta las reales y concretas circunstancias del engañado.⁹⁶ Es decir, “entran en juego, ya las condiciones personales del sujeto, que por su incultura, situación, edad o déficit intelectual, es más sugestionable o aparece más indefenso frente a los engaños más burdos, y a las relaciones entre la víctima y ofensor que despiertan una confianza de aquel en éste y que determina una relajación del cuidado habitual”.⁹⁷

Obviamente, este elemento hace que sea imposible establecer un criterio general, válido para todos los casos, en lo que respecta a los requisitos de idoneidad del ardid, pues siempre habrá que tener en cuenta la situación concreta del engañado.

Como gráficamente señala el Tribunal Supremo español, el engaño debe ser

...suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos

no le creció el pelo con el específico o porque no le tocó el premio gordo de la lotería, como en el reclamo se prometía” (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 177).

⁹⁵ Véase González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 660.

⁹⁶ Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 166; *id.*, *Comentarios a la parte especial...*, *cit.*, nota 91, p. 487.

⁹⁷ Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 73; también Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 3, p. 363. En el mismo sentido expresan Molinario y Aguirre Obarrio: “En muchos delitos la víctima es indiferente, pero en otros es elegida. Cuando la víctima es indiferente, es aplicable la regla de la diligencia que debe desplegar un buen padre de familia, como decían los romanos. Pero cuando el delincuente elige a su víctima (si elige bien) es de suponer que pensará que ésta tiene pocas luces y, es claro, respecto de ella, que un ardid puede tener un resultado que, en personas más avisadas, no se produciría” (Molinario, *op. cit.*, nota 29, p. 338).

objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias, todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.⁹⁸

Sin perjuicio de ello, hay que aclarar, como afirman Bajo Fernández y Pérez Manzano, que “las condiciones personales de la víctima sólo pueden ser tenidas en cuenta en el juicio de adecuación si son conocidas o reconocibles por el autor del engaño”.⁹⁹ Esto es obvio, pues estamos en presencia de un delito doloso, de modo que si el autor no sabe que la víctima era “fácilmente engañable” por sus condiciones personales, estaremos en presencia de un supuesto de error que excluye la tipicidad de la conducta.

B. Negligencia del engañado

La negligencia del sujeto engañado también cobra importancia en lo que hace al análisis de la relación que debe existir entre el fraude y el error. Tal como se ha sostenido en los apartados precedentes, el tipo acuñado por el artículo 172 reprime a quien mediante ardid o engaño hace incurrir en error a otra persona, y ésta, *en virtud de ese error*, realiza con su voluntad viciada una disposición patrimonial perjudicial.

Si el error no es consecuencia precisa del ardid o engaño, sino de la propia negligencia de la víctima, no se habrán cumplido los requisitos exigidos por el tipo penal.¹⁰⁰

Como afirma Buompadre,

⁹⁸ TSJ, 11 de octubre de 1990, citado por Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 276.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 277.

¹⁰⁰ Resulta imposible afirmar la imputación objetiva del resultado provocado por la disposición patrimonial —dice Valle Muñiz— si el error lejos de ser causa del comportamiento engañoso aparece como consecuencia de la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto que lo sufre (Valle Muñiz, *Comentarios a la parte especial...*, *cit.*, nota 91, p. 488).

...cuando la disposición patrimonial ha tenido su causa en un acto derivado de la negligencia del sujeto pasivo, no puede afirmarse que estamos ante un ardid o engaño, sino ante un caso de negligencia culpable de la víctima. El derecho puede (y debe), acota González Rus, exigir un cierto nivel de diligencia que permita al sujeto descubrir el fraude, por lo que la protección penal no debe producirse cuando la indolencia, la excesiva credulidad y la omisión de precauciones elementales hayan sido las verdaderas causas de la eficacia del engaño. No habrá estafa, por tanto, por falta de engaño suficiente, aunque se haya producido un error y, como consecuencia, un perjuicio patrimonial si con una diligencia adecuada con las circunstancias, el sujeto pasivo hubiera podido descubrir el ardid y poner al descubierto la acción engañosa.¹⁰¹

Para apreciar si media o no negligencia de la víctima se debe atender a las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta, como vimos antes, las reglas y costumbres vigentes en el tráfico o actividad. Como bien ha puesto de relieve Spolansky, “muchas veces en situaciones del tráfico patrimonial, derivadas de un conocimiento personal anterior, o por tratarse el sujeto activo de una empresa muy organizada, surgen relaciones de confianza que determinan que los límites de cuida-

101 Buompadre, Jorge E., *Delitos contra la propiedad*, Mave, 1998, p. 146. Este criterio ha sido ampliamente sostenido por nuestra doctrina. Para Núñez, “la negligencia de la víctima le hace imputable el error porque excluye la eficacia real del fraude en el caso concreto, si la observancia de una diligencia mínima lo hubiera evitado, ya que su omisión demuestra su indiferencia frente al posible engaño” (Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 299). Según Gómez, “no hay estafa si el error proviene de negligencia del sujeto pasivo y no, precisamente, de engaño que, a no mediar esa negligencia, hubiere sido superado... El apoderamiento de la cosa ajena, en este delito, se lleva a cabo merced a la entrega voluntaria que hace la víctima, y es delictuoso porque el agente, con su engaño, logró viciar aquella voluntad. El engaño, y nada más que el engaño, ha de haber actuado. Cuando media negligencia manifiesta por parte de la víctima no existe un factor determinante del error que sea atribuible al sujeto activo” (Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, 1941, t. IV, p. 226). A juicio de Spolansky, “es preciso reiterar que la determinación del ardid o el engaño exige la consideración de la persona medida de cuidado de la víctima para que no se la engañe. Esta forma de pensar la cuestión significa el rechazo del criterio que considera la existencia de la estafa cuando el ardid produjo el efecto. Con esta última idea, en realidad se *presupone* que existe el medio típico del delito que estamos analizando y no se lo demuestra, puesto que no se sabe si el error deriva de la conducta del sujeto activo o de la negligencia de la víctima” (Spolansky, *op. cit.*, nota 57, p. 63). También Gladys Romero considera que tal relación causal entre el engaño y el error no se verifica cuando el error proviene de una negligencia culpable de la víctima (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 346).

do que ha de tener la víctima estén en relación íntima y directa con aquella situación”.¹⁰²

Como criterio general es válido el concepto de Molinario y Aguirre Obarrio, quienes señalan que “cuando la actividad estuviese regida por normas legales, disposiciones reglamentarias o reglas de costumbre, la violación de éstas por parte de la víctima implicará una imprudencia o negligencia tales que no podrá calificarse de estafa cualquier ventaja ilícita que un tercero haya podido obtener como fruto de esa negligencia o imprudencia, pues la víctima, más que inducida a error, ha caído en él por su propia culpa”.¹⁰³

4. *La disposición patrimonial*

El tipo penal de la estafa exige que como consecuencia del error la víctima del engaño realice un acto de disposición patrimonial. Éste, a su vez, debe ser la causa del perjuicio patrimonial. Con Valle podemos definir este elemento como “aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero”.¹⁰⁴

Sin duda estamos en presencia de un requisito que le atribuye una connotación especial a la estafa pues, a diferencia de otros delitos contra el patrimonio, para la configuración del tipo es ineludible una contribución especial de la víctima.

Es imprescindible que la disposición sea realizada por la misma persona que sufrió el engaño, pero —en cambio— el acto de disposición puede generar un perjuicio patrimonial propio o ajeno, de modo que no necesariamente debe coincidir la identidad de quien dispone movido por error y la de quien en definitiva resulta perjudicado.¹⁰⁵

Este elemento de la estafa debe ser entendido en sentido amplio. No consiste únicamente en la entrega de una cosa, sino que debe incluirse en el concepto de disposición patrimonial cualquier otra decisión con

102 Spolansky, *op. cit.*, nota 57, p. 62. Según el autor, “quien adquiere, por ejemplo, un inmueble a una organización bancaria o a una empresa de renombre, deberá tomar menos recaudos que si lo hace a un desconocido”.

103 Molinario, *op. cit.*, nota 29, p. 338.

104 Valle Muñiz, *El delito de estafa*, cit., nota 1, p. 214.

105 Véase Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 283; Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 85; González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 669.

consecuencias patrimoniales perjudiciales, ya sea que recaiga sobre bienes muebles, inmuebles, derechos de contenido patrimonial o en la prestación de servicios, siempre que tengan un valor económico.¹⁰⁶

Por ello resultaría más apropiado hablar de actos de “atribución patrimonial” en lugar de meros actos de disposición, pues el concepto incluye la transmisión, modificación o extinción de un derecho preexistente, como también la creación de una relación jurídica nueva que represente una ventaja patrimonial en favor del sujeto activo.¹⁰⁷

No es imprescindible que el acto adopte la forma de un negocio jurídico con todos los requisitos exigibles. Puede existir estafa aunque el sujeto carezca de facultad jurídica para disponer, como sucede con los meros servidores de la posesión (por ejemplo el sirviente que entrega al

106 Véase Valle Muñiz, *El delito de estafa*, cit., nota 1, p. 215. Señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano: “El acto de disposición puede consistir tanto en hacer entrega o de gravar una cosa, como en *prestar un servicio*, como en realizar la prestación a la que se ha obligado en el contrato. Comete estafa quien logra, mediante engaño bastante e idóneo, obtener un servicio de un médico con ánimo de no pagar. El servicio del médico es un acto de disposición patrimonial porque implica la realización de un comportamiento con valor económico” (Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 284, y en similares términos González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 668). Entre nosotros ya había afirmado Núñez que “existe una *disposición de propiedad* con arreglo al artículo 172, si el ofendido por la estafa u otra persona hace u omite algo que priva de su propiedad al primero, en beneficio del autor del delito o de un tercero. Ese *algo* puede ser un simple hecho, por ejemplo realizar sin la debida compensación un trabajo pecuniariamente valioso; o puede ser un acto jurídico de transferencia de la propiedad o de renuncia a ella... Así, la estafa puede recaer sobre bienes tales como la tenencia o posesión de una cosa mueble o su dominio; las ventajas económicas correspondientes a una explotación comercial o la indemnización pertinente a su frustración; el beneficio jubilatorio; el valor de servicios o alimentos; la garantía susceptible de valor pecuniario que significa un embargo, la inhibición o el documento de prenda agraria, o el valor de un crédito” (Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 287). En igual sentido, según Soler, “la disposición tomada puede consistir en la entrega de una suma de dinero, de una cosa, mueble o inmueble, de un derecho y también del despliegue de un trabajo que se entiende retribuido, o de un servicio tarifado... también en la renuncia a un derecho” (Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 370), y en forma coincidente se expiden Molinario y Aguirre Obarrio al incluir en la tutela a “cualquier aspecto integrante del patrimonio de las personas” (*op. cit.*, nota 29, p. 340).

107 Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 84. Claramente señala que “en el sentido del tipo, el acto de disposición debe entenderse como un sacrificio patrimonial que recae sobre la víctima o que el acto de la víctima produce a un tercero (perjuicio), con un correlativo beneficio (lucro) para el autor del delito o también para un tercero al que aquél pretende beneficiar”.

autor de la estafa, enviado fingido de su amo, la cosa que en su nombre le es pedida).¹⁰⁸

También la omisión puede constituir una disposición patrimonial, como sería el caso del engañado que deja de percibir o renuncia a un crédito. En el ejemplo de Conde-Pumpido Ferreiro, puede cometer estafa quien hace creer al acreedor, con un falso recibo o cuenta, haber abonado la totalidad del crédito, renunciando por ello aquél a reclamar la diferencia o perjudicando el efecto ejecutivo del título.¹⁰⁹

Incluso puede existir disposición patrimonial cuando simplemente se *consiente* el apoderamiento de la cosa. Esta conducta no se convierte en hurto ya que el bien no es sustraído contra la voluntad del sujeto, sino que es éste quien autoriza a tomarla, motivado por el engaño del estafador. Distinto es cuando las astucias o ardidess se emplean para facilitar el apoderamiento propio del delito de hurto, como sucedería si el ladrón induce al vendedor a la exposición del objeto y luego, aprovechando la situación, se lo sustrae dándose a la fuga. Aquí el engaño no va dirigido a inducir una disposición patrimonial voluntaria, sino que resulta el medio adecuado para simplificar el apoderamiento.¹¹⁰

En todos los casos es imprescindible que la disposición patrimonial sea consecuencia precisa del engaño y del error. Como señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano, desde la imputación objetiva, “el acto de

¹⁰⁸ Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 284; Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 85; González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 668.

¹⁰⁹ Véase, entre otros, Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, p. 86; también, Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 3, p. 364; Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 215 y *Comentarios a la parte especial...*, *cit.*, nota 91, p. 488.

¹¹⁰ Como señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano, “habrá hurto cuando los ardidess utilizados dan lugar a facilitar el apoderamiento sin conocimiento, ni consentimiento del dueño, y habrá estafa cuando tales ardidess lo que hacen es lograr la entrega de la cosa por su dueño” (Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 289). Muy claro es el siguiente ejemplo de Bustos Ramírez: si mediante engaño el dueño entrega la llave de su casa a un ladrón, creyendo erróneamente que hay un escape de gas, y el ladrón aprovecha esta situación para desvalijar la casa, habrá hurto o robo según el caso (Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 3, p. 193). En igual sentido véase —entre otros— Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 366 y Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 232. Sobre este tema, ha dicho la jurisprudencia que “si bien la llamada *estafa de llave* es en puridad un hurto, corresponde calificar el hecho como estafa si la llave obtenida con engaño fue utilizada por el imputado para simular derecho a retirar el automóvil del garaje donde se encontraba depositado bajo custodia de un tercero que, en razón de ello, no se opuso al retiro del vehículo” (TOCr. núm. 7, capital federal, 16 de julio de 1998, “Papalardo, Juan M.”).

disposición debe ser aquel cuyo riesgo de realización se creó por el engaño”, y además, “deberá ser una disposición patrimonial realizada por error, pues el fin de protección de la norma que tipifica la estafa es proteger el patrimonio sólo frente a engaños que se conectan con actos de disposición realizados por error y no por otras causas”.¹¹¹

De acuerdo con ello, se debe excluir el delito en aquellos casos donde el sujeto pasivo termina siendo consciente del engaño, pero de todas formas decide llevar a cabo el acto por otras razones (por ejemplo: A se da cuenta de que el coche que le venden tiene el cuentakilómetros alterado, pero igual decide comprarlo por conocer la mala situación económica del vendedor).¹¹²

La doctrina también incluye aquí, para descartar el delito de estafa, los famosos casos de los “mendigos” que exageran los propios infortunios para conseguir limosna, o de los adivinos o curanderos, pues el acto de disposición no se da por error sino por caridad, curiosidad, ignorancia absoluta o creencias previas adoptadas por el sujeto.¹¹³ Es decir, se dice que “quien da limosna lo hace consciente de que puede ser engañado, pero con ánimo de caridad genérica y con independencia de la realidad de lo que se le manifiesta, que sólo por cálculo de probabilidades confía sea cierto. Pero no excluye el engaño ni actúa con la única motivación de lo que el mendigo invoca o cuenta”.¹¹⁴

111 Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 284.

112 *Ibidem*, p. 285.

113 *Idem*. Romero se refiere a “las echadoras de cartas o de buenaventura, falsos adivinos, magos, etcétera, que no engañan a nadie, pero a quienes se les paga por mero pasatiempo, ganándose la vida de ese modo” (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 204). En este sentido se ha dicho que “la creencia en métodos alternativos y mágicos de curación responde a una convicción cultural antigua y persistente de las presuntas víctimas, por lo tanto, las mismas no han sido inducidas por los artificios y embustes del imputado. Este último empleó los medios adecuados a las ideas supersticiosas de quienes demandaron su intervención, porque precisamente confiaban en la eficacia sanadora de este tipo de poderes ‘sobrenaturales’. No cabe la posibilidad de que el autor engañe o provoque el error de la víctima, si ésta de antemano sostiene el mismo equívoco. Falta el encadenamiento causal que debe ligar el engaño con el error, y a éste con la disposición patrimonial ruinosa, para tener por configurado el delito de estafa” (TOCr. núm. 7, capital federal, 12 de diciembre de 1997, “Tognoli, Pedro E.”).

114 Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 77.

Pensamos que la mayoría de estos supuestos pueden ser resueltos satisfactoriamente bajo el problema de la posible negligencia del engañado. Estamos de acuerdo en que debe excluirse el delito en aquellos casos en que la víctima otorga la limosna o realiza la prestación siendo consciente de la probable falsedad de las afirmaciones del sujeto. Sin embargo, no es correcto descartar, como regla general, el delito de estafa en cualquier actividad que tenga como finalidad la obtención de alguna liberalidad o beneficencia. El empleo de maniobras fraudulentas con el objeto de obtener alguna donación puede constituir estafa, siempre —claro está— que el engañado no obre negligentemente, de modo que pueda afirmarse la relación exigida entre el engaño y el acto de disposición.¹¹⁵ Lo mismo ocurre con los “curanderos” o sujetos que engañan lucrando con la salud de la víctima, pues en tales hipótesis el pago que realiza el engañado va más allá del mero pasatiempo o curiosidad.¹¹⁶

5. *El perjuicio patrimonial*

Para que el delito se perfeccione, el acto de disposición debe generar un perjuicio patrimonial en el propio sujeto engañado o en un tercero.

El perjuicio en un tercero sólo se va a dar cuando entre el sujeto que dispone (engañado) y el perjudicado exista una relación especial, en virtud de la cual el primero está *legitimado* a realizar actos que repercutan en el patrimonio del segundo. Se incluyen las situaciones de carácter contractual (mandatario, administrador, depositario, etcétera), legal (representante legal o el juez en el caso de la estafa procesal)¹¹⁷ o de hecho (servidores de la posesión, parientes próximos, dependientes, etcé-

115 Con González Rus decimos que si el sujeto resulta verdaderamente engañado y ello provoca la disposición patrimonial, hay estafa (González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 669).

116 Como afirma Soler, es muy característico el procedimiento de curanderos y adivinos, “el aviso dirigido a la generalidad del público tiene efecto necesariamente sobre una clase de incautos, gente de buena fe, muchas veces desesperados por una enfermedad crónica o por una obsesión patológica, y que han agotado medios y paciencia en procura de salud. Puesta en relación la maniobra con la condición de las personas a las cuales se dirige, no sólo aparece eficiente, sino hasta particularmente odiosa, en cuanto explota la necesidad, la desesperación y hasta el dolor de la gente” (Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 369).

117 El delito de estafa procesal puede incluirse perfectamente en la fórmula genérica de nuestro artículo 172. Sobre la estafa procesal, véase ampliamente, Cerezo Mir, José, “La estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, núm. 2000-1, pp. 111 y ss.

tera), pero de no existir dicha legitimación no habrá estafa sino un caso de inducción o autoría mediata en otro delito.¹¹⁸

Es importante aclarar que la víctima del delito (sujeto pasivo) siempre es quien sufre el perjuicio al bien jurídico, aunque no coincida con la persona del engañado. El engañado aparece exclusivamente como sujeto pasivo de la acción, pero no necesariamente como sujeto pasivo del delito.¹¹⁹

De acuerdo con lo que vimos al analizar el bien jurídico (criterio mixto), se entiende por patrimonio el conjunto de bienes o derechos con valor económico que gozan de protección jurídica y que no se hallan en contradicción con el sistema de valores fundamentales de la Constitución y del orden jurídico en general. De modo que el perjuicio puede recaer sobre todo tipo de cosas, bienes y créditos; derechos reales, personales e intelectuales; sobre la posesión, la tenencia e incluso sobre las expectativas (ganancias futuras).

Por ello, el perjuicio es una disminución del valor económico del patrimonio del sujeto pasivo consecuencia de un ataque fraudulento a uno o varios elementos que lo integran. Para determinarlo se debe comparar la situación patrimonial de la víctima antes y después del acto de disposición determinado por el error, pero únicamente deben considerarse los perjuicios causados directamente por el acto del engañado, sin tomar en cuenta los efectos que se puedan producir en forma “mediata”.¹²⁰ Por ejemplo, el delito de estafa no se excluye por la circunstancia de que la entrega de la cosa bajo engaño en realidad produzca un beneficio patrimonial, ya que le generaba a su titular más gastos que ingresos.

No puede hablarse aun de perjuicio en los casos en que la conducta del sujeto engañado se traduce únicamente en un “peligro” para el pa-

118 Así, en el caso del hijo o criado al que con engaño de un mayor beneficio se induce a sustraer una cosa del padre o principal para entregarla al sujeto activo, o del depositario, al que con engaño se induce a disponer de la cosa depositada en beneficio del agente del fraude, se debe apreciar inducción en el delito de hurto o apropiación indebida (Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 87). Un análisis de las distintas posiciones puede verse en Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, pp. 219 y ss.

119 Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 286.

120 Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, pp. 230 y ss.; Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 287.

trimonio, pues no estamos en presencia de un delito de peligro sino de resultado.¹²¹

Por ello, en los supuestos de obtención o suscripción bajo engaño de documentos, salvo que la sola entrega o firma ya implique por sí misma una pérdida patrimonial, el delito no se considera consumado hasta que el documento no se haga efectivo.¹²²

Obviamente, la posterior reparación del perjuicio, como sería la restitución de la cosa, resulta irrelevante y no excluye el delito, produciendo efectos únicamente en el ámbito de la responsabilidad civil.¹²³

Dentro del problema del perjuicio patrimonial, corresponde hacer algunas aclaraciones.

A. ¿Perjuicio “objetivo” o “subjetivo”?

Una primera cuestión se presenta cuando efectivamente el acto de disposición se realiza como consecuencia del engaño, sin embargo, la víctima recibe una contraprestación que económicamente resulta satisfactoria. Por ejemplo, supongamos que el sujeto engañado compra un collar creyendo que las joyas son originales, o una obra de arte pensando que se halla firmada por un artista conocido, pero en realidad está pagando el precio justo de mercado para la clase de producto que efectivamente adquiere.

Hemos visto que la estafa constituye un delito contra el patrimonio, de modo que lo resguardado por el tipo penal no es la “lealtad comercial” o la “buena fe en los negocios”, sino el patrimonio del engañado.

121 Véase Romero, *op. cit.*, nota 20, pp. 325 y ss.; también, Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 244. En palabras de Núñez, “la estafa es un delito de *daño efectivo*, y no de peligro de daño. Exige una disposición privativa de una propiedad, y no sólo una disposición que pueda producir esa privación” (Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 288).

122 Véase, ampliamente, Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 371: “El que obtiene fraudulentamente un documento en el cual conste el crédito del engañado contra un tercero, sin duda que ha cometido estafa, porque la víctima tenía no sólo la propiedad del crédito, sino también la de la prueba y de ambas cosas ha sido despojado. En cambio, la fraudulenta obtención de una promesa de pago (un pagaré) no consume en sí misma la estafa, toda vez que para la *efectiva* producción del perjuicio será necesario inducir en error a alguien mediante ese documento, que no es nada más que un falso medio de prueba. La maniobra puede presentarse allí desdoblada; pero mientras no se produzca la *prestación* (no solamente la involuntaria *promesa* de hacerla) no está consumado el perjuicio”.

123 Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 89.

Desde este punto de vista, parecería que en los casos analizados, donde la contraprestación resulta económicamente equivalente, no podría afirmarse la existencia de “perjuicio patrimonial” y, por lo tanto, correspondería excluir el delito de estafa.¹²⁴

Sin embargo, a esa conclusión se llegaría sosteniendo un concepto puramente “económico” de patrimonio. Por el contrario, partiendo —como se hace en el texto— de un concepto mixto (económico-jurídico) la solución necesariamente debe ser distinta. Pensamos que el perjuicio patrimonial no debe constatare recurrando únicamente a criterios “pecuniarios”, sino que también debe atenderse a las necesidades y fines pretendidos por el engañado. Está claro que, de haber sabido las verdaderas cualidades de la cosa, la víctima no la hubiese adquirido.

Como bien señala Conde-Pumpido Ferreiro, “se debe tomar en cuenta la finalidad patrimonial buscada por el titular, que si se ve frustrada, producirá perjuicio”. Es decir, “desde el punto de vista objetivo-individual, quien recibe una cosa que no reúne las condiciones prometidas y que son la causa de la realización del negocio jurídico, sufre un perjuicio, independientemente de que el valor de aquélla pueda ser equivalente”.¹²⁵

Pero obviamente este criterio no debe llevarnos al extremo de incluir en el perjuicio patrimonial los simples valores “afectivos”. En el ejemplo de Muñoz Conde, “si alguien vende sus cuadros a menos precio porque el comprador le dice que es para una institución benéfica o para un personaje público importante, cuando en realidad es para él mismo, el pintor puede considerarse estafado subjetivamente, pero no habrá estafa si,

124 Así Valle Muñiz, *El delito de estafa*, cit., nota 1, p. 248 y —entre nosotros— Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 290. El mismo punto de vista, en Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González (*op. cit.*, nota 2, p. 286), con el siguiente ejemplo: no hay delito de estafa, por inexistencia de perjuicio, si se vende un cuadro de Zurbarán afirmando ser de Murillo cuando se vende al precio justo de mercado. También González Rus con ejemplos similares: alguien pide un ordenador válido para operaciones de gestión y, con engaño, se le da uno inadecuado para ello, pero útil para otras funciones; recibe un traje de igual calidad a la pretendida pero de distinto color, o se entrega el dinero equivalente (González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 670).

125 Conde-Pumpido Ferreiro (*op. cit.*, nota 3, p. 94), recordando la conocida sentencia de “La colza” del TS español, 22 de abril de 1992. En favor de esta solución y partiendo como vimos de un concepto “personal” de patrimonio, Romero, *op. cit.*, nota 20, pp. 316 y ss.

a pesar de la rebaja, el importe pagado entra dentro de lo que razonablemente puede entenderse como un precio justo o correcto”.¹²⁶

En nuestro Código, un ejemplo evidente de la importancia de las “utilidades” o “fines” procurados por el adquirente del bien, a los efectos de la determinación del perjuicio, puede verse en el artículo 173, inciso 1, donde se castiga al que “defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o título obligatorio”.

B. *Las expectativas*

Otro punto debatido es si debe considerarse perjuicio patrimonial la pérdida de expectativas o ganancias futuras.

Como adelantamos al tratar el problema del bien jurídico, a partir de una concepción mixta de patrimonio, no existe inconveniente en incluir a las expectativas en el perjuicio patrimonial exigido por el tipo.¹²⁷ Pensamos que las expectativas integran el patrimonio y, por lo tanto, pueden ser objeto del delito, siempre que se den dos condiciones:

1) Deben tener su origen en una situación jurídica reconocida, como pueden ser las ganancias derivadas de una actividad comercial, o incluso la clientela.¹²⁸ Así como, obviamente, los ingresos que deriven del ejercicio de acciones judiciales como indemnizaciones, ejecución de créditos, etcétera.

¹²⁶ Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 3, p. 367.

¹²⁷ En contra, González Rus, quien señala que no hay perjuicio cuando se ven frustradas simples expectativas económicas del sujeto respecto de bienes que nunca formaron parte de su patrimonio; lo que no debe confundirse con los derechos de crédito efectivamente surgidos (González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 672).

¹²⁸ Como afirman Bajo Fernández y Pérez Manzano, se deben incluir “los lucros o ganancias correspondientes a la entrega de una cosa o prestación de algún servicio”, pues “si tales lucros se frustran se produce un perjuicio al desaparecer tal valor económico del patrimonio”. Según los autores, debe tenerse en cuenta que “entregada la cosa por el comerciante o prestado el servicio por el profesional se anota el importe contablemente en una partida de *deudores* en el activo, y al cancelar la anotación con cargo a pérdidas y ganancias a consecuencia del impago se produce la disminución patrimonial” (*op. cit.*, nota 2, p. 287). También Romero expresa que la clientela sólida y estable de un comerciante o profesional tiene un valor en el mercado, y por tanto, su sustracción con engaño puede constituir delito de estafa (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 351). En sentido similar Bustos Ramírez, *op. cit.*, nota 3, p. 194.

2) Deben gozar de cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación, de modo que no pueden incluirse las meras esperanzas o proyectos cuyos resultados no pueden afirmarse con un mínimo de seguridad. En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, se deben diferenciar las “esperanzas” y las “expectativas”. Si el beneficio esperado depende de algún alea incierta, como la herencia futura o las ganancias del juego, no cabe valorar su ausencia como perjuicio. Pero si se trata de expectativas ciertas, en las que lo único aleatorio es el cuándo o momento de su producción, la defraudación que afecte a esas expectativas originará un perjuicio e integrará una estafa.¹²⁹

C. Bienes obtenidos ilícitamente

La cuestión es determinar si el delito de estafa puede recaer sobre bienes que hayan sido adquiridos ilícitamente por la víctima. En otras palabras, ¿existe estafa si mediante engaño se despoja al ladrón de la cosa robada?

No parece correcto entender —como algunos piensan— que en estos casos el objeto sigue perteneciendo al propietario original, en el sentido de que sólo éste podría considerarse sujeto pasivo del delito.¹³⁰ El patrimonio del titular legítimo de la cosa no sufre un nuevo detrimento, ya que fue despojado con anterioridad por el ladrón, con lo cual el perjuicio en ese caso pasaría a ser una mera ficción.¹³¹

Conforme a la concepción mixta de patrimonio, se deben incluir en él a todas las cosas, bienes y derechos con valor económico que sean reconocidos por el derecho. En principio, y aun abandonando una concepción puramente económica, podría pensarse que el tenedor que adquirió el bien ilícitamente goza de protección, pues su tenencia precaria

¹²⁹ Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 94.

¹³⁰ Este punto de vista lo sostiene Huerta Tocildo, *op. cit.*, nota 20, p. 38.

¹³¹ Véase Valle Muñiz, *El delito de estafa, cit.*, nota 1, p. 252. Como afirman Bajo Fernández y Pérez Manzano, “es difícil sostener que el sujeto pasivo en estos casos sea el propietario original, ya que no resulta perjudicado, al menos tal y como se entiende el perjuicio en el delito de estafa”. Según estos autores, “el delito de estafa que aquí se comete lo es contra el poseedor de la cosa en cuanto que ésta pertenecía a su patrimonio, y el perjuicio lo sufre exclusivamente éste y no otro” (Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 298).

es amparada por el ordenamiento jurídico desde que sólo puede ser privado de ella mediante procedimientos lícitos.¹³²

Sin embargo, hemos visto que el contenido que se le asigne al bien jurídico no puede estar en pugna con los valores fundamentales emanados de la Constitución y del orden jurídico general, lo que evidentemente ocurriría de reconocerse la protección —a través del tipo de estafa— a las cosas obtenidas ilícitamente.¹³³

Como afirma Zieschang, “allí, donde de acuerdo a las decisiones valorativas fundamentales de la Constitución no pueden ampararse más a los bienes que a una persona, el derecho penal no debe cerrar de cierto modo los ojos y afirmar contrariamente a ello el presupuesto típico del daño patrimonial”.¹³⁴ Es decir, “para la estafa es irrelevante si el engañador se ha hecho punible y de qué *gravedad* es el hecho que ha cometido; determinante es solamente si existen bienes implicados que le correspondan a una persona sin contradicción al orden de valores establecidos en la Constitución”.¹³⁵

Por otra parte, sostener la existencia de estafa para las cosas poseídas ilícitamente llevaría al absurdo de tener que admitir también el delito en contra del propio titular que mediante engaño recupera el bien que anteriormente le había sido sustraído.

D. *Negocios con causa ilícita*

Muchos consideran que el Estado no debe prestar su tutela a quienes actúan con fines ilícitos, ya que ello significaría cambiar el sentido de la sanción penal. Desde este punto de vista, cuando el engaño se comete

132 Así, entre otros, Valle Muñiz, *El delito de estafa*, cit., nota 1, p. 253, y Bajo Fernández et al., *op. cit.*, nota 2, p. 297.

133 En sentido coincidente, Bustos Ramírez (*op. cit.*, nota 3, p. 194); también Romero al considerar que según el concepto personal de patrimonio no puede considerarse que los bienes obtenidos ilícitamente formen parte del patrimonio, pues su titular no tiene respecto a ellos relaciones de dominio reconocidas por el orden jurídico y, por consiguiente, tampoco tienen valor en el mercado (Romero, *op. cit.*, nota 20, pp. 284 y ss.)

134 Zieschang (*op. cit.*, nota 21, p. 21) cita un caso del Tribunal Supremo Federal alemán del 25 de noviembre de 1951: un empleado hurtó un torno de su empleador y lo entregó a un conocido para que lo guardara. Ambos acordaron que el guardián lo vendiese y le entregase al ladrón la mitad de lo producido con la venta. El guardián no restituyó al ladrón la mitad del precio, sino una suma considerablemente menor.

135 *Ibidem*, p. 23.

en el marco de un negocio ilícito no podría afirmarse la existencia de una estafa.¹³⁶

En contra del reconocimiento de estafa suelen darse dos argumentos diferentes:

- a) Por un lado, cuando el negocio celebrado entre el autor y la víctima tiene causa ilícita se dice que no podría existir ningún perjuicio, pues según la ley los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, con lo cual no tienen un derecho jurídicamente reconocido a la contraprestación.
- b) Desde otro punto de vista se entiende que si el sujeto pasivo conoce la ilicitud del acto, en cierta forma realiza su contraprestación “a riesgo”, porque sabe que nada podrá reclamarle jurídicamente a la otra parte.¹³⁷

En el extremo opuesto, quienes aceptan la punición de esta clase de engaños alegan que los códigos castigan expresamente ciertas formas de estafa cometidas a través de la propuesta de un acto ilícito, como nuestro artículo 173, inciso 10, donde se reprime al que “defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos”.¹³⁸

De acuerdo con lo visto al analizar el bien jurídico, para resolver la cuestión, lo importante es determinar si el objeto sobre el cual recae la estafa —es decir, el bien defraudado— puede o no reputarse incorporado al patrimonio del sujeto pasivo “sin contradicción con los valores fundamentales de la Constitución y del sistema jurídico en general”.

Ello nos obliga a diferenciar dos situaciones:

¹³⁶ Así, Antón Oneca (*op. cit.*, nota 27, p. 22), citando los famosos ejemplos de la hechicera que vende una bebida inocua como veneno para cometer un crimen, o quien para obtener la recompensa afirma en falso haber matado al enemigo.

¹³⁷ En contra de esto, señala Valle que “...el sujeto engañado en el seno de un negocio con causa ilícita, a lo sumo puede ser consciente del mayor o menor riesgo que corre su patrimonio (dada la naturaleza del vínculo), pero nunca —si se afirman el resto de elementos típicos— del efectivo perjuicio económico que engendra su acto dispositivo” (Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 253).

¹³⁸ Véase, entre otros, Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 91; Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 296, y Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 253.

1) Si el objeto de la disposición patrimonial se halla reconocido y amparado jurídicamente existe estafa, aunque la víctima haya obrado también con la finalidad de realizar una conducta ilícita.¹³⁹ Sin perjuicio de ello, es importante señalar que la eventual estafa no excluye en absoluto la responsabilidad del engañado en el hecho ilícito que quería perpetrar, aunque, claro está, únicamente como autor de tentativa inidónea, pues a pesar de su dolo, la acción bajo ninguna circunstancia puede conducir a la consumación del delito.¹⁴⁰

Se debe apreciar estafa entonces en los casos en que, por ejemplo, el autor se hace pasar fraudulentamente por un funcionario público y reclama un pago “indebido”, aunque la víctima deba responder también por el eventual delito de cohecho en grado de tentativa inidónea.¹⁴¹

Lo mismo ocurre cuando se entrega dinero con otros fines ilícitos o inmorales y el receptor se había predeterminado a no cumplir lo convenido. Zieschang cita el caso de que “alguien le da dinero a otro para que este último mate a un tercero, en donde el asesino contratado no realiza la prestación prometida correspondiente al plan previo, luego de la recepción del dinero”.¹⁴²

Muy ilustrativa resulta la vieja sentencia del Tribunal Supremo español donde se condenó al médico que, aceptando practicar un aborto, tras el examen realizado a la mujer ya anestesiada descubrió que aquél era innecesario, por ser inexistente el supuesto embarazo, pese a lo cual cobró el precio fingiendo haber llevado a cabo el acto abortivo.¹⁴³

¹³⁹ Desde la concepción personal de patrimonio, Romero admite la estafa en los negocios con causa ilícita ejemplificando de la siguiente manera: “En el caso del falso suministro de medios abortivos, si bien el contrato sería nulo y la víctima carecería de acción civil de reparación, habría perjuicio —y por consiguiente, estafa— en la medida que el sujeto pasivo ha dado buen dinero para una cosa que (objetivamente) vale menos. De este modo, se lesiona la persona en su ámbito económico individual de acción que surge de sus fines personales en cuanto a todo lo que tiene” (Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 324).

¹⁴⁰ Véase Donna, Edgardo A., *La tentativa*, Buenos Aires, Belgrano, 1996, p. 85.

¹⁴¹ Como afirma Muñoz Conde, “ello es una buena prueba de la propia autonomía del derecho penal que no puede dejar de sancionar a un estafador porque el medio de que se valga sea la realización con otro de un negocio ilícito” (Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 3, p. 368).

¹⁴² Zieschang, *op. cit.*, nota 21, p. 26.

¹⁴³ TS español, sentencia del 29 de abril de 1961, citado por Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 93.

2) Por el contrario, cuando el objeto estafado o la prestación realizada por la víctima no se encuentra en sí misma reconocida ni amparada por el ordenamiento jurídico, no puede afirmarse la estafa, pues ello implicaría una clara contradicción con el sistema de valores fundamentales de la Constitución y del orden jurídico en general.

En consecuencia, no existe delito de estafa cuando, mediante ardid o engaño, el autor recibe algún servicio ilícito con ánimo previo de no cumplir su contraprestación. Como afirman Bajo Fernández y Pérez Manzano, si de la prestación del servicio no nace ninguna pretensión jurídicamente fundamentada “debe descartarse el delito por inexistencia de perjuicio”.¹⁴⁴

Zieschang alude al siguiente ejemplo:

el asesino contratado mata, a raíz del acuerdo, a la persona, pero el mandante deniega, como había previsto con anterioridad, el pago. ¿Es en este caso el mandante punible por estafa? Una eventual acción del asesino por el contrato no cae dentro del patrimonio protegido en el sentido del § 263 StGB, ya que la relación de esa *pretensión* con el patrimonio se encuentra en contradicción con el orden valorativo corporeizado en la Constitución.¹⁴⁵

La misma solución se debe adoptar en los casos en que el autor acepta fraudulentamente los servicios de una prostituta sabiendo “de antemano” que no abonará el precio correspondiente, pues la prestación realizada por la víctima (servicios de prostitución) no puede incluirse en el concepto de patrimonio sin lesionar los valores fundamentales de la Constitución y del sistema jurídico.¹⁴⁶

IV. Tipo subjetivo

Sin lugar a dudas, el tipo penal de estafa es doloso. La causación imprudente de un perjuicio al patrimonio ajeno puede encontrar adecuada

¹⁴⁴ Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 298.

¹⁴⁵ Zieschang, *op. cit.*, nota 21, p. 28.

¹⁴⁶ Distinta es la situación inversa, es decir, debe afirmarse la estafa cuando la prostituta fraudulentamente cobra el precio sabiendo que no va a brindar el servicio, aunque obviamente no debe tratarse de un mero incumplimiento contractual sino que deben darse el resto de requisitos típicos (véase Bajo Fernández *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 298 y Romero, *op. cit.*, nota 20, p. 325).

respuesta en el ámbito del derecho civil, quedando obviamente fuera del alcance del tipo penal.¹⁴⁷

Partiendo de un concepto de dolo como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, en el caso de la estafa, se exige que el autor “conozca” y tenga la “voluntad” de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, obrando además con una motivación especial que es el ánimo de lucro.

Con respecto al elemento cognoscitivo, entran en juego aquí todos los posibles casos de error sobre el tipo que, al excluir el dolo, eliminan la tipicidad de la conducta dando lugar a la impunidad del autor. Por ello, si el sujeto creyó erróneamente en la veracidad de sus afirmaciones (por ejemplo: cree que el collar de perlas que vende es verídico y en realidad es sólo una vulgar falsificación), la conducta debe quedar impune, ya se trate de un supuesto de error vencible o invencible, pues la ley no ha previsto la forma culposa.

Pero en lo que se refiere al tipo subjetivo, es necesario formular dos aclaraciones importantes:

1) El delito exige el dolo directo y no admite el eventual. La estructura del tipo es marcadamente intencional, el agente es consciente y quiere engañar por medio de manifestaciones falsas, representándose el resultado de su conducta, y obrando con la finalidad especial de obtener un lucro indebido.

Si bien en el dolo eventual el autor también se decide contra el bien jurídico protegido por el tipo, no obra “queriendo” causar el resultado, sino que más bien se representa seriamente su posible producción y se resigna o conforma con esa eventualidad. Esto parece incompatible con la idea misma de la defraudación, que exige el despliegue de un ardid o engaño destinado a perjudicar a la víctima y al logro de una ventaja patrimonial.¹⁴⁸

¹⁴⁷ El dolo debe ser probado en cada caso, pero como fenómeno subjetivo no hay otra alternativa que recurrir a “indicadores objetivos”, lo que en modo alguno implica una presunción que resultaría inadmisibles conforme al principio de culpabilidad (véase el comentario de Von Martini, Caroli Antoni, “Una peligrosa suposición del dolo en el delito de estafa”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, núm. 53-54, enero-junio de 1991, pp. 219-223).

¹⁴⁸ En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, la admisión de dolo eventual es incompatible con la exigencia de ánimo de lucro, pues éste sólo es real cuando el sujeto es realmente consciente de su actitud engañosa y pretende obtener un enriquecimiento injusti-

Coincidimos con Valle Muñiz en que

...la admisión del dolo eventual sólo puede servir para incriminar a título de estafa ilícitos civiles en los que falte la voluntad de ocasionar un perjuicio patrimonial. Cuando menos, se reconocerá el peligro de que así suceda. No parece que la protección civil de la libre formación de la voluntad contractual necesite la ayuda de instituciones penales que, como el dolo eventual, siembran la intervención penal de, en el mejor de los casos, incertidumbre.¹⁴⁹

2) Si bien nuestro Código no lo impone expresamente, el verbo “defraudar” supone la existencia de una motivación especial en el autor. Además del dolo, es necesario que el sujeto obre con la intención de obtener un beneficio patrimonial, de modo que no alcanza con el conocimiento y la voluntad de causar un perjuicio, sino que además se debe obrar con el propósito de obtener una ventaja patrimonial.

Este elemento subjetivo no debe ser interpretado restrictivamente, sino que corresponde comprender cualquier clase de ventaja patrimonial, tenga o no fines económicos. Por ello se debe apreciar la estafa en los casos en que el autor únicamente desea obtener la cosa para destruirla y perjudicar de esa manera a su titular. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro, “aunque por su relación con el perjuicio, la ventaja del autor ha de tener un trasfondo patrimonial, no es preciso para admitir la existencia de ánimo de lucro, como se dijo, que éste se centre exclusivamente en el valor económico de la cosa, ya que el lucro se utiliza en estos delitos con un sentido jurídico equivalente a cualquier clase de utilidad o ventaja, sea o no económica”.¹⁵⁰

Es importante aclarar que estamos en presencia de un delito de “resultado cortado” o “consumación anticipada”. Para que el tipo se perfeccione no es necesario que el beneficio buscado por el autor se logre,

ficado (Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 98). Como señala González Rus, “el paralelismo entre la estafa y la inducción corrobora el criterio, haciendo que el engaño haya de ser directo, lo que excluye el dolo eventual” (González Rus, *op. cit.*, nota 3, p. 672).

¹⁴⁹ Valle Muñiz, *El delito de estafa*, *cit.*, nota 1, p. 273.

¹⁵⁰ Conde-Pumpido Ferreiro, *op. cit.*, nota 3, p. 99.

sino que es suficiente con la causación del perjuicio patrimonial en la víctima.¹⁵¹

V. Consumación y tentativa

La estafa es un delito contra el patrimonio, por lo tanto la consumación recién se produce con el efectivo perjuicio patrimonial sufrido por la víctima, ocasionado con el acto de disposición.¹⁵² No obstante, es importante formular algunas precisiones:

- a) Para que el delito se consume, como vimos, no es preciso que el autor obtenga el beneficio económico pretendido.
- b) Tampoco es suficiente con la causación de un mero peligro para el patrimonio, como sería si únicamente se obtuvo de la víctima una promesa u obligación de llevar a cabo la prestación.
- c) La tentativa se inicia con la ejecución de la conducta engañosa, pero es imprescindible que el ardid o engaño cumpla con todos los requisitos de idoneidad analizados. Por ello, si la acción no llega a vulnerar los “usos y costumbres sociales vigentes en el tráfico”, no es posible afirmar siquiera la tentativa, pues no puede decirse que haya habido un comienzo de la ejecución del delito.¹⁵³
- d) Obviamente, la sola preparación de los instrumentos del engaño (por ejemplo la falsificación del documento) constituyen meros actos preparatorios impunes como estafa, sin perjuicio de su adecuación a otro tipo penal.

¹⁵¹ Véase Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. II, p. 81.

¹⁵² Así, y conforme a la opinión mayoritaria de nuestra doctrina, entre otros, Soler, *op. cit.*, nota 30, p. 376; Núñez, *op. cit.*, nota 31, p. 313; Rojas Pellerano, *op. cit.*, nota 57, p. 331; Finzi, *op. cit.*, nota 41, p. 93; Creus, *op. cit.*, nota 66, p. 472.

¹⁵³ Otra opinión sostiene Rojas Pellerano, quien considera que recién existe tentativa cuando “el autor logra el error a través del engaño y la víctima se decide a realizar la disposición patrimonial (punto mínimo) de la tentativa o puede prolongarse hasta que la convención se concrete y tenga sentido jurídico (punto máximo) sin la entrega efectiva (perjuicio)” (Rojas Pellerano, *op. cit.*, nota 57, p. 337).