

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
CARRERA DERECHO**



ACREDITADA POR RES. CEUB. 1126/06

**MONOGRAFÍA**

(PARA OPTAR EL TÍTULO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN DERECHO)

**“FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y FACTICOS PARA  
INCORPORAR LA FIGURA DE AGRAVANTE DE ESTAFA  
CON VÍCTIMAS MÚLTIPLES AL CÓDIGO PENAL”**

**INSTITUCIÓN: MINISTERIO PÚBLICO  
POSTULANTE: PAOLA DELIA PEREZ CALATAYUD  
TUTOR ACADÉMICO: Dr. JUAN RAMOS M.,  
TUTOR INSTITUCIONAL: Dr. GARNICA ZURITA, JHONNY**

**LA PAZ – BOLIVIA  
2012**

*Dedicatoria*

*A la persona que gracias a ella soy lo que soy, y que sola logro sacarme adelante y ser una mujer y una profesional de bien, a mi madre DELIA CALATAYUD VILLA*

### *Agradecimientos*

*Agradezco a Dios por haberme dado la fortaleza, sabiduría y confianza que me dio siempre para poder desempeñarme en este lapso de tiempo. Por otra parte debo agradecer a la Institución que me dio la oportunidad de obtener una gran y valiosa experiencia, al Ministerio Público de la ciudad de La Paz.*

*Asimismo debo agradecer al Dr. Jhonny Garnica Zurita quien en el transcurso del desempeño de mi Trabajo Dirigido, me transmitió gran confianza y conocimientos para poder desempeñar mi trabajo dirigido, lo cual me ayudará en el ejercicio de mi carrera profesional.*

# ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Dedicatoria .....	ii
Agradecimientos .....	iii
ÍNDICE GENERAL.....	iv
PROLOGO .....	vii
INTRODUCCIÓN .....	viii
<b>TITULO PRIMERO.....</b>	<b>1</b>
<b>DESARROLLO O CUERPO DE LA MONOGRAFÍA .....</b>	<b>1</b>
<b>EVALUACIÓN Y DIAGNOSTICO DEL TEMA .....</b>	<b>2</b>
A. MARCO INSTITUCIONAL .....	2
B. MARCO TEÓRICO.....	2
B.1. El delito de la estafa .....	2
B.1.1. Elementos.....	3
B.1.1.1. Sujeto activo .....	3
B.1.1.2. Sujeto pasivo .....	4
B.1.1.3. Objeto jurídico.....	4
B.1.1.4. Culpabilidad .....	4
B.1.1.5. Consumación .....	5
C. MARCO HISTÓRICO.....	5
C.1. Caracterización del delito de la estafa en roma.....	5
D. MARCO CONCEPTUAL.....	6
E. MARCO JURÍDICO POSITIVO VIGENTE .....	8
E.1. Constitución Política del Estado .....	8
E.2. Código Penal .....	9
<b>DIAGNOSTICO DEL TEMA DE MONOGRAFÍA .....</b>	<b>11</b>
A. FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.....	11
B. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	12
C. OBJETIVOS .....	12
C.1. Objetivo General .....	12
C.2. Objetivos Específicos.....	13
<b>TITULO SEGUNDO .....</b>	<b>14</b>
<b>DESARROLLO DEL DIAGNOSTICO DEL TEMA .....</b>	<b>14</b>
<b>CAPITULO I.....</b>	<b>15</b>
<b>1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ESTAFA .....</b>	<b>15</b>
1.1. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ESTAFA.....	15
1.1.1. La Estafa en Roma .....	15

1.1.1.1.	El crimen furti .....	15
1.1.1.2.	El crimen falsi .....	15
1.1.1.3.	El crimen stellionatus .....	16
1.1.2.	La Estafa en la Edad Media .....	16
1.1.3.	La Estafa en la época moderna.....	17
1.2.	ANTECEDENTES DE LA ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES .....	18
1.2.1.	Corrupción .....	20
1.2.2.	Nuevas normas de conducta.....	22
<b>CAPITULO II .....</b>	<b>23</b>	
<b>2. EL DELITO DE LA ESTAFA .....</b>	<b>23</b>	
2.1.	DEFINICIÓN DE ESTAFA .....	23
2.2.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	24
2.2.1.	Concepto jurídico de patrimonio.....	27
2.2.2.	Concepto económico de patrimonio.....	28
2.2.3.	Concepto mixto o económico-jurídico de patrimonio .....	30
2.2.4.	El llamado concepto "personal" de patrimonio.....	31
2.3.	LA DEFINICIÓN DE ESTAFA COMO UNA DEFRAUDACIÓN .....	32
2.4.	TIPO OBJETIVO.....	34
2.4.1.	El ardid o engaño .....	34
2.4.1.1.	Criterio limitado.....	36
2.4.1.2.	Criterio amplio .....	39
2.4.2.	El silencio y la omisión como forma de estafa <sup>86</sup> .....	43
2.4.3.	El problema de la simple mentira.....	50
2.4.4.	Los engaños implícitos.....	52
2.4.5.	Ejemplos legales de "ardid" o "engaño" .....	53
2.4.5.1.	Fraudes relativos a la persona del autor .....	53
2.4.5.2.	Fraudes relativos a la capacidad o actividad económica del autor...54	
2.4.5.3.	Fraudes relativos a relaciones personales del autor con terceros.....55	
2.4.5.4.	Fraudes relativos al abuso de una relación personal del autor con la víctima .....	57
2.5.	EL ERROR .....	57
2.5.1.	Engaño a incapaces .....	60
2.5.2.	El caso del "polizón" .....	61
2.5.3.	La posibilidad de la estafa mediante aparatos mecánicos.....	63
2.5.4.	Estafa en el marco de un negocio jurídico .....	65
2.6.	LA RELACIÓN ENTRE EL ENGAÑO Y EL ERROR .....	66
2.6.1.	La idoneidad en el ardid o engaño .....	67
2.6.2.	Negligencia del engañado .....	70
2.7.	LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL .....	72
2.8.	LA LLAMADA ESTAFA EN TRIÁNGULO (der sogenante Dreiecksbetrug).....	76
2.9.	LA ESTAFA PROCESAL.....	79
2.10.	EL PERJUICIO PATRIMONIAL .....	85

2.10.1.	La valoración subjetiva .....	87
2.10.2.	Debe considerarse perjuicio patrimonial la pérdida de expectativas o ganancias futuras .....	90
2.10.3.	Bienes obtenidos ilícitamente .....	90
2.10.4.	Negocios con causa ilícita.....	92
2.11.	TIPO SUBJETIVO .....	95
2.12.	CONSUMACIÓN Y TENTATIVA .....	97
<b>CAPITULO III.....</b>		<b>99</b>
<b>3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y REVISIÓN DE CASOS DE ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES.....</b>		<b>99</b>
3.1.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO .....	99
3.2.	CÓDIGO PENAL .....	101
3.3.	CASOS DE VICTIMAS MÚLTIPLES POR ESTAFA ATENDIDOS POR LA FUERZA ESPECIAL DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN .....	102
3.3.1.	Por anticresis 20 victimas son estafadas .....	102
3.3.2.	Fueron estafados con promociones gratuitas un promedio de 60 estudiantes .....	103
3.3.3.	Esposa de pastor evangélico por estafa múltiple en prestamos de dinero .....	104
3.3.4.	Estafador por medios de anuncios e internet.....	105
<b>CAPITULO IV .....</b>		<b>107</b>
<b>4. PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL DE INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES.....</b>		<b>107</b>
4.1.	EXPOSICIÓN DE MOTIVOS .....	107
4.2.	ANTEPROYECTO DE LEY .....	108
PROYECTO DE LEY DE INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES .....		108
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>		<b>111</b>
Conclusiones .....		112
Recomendaciones.....		113
Bibliografía .....		114
Noticias Periodísticas Consultadas: .....		115
Normativa Jurídica consultada:.....		116
ANEXOS .....		117

## **PROLOGO**

El núcleo del tipo penal de estafa consiste en el engaño. El sujeto activo del delito se hace entregar un bien patrimonial, por medio del engaño; es decir, haciendo creer la existencia de algo que en realidad no existe.

El bien jurídico protegido es el patrimonio o propiedad. Modernamente se considera que el término más apropiado es el de patrimonio, que consiste en una universalidad de derecho, que se constituye por activos y pasivos. En términos generales, cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de un pasivo en desmedro del activo, se ha lesionado el bien jurídico por medio de una estafa.

Existen diferentes modalidades, una de ellas es la estafa con múltiples víctimas donde el daño ocasionado es múltiple y el dolo no se singulariza, considerándolo de forma plural a un grupo diverso de actores.

En base a lo descrito la presente investigación, funda suficientemente para que la multiplicidad de víctimas por la comisión de este delito sea considerada típica y con mayor drasticidad en las sanciones.

**Dr. Jhonny Garnica Zurita**  
**FISCAL DE MATERIA**

# INTRODUCCIÓN

La estafa es una defraudación por fraude, que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la completitud del patrimonio; después de un hurto, el patrimonio puede verse disminuido y aun puede haberse aumentado; después de la estafa no ocurre tal cosa, siempre se vera disminuido. Y esa disminución se produce por el error de una persona que dispone del bien trayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza, por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio. La secuencia causal en la estafa –como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio.

En este sentido la presente investigación expone y plantea los fundamentos teóricos, jurídicos y facticos que exponen la incorporación típica de la figura de Estafa con victimas múltiples en el Código Penal Boliviano, la misma que se encuentra en el siguiente orden de capítulos:

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ESTAFA, Que expone los antecedentes históricos y de la evolución de la estafa, además de exponer los primeros casos de estafa con victimas múltiples.

CAPITULO II: EL DELITO DE LA ESTAFA, Capitulo que analiza y fundamenta las implicancias de la Estafa desde el punto de vista doctrinario teórico para la protección del bien jurídico tutelado sobre el patrimonio.

CAPITULO III: FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y REVISIÓN DE CASOS DE ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES, Este capitulo tiene por objeto determinar los fundamentos jurídicos desde las garantías constitucionales, al Código Penal, inherente a

la protección y el derecho al patrimonio, así como la exposición fáctica de los casos sobre multiplicidad de víctimas en la estafa.

**CAPITULO IV: PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL DE INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE ESTAFA CON VÍCTIMAS MÚLTIPLES**, En esta parte propositiva se presenta un anteproyecto de ley que para la incorporación de la figura de estafa con víctimas múltiples dentro del Código Penal, como una medida sancionatoria en estos actos y forma intimidatoria para su prevención.

Finalmente se arriban a las conclusiones y recomendaciones que emergieron dentro de la presente investigación.

**TITULO PRIMERO**

**DESARROLLO O CUERPO DE LA  
MONOGRAFÍA**

# EVALUACIÓN Y DIAGNOSTICO DEL TEMA

## A. MARCO INSTITUCIONAL

De acuerdo al artículo 66 y 71 del Reglamento del Régimen Estudiantil de la Universidad Mayor de San Andrés concordante con el Reglamento de la Modalidad de Titulación – Trabajo Dirigido de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas mediante carta *FDCP-C.D.- NOTA N° 967/2011*, de fecha 19 de agosto de 2011, sobre la designación de Trabajo Dirigido en el Ministerio Público de la Nación, se han cumplido con todos los requisitos como consta en el file personal, a este efecto se ha podido registrar de conformidad a la convocatoria de Trabajo Dirigido, dando cumplimiento al Convenio de Cooperación Interinstitucional y con el objetivo de desarrollar actividades pre-profesionales en la Dirección de Carrera y previa solicitud, el señor Director Mediante *Resolución de Concejo Facultativo de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas N° 1743/2011* para realizar el trabajo dirigido en Ministerio Público de la Nación, mediante Memorándum de Recursos Humanos de admisión en el Ministerio Público de la Nación *CITE: PERS. No. 294/2011* y *CITE: PERS. No. 431/2011* realicé mis prácticas Pre-profesionales.

## B. MARCO TEÓRICO

### B.1. El delito de la estafa

La doctrina considerada también se expone con la intención de esclarecer los criterios de juicio utilizados por nuestro juzgador. Por lo anterior, se citan fuentes extranjeras solamente en casos puntuales y cuando resulta estrictamente necesario.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> El estudio de la doctrina y jurisprudencia de la estafa más relevante en castellano, alemán e italiano lo reservamos para un trabajo posterior.

La estafa es un delito esencialmente complejo, tanto por motivos dogmáticos como por la técnica de tipificación escogida por el legislador.<sup>2</sup> Dentro de sus elementos típicos, en nuestro ámbito de cultura es el engaño el que ha recibido mayor atención<sup>3</sup> (y sobre esto último, es sabido que la Teoría francesa de la mise en scène goza entre nosotros de una abrumadora mayoría).<sup>4</sup> Por lo anterior, el análisis que se hace del perjuicio es escaso, debido a que la jurisprudencia no se ha preocupado mayormente del problema.<sup>5</sup>

Sin embargo una definición de la estafa es:

*El que con artificio o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole en error, procure para si o para otro un provecho injusto con perjuicio ajeno.*

### **B.1.1. Elementos**

- Debe existir artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro.
- Debe existir inducción en error.
- Debe existir aprovechamiento injusto con perjuicio ajeno, para si mismo o para un tercero.

#### **B.1.1.1. Sujeto activo**

La estafa es un delito de sujeto activo indiferente. Pero no se debe confundir al autor de la inducción a error con el beneficiario del provecho injusto. Ambas cualidades coinciden, de ordinario, pero pueden estar separadas. Así resulta de la expresión del Código «procure para sí o para otro un provecho injusto». De modo que, uno puede ser el estafador y otro el que obtiene el provecho.

---

<sup>2</sup> Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 1 ss.

<sup>3</sup> Quintano Ripollés, A., Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, Tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 589

<sup>4</sup> Por todos, Etcheberry Orthusteguy, A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 406 s.

<sup>5</sup> Y no lo ha hecho, como pone de manifiesto Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", pp. 163 s.

### **B.1.1.2. Sujeto pasivo**

Es, también, indiferente. La víctima del engaño es la persona que sufre el error causado por el artificio del agente. El sujeto pasivo de la estafa es la persona Perjudicada en su propiedad. Estas cualidades pueden recaer en la misma Persona o en personas distintas. Objeto material. Además de las cosas, muebles o inmuebles, el objeto material sobre el cual recae la acción delictiva es la persona engañada. La conducta del agente actúa sobre las facultades cognitivas y volitivas de la víctima, sea determinando una falsa representación del entorno existencial, sea provocando un acto de voluntad viciado por error.

### **B.1.1.3. Objeto jurídico**

Es el interés del Estado en la tutela de los bienes patrimoniales, contra los engaños realizados con el fin de alcanzar un provecho injusto, antijurídico.

Provecho injusto con perjuicio ajeno. Provecho injusto es cualquier beneficio, económico o moral, que el sujeto activo deriva de su conducta, para sí o para otro, sin tener motivo legítimo para ello. Por tanto, no hay estafa cuando el acreedor logra, mediante artificios, que el deudor le entregue lo que le debe. Perjuicio ajeno es el daño económico, jurídicamente apreciable y correlativo al provecho obtenido, causado a otro. Cuando los resultados del provecho injusto con perjuicio ajeno son varios y están regidos por la misma resolución delictiva, previa, la estafa es continuada.

### **B.1.1.4. Culpabilidad**

La estafa es un delito doloso. El agente ha de obrar con la voluntad consciente (intención) de inducir a alguno en error, por medio de artificios o engaños, con el fin de lograr, para sí o para un tercero, un provecho, económico o moral, injusto y perjudicial para el sujeto pasivo.

#### **B.1.1.5. Consumación**

La estafa se consuma cuando el agente obtiene el provecho injusto con perjuicio ajeno. La estafa admite el grado de tentativa, pero no el de frustración.

### **C. MARCO HISTÓRICO**

#### **C.1. Caracterización del delito de la estafa en Roma**

Según gran parte de la doctrina romanista es casi segura la afirmación que en un principio los romanos no hayan tenido leyes criminales propiamente dichas, sino que más bien se le permitía al lesionado perseguir al culpable y la sanción que obtenía el particular para ese sujeto causaba también la satisfacción a la sociedad en su conjunto.

Al ser sancionada la Ley de las XII Tablas aparecen los primeros atisbos de una legislación penal, que omitimos de detallar por brevedad en la exposición.

Los delitos Públicos (CRIMINA) fueron adjudicados su sanción a los procesos a cargo de los Comicios Tribales o a los Tribunales permanentes, ya en la época del Imperio fueron sometidos a procesos extra ordinem.

Respecto a este delito que vamos a tratar se incluye como un delito de carácter público es decir de los CRIMINA.

En el delito de estafa el bien jurídicamente protegido según la doctrina especializada no es otro que el patrimonio o la propiedad. Análisis de la diferencia entre ambos que ha dado lugar a extensas discusiones doctrinarias entre los penalistas y que no es materia de este trabajo , sólo nos cabe destacar que los hechos punibles que afectan a los derechos sobre los bienes constituyen actualmente un título importante en la parte especial de los Códigos Penales, porque se relacionan con la protección penal de aquellos intereses del

individuo que facilitan el libre desarrollo de la persona, se trata en sí de los clásicos delitos patrimoniales.

## **D. MARCO CONCEPTUAL**

### **a) Estafa.**

Estafa, engaño, con ánimo de lucro, propio o ajeno, que determina un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual se produce un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.

La estafa es el delito patrimonial por excelencia, la estafa no persigue la protección de la propiedad, ni la posesión o título de crédito, sino valores económicos o patrimonio bajo el señorío de una persona, como expresión del desarrollo de la personalidad.

### **b) Engaño**

Simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas, puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como la simulación o desfiguración de los verdaderos.

Se entiende por engaño la falta de verdad en lo que se dice o se hace, de modo que los demás se formen una representación incierta de lo que el sujeto realmente pretende, se trata de un ocultamiento o disfraz de la realidad, sin embargo para que el engaño sea penalmente relevante, debe ser un engaño bastante, es decir capaz de inducir a error en la persona al que va destinado, atendiendo el ámbito de uso social dominado por la buena fé, como elemento corrector para evitar ampliar en exceso los límites penales del engaño, por ejemplo en la exageración que hace el comerciante de las cualidades del producto que vende o en el curso de un regateo.

Las Partidas distinguían entre engaños penalmente lícitos e ilícitos, en base al concepto romano de *dolus bonus* y *dolus malus*, engaños buenos y engaños malos. Eran engaños buenos los que se hacen de buena fé y con buena intención,

por ejemplo para prender a los ladrones o los que se hacían contra enemigos conocidos, contra los que era lícito tomar venganza.

**c) Engaño emisorio**

Comisión por omisión de la estafa, disponer de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, lo que implica la omisión del deber de comunicar el gravamen a la otra parte. Se discute en la doctrina si existe estafa cuando se calla el defecto o vicio de la cosa vendida. Las Partidas admitían la estafa por engaño omisorio y distinguían las conductas positivas simuladoras o creadoras de un artificio engañoso de las disimuladoras o ocultadoras de una realidad cuyo conocimiento habría impedido los actos de disposición del sujeto pasivo. Se admite la modalidad omisiva cuando no se declaran circunstancias en el momento de contratar, que de ser conocidas hubiesen impedido la contratación, basándose en el deber de declarar estos defectos o en los principios de lealtad y buena fé entre las partes, por ejemplo la omisión de declarar un accidente en la contratación de una póliza para que sea cubierto por la misma.

**d) Engaño implícito**

El que se aloja en un hotel, estafa de hospedaje, entra a comer a un restaurante y no paga, engaña no por haber silenciado éste propósito, sino porque su acción daba a entender su solvencia y disposición de pago, aunque existen autores que lo discuten, negándolo si no existe propósito de fraude previo, por ejemplo por quedarse sin dinero. El polizonaje o viajar sin billete, lleva a algunos a afirmar que no existe engaño, se alega en contra que el revisor tiene derecho a esperar que todos vayan provistos de billete, doctrina de todo esta en orden.

Se presenta análogo problema en el acceso sin billetes a los espectáculos, que si se hace creer que se lleva entrada o se hace entrar a mas personas, constituye engaño bastante, pero no colarse en el espectáculo, aunque según la doctrina del todo está en orden sería engaño bastante en ambos casos. También ha recurrido a la doctrina del todo está en orden, para razonar la existencia de engaño bastante, en el caso del negocio que se vende en funcionamiento sin estarlo.

**e) Engaño a incapaces**

Si el incapaz total no puede producir un acto de la voluntad, por tanto no cabe hablar de entrega, se trataría de una sustracción, ya que el acto de disposición sería nulo. En el incapaz parcial, en el que hay insuficiencia psíquica, si puede haber engaño, puesto que existe una voluntad limitada, por tanto puede admitirse tal y como hace la estafa.

Negligencia del engañado, la condición de bastante del engaño debe valorarse en intuitu personae y en función del caso concreto, doble criterio objetivo u subjetivo, pero se ha abandonado la postura restrictiva que acudía al engaño capaz de inducir a error a un hombre medio, concebida en base a que el derecho no debía tutelar una conducta negligente. No se acepta que la negligencia de la víctima excluya la estafa, no se puede compensar el dolo del ofensor con la culpa de la víctima.

## **E. MARCO JURÍDICO POSITIVO VIGENTE**

### **E.1. Constitución Política del Estado**

#### **Artículo 13.**

- I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.
- II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.
- III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

#### **Artículo 14.**

- I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna.

- II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.
- III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.
- IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.
- V. Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano.
- VI. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución, salvo las restricciones que ésta contenga.

#### **Artículo 56.**

- I. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social.
- II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.

### **E.2. Código Penal**

#### **Artículo 335°.- (estafa).**

El que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la

realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y con multa de sesenta a doscientos días

# DIAGNOSTICO DEL TEMA DE MONOGRAFÍA

## A. FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La estafa es un delito contra la propiedad o el patrimonio. El núcleo del tipo penal de estafa consiste en el engaño. El sujeto activo del delito se hace entregar un bien patrimonial, por medio del engaño; es decir, haciendo creer la existencia de algo que en realidad no existe. Por ejemplo: se solicita la entrega de un anticipo de 500 Bolivianos como entrada para la adquisición de una vivienda en un conjunto residencial, inmueble que no existe.

El bien jurídico protegido es el patrimonio o propiedad. Modernamente se considera que el término más apropiado es el de patrimonio, que consiste en una universalidad de derecho (*universitas iuris*), que se constituye por activos y pasivos. En términos generales, cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de un pasivo en desmedro del activo, se ha lesionado el bien jurídico por medio de una estafa.<sup>6</sup>

Existen diferentes modalidades, ya que se entiende que el engaño se puede producir tanto de un modo activo (lo más frecuente) como de un modo pasivo. El problema principal para entender que un engaño de un modo pasivo es calificativo de estafa, es que el engaño debe ser bastante como para producir un acto de disposición. Una actuación pasiva (no informar, o no contar algo) es difícil que provoque un engaño de tal magnitud.

Sin embargo, se presenta la agravante de la estafa con múltiples víctimas, ocasionando una serie de daños al patrimonio de la persona estafada, como el caso de ofrecer algún

---

<sup>6</sup> Caro John, José Antonio (2007) (en español). Diccionario de Jurisprudencia Penal: Definiciones y Conceptos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal extraídos de la Jurisprudencia. Grijley. pp. 239-240.

bien inmueble como es el caso de anticresis que se recibe la suma pactada y nunca se hace entrega del mismo.<sup>7</sup>

Este tipo de delitos si bien se encuentran tipificados de forma general por el artículo 335, no contempla mayor severidad en el caso de víctimas múltiples, donde en muchos casos luego de purgar la pena por este acto ilícito, reinciden en la comisión del mismo delito.<sup>8</sup> Y abecés con mayor profesionalismo criminal.

Por las razones expuestas, es importante la realización de la presente investigación monográfica, en la cual se dará los fundamentos jurídicos y facticos, que permitan tipificar la figura de estafa con víctimas múltiples, y asimismo incrementar la pena por ser esta una agravante.

## **B. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

- 1) ¿Cuáles son los derechos de las personas para proteger su propiedad ya sea objetiva u subjetiva?
- 2) ¿Cuáles son las garantías y protección que ofrece la actual legislación en caso de estafa con víctimas múltiples?
- 3) ¿Cuáles los fundamentos para incorporar la figura de estafa con víctimas múltiples dentro de la legislación penal?

## **C. OBJETIVOS**

### **C.1. Objetivo General**

- Proponer la incorporación de la figura típica de la estafa con víctimas múltiples en el Código Penal.

---

<sup>7</sup> El Extra: Va preso por estafar más de 150 mil dólares, Seguridad, La Paz - Bolivia, domingo 01 de mayo de 2011.

<sup>8</sup> El Deber: Abogada, enviada a la cárcel por estafas múltiples con anticréticos, seguridad, Edición Impresa Santa Cruz – Bolivia, 04 Febrero 2012.

## **C.2. Objetivos Específicos**

- Determinar los derechos de la propiedad.
- Determinar el alcance de la responsabilidad penal de la estafa
- Determinar los alcances de la estafa con víctimas múltiples
- Analizar si el marco legal es suficiente para dar las garantías y protección que ofrece la actual legislación a los derechos de la propiedad.

**TITULO SEGUNDO**

**DESARROLLO DEL  
DIAGNOSTICO DEL TEMA**

# CAPITULO I

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ESTAFA

### 1.1. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ESTAFA

El fraude fue castigado no sólo por el Derecho Romano, de donde, en principio, proviene como figura de los Derechos modernos, sino que también se encontraba legislado en otros países. La ley babilónica de Hammurabi (s. XX a. C), el Avesta Persa, el libro del profeta Amos, el Corán, el Códigos de Manú, tenían penas severas; en algunas de estas legislaciones, la de muerte.<sup>9</sup>

#### 1.1.1. La Estafa en Roma

En Roma los antecedentes son el crimen *furti*, el crimen *falsi* y el *stellionatus*:<sup>10</sup>

##### 1.1.1.1. El crimen *furti*

El crimen *furti* era un concepto amplio del *furtum*, que englobaba cualquier forma de atentado en contra del patrimonio ajeno, sobre todo el cometido mediante fraude. De modo que *furtum*, tanto podía ser la apropiación indebida como la sustracción del uso, la violación de la posesión, mediante astucia y engaño.

##### 1.1.1.2. El crimen *falsi*

---

<sup>9</sup> FINZI, Conrado, La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia, Depalma, Buenos Aires, 1961. p. 15.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 15-17.

El crimen *falsi* representaba un conglomerado inorgánico de especies criminógenas diferentes, que dificultaba la determinación de sus elementos. Las falsedades monetarias, documentales, testamentarias, cuyo objeto de lesión era la fe pública, determinaron que *elfalsum* fuera un delito público. Otros delitos se relacionaban con la falsedad, y referentes a contenidos patrimoniales, tenían como elemento común la modificación de la verdad. Se requería un elemento subjetivo del dolo.

### **1.1.1.3. El crimen *stellionatus***

El *stellionatus* era un crimen extraordinario, no definido por el Derecho Romano, creado en el siglo II (d. C); comprendía las lesiones patrimoniales fraudulentas no previstas anteriormente. Carrara afirmaba que la referencia al *stellio*, que era un reptil con colores indefinibles por su variabilidad frente a los rayos del sol, se había hecho por la naturaleza incierta de este delito, que fluctuaba entre la falsedad y el hurto, y por la índole ambigua y astuta que este animal habría tenido.

Los casos que entraban en el estelionato eran los de vender o permutar una cosa ya obligada a otro, transferir la cosa ya donada al hijo, entregar prendas ajenas. Pero en todo caso el estelionato tenía un carácter patrimonial, y por ende privado, de manera que era menos severamente penado que el crimen.<sup>11</sup>

En síntesis, el objeto del delito era el patrimonio; se consumaba con el efectivo daño patrimonial. La tentativa era impune y se exigía un elemento subjetivo del dolo, dirigido a la lesión del patrimonio.

## **1.1.2. La Estafa en la Edad Media**

---

<sup>11</sup> FINZI, Conrado, La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia, Depalma, Buenos Aires, 1961. p. 18.

En la Edad Media la doctrina creó un nuevo *falsum*, en el que se incluyeron casos de fraude patrimonial. El estelionato tuvo carácter subsidiario, de modo que el estelionato medieval, debido a esta confusión de figuras, resultó ser algo distinto a la estafa romana y a la actual. Los elementos eran determinados con dificultad por la doctrina y el objeto de discusión era el dolo, la modificación de la verdad y el daño.<sup>12</sup>

Es la ciencia alemana la que diferencia el fraude de la falsedad. Feuerbach y Wächter definen la falsedad en el siglo XIX, y en 1820 y 1837 Cucumus aclara el concepto de fraude: "Objeto de fraude no era, según él, el patrimonio en sentido económico, de la víctima, sino la facultad intelectual de ella; para la falsedad no era necesaria la producción del daño, encontrándose el fundamento racional de su incriminación en la lesión de un derecho social, la fe pública".<sup>13</sup>

Con el tiempo se fijó el estelionato romano diferenciándose de la falsedad. En verdad, y este punto es importante, la diferenciación era con el hurto, de modo que se empezó, posteriormente, a conceptualizarlo adecuadamente como "una lesión patrimonial ocasionada a otro con fraude".<sup>14</sup> De este modo, según Carrara, si bien el estelionato tiene las características del hurto y de la falsedad, no es ni hurto, verdaderamente, porque la posesión de la cosa se logra con el consentimiento del dueño, ni la falsedad verdadera, porque la modificación de la verdad es especialmente ideológica.<sup>15</sup>

### **1.1.3. La Estafa en la época moderna**

Posteriormente, la legislación penal del siglo XIX acepta los criterios modernos en materia de estelionato y admiten los dos elementos: del engaño y del daño patrimonial.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> FINZI, Conrado, La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia, Depalma, Buenos Aires, 1961. p. 19.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 20

<sup>16</sup> Ibidem, p. 21

En síntesis, en este breve repaso histórico, la cuestión termina aceptándose por casi todas las legislaciones conocidas, con la estafa, con los siguientes caracteres: se trata de un delito patrimonial, integrado por tres elementos: el dolo, la modificación de la verdad y el daño patrimonial ajeno.<sup>17</sup> Antón Oneca ha dado un concepto, quizás más completo, en los siguientes términos: "La estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o vanas personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o de un tercero."<sup>18</sup> Y éste es el criterio científico de lo que es la estafa, ya que las modernas formas de la ciencia han dado lugar a fenómenos delictivos distintos, que entran en este cuadro, y que, sin duda, si no se quiere que existan lagunas de punibilidad o, lo que es más grave, que se haga analogía con lo que se llama estafa, deberán analizarse esos fenómenos y tipificárselos adecuadamente.

Advierte Antón Oneca que fue el Código francés de 1810, que dio un concepto modelo para muchas legislaciones del siglo XIX, que ha sido básico de la doctrina moderna. Los códigos de Alemania (1871) y de Italia (1889), sin embargo han abandonado el método limitativo del francés. El Código español tomó el sistema francés bajo el epígrafe de estafas y otros engaños, no aclarando en dónde estaba la diferencia entre ambos.<sup>19</sup> Y éste fue el criterio seguido por la ley argentina, con modificaciones, aunque, también se puede afirmar, que de él se puede dar un concepto general de lo que es la estafa.

## **1.2. ANTECEDENTES DE LA ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES**

Los escándalos contables de Enron, Arthur Andersen, WorldCom, Qwest Communications, Tyco y otras empresas que tenían gran prestigio provocaron una crisis

---

<sup>17</sup> ONECA, Antón, Notas críticas al Código Penal. Las lesiones, en Estudios penales, Bilbao, 1965, p. 70.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 69.

de confianza entre los estadounidenses. Algunos se preguntan si esa crisis dejará heridas indelebles en el sistema económico.

Desde una perspectiva histórica, la respuesta es que las economías son capaces de recuperarse y avanzar, aun después de orillar la devastación causada no sólo por guerras (como es el caso de Alemania y Japón después de la Segunda Guerra Mundial), sino por el fraude económico, que no es nada nuevo bajo el sol.

Cuando las burbujas explotan y lesionan el crecimiento económico, la consiguiente pérdida de ingreso estimula el esfuerzo por mantener e incrementar el ingreso, tanto por caminos honestos como corruptos.

Ya desde el 1600 con la creación en Inglaterra de la Compañía de las Indias Orientales, seguida dos años después por su par holandesa, los europeos supieron cómo enriquecerse fabulosamente con el Lejano Oriente. Warren Hastings, primer gobernador general de la India, y Robert Clive, funcionario de la Compañía de Indias británica conocido como "el conquistador de la India", fueron quizás los primeros directivos de empresas que se hicieron estrafalariamente ricos. Hastings acumuló 200.000 libras en la India y las transfirió a Inglaterra en el siglo XVIII; Clive transfirió 280.000.

Edmund Burke, estadista inglés del siglo XVIII, sostuvo que Clive debía ser separado de su cargo. Pero Lord North, el primer ministro, alegó que 200.000 libras no era una suma excesiva.

Cientos de empleados de menor rango de la Compañía de Indias también hicieron dinero. Por sobre sus sueldos, escribientes, cadetes, cirujanos, capitanes, todos encontraron formas de enriquecerse.

La naturaleza humana no cambió. Andrew Fastow —quien, cuando era director financiero de Enron, también manejaba sociedades creadas por Enron para sacar deuda

de los libros— tiene 78 cargos por fraude, lavado, conspiración y obstrucción de justicia. Los empleados la Compañía de Indias contrabandeaban productos a Europa y traficaban opio con China. El puesto de comandante de barco se compraba y se vendía por lo general por entre 2.000 y 5.000 libras, pero a veces hasta por 10.000 libras, y en una ocasión, 20.000.

Según un historiador económico alemán, Jacob van Klaveren, la corrupción empresarial comenzó con las Compañías de Indias.

### **1.2.1. Corrupción**

Para el siglo XIX, la corrupción en los negocios era algo tan común que se convirtió en un tema infaltable en las obras de los novelistas europeos. Entre ellos, Honoré de Balzac en *La comedia humana*; Charles Dickens en *La pequeña Dorrit*; William Thackeray en *Los recién llegados*; Gustav Freytag en *Deber y Haber*; Alexandre Dumas en *El tulipán negro*, y Emile Zola en *El dinero*.

Y como muchas otras modas europeas, la estafa encontró su lugar en EE.UU. en el siglo XIX, cuando Mark Twain y Theodore Dreiser la incluyeron en las tramas de sus libros. Boston vio nacer a Charles Ponzi, cuyo nombre se convirtió para siempre en sinónimo de un tipo de fraude, las llamadas "pirámides de Ponzi".

Los escritores tuvieron muchos modelos de inspiración, como Eugene Bontoux, fundador de Union Générale, un banco francés que se derrumbó en 1882, y Daniel Drew, James Fisk Jr. y Jay Gould— todos ellos en EE.UU.— quienes manipularon las acciones del Erie Railroad.

También durante el siglo XX hubo incontables escándalos financieros a ambos lados del Atlántico, empezando por el Teapot Dome en EE.UU., durante el gobierno del presidente Warren Harding. Teapot Dome fue el nombre popular que recibió una

investigación del Senado, que en 1924 descubrió que el gobierno había arrendado secretamente a petroleras privadas una reserva de crudo. El secretario de Interior Albert Fall, fue a prisión en el caso, que implicó a varios ministros del ejecutivo y contribuyó a destruir la confianza en los políticos republicanos de la época.

El sueco Ivar Kreuger, dueño de la principal fábrica de fósforos de su país, armó un imperio de empresas y se convirtió en prestamista privado de gobiernos; pero su imperio se derrumbó, salió a la luz su contabilidad fraudulenta y Kreuger se suicidó en París en 1932.

Casos más recientes fueron los Robert Vesco, que saqueó el Investors Overseas Services (imperio suizo de fondos comunes); y el de Michele Sindona, el financista del Franklin National Bank de Nueva York y la Banca Ambrosiana de Milán. En 1995, Nicholas Leeson, un trader aventurero, hizo quebrar al Banco Barings.

Dos famosos estafadores del siglo XVIII acaban de tener, en cierto modo, su réplica: Sir John Blunt, presidente de la South Sea Trading Company, y John Law, un escocés que convenció al gobierno francés en 1716 de que le permitiera abrir en Louisiana un banco emisor. La manipulación de acciones de Sir John condujo a lo que se conoció como la Burbuja de los Mares del Sur y derrumbó la bolsa de Londres. La emisión de papel moneda de Law se usó para hacer subir acciones que luego se derrumbaron, en un episodio conocido como la Burbuja de Mississippi.

Antes de que las burbujas se pincharan, cada uno de ellos obtuvo enormes ganancias e invirtió en inmuebles. En 1720, cuando quebraron la Banque Royale y la Compagnie d'Occident, Law era dueño en París de una sexta parte de la Place Vendome.

Algunos de los protagonistas de los escándalos recientes también mostraron su afición por los bienes raíces. Uno de ellos es Kenneth Lay, ex CEO de Enron. Lay adquirió un

penthouse de varios millones de dólares en Houston, más tres mansiones en Aspen, Colorado, valuadas en más de 5 millones de dólares cada una.

### **1.2.2. Nuevas normas de conducta**

Los inversores tienen sobradas razones para inquietarse ante la posibilidad de que el año próximo ocurran nuevos ilícitos de información privilegiada, ganancias infladas y otras prácticas contables turbias.

Pero el año también podría traer nuevas normas para la contabilidad de las empresas, si la Comisión de Valores de la Bolsa, la flamante Junta de Vigilancia de la Contabilidad Pública, los gobiernos, los tribunales y las bolsas se hacen cargo de las secuelas de los escándalos. Si bien es demasiado pronto para poder decir si lograrán modificar las normas y restablecer la confianza del público, es importante mencionar que siempre que estalló algún caso de estafas, la indignación pública llevó, tarde o temprano, a efectuar reformas.

## **CAPITULO II**

### **2. EL DELITO DE LA ESTAFA**

#### **2.1. DEFINICIÓN DE ESTAFA**

El código penal Boliviano define a la Estafa como:

*“El que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero”*

La estafa es un delito característico de defraudación, que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño, tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, falsas influencias, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación.

Entonces este, delito lo comete cualquier persona que obtiene para sí o para terceras personas, un bien patrimonial (dinero, bienes muebles o inmuebles), en detrimento de la, o los sujetos pasivos del delito (víctimas), ha pluralidad de víctimas se puede dar en dos formas; la primera cuando una persona dispuesta a la estafa no menta con el requerimiento del estafador y recurre a otra u otras personas, las mismas que caen en los engaños o artificios del sujeto activo del delito, por ejemplo atando un estafador recurre ante una persona a ofrecerle en venta un terreno y por no perder esta oportunidad, plantea la compra en sociedad a otra u otras personas, al final resulta que el terreno no es de propiedad del estafador; la segunda forma se da atando el estafador va estafando persona por persona, por ejemplo atando una persona ofrece vender terrenos y casas en un determinado lugar y va aceptando dineros de persona en persona, y al final no menta

ni con los terrenos ni con las casas, en este segundo caso la pena es agravada bajo el título de abuso de confianza.

## **2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

No hay duda de que la estafa, como tal, debe estar entre los delitos contra la propiedad, ya que no se castiga el engaño, como dice Finzi, sino el daño patrimonial que ocasiona, aunque el medio utilizado pueda causar daño a otro bien jurídico. Y éste ha sido el criterio de las legislaciones más conocidas. La *fruffa* en Italia, la *croquerie* en Francia, y en Alemania *Betrug*, en todas ellas el bien jurídico es la propiedad, que es el tema a resolver.<sup>20</sup>

En el Código Penal Boliviano el tipo de estafa se encuentra incluido en el Título 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 que el 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.<sup>21</sup>

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 a otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito, e incluso las expectativas.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> MORENO (h), Rodolfo, El Código Penal y sus antecedentes, t. II, p. 159-162.

<sup>21</sup> VALLE MUÑIZ, José M., El delito de estafa, Bosch, Barcelona, 1987, p. 77.

<sup>22</sup> VALLE MUÑIZ, ob. cit, p. 78. En igual sentido Miguel Bajo Fernández; Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González (Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 34), señalando que "la necesidad de destacar la distinta regulación actual del orden económico, la necesidad de corregir defectos técnicos del Título

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.<sup>23</sup>

De esto se deriva -como pone de resalto Bajo Fernández- que "el ataque a un elemento integrante del patrimonio (propiedad, posesión, derecho de crédito, etc.) 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 consume el delito, aun cuando el patrimonio, considerado unitariamente, reste incólume, o incluso, beneficiado".<sup>24</sup>

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

---

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.

<sup>23</sup> 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, Estafas, Tirant lo Blanch, Valencia, 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, etc.) y, además, cualquier tipo de relación jurídicamente protegida es suficiente" (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte especial, T ed., Ariel, Barcelona, 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 J., Curso de Derecho Penal español. Parte especial, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. I, p. 655). Muñoz Conde tampoco está de acuerdo con la consideración del bien jurídico patrimonio como "un todo" (MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 359).

<sup>24</sup> Bajo Fernández, Pérez Manzano y González Suárez (Manual de Derecho Penal, 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.

de señorío de una persona,<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

Si la buena fe fuese el bien jurídico amparado, la consumación del delito debería producirse con la sola realización del engaño, sin necesidad de que ocasionara perjuicio patrimonial alguno, solución que resulta inaceptable desde el punto de vista legal.<sup>29</sup>

Sin embargo Antón Oneca sostenía que los bienes jurídicos atacados por la estafa eran el patrimonio y la buena fe en el tráfico jurídico, basándose para ello en Mezger. Y decía que éste era el punto a discutir a partir de Binding, quien negaba esta idea sosteniendo que era un resabio de la época en que la estafa permaneció unida a las falsedades. Por el contrario, Hafter afirmaba que el objeto de protección primario era la lealtad y la buena fe y sólo secundario el patrimonio. Antón afirma que esta discusión es bizantina, porque en el ataque al patrimonio, está incluida la buena fe y las relaciones patrimoniales y citando a Manzini afirma que "un *mínimum* de sinceridad en las relaciones patrimoniales debe ser impuesta coactivamente en un Estado bien ordenado, porque

---

<sup>25</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 34

<sup>26</sup> VALLE MUÑIZ, José M., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 88.

<sup>27</sup> 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 J., *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. I, p. 656.

<sup>28</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 32.

<sup>29</sup> 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": Miguel Bajo Fernández; Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González: *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 265

dicho elemento representa uno de los más vitales intereses en el normal desenvolvimiento de los negocios privados y la civil convivencia.<sup>30</sup>

Sin perjuicio de ello, consideramos que, en la estafa el bien protegido primario 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.<sup>31</sup> No obstante, únicamente se deben tomar en cuenta los perjuicios patrimoniales derivados directamente del acto de disposición.<sup>32</sup>

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:

### **2.2.1. Concepto jurídico de patrimonio**

De acuerdo a 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.<sup>33</sup>

Esta concepción genera tres consecuencias fundamentales:

- a) 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.

---

<sup>30</sup> ONECA, Antón, Notas críticas al Código Penal. Las lesiones, en Estudios penales, Bilbao, 1965, p. 72.

<sup>31</sup> 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", Miguel Bajo Fernández; Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 267.

<sup>32</sup> 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", en *Ibidem*.

<sup>33</sup> 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, ps. 237 y ss.).

- b) Tampoco podría apreciarse el delito cuando la víctima aún no tuviera 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".<sup>34</sup>
- c) 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.<sup>35</sup>

El bien jurídico patrimonio, para esta posición, resulta lesionado no sólo cuando la cosa está dotada de contenido económico, sino cuando la lesión se produce 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.<sup>36</sup>

### **2.2.2. Concepto económico de patrimonio**

---

<sup>34</sup> BAJO FERNÁNDEZ Miguel, PÉREZ MANZANO Mercedes y SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 268.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 36.

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:

- a) Deben incluirse en el concepto de patrimonio a los bienes o cosas de procedencia ilícita. La defraudación que se comete al 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".<sup>37</sup>
- b) 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".
- c) Por último, se debe 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"<sup>38</sup> y, por otra parte, en muchos casos resulta muy difícil, por no

---

<sup>37</sup> BAJO FERNÁNDEZ Miguel, PÉREZ MANZANO Mercedes y SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 268.

<sup>38</sup> VALLE MUÑIZ, José M., El delito de estafa, Bosch, Barcelona, 1987, p. 82.

decir imposible, prescindir por completo de criterios "jurídicos" para determinar si el bien pertenece o no al patrimonio.<sup>39</sup>

### **2.2.3. 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 el conjunto de bienes o derechos con valor económico, pero que además gocen de protección jurídica.<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup>

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 siempre 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

---

<sup>39</sup> BAJO FERNÁNDEZ Miguel, PÉREZ MANZANO Mercedes y SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 268.

<sup>40</sup> Siguiendo este punto de vista, Welzel, para quien el patrimonio de una persona se compone de la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico (WELZEL, Hans, Das Deutsche Strafrecht, Walter de Gruyter, Berlin, 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, 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, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 268).

<sup>41</sup> Como afirma Susana Huerta Tocildo, "frente a la concepción jurídica, esta teoría supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico (estén 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" (Protección penal del patrimonio inmobiliario, p. 35, cit. por ROMERO, Delito de estafa cit., 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".

con el sistema de valores fundamentales plasmados en la Constitución".<sup>42</sup> Con esta noción de patrimonio deben incluirse:

- 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 fue obtenida ilícitamente.
- d) Las expectativas (ganancias futuras), aunque en general se exige que tengan una base jurídica preexistente y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación.

#### **2.2.4. 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 fines perseguidos con sus actos de disposición".<sup>43</sup>

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

---

<sup>42</sup> ZIESCHANG, Frank, La protección de la propiedad a través del delito de estafa, trad. por Maximiliano D. Vaccalluzzo, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 11 y ss. Nosotros ya habíamos planteado este mismo tema al tratar el bien jurídico como un reconocimiento de valores constitucionales, siguiendo en esto a Rudolph (DONNA, Teoría del delito y de la pena, Astrea, Buenos Aires, 1995, par. 35 y ss.).

<sup>43</sup> ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires, p. 282.

pueda tener para satisfacer los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima.<sup>44</sup>

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),<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

### **2.3. LA DEFINICIÓN DE ESTAFA COMO UNA DEFRAUDACIÓN**

“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 definir a la estafa, y, utilizar un sistema ejemplificativo-casuístico, señalando las diferentes formas que resultan punibles.<sup>47</sup> No obstante, el texto legal nos

---

<sup>44</sup> 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"

<sup>45</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., Delitos contra la propiedad y el patrimonio, Akal Lure, 1988, p. 59.

<sup>46</sup> Como señala José 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" (Las estafas y otros engaños, Barcelona, 1957, p. 13, en ANTÓN ONECA, Obras, t. III, p. 102).

<sup>47</sup> Análogo es el sistema utilizado por el Código Penal español, cuyo art. 248 establece que "cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo 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".

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".<sup>48</sup>

Es importante aclarar que por defraudación se debe entender a "toda lesión patrimonial producida con fraude", de modo que se trata del "género", cuyas especies son la estafa o el abuso de confianza, modalidades que resultan claramente diferentes.<sup>49</sup>

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".<sup>50</sup>

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.

---

<sup>48</sup> 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-AGUIRRE OBARRIO, Los delitos cit., p. 325).

<sup>49</sup> SOLER, Sebastián, Derecho Penal argentino, act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, 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" (Los delitos cit., p. 319).

<sup>50</sup> ANTÓN ONECA, Las estafas y otros engaños cit., p. 70. 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" {Derecho Penal argentino cit., t. IV, p. 285}. Soler la concibe como la "disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardis de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido" (Derecho Penal cit., p. 346). Para Romero la estafa es "un engaño, causante de un error, que motiva una disposición patrimonial que provoca un daño patrimonial (Delito de estafa cit., p. 113). Según Molinario-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 ardis o maquinaciones aptas a ese efecto" (Los delitos cit., p. 335).

Para Finzi, la estafa consiste en procurar para sí mismo o a otro un provecho injusto con daño ajeno, mediante engaño. Por ende, los elementos de la estafa son: el engaño y el daño.<sup>51</sup>

## **2.4. 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 descripto y vincularse 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, en base a dicho error, realice una disposición patrimonial perjudicial.

### **2.4.1. 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. Como bien sostiene Finzi, "el engaño constituye la característica de la estafa, le da fisonomía propia a este delito y lo distingue de las demás formas de agresión al derecho patrimonial".<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> FINZI, Conrado, La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia, Depalma, Buenos Aires, 1961. p. 34.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 36.

Se puede decir que el engaño es la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, o, de acuerdo a la definición tradicional de Antón Oneca, es la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas.<sup>53</sup>

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". Esta última forma de legislar es, en el fondo, adecuada, ya que la idea de enumerar el medio engañoso ha sido, con justicia, criticada, porque la naturaleza del artificio que se ha empleado no tiene trascendencia jurídica, lo que llevó a decir a Planiol que la impunidad es la recompensa que se le da al estafador sagaz que ha sabido inventar un nuevo medio (o sea no previsto por la ley) para engañar.<sup>54</sup> Por este motivo se ha sostenido que "una mención a la naturaleza del medio engañoso es, desde el punto de vista jurídico, improcedente, siendo necesario y suficiente proclamar la necesidad de un medio engañoso".<sup>55</sup>

Si bien generalmente el engaño recae sobre "hechos",<sup>56</sup> nada impide incluir también como formas de engaño a los "juicios de valor", siempre que se cumpla con todos los requisitos propios de este primer elemento y, en especial, con la exigencia de "inidoneidad".<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> 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., p. 142).

<sup>54</sup> FINZI, Conrado, La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia, Depalma, Buenos Aires, 1961. p. 36.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Normalmente se dice que el engaño puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos.

<sup>57</sup> BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, Manual... cit., 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, etc., que se pueden percibir directa o indirectamente a través de los sentidos" (Delito de estafa cit., 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 trate de "un coche muy veloz" (ob. cit., 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 las exigencias

Como se sabe, existen dos formas diferentes de concebir este delito, según un criterio limitado del engaño, o con un criterio que podríamos llamar amplio, a cuya base hay teorías sólidas que los respaldan y que han sido tomadas tanto por calificada doctrina, como por la jurisprudencia. Pero no se piense que este tema tiene que ver con el principio de legalidad, sino con la construcción dogmática de lo que se entiende por estafa.<sup>58</sup>

#### 2.4.1.1. 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 tendiente a falsear la realidad.<sup>59</sup>

En palabras de 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"*.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> BERTONI, Eduardo A., El concepto de "ardid o engaño" en la jurisprudencia, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzóni, Santa Fe, ps. 31 y ss.

<sup>59</sup> Esta posición se impuso en el siglo XIX e imperó fundamentalmente en la doctrina francesa a través de la *Mamada* 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" (Derecho Penal cit, 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 delito: 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" (Programa de Derecho Criminal. Parte especial cit., t. 6, vol. IV, § 2344).

<sup>60</sup> PEDRAZZI, C, Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio, Giuffrè, Milano, 1955, p. 220, cit. por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., 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.

Esta teoría fue tomada de Cucumus, que se dio en llamar, por los franceses, la teoría de mise en scène, y recogida más tarde en Italia por Carrara, y de allí, pareciera ser, por nuestros juristas, a tenor de las citas que se hacen en los textos que hemos analizado. Es interesante citar el párrafo de Carrara según el cual ninguna protección penal merecen "los que se hacen sacar dinero por una viejita harapienta [...] que asegura saber adivinar los números de la lotería...", en tanto que cuando "esa viejita lleva vestidos de seda y joyas falsas, dando a entender que su aparente riqueza es el fruto de sus continuas ganancias con la lotería", la tutela penal corresponde, porque el engañado, contrariamente a lo que ocurre en el primer caso, "será sí un crédulo, pero no un imbécil". Por eso es que Carrara distinguió entre la mentira o artificio verbal, y el artificio material.<sup>61</sup>

Se trata, además, 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 dudas, revela mayor peligrosidad dado que supone la existencia de premeditación y preordenación de medios.<sup>62</sup>

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. 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".<sup>63</sup>

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

---

<sup>61</sup> FINZI, Conrado, La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia, Depalma, Buenos Aires, 1961. p. 39.

<sup>62</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas..., p. 48.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ RUS, Curso... cit., p. 666. En igual sentido MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte especial cit., p. 361. Sobre la imposibilidad de diferenciar el fraude civil del penal, véase ampliamente SOLER, Derecho Penal cit., ps. 339 y ss.; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, Los delitos cit., p. 348.

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 fraude 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".<sup>64</sup>

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.<sup>65</sup> Es decir, el medio comisivo de la estafa es aquel por el cual se llega a la lesión patrimonial; sin interesar, desde el punto de vista jurídico, que el error se haya logrado con medios refinados o con medios simples, si ese error se utiliza para producir el daño ajeno.<sup>66</sup>

Por eso ha podido decir Finzi que el error de estas teorías es que no contemplan que en la estafa no se castiga el engaño, sino el injusto de lo económico que ocasiona ese engaño. Por lo que poco importa el modo con que se logró el daño patrimonial, esto es, si el error es producto de un medio refinado o simple. En síntesis, el artificio es irrelevante, mientras el bien jurídico sea la propiedad.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas...*, p. 47.

<sup>65</sup> FINZI, *La estafa y otras defraudaciones...* cit., p. 40.

<sup>66</sup> FINZI, 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".

<sup>67</sup> FINZI, *La estafa y otras defraudaciones...*, p. 41.

#### 2.4.1.2. 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.<sup>68</sup> Dicho de otro modo, cualquier forma de engaño es típicamente relevante, siempre que tenga la virtualidad de provocar el error de la víctima y causar un daño patrimonial.<sup>69</sup>

Ésta parece ser la tesis que adopta 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.<sup>70</sup>

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.<sup>71</sup> Es decir, mientras que el ardid obra sobre la realidad externa, creando una falsa apariencia material, el engaño obra directamente sobre la psiquis del engañado.<sup>72</sup> En otras palabras, entre el engaño y el ardid media la diferencia que va entre la conducta personal del que, limitándose a manifestar, aprovecha las circunstancias concomitantes, y la del que, en vez de puras manifestaciones falsas, emplea medios

---

<sup>68</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas..., p. 49.

<sup>69</sup> NÚÑEZ, Derecho Penal..., p. 299

<sup>70</sup> SOLER, Sebastián, Derecho Penal argentino cit., t. IV, p. 348. 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

<sup>71</sup> Definición perteneciente a ANTOLISEI, Manuale di Diritto Pénale, p. 247, cit. por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas..., p. 50.

<sup>72</sup> 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" (Derecho Penal cit., p. 294).

objetivos para inducir a error. La mentira entra, pues, en la categoría de engaño, en virtud de las circunstancias concomitantes.<sup>73</sup>

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 no cualquier incumplimiento o violación a la verdad, en el ámbito de los negocios civiles, quede absorbido por el Derecho Penal. El requisito, ya reconocido de una disposición patrimonial enfrenta a la estafa con el hurto. Esta visión proviene del Derecho francés, el cual nombra, expresamente, en el texto legal, a la disposición y añade tanto una descripción de actividad como de objeto, entiende a la disposición también como lesión y de ahí renuncia al requisito de (otro) daño económico. En forma conocida postula la jurisprudencia alemana una recíproca exclusión típica. La delimitación es garantizada por el criterio fundamental de que la disposición patrimonial debe conducir en forma directa a la autolesión del disponente, lo que a través del criterio suplementario del conocimiento de la disposición, exigido adicionalmente sobre todo en las estafas de cosas, no siempre conduce a una convincente delimitación. Igualmente en el tratamiento del hurto en tiendas (con conductas engañosas en la caja de los autoservicios) y recién con la intervención de un tercero (denominada estafa triangular) se vuelve imprescindible efectuar valoraciones normativas para fundar o excluir la estafa. La normativización de la perspectiva interpretativa es otra característica de la moderna jurisprudencia. En el hurto en comercios de autoservicio la estafa debe ser excluida para el caso básico (ocultamiento de objetos pequeños en la vestimenta) a través de una valoración del hecho total como unidad;<sup>74</sup> en la estafa triangular común constituyen el perjudicado y el que realiza la disposición patrimonial una unidad de imputación,<sup>75</sup> y especialmente en la estafa procesal sólo se da la relación de proximidad necesaria entre el disponente y el titular del patrimonio desde el punto de vista jurídico

---

<sup>73</sup> NUNEZ, "Iniusta petitio", falsedad ideológica y estafa procesal, en L. L., t. 63, ps. 718/724.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> PAWLIK, Das unerlaubte verhalten beim betrug, 1999, p. 213

de una institucionalización del juez o tribunal como órgano de resolución de conflictos judiciales.

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".<sup>76</sup>

Una forma 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 a 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".<sup>77</sup>

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

---

<sup>76</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan J., Curso, 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"

<sup>77</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas..., p. 52.

activo actuara con veracidad y buena fe, de modo que sus alegaciones o afirmaciones debieran tomarse como serias".<sup>78</sup>

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, etc.), 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".<sup>79</sup>

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

---

<sup>78</sup> El elemento de los "usos y costumbres sociales" funciona como corrector, evitando ampliar en exceso los límites penales del concepto de engaño. Este 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 la publicidad de un producto, etc., 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. En *Ibidem*.

<sup>79</sup> VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa...*, p. 169.

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".<sup>80</sup>

A nuestro modo de ver -y sin perjuicio de lo interesante que resulta incorporar a la estafa teorías como 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<sup>81</sup>, que era, si el lector lo recuerda, el problema de Moreno, cuando citando a Jofré decía lo difícil de la conceptualización de la estafa frente a otros hechos inmorales.<sup>82</sup>

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".

#### **2.4.2. El silencio y la omisión como forma de estafa 86**

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.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Serrano Gómez expresa que "hay un límite de engaño socialmente permitido, y sólo cuando se sobrepasa 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, Dykinson, Madrid, 1997, p. 346).

<sup>81</sup> 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 subliminares (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.

<sup>82</sup> ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires.

<sup>83</sup> Interesante es la opinión de Gurruchaga, quien concibe a la estafa como un tipo penal "mixto", es decir, aquellos 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 omisivo [...] 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, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 80 y ss.).

Para incluir a la omisión como forma de realización típica, no queda otra alternativa que recurrir a las reglas de la omisión impropia. 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.<sup>84</sup>

En el caso de la estafa, la mayoría de la doctrina entiende que el silencio puede considerarse ardid o engaño, únicamente cuando existe en el autor obligación jurídica de pronunciarse, es decir, un deber especial de informar.<sup>85</sup> La 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.<sup>86</sup>

En consecuencia, al decir "cualquier ardid o engaño" se entiende que el no despejar un error puede ser suficiente, y con 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.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> 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" (ob. cit., p. 664). En contra de la aplicación de las reglas de la omisión impropia al tipo de estafa se muestra Valle Muñiz, quien considera que la única posibilidad de castigar esta clase de hechos es que el silencio se manifieste como un acto concluyente (El delito de estafa cit., ps. 174 y ss.; en sentido similar, CARUSO FONTÁN, María V., Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tratamiento legal del delito de estafa en el Derecho español, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 102 y ss.).

<sup>85</sup> Según Soler, "el problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso (Jacta 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 caballeresca; debe tratarse de una obligación jurídica estrictamente determinable como tal, cuestión que depende del examen particular de cada situación, 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" (Derecho Penal argentino cit., 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 hecho precedente" (Derecho Penal cit., 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.

<sup>86</sup> 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" (Estafas cit., p. 57).

<sup>87</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte especial, T ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 191.

Pero no debe confundirse este supuesto del que plantea Spolansky, citando a Bockelmann: "La ley no sanciona al que no suprime un error preexistente. El silencio puede ser punible cuando con él se engaña, no cuando nada agrega a los hechos. Si la no supresión fuera punible, tendría que pensarse que comete daño quien no repara un objeto cuya conservación debe garantizar, después que éste fue dañado aunque no por él, y sin que le pueda ser imputado no haber evitado el hecho".<sup>88</sup> Y agrega que solamente en el caso de un silencio, que es la falta total de la declaración esperada, puede ser un silencio que signifique engaño, ya que engañar significa suscitar error en otro.<sup>89</sup>

El problema consiste, pues, tal como ha sido planteado hasta aquí, en si la omisión puede presentar alguna modalidad del comportamiento activo, y si, además, con dicha omisión se puede realizar el ilícito de la estafa.

El punto en cuestión ha sido graficado por Gladys Romero en los siguientes términos: "Es discutido en la doctrina si hay correspondencia en la acción descrita en el tipo comisivo y la forma omisiva de impedir el resultado: es decir, si el no despejar un error no causado por el omitente es suficiente para configurar la estafa".<sup>90</sup>

En sentido contrario parece opinar Jescheck, aun con una cláusula general que sostiene que se realiza un tipo comisivo por omisión cuando el omitir equivale a la realización del tipo mediante un hacer, sumado a que el sujeto activo sea garante, esto es, que tenga un deber jurídico de actuar.<sup>91</sup>

En esta dirección, Romero piensa que en los casos de omisión impropia tiene que existir un deber especial que emplace al sujeto como garante de que el resultado no se ha de producir. El problema surge, según nuestro criterio, en determinar cuál es este deber de actuar, por una parte, y, por otra, cuál es su amplitud, sin perjuicio de que las nuevas

---

<sup>88</sup> SPOLANSKY, La estafa y el silencio, Álvarez, 1967, p. 73.

<sup>89</sup> Ibidem. 72.

<sup>90</sup> ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires, p. 141.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 142.

tendencias sobre la omisión impropia sostienen que no existe ninguna posición de garantía, sino que todo este tema hay que resolverlo desde la teoría del autor como quien domina el hecho.<sup>92</sup>

La doctrina en España se ha dividido sobre si es posible la omisión impropia en el delito de estafa. Por una parte, autores como Muñoz Conde, Bacigalupo y Rodríguez Ramos afirman que no es posible la estafa por omisión impropia. Muñoz Conde enfatiza su posición afirmando que fuera del caso que tipificaba la disposición de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada, no había posibilidad, fuera de esta norma, de tal delito.<sup>93</sup>

Rodríguez Ramos, por su parte, es de la idea de que no se aprecia la relación causal entre engaño, error y perjuicio, máxime si se considera que en la conducta juzgada el error es precedente al engaño del que recibe la cantidad, y además que no suele estimarse como engaño típico el mero silencio, esto es, la omisión de no sacar del error en el que previamente, sin intención del silenciante, ha incurrido el luego perjudicado tradens". Y concluye Rodríguez Ramos que "el error le es imputable a la víctima o a un tercero, y lo único que cabe reprochar al sujeto activo es el no haber destruido el error no generado por él. Podría hablarse de estafa -el silencio, es como dice Pedrazzi-, en un no impedir o no rectificar un error que, en esta hipótesis, es ajeno tanto a la voluntad como a la acción anterior del accipiens de la cantidad. Pues bien, la respuesta debe ser negativa en base a la vigente legislación española y a la unánime interpretación judicial, pues en la estafa se requiere tanto el engaño preexistente al error y al perjuicio (aspecto cronológico) como que la conducta del beneficiario sea la causa del error y del perjuicio del sujeto pasivo del delito (aspecto etiológico)".<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Fest. fir Hirsch; GRACIA MARTÍN, conferencia en Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2000.

<sup>93</sup> ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires, p. 144.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 148.

Más precisamente Bacigalupo ha sintetizado el tema en conceptos sencillos, al afirmar que el problema del aprovechamiento no causado por el sujeto activo lleva a la falta de atipicidad de la conducta, porque no hay una obligación de despejar errores, y tampoco existiría una imputación de la víctima al autor.<sup>95</sup>

Para Gladys Romero, la única forma de fundamentar la responsabilidad penal en estos casos es desplazar el objeto de la valoración jurídico-penal al error. Para ello, no hay otra alternativa que acudir a una posición de garante, para evitar el resultado, con lo cual el sujeto debe tener un deber especial. Pero, además, que exista una especie de correspondencia entre la omisión con respecto a la evitación del resultado. Y concluye que la omisión consistiría en no despejar el error cuando tenía el deber jurídico de hacerlo,<sup>96</sup> con lo cual se vuelve al problema inicial, no sólo en qué consiste el deber, sino de dónde surge.

La doctrina argentina, salvo algunos casos, no ha resuelto el problema, en parte por esa división que se ha hecho entre parte general y parte especial, por una parte, y por otra, porque el tema de la omisión no ha sido trabajado de manera dogmática, bastando remitirse a la bibliografía existente para constatar nada más que un hecho. La jurisprudencia tampoco ha trabajado el problema, salvo casos contados, en donde se ha tomado posición por un deber especial, semejante al expresado por Bockelmann.<sup>97</sup>

En general, la doctrina alemana ha sostenido que es posible el engaño, mediante la omisión.

Al tema se le puede empezar a dar un formato a partir del siguiente ejemplo: "A" es el propietario de un terreno, con una casa rodeada de hongos. Como debe advertirle a su vecino, pinta con color los sectores infectados por hongos. Tres meses después, traspasa el terreno, con la casa, a "B", quien no percibe los hongos. El precio de venta del

---

<sup>95</sup> BACIGALUPO, *Insolvencia y delito*, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 45.

<sup>96</sup> ROMERO, Gladys, *El delito de estafa*, T ed., Hammurabi, Buenos Aires, p. 150.

<sup>97</sup> *Ibidem*. p. 160.

inmueble es como si no tuviera tal problema. El vecino calla, frente a esta circunstancia, y no le avisa al comprador. Frente a este ejemplo, expresa Góssel, que: "Las reglas generales de la estafa, mediante la omisión, nos pueden llevar a engaño, porque no está tipificada como tal, ya que el autor va a tender por un lado a proteger determinados bienes jurídicos, en el caso, el patrimonio o aminorar su peligro vigilándolo. Esta protección o posición de vigilancia pueden ser tomadas libremente de la ley, sociedad de vida, de peligro o de la injerencia. En contra de esto se manifiesta la doctrina que no adhiere tanto a la posición de garante, sino a una posición independiente de punibilidad de la omisión. Quien está en posición de garante, está legalmente obligado, a manifestar las circunstancias, con cuyo conocimiento se disminuiría el daño patrimonial, por error de las disposiciones generales sobre la (no) existencia de hechos. En consecuencia, por su relación con los hechos y circunstancias engañosas, puede la persona que tiene la posición de garante estar al respecto, obligado sólo para su aclaración (sobre los hechos), pero no motivarse por la obligación de preocupación general sobre el patrimonio".<sup>98</sup> Tomando esta expresión, que se complementa con lo dicho por Arzt, cuando afirma que un engaño es posible mediante la omisión, pero la medida es el deber de aclaración. Un tal deber puede especialmente ser la concretización de la fidelidad, lealtad y creencia, en el ámbito del comercio.<sup>99</sup> El caso que expone y que complementa en la nota es sencillo: si "T" vende un auto a "O", sin decirle que éste fue chocado, tiene la obligación de decir tal circunstancias, le sea o no preguntado por el comprador o por el juez civil.<sup>100</sup>

Por último, y complementando esta posición, Tiedemann afirma en referencia que "el engaño por omisión es legalmente posible y punible, también cuando el comportamiento del autor no tiene explicación y falta una relación comunicacional entre el autor y la víctima. La naturaleza de la estafa, como delito de comunicación no exige la no comunicación o la mentira para la exigencia de una relación comunicacional. Se da en el éxito del error, cuya exigencia produce más restricciones. Precisamente, por eso, va a ser necesaria la posición de garante del autor, quien está obligado a evitar el éxito de la

---

<sup>98</sup> GÓSSEL, Karl Heinz, *Strafrecht, Besonderer Teil, Band 2*, Hüthig, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, p. 331.

<sup>99</sup> ARZT, *Strafrecht, Besonderer Teil, Vermögensdelikte, LH3*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1978, p. 130.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

lesión patrimonial. Tal obligación, que induce a la víctima a error, no es suficiente (Lackner). La obligación debe servir de protección al patrimonio, lo que no es idéntico a la obligación de protección patrimonial de un extraño. Este comportamiento se puede tener en cuenta extrajudicial o legalmente, en consecuencia el Derecho Penal, debería quedar al margen o no inmiscuirse en este problema.

"Finalmente, la omisión, debe tener el mismo valor que el hacer positivo, es decir, la cualidad de engañar. Por la formación de la conducta de la punibilidad de la lesión patrimonial (por engaño), según Lackner, y en contra de la hasta ahora jurisprudencia, quien sostiene la formación de la posición de garante.<sup>101</sup>

En la defraudación por omisión, como se dijo, tiene una tendencia hacia la restricción, en esta materia, por sobre todo mientras se encuentra cuestionada la posición de garante, en el caso de existencia de buena fe. En este sentido, Tiedemann ha opinado que esta tendencia debe ser considerada como fundada, porque la interpretación del tipo de estafa vigente, tanto en Alemania, como en el Derecho europeo Comparado, también es rechazada. Por ejemplo, el Derecho Penal francés y el belga renuncian a la punibilidad de las omisiones engañosas, por falta de una descripción legal específica, aunque se compensa con tipos penales especiales, ya que la limitación de la defraudación a las llamadas *manceuvres frauduleuses*, no resulta suficiente, como puede ser en otros Derechos.<sup>102</sup>

El problema de la posición de garantía en el delito de estafa, tal como ha sido puesto de manifiesto por Tiedemann, al referirse a la tendencia restrictiva de la jurisprudencia alemana, reside en que, como se ha visto en algunos autores, recurrían para fundar el deber del autor a la buena fe, criterio que ahora intenta ser remplazado por el contrato o

---

<sup>101</sup> TIEDEMANN, Klaus, StGB, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, Herausgegeben Burkhard, Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky, Walter de Gruyter, Berlín, 2000, p. 115

<sup>102</sup> TIEDEMANN, El Derecho Penal defraudatorio en la jurisprudencia y la doctrina, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

el dominio del riesgo, lo que significa, para el autor citado, una mayor precisión y un mayor control de racionalidad.<sup>103</sup>

Dijimos que el tema también se podía analizar desde otra perspectiva, esto es, desde el dominio del hecho, pero sin recurrir a la posición de garantía.<sup>104</sup> Y la cuestión es lógica porque el autor que tiene el dominio del hecho, dentro del esquema de la estafa, puede, en su momento, saber que con su omisión lleva inexorablemente al daño del otro contratante, que de saber el hecho no realizaría la transacción. En el ejemplo del automóvil de Arzt, antes puesto, es claro que es distinto el precio de aquél si es sin choque, que con choque, con lo cual esta información "añadida", que el contratante no da, esto es, omite, lo pone como dominador del hecho y causante del perjuicio.

La omisión, así considerada en el Derecho argentino, que carece de una norma similar al del Código Penal alemán, lleva a exigir la total equivalencia entre el hacer y el omitir, aun existiendo la posición de garantía o el dominio del hecho. Esto es, la omisión debe haber llevado al error igual que lo habría hecho el hacer. Caso contrario, la conducta es atípica.

Lo que demuestra, todo esto, es que en este tipo de delitos, es mejor ampliar el listado de hechos típicos que forzar, a veces, el texto legal. No se puede pretender juzgar conductas en el siglo XXI, con tipos penales del siglo XIX, para ser benévolo con nuestro Código.

### **2.4.3. 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

---

<sup>103</sup> Este problema que ha puesto de manifiesto el profesor de la Universidad de Freiburg es, a nuestro juicio, el problema básico del tema de la omisión en la estafa. Observe el lector que quedaría a criterio de los jueces determinar, de manera que puede ser arbitraria, cuándo existe buena fe. Un ejemplo se puede ver en nuestro comentario a fallo en la Revista de Derecho Penal, N° 1, p. 465; ANTÓN ONECA, ob. cit., ps. 90 y ss.

<sup>104</sup> La idea es de Gracia Martín, que la expuso en el Congreso de la Universidad de Educación a Distancia de Madrid, y cuya conferencia está en prensa, en estos momentos en *Ibidem*.

de vista, la mentira sólo puede castigarse cuando vaya acompañada de una maquinación o maniobra capaz de provocar el error.<sup>105</sup> 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 misma debe imputar la víctima el daño sufrido por propia credulidad. Es un principio de la jurisprudencia, repetido caso 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".<sup>106</sup> 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".<sup>107</sup> En igual sentido Molinario y Aguirre Obarrio 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".<sup>108</sup>

Sin embargo, y dentro de los criterios restrictivos que hemos fijado, en cuanto al concepto de ardid o engaño, no hay inconveniente alguno en admitir que la "simple mentira" es medio idóneo de realización del tipo de estafa, cuando -según las circunstancias del caso- ello es idóneo para inducir en error a la víctima.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan J., Curso de Derecho Penal español. Parte especial, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996, t. I, p. 663.

<sup>106</sup> SOLER, Sebastián, Derecho Penal argentino, act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, 1996, t. IV, p. 348.

<sup>107</sup> CARRARA, Programa de Derecho Criminal, t. 6, vol. IV, p. 234.

<sup>108</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, Los delitos, t. II, p. 337.

<sup>109</sup> Como señala Valle Muñiz, "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" (El delito de estafa..., p. 144).

Es decir, al igual de 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, de mayor riesgo referente al patrimonio de terceros, 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.<sup>110</sup>

#### **2.4.4. Los engaños implícitos**

Existen ciertas conductas que, de acuerdo a 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.<sup>111</sup>

Realizar alguna de esas actividades con la intención previa de no cumplir la contraprestación constituye engaño y puede dar lugar al delito 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.<sup>112</sup>

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 ej., no paga por haberse quedado sin dinero o porque el sitio no le

---

<sup>110</sup> Como ejemplos de mentiras engañosas aceptadas socialmente se suele 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, etc. 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" en *Ibidem*.

<sup>111</sup> ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños...*, p. 90.

<sup>112</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas...*, p. 59.

gustó), estaremos ante un incumplimiento de contrato que debe resolverse en la vía civil.<sup>113</sup>

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.<sup>114</sup>

### **2.4.5. Ejemplos legales de "ardid" o "engaño"**

Algunos ejemplos de ardid o engaño que, siguiendo a Núñez, pueden ser clasificados de la siguiente manera:<sup>115</sup>

#### **2.4.5.1. Fraudes relativos a la persona del autor**

Corresponde incluir, en este apartado, al "nombre supuesto", "calidad simulada" o "falsos títulos".

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.

Sobre el nombre supuesto, afirmaba Tejedor, en la nota al artículo concordante, que el uso de nombre supuesto o calidad imaginaria constituía en el Derecho Romano y en la antigua jurisprudencia el crimen de falsedad, sea que el uso se hiciese verbalmente o por escrito. La regla sentada por Papiniano, respecto del uso de falsos nombres, es absoluta: *falsi nominis aut cognominis adseveratio pena falsi coercetur*.

---

<sup>113</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho Penal. Parte especial, Dykinson, Madrid, 1997, p. 347.

<sup>114</sup> Por ej., quien ingresa al hospedaje y duerme una noche sin ser visto, quien viaja escondido en el vagón del tren o en el barco, etc. Sobre la inexistencia de "error" como elemento de la estafa para todos estos casos

<sup>115</sup> NÚÑEZ, Derecho Penal argentino. Parte especial cit, t. V, p. 313.

Nombre supuesto implica entonces dos cosas, ocultación del propio y uso de uno que no le corresponde, que puede ser el de otro individuo o que el propio sujeto lo cree.<sup>116</sup> Lo importante en el delito de defraudación es que el nombre simulado se emplea como un medio para obtener la ventaja patrimonial, por lo que debe entenderse como uno de los elementos de la maniobra dolosa, de manera que el agente haya creado la confusión de la identidad para obtener el objetivo propuesto. Por eso dice Moreno: "el falso nombre debe haber tenido por objeto engañar a la víctima y determinarla a entregar el objeto de la estafa".<sup>117</sup>

#### **2.4.5.2. 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 (ej. 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".<sup>118</sup>

Aparentar bienes significa no sólo que se tienen, sino presentar apariencias que hagan incurrir en el error y que lleven a la víctima a la creencia de que el delincuente los tiene.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires, t. V p. 189.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> CREUS, Derecho Penal. Parte especial cit., ed. Astrea, t. I, p. 142.

<sup>119</sup> ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires, t. V p. 193.

En este sentido Moreno plantea el siguiente caso: es común que cuando una persona solicita un crédito se le pregunte qué bienes tiene a los efectos de su responsabilidad. Si el agente se atribuyere bienes que no tuviese o denunciase como libres los que se encuentran grabados, incurrirá en delito de acuerdo a esta cláusula. Moreno soluciona el problema de la siguiente forma: "En mi concepto el delito no existiría cuando una persona manifestase sus bienes para realizar una operación lícita, expresando de buena o mala fe lo que cree tener. Por lo demás, como las manifestaciones se refieren casi siempre a inmuebles, el interesado está en condición de averiguar si las cosas declaradas pertenecen a la persona que se las atribuye o no son de su pertenencia.

"El registro de la propiedad puede fácilmente decir si cuenta con los inmuebles el individuo en cuestión y si aquéllos se encuentran o no sujetos a gravámenes. Si el interesado no averigua, lo que pueda ocurrirle es el resultado de su falta de diligencia". Por eso concluye Moreno afirmando: "Para que concurra el delito es preciso que la apariencia de bienes haya sido acompañada de maniobras engañosas que escapen a precauciones que se toman para la defensa de los propios intereses".<sup>120</sup>

#### **2.4.5.3. Fraudes relativos a relaciones personales del autor con terceros**

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

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.

---

<sup>120</sup> *Ibidem*.

Se trata, por esos medios, de dominar la voluntad del sujeto y llevarlo a que haga las concesiones perseguidas.<sup>121</sup>

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 lo posee.

Para Moreno es frecuente, por parte de los estafadores, atribuirse poder, influencia para realizar el engaño. El agente, en estos casos, se atribuye facilidades para obtener lo que quiere la víctima y en contraprestación exige alguna remuneración o ventajas patrimoniales. Pero como afirma Moreno, la influencia debe ser mentida, esto es, inexistente. Si moralmente un legislador usa de la influencia inmoral de obtener la solución de un asunto parlamentario, y aun administrativo, sólo existiría la estafa si la influencia fuera mentida. En síntesis, la influencia es mentida cuando quien la invoca carece de ella y realiza, por lo tanto, un engaño.<sup>122</sup>

La calidad simulada consiste en invocar falsamente una condición, posición o situación personal que en realidad no se tiene (por ej., estado civil, nacionalidad, vecindad, posición familiar o social, condición de comerciante, empleado, doméstico, artista, industrial, obrero, destinatario de algo, etc.).

La acción puede importar la usurpación del estado civil, la usurpación de títulos u honores, o falsedad, pero cuando se usa a los efectos de la estafa cae en el artículo.<sup>123</sup> Afirma Moreno "que si una persona, con el propósito de estafar, puso una calidad que ha tenido pero que no tiene en el momento que la invoca, para obtener la ventaja pecuniaria, incurre, sin duda alguna, en el delito de estafa".<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 190

<sup>124</sup> *Ibidem*.

Se vale de falso título quien fraudulentamente manifiesta poseer una determinada capacidad profesional o un estado, certificado por una entidad pública u otra institución.

#### **2.4.5.4. 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 "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".<sup>125</sup> Pero aquí no se debe perder de vista que el abuso de confianza no opera como modalidad autónoma de defraudación 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".<sup>126</sup> Moreno sintetiza qué es el abuso de confianza cuando afirma: "La confianza equivale a la seguridad que se tiene en otra persona, con respecto a la cual no se toman precauciones porque se deposita fe en la misma. El que abusa de esa confianza que se tiene a su respecto aprovecha las facilidades con que no cuentan la generalidad de los individuos. La confianza es, así, un vínculo particular. Cuando la víctima ha abandonado sus intereses o no los ha cuidado no puede decirse que haya hecho confianza, sino que ha incurrido en negligencia".<sup>127</sup>

## **2.5. EL ERROR**

---

<sup>125</sup> MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, Los delitos cit., p. 362. Elocuente resulta el siguiente precedente jurisprudencial: "Se adecúa 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 ésta 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"

<sup>126</sup> SOLER, Derecho Penal... cit., p. 364.

<sup>127</sup> ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires, t. V p. 192.

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 delito, 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".<sup>128</sup> Suele hablarse de error propio (la creencia equivocada de un hecho o dato de la realidad) e impropio (la 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.<sup>129</sup> Para Arzt el error es un defecto en la representación sobre los hechos.<sup>130</sup> Para Antón Oneca es una representación mental que no responde a la realidad.<sup>131</sup> Y para Romero el error para que sea relevante debe haber sido causado por el engañado y motivar la disposición patrimonial injusta, por lo que, concluye, el error debe ser esencial y determinante.

El error puede definirse como una contradicción entre la representación subjetiva y la realidad objetiva.<sup>132</sup> De igual manera debe ser una representación convincente, de que esa representación es realmente la realidad. El engaño sólo puede ser sobre los hechos, y puede ser también, a través del engaño provocado o inducido en hechos relativos al objeto. Estas limitaciones en el error sobre los hechos son de igual manera indiscutibles, como la relación con la falsa representación.

También resulta de la exigencia de la causalidad entre el engaño y el error que el error debe referirse a los hechos que la víctima refleja o debe referirse a quien no ha cumplido con su posición de garante, omitiendo las aclaraciones respectivas. El error debe

---

<sup>128</sup> BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., p. 282.

<sup>129</sup> Conde-Pumpido Ferreiro (Estafas cit., 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 como 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

<sup>130</sup> ARZT, Strafrecht, Besonderer Teil, Vermögensdelikte, LH3, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1978, p. 131.

<sup>131</sup> ANTÓN ONECA, Las estafas y otros engaños..., p. 91

<sup>132</sup> TIEDEMANN, StGB, p. 129, N° 112. La traducción de esta parte pertenece a Andrea Bartos

entonces corresponder al engaño.<sup>133</sup> El error debe ser causado por el engaño del autor. Según la opinión dominante, la teoría de la equivalencia es suficiente en este caso. A través del engaño será provocado un error cuando a la víctima, a través de una influencia intelectual de su representación, le provoca una nueva y falsa representación. La representación anterior tuvo que ser remplazada por el engaño. En la modificación del objeto, a la cual se refiere la representación, falta la representación positiva, no en el error, pero sí en la defectuosa influencia intelectual sobre la representación de la víctima, como consecuencia del engaño. En contra está la manifiesta o la tácita referencia a falsos medios de prueba como, por ejemplo, para aclarar el defecto en los asientos del comprobante de una cuenta bancaria, esto sería suficiente para provocar el error en la víctima.

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.<sup>134</sup>

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.

---

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> 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, N° 33, par. 263, cit. por VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit, p. 189).

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

### **2.5.1. 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.<sup>135</sup>

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.<sup>136</sup>

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 pueda ser objeto del engaño.<sup>137</sup> Ante estas

---

<sup>135</sup> El hecho puede constituir el delito de explotación de incapaces o, en su defecto, podría considerarse incluso la existencia de un delito de apoderamiento (hurto).

<sup>136</sup> ANTÓN ONECA, Las estafas y otros engaños cit., ps. 91 y ss. En igual sentido, entre otros, NÚÑEZ, Derecho Penal... cit., p. 305; ROMERO, Delito de estafa cit., p. 203; VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., p. 200.

<sup>137</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 70.

situaciones es muy común que la inmadurez o los eventuales defectos psíquicos sean utilizados por el autor como parte de la maniobra engañosa.<sup>138</sup>

### **2.5.2. 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 habría sufrido 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 dudas, implica una lesión patrimonial.<sup>139</sup>

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 percibió 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, etc.),

---

<sup>138</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal. Parte especial, Dykinson, Madrid, 1997, p. 347.

<sup>139</sup> Como señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano, "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 FERÁNDEZ; PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., p. 283).

mas la conducta será impune si, por el contrario, no genera ningún error, ya que se utiliza el servicio clandestinamente.<sup>140</sup>

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.

- 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".<sup>141</sup>

El tema había sido resuelto por Frank, quien sostenía que si bien el polizón ha tornado falso el juicio del revisor o que cree que todo está en orden, pero tal juicio del revisor no ha sido por un error causado por engaño, lo que llevó en su momento a sostener a Antón Oneca que fuera de los casos en donde efectivamente el polizón engañó al revisor, no es posible calificarse de estafa al hecho porque la conducta clandestina no ha causado el error a ninguna persona<sup>142</sup>. Sin embargo el tribunal del Reich, en su momento, y el Supremo de España hasta 1981 sostuvieron que en estos casos se daba el delito de

---

<sup>140</sup> VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., p. 194; BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., p. 283; GONZÁLEZ RUS, Curso... cit., p. 671; BUSTOS RAMÍREZ, Derecho Penal... cit., p. 193, y ROMERO, Delito de estafa cit., p. 191.

<sup>141</sup> MUÑOZ CONDE, Derecho Penal... cit., 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"

<sup>142</sup> ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires, t. I p. 189.

estafa; el primero sosteniendo que el revisor caía en error creyendo que todo estaba en orden, y el segundo, porque existía un aprovechamiento de la facilidad que presenta la utilización del transporte burlando la vigilancia.<sup>143</sup>

### **2.5.3. La posibilidad de la 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 a 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.

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.<sup>144</sup> Esta idea fue enfáticamente sostenida por Antón Oneca cuando afirmaba: "La utilización, echando una ficha falsa, de un teléfono u otro aparato del que se obtenga por este procedimiento alguna cosa o servicio, será también incompatible con la estafa porque el aparato no puede ser engañado. Cuando lo que se obtenga es una cosa se habrá cometido hurto".<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> Ibidem.

<sup>144</sup> ANTÓN ONECA, La estafa... cit, p. 94; SOLER, Derecho Penal... cit, p. 365; NÚÑEZ, Derecho Penal... cit., p. 295, y GONZÁLES RUS, Curso... cit., 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" (Delito de estafa cit., p. 210).

<sup>145</sup> ANTÓN ONECA, La estafa... cit, p. 94

Desde otro punto de vista -y según la opinión de algunos autores- podría pensarse que el instrumento mecánico representa la voluntad viciada 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".<sup>146</sup>

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 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.<sup>147</sup>

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

---

<sup>146</sup> Adoptan este criterio Bajo Fernández y Pérez Manzano (Derecho Penal, p. 299), aunque niegan ja estafa cuando se utiliza una tarjeta para extraer dinero de un cajero automático. Entre nosotros, Abbralde 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-" (ABRALDES, Sandro R, La estafa mediante medios mecanizados, en L. L. del 25-6-97). 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 en 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"

<sup>147</sup> El art. 248.2 del Cód. Pen. 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 parágrafo 263 del Cód. Pen. 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".

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".<sup>148</sup>

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.<sup>149</sup>

#### **2.5.4. 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 del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya.<sup>150</sup>

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.<sup>151</sup>

Para afirmar que se está ante el delito de estafa es imprescindible la presencia de un engaño fraudulento inicial a la contratación. El autor utiliza el contrato como instrumento del delito, con la intención de defraudar a su contratante. Como bien se dijo

---

<sup>148</sup> GONZÁLES RUS, Curso... cit., p. 658. Obviamente -aclara el autor- no habrá delito cuando las deficiencias provengan de los desperfectos propios del uso, salvo que sean intencionalmente aprovechados.

<sup>149</sup> ROMERO, Delito de estafa cit., p. 210, y SOLER, Derecho Penal... cit, p. 365.

<sup>150</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 62

<sup>151</sup> BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual... cit., p. 293.

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".<sup>152</sup>

## **2.6. LA RELACIÓN ENTRE EL ENGAÑO Y EL ERROR**

También resulta de la exigencia de la causalidad entre el engaño y el error, el error debe referirse a los hechos que la víctima refleja o debe referirse a quien no ha cumplido con su posición de garante, omitiendo las aclaraciones respectivas. El error debe entonces corresponder al engaño.<sup>153</sup> El error debe ser causado por el engaño del autor. Según la opinión dominante, la teoría de la equivalencia es suficiente en este caso. A través del engaño será provocado un error, cuando a la víctima a través de una influencia intelectual de su representación provoca una nueva y falsa representación. La representación anterior tuvo que ser remplazada por el engaño. En la modificación del objeto, a la cual se refiere la representación, falta la representación positiva, no en el error, pero sí en la defectuosa influencia intelectual sobre la representación de la víctima, como consecuencia del engaño. En contra está la manifiesta o la tácita referencia a falsos medios de prueba, como por ejemplo, para aclarar, el defecto en los asientos del comprobante de una cuenta bancaria, esto sería suficiente para provocar el error en la víctima.

---

<sup>152</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 63. En igual sentido, entre otros, GONZÁLEZ RUS, Curso... cit., p. 666; SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal... cit., p. 351. Nuestra jurisprudencia resolvió por ejemplo que "incurre en el delito de estafa previsto por el art. 172 del Cód. Pen., 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" (CNCorr., sala I, 31-7-91, "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" (CNCorr., sala VI, 18-3-91, "Sánchez, E. J.").

<sup>153</sup> TIEDEMANN, ob. cit, p. 129.

De modo sintético, debe darse una relación especial entre el engaño desplegado por el autor y el error de la víctima, de modo que el error debe haber sido 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 éste. Sin embargo, como vimos al analizar la "simple mentira" y el "silencio", en ciertos casos se discute si el engaño puede operar sobre un error preexistente de la víctima, reforzándolo, en los casos en que exista la obligación jurídica de informar. De cualquier forma siempre es imprescindible que el engaño sea antecedente del acto de disposición patrimonial realizado por el sujeto pasivo.<sup>154</sup>

Aquí corresponde analizar dos situaciones:

### **2.6.1. 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 ardid o engaños de cierta entidad o peligrosidad. Hemos visto que cualquier forma de engaño -incluso la omisión, según lo antes expuesto, y la simple mentira- puede dar lugar al delito de estafa. En consecuencia 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.<sup>155</sup>

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

---

<sup>154</sup> 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" (Estafas cit., p. 79).

<sup>155</sup> 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 de la legislación penal, quiera decir otra cosa que engaño en el lenguaje del mundo, y en este lenguaje, la mentira es una forma de engañar" (Derecho Penal... cit., p. 304).

circunstancias particulares del caso. Es decir, se trata de saber si esa clase de engaño pudo ser realmente la verdadera causa del error.

Este análisis, que tiene que ver principalmente con la relación engaño-víctima, 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.<sup>156</sup>

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.<sup>157</sup>

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<sup>158</sup>. Rige aquí lo explicado respecto del sentido "social" del engaño.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> En palabras de Valle Mufliz, 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 MUNIZ, José M, Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 487).

<sup>157</sup> 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 y PÉ REZ MANZANO, Manual de Derecho Penal. Parte especial, p. 275).

<sup>158</sup> 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 padrón 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" (Estafas cit., p. 73).

<sup>159</sup> Como afirma Gladys Romero, "existen engaños que serían perfectamente idóneos y no obstante son socialmente tolerables. Tal sería el caso, por ej., 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 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" (Delito de estafa cit., p. 177).

Se supone un punto de partida objetivo, de idoneidad general, que luego será corregido tomando a la situación particular del caso y de la víctima.<sup>160</sup>

- 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 tener en cuenta las reales y concretas circunstancias del engañado.<sup>161</sup> 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 aquél en éste y que determinan una relajación del cuidado habitual".<sup>162</sup> 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 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

---

<sup>160</sup> GONZÁLEZ RUS, Curso... cit., p. 660.

<sup>161</sup> VALLE MUNIZ, El delito de estafa cit., p. 166; el mismo autor en Comentarios a la parte especial, p. 487.

<sup>162</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 73; también MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, p. 363. En el mismo sentido expresan Molinario-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" (Los delitos, p. 338).

específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante".<sup>163</sup>

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".<sup>164</sup> 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, y él sólo quería sacar una ventaja del contrato, estaremos en presencia de un supuesto de error que excluye la tipicidad de la conducta.

### **2.6.2. 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 viene sosteniendo en los apartados precedentes, el tipo acuñado 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.<sup>165</sup> Como afirma Buompadre, "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

---

<sup>163</sup> BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual... cit, p. 276.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 277.

<sup>165</sup> 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 (Comentarios a la parte especial, p. 488).

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".<sup>166</sup>

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 cuidado que ha de tener la víctima estén en relación íntima y directa con aquella situación".<sup>167</sup>

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".<sup>168</sup> Por eso conviene cerrar este punto con lo afirmado, hace tiempo ya, por Groizard y Gómez de la Serna: "Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de diligencia".<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> BUOMPADRE, Jorge E., Delitos contra la propiedad, Mave, 1998, p. 146.

<sup>167</sup> SPOLANSKY, La estafa y el silencio cit, 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".

<sup>168</sup> MOLINARIO, Los delitos, p. 338.

<sup>169</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, El Código Penal de 1870, cit. Por ROMERO, ob. cit., p. 198 (2a ed.).

## 2.7. 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. Este, 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".<sup>170</sup>

Por eso se ha tenido a este delito como de autolesión, ya que es el propio autor el que entrega el bien o termina lesionando su patrimonio.<sup>171</sup>

Sin dudas 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 quien en definitiva resulta perjudicado.<sup>172</sup>

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 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.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., p. 21.

<sup>171</sup> ROMERO, ob. cit., p. 227.

<sup>172</sup> BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., p. 283; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 85; GONZÁLEZ RUS, Curso... cit., p. 669.

<sup>173</sup> VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., 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

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, así como también la creación de una relación jurídica nueva que represente una ventaja patrimonial a favor del sujeto activo.<sup>174</sup>

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 ej., el sirviente que entrega al autor de la estafa, enviado fingido de su amo, la cosa que en su nombre le es pedida).<sup>175</sup>

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.<sup>176</sup>

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

---

valor económico" {Manual de Derecho Penal cit., p. 284, y en similares términos GONZÁLEZ RUS, Derecho Penal, p. 668}. Entre nosotros ya había afirmado Núñez que "existe una disposición de propiedad, 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" (ob. cit., 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" (ob. cit., p. 370), y en forma coincidente se expiden Molinario-Aguirre Obarrio al incluir en la tutela a "cualquier aspecto integrante del patrimonio de las personas" (Los delitos, p. 340).

<sup>174</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., 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".

<sup>175</sup> BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., p. 284; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 85; GONZÁLEZ RUS, Curso... cit., p. 668.

<sup>176</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 86; también MUÑOZ CONDE, Derecho Penal... cit., p. 364; VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., p. 215 y comentarios a la Parte especial, p. 488.

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 ardides se emplean para facilitar el apoderamiento propio del delito de hurto, como sucedería si el ladrón indujera al vendedor a la exposición del objeto y, luego, aprovechando la situación, se lo sustrajera 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.<sup>177</sup>

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 disposición debe ser aquel cuyo riesgo de realización se creó con 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".<sup>178</sup>

De acuerdo a 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 ej., "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).<sup>179</sup>

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

---

<sup>177</sup> Como señalan Bajo Fernández y Pérez Manzano, "habrá hurto cuando los ardides utilizados dan lugar a facilitar el apoderamiento sin conocimiento, ni consentimiento del dueño, y habrá estafa cuando tales ardides lo que hacen es lograr la entrega de la cosa por su dueño" (Manual de Derecho Penal cit, 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 (Manual de Derecho Penal, p. 193). En igual sentido véase -entre otros- SOLER, Derecho Penal cit., p. 366, y ROMERO, Delito de estafa cit., 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.

<sup>178</sup> BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., p. 284.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 285.

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.<sup>180</sup> Es decir, se afirma 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".<sup>181</sup>

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 confiere 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.<sup>182</sup> 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.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> Romero se refiere a las echadoras de cartas o de buenaventura, falsos adivinos, magos, etc., que no engañan a nadie, pero a quienes se les paga por mero pasatiempo, ganándose la vida de ese modo (ob. cit., 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"

<sup>181</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 77.

<sup>182</sup> Con González Rus decimos que si el sujeto resulta verdaderamente engañado y ello provoca la disposición patrimonial, hay estafa (GONZÁLEZ RUS, Curso... cit., p. 669).

<sup>183</sup> 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"

## **2.8. LA LLAMADA ESTAFA EN TRIÁNGULO (der sogenante Dreiecksbetrug)**

En principio deben ser idénticos el engañado y quien realiza la disposición patrimonial. Pero a veces es posible, con relevancia penal, que en el hecho participen más personas y que esas dos partes sean distintas. Entonces el perjuicio patrimonial no lo sufre la persona engañada, sino un tercero, que sería el titular del patrimonio. En este sentido, expresamente habla de realizar un acto de disposición en perjuicio propio o de un tercero.<sup>184</sup>

Se descarta, como es obvio, una connivencia dolosa entre el agente de la estafa y el primer sujeto, que no sería otra cosa que un abuso de confianza.

Para poder trabajar con exactitud, en el ámbito de la estafa, se trata ante todo de diferenciar este caso, del hurto mediante autoría mediata, de la llamada estafa en triángulo. Cuando el error que va a ser provocado, sobre un determinado objeto del autor, cuya acción será de apoderamiento.<sup>185</sup> Así, en el caso de aquel criado que entrega la cosa de su patrón, pero engañado, la conducta sería calificada como constitutiva de hurto, pero como autoría mediata, que es la solución dada por Bacigalupo al caso del guardarropa, en el cual, al adolecer el encargado de una autorización jurídica para disponer, termina de igual modo como un apoderamiento ilegítimo, pero de acuerdo a los criterios de la autoría mediata.<sup>186</sup>

El problema se presenta de manera manifiesta, ya que en el ámbito de las personas jurídicas no hay posibilidad para el error, porque las personas morales no pueden ser engañadas, según principios generales del Derecho; de modo que resulta obvio que sólo

---

<sup>184</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 712.

<sup>185</sup> ANTOLISEI en Manuale di diritto penale, ed. Astrea, p. 291.

<sup>186</sup> TIEDEMANN, StGB, p. 151, N° 112. La traducción de esta parte pertenece a Andrea Bartos; BACIGALUPO, cit. por ROMERO, ob. cit., p. 237.

lo puede ser la persona que compone el órgano de la persona jurídica que tomó la decisión, que es el que realmente fue engañado.

El problema, como puede verse, está en analizar en qué medida el error de este tercero actuante, y con ello el perjuicio que lleva, se puede imputar a la persona jurídica, atento a la estructura de la estafa, como delito de autolesión.

De esta estructura fundamental, afirma Tiedemann, es relevante la especial relación del engañado y de aquel que se perjudicó en su patrimonio.<sup>187</sup> De manera que este resultado puede ser cuestionado según el alcance de la representación del engañado. Por eso es indiscutible que en esta constelación todo va a depender de la extensión y atribuciones que el poder le otorgue al engañado.<sup>188</sup> Por ejemplo, el albacea del testamento, el representante del menor, el órgano de una persona jurídica, el administrador de una quiebra, etcétera.<sup>189</sup> Por eso, para que sea posible este tipo de estafas, el sujeto engañado debe tener el poder de disponer del patrimonio del otro. No se trata de un engaño a través de un tercero, sino que, dado su poder de disposición sobre los bienes, la conducta engañosa se dirige a éste, en perjuicio del patrimonio del titular. Como bien afirma Romero, la cuestión consiste en determinar qué vinculación deberá existir entre el que dispone y el patrimonio ajeno lesionado. Lo que supone que el engañado tenga una autorización autónoma para disponer sobre el patrimonio afectado por un acto y que se encuentre en la situación de hacerlo.<sup>190</sup>

Una primera teoría es la de la legitimación jurídica. Ésta afirma que, para que la disposición sobre un patrimonio ajeno pueda ser consitutiva del delito de estafa, es necesario que el tercero ejerza un poder, en sentido jurídico, de disposición sobre el patrimonio ajeno.

---

<sup>187</sup> KUPPER, BT, p. 663.

<sup>188</sup> LACKNER, SGB, N° 110.

<sup>189</sup> TIEDEMANN, ob. cit., ps. 151, 152.

<sup>190</sup> ROMERO, ob. cit., p. 236.

Para Pedrazzi, defensor de esta postura, existe un problema de legitimación, y para que se pueda hablar de estafa en triángulo, el acto no sólo debe poseer eficacia jurídica, sino que debe ser lícito. Antolisei afirma que el sujeto pasivo del engaño no puede ser cualquier persona, sino la que se encuentra en una situación jurídica tal que pueda cumplir el acto de disposición. Es necesario, entonces, que la persona que dispone haya sido investida de capacidad para que sus actos de disposición sean absolutamente equivalentes a los que, hipotéticamente, hubiera realizado el perjudicado,<sup>191</sup> lo que diferencia la cuestión del hurto, mediante autoría mediata, ya que la autorización jurídica para disponer es lo que marca la diferencia.<sup>192</sup>

En cambio, la teoría de la situación sostiene que, cuando el engañado no es el titular del patrimonio, sólo se requiere la existencia de una especial relación con la cosa u objeto de disposición. Parte de la doctrina alemana no exige la eficacia jurídico-civil del acto, sino que trata de determinar cuál es el contenido y la amplitud de la relación del que dispone con el patrimonio afectado. Así, por ejemplo, Otto afirma que el que dispone debe estar situado subjetivamente dentro del marco de agresión al patrimonio que concibe el atacante.<sup>193</sup>

Según Romero, que es la autora que mejor se ha hecho cargo, seriamente, del problema en la doctrina argentina, la posición más correcta es la que considera que cada supuesto de hecho debe ser valorado y examinado a la luz de los elementos que componen el tipo penal de la estafa. En esa dirección la conducta del sujeto activo no debe ser una simple maniobra que posibilite el apoderamiento mediante la utilización mediata de un instrumento, sino que debe tener el matiz fraudulento, propio de los delitos de estafa.<sup>194</sup> Se puede afirmar que dentro de los distintos daños patrimoniales se encuentran aquellos que perjudican a los patrimonios ajenos, en cuales hoy hay unanimidad de criterios, donde la consecuencia de ellos no será en todos los casos la misma. El golpe inesperado

---

<sup>191</sup> ANTOLISEI en Manuale... cit., p. 291.

<sup>192</sup> ROMERO, ob. cit., p. 237.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 237.

al patrimonio ajeno, a través de la inserción de un engañado de buena fe, como instrumento para disponer, queda, como habíamos sostenido, en delito de hurto.

La cuestión está entonces en aceptar que debe existir una relación estrecha, ya antes del engaño, entre el sujeto engañado y el patrimonialmente perjudicado, pero que, en el hecho, el último aparezca ajeno a la relación. Sólo así parece ser que el engañado y el patrimonialmente perjudicado sean una unidad imputativa.<sup>195</sup>

## **2.9. LA ESTAFA PROCESAL**

Otro de los temas discutidos, tanto en doctrina como en jurisprudencia, es la llamada estafa procesal, en la cual la víctima del engaño es el juez, y el ofendido por la estafa la persona a quien afecta la sentencia o la resolución judicial dispositiva de la propiedad. O en palabras de Muñoz Conde, se trata de que en un proceso la parte engaña al juez y éste dicta a consecuencia de un error una sentencia que causa perjuicio a la otra parte.

El primer problema que se ha dado en este tema es que, como opina Muñoz Conde, estamos frente a un caso de comisión de estafa mediante autoría mediata, debido a que el juez actúa por error, causando el perjuicio, de manera que no existiría el desdoblamiento de la víctima, tal como sucede en la estafa en triángulo. Otra posición sostiene que se está frente a un caso de desdoblamiento de la víctima.

En contra de la opinión de Muñoz Conde se encuentra Romero, quien afirma que el error del juez que ordena la disposición patrimonial no lleva a un caso de autoría mediata, ya que no es el juez quien realiza la acción típica,<sup>196</sup> argumento de cierta importancia, que termina, como luego se verá en Tozzini, volviéndose en contra de sus sostenedores, porque, en realidad, no es el juez el que entrega la cosa voluntariamente.

---

<sup>195</sup> TIEDEMANN, ob. cit., p. 115.

<sup>196</sup> ROMERO, ob. cit, p. 241.

Ferrer Sama sostiene que la estafa procesal se da cuando una misma conducta esté inspirada en el ánimo de lucro y además derive en un perjuicio patrimonial para la otra parte. En la doctrina argentina, Núñez había exigido que para poder engañar al juez, debía existir por lo menos algún documento falso, testigos falsos, es decir, algo más que una mera demanda temeraria, que pudieran llevar al error del juez,<sup>197</sup> y la cuestión es lógica, ya que si no, cualquier demanda rechazada terminaría siendo una tentativa de estafa procesal.

Cerezo Mir afirma que de estafa procesal, en sentido estricto, cabe hablar sólo "cuando una parte, con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y éste, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero".<sup>198</sup> Y esto sólo es posible, según el autor citado, porque el engañado y el perjudicado son personas distintas.

La doctrina alemana ha aceptado la estafa procesal casi mayoritariamente, basándose en que la utilización de un tercero es admitida en la autoría mediata, y que aun en tipos penales nuevos, se plantearía el concurso entre ambos tipos.

Pero Cerezo afirma que es necesario analizar si se dan en la estafa procesal todos los elementos del delito de ésta, ya que no alcanza con la simple mentira o con la falta de respeto a los órganos jurisdiccionales.

En primer lugar, basándose en Pietro Castro expresa: "Tampoco la libertad de conducta que los principios expuestos reservan a las partes puede ir tan lejos que permita la licencia, el ataque a la buena fe y a la ética procesal y el empleo deliberado del dolo y el fraude. Aunque el proceso sea una lucha, persigue el derecho y ha de ser leal y guiado

---

<sup>197</sup> NÚÑEZ, "Iniusta petición", falsedad ideológica y estafa procesal, en L. L. 63-718; t. V, ps. 286 y ss.

<sup>198</sup> CEREZO MIR, José, La estafa procesal, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Estafas y otras defraudaciones I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 112.

por la verdad, tanto en lo que afecta al fondo o el derecho pretendido como a la forma de llevarlo".<sup>199</sup>

Luego, basándose en otros textos civiles (la imposición de costas, el estatuto de la abogacía, ley de sociedades), termina diciendo que "las afirmaciones conscientemente falsas de la parte son, pues, ilícitas y constituyen un engaño susceptible de realizar la figura del engaño".<sup>200</sup> Tanto la jurisprudencia del Reichsgericht, Alemania, como en Italia, se ha exigido que además de las falsedades, éstas estén avaladas por documentos falsos y por testigos falsos.<sup>201</sup> Y esto estaba basado en que el juez que admitía afirmaciones no demostradas por la parte infringía su deber y, por lo tanto, no era la conducta engañosa la que causaba el perjuicio. Esta posición estaba en contra de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que utilizaba el tribunal alemán, que había sido vista por varios autores.<sup>202</sup> En Italia siguieron esta idea del tribunal alemán, Zani, Bataglini y Saltelli, entre otros.<sup>203</sup>

Cerezo Mir soluciona el problema de la siguiente forma: "La afirmación conscientemente falsa de una parte sólo constituye, sin embargo, un engaño de realizar la figura del delito de estafa cuando sea mantenida después de haber sido rebatida por la otra parte. Sólo cuando la afirmación de una parte ha sido rechazada por la otra se convierte en examen para el juez, de acuerdo con el principio de controversia entre las partes. Hasta ese momento no puede estimarse, por ello, que la declaración vaya dirigida a engañar al juez. Su destinatario es la otra parte".<sup>204</sup>

En este punto es importante la afirmación de Cerezo en cuanto al demandado: la contestación del demandante no va dirigida a engañar al juez, sino que es una invitación a la contraparte a que pruebe su afirmación. Lo contrario implicaría además el

---

<sup>199</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>204</sup> Ibidem, p. 124.

reconocimiento de un derecho a hacer afirmaciones conscientemente falsas, pero esto no implica que no vaya dirigida a engañar al juez.<sup>205</sup>

La conducta engañosa tiene que inducir a error al juez.<sup>206</sup> En este punto hay que seguir a Antón Oneca que diferencia los casos: "Parece indiscutible la afirmativa cuando el juez ha sido determinado a error por las pruebas falsas e injustas de las acciones de una parte, y dudoso por lo menos el caso en que el juez ha podido tener otras pruebas porque entonces la causa del perjuicio es el haber obrado el juez contra el deber. En el proceso de rebeldía y confesión de parte, el tribunal no se forma ninguna idea sobre la verdad de lo propuesto y no puede errar sobre los hechos".<sup>207</sup>

La consecuencia de ese error debe llevar al juez a un acto de disposición. En este punto es donde la controversia es mayor. Ya Hamm y Grünhut habían sostenido que esto era inadmisibile, ya que no se podía equiparar un acto de disposición con una sentencia, habida cuenta de que los actos judiciales no son actos de voluntad y, por ende, no son actos de disposición sobre el patrimonio (Hamm) y, por otra parte, que entre el engañado y el perjudicado debe haber una relación de representación, que no se da entre el juez y la parte. Las sentencias no serían un acto de disposición sobre el patrimonio de las partes, ya que el juez sólo representa la voluntad del Estado, pero no la de la parte<sup>208</sup> (Grünhut).<sup>209</sup> También Grünhut había sostenido que la figura delictiva de la estafa no era el medio adecuado para sancionar los abusos de las instituciones jurisdiccionales del Estado. Para eso ya existían otras figuras, dentro de la falsificación de documentos, y hasta podían crearse otros tipos penales nuevos, pero siempre teniendo la fe pública y la administración de justicia como bienes jurídicos básicos. Por otra parte, Quintano Ripollés había sostenido que no es posible la estafa procesal en base a tres argumentos: que el juez no puede ser engañado; que quien se somete a juicio no actúa contra la ley, y

---

<sup>205</sup> Ibidem, p. 125.

<sup>206</sup> ROMERO, ps. 242, 243.

<sup>207</sup> ANTÓN ONECA, ob. cit., ps. 97 y ss.

<sup>208</sup> CEREZO MIR, ob. cit., p. 113.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 128.

que el juez no ejecuta actos dispositivos sobre el patrimonio ajeno.<sup>210</sup> En este orden de ideas, en la doctrina nacional, Tozzini ha tomado esta vía argumentativa, sosteniendo una posición radicalmente contraria a la posibilidad de la estafa procesal,<sup>211</sup> complementando un trabajo anterior, en el que el autor, si bien defendía la posibilidad de esta figura, y se hacía cargo de los problemas, llegaba a la conclusión de que era necesario un tipo penal especial.<sup>212</sup> Según Tozzini, el intento de engañar al juez demostraría que se está atentando directamente contra la correcta administración de justicia. En segundo lugar para Tozzini son muy difíciles los intentos de engaño al juez, ya que las leyes procesales le otorgan tanto la obligación de poner en conocimiento los elementos probatorios como la facultad de investigar de oficio los hechos y la prueba aportada. En tercer lugar, según Tozzini, se estaría violando el principio de legalidad, ya que es un comportamiento no previsto en una norma incriminadora expresa, y que al aplicarse se está haciendo una interpretación extensiva, ya que la estafa deja de ser un delito de perjuicio, para transformarse en un delito de riesgo potencial.

Acudiendo a autores italianos (Vasalli, Ferrajoli y De Marcico) llega a la conclusión de que no está incluido en la ley, el fraude procesal. El argumento básico es que la entrega forzada que realiza el juez nada tiene que ver con la entrega voluntaria que efectúa el damnificado en el delito de estafa que, como ya habíamos dicho, se trata de un delito de autolesión. Por ende, se estaría haciendo una analogía del tipo penal de estafa, en la estafa procesal.

La respuesta que se ha dado a estos argumentos, especialmente a los de los actos de disposición, es en principio que el acto de disposición, en la estafa, no debe ser interpretado en sentido estricto, es decir en el sentido del Derecho Privado.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> ROMERO, ps. 242, 243.

<sup>211</sup> TOZZINI, Carlos A., ¿Existe el delito de estafa procesal?, en supl. de Jurisprudencia Penal, L. L. del 30-10-2000, ps. 3/9.

<sup>212</sup> TOZZINI, La calidad de autor en la estafa procesal, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 135-139.

<sup>213</sup> CEREZO MIR, ob. cit., p. 129.

Además, el acto de disposición llevado a cabo por el juez, en este caso la sentencia, tiene que derivar en un perjuicio patrimonial, que sólo sería el caso de la ejecución de la sentencia, lo que ha llevado a decir a Manzini que sólo se daría el caso de estafa cuando el obligado la cumpliera voluntariamente; en cambio, cuando fuera coaccionado, faltaría la voluntad engañada que requiere la estafa.<sup>214</sup> Esto ha merecido la respuesta de Cerezo Mir: "Este criterio -afirma- me parece insostenible, pues el acto de disposición propio de la estafa es la sentencia judicial y es el disponente, el juez, el que ha de ser engañado. No es necesario también que se engañe al perjudicado. Es en el disponente, es decir, en el juez, donde debe darse necesariamente la voluntad engañada característica de la estafa".<sup>215</sup>

Creemos haber dado todos los argumentos principales sobre el punto, y no hay duda de que la cuestión sigue siendo discutida. Sin embargo, los argumentos de la estafa en triángulo parecen ser de aplicación al tema, ya que los críticos no alcanzan a ver que hay dos personas distintas y que el juez es el engañado. Lo que puede discutirse es cuál es el grado y la posibilidad de engaño del juez, y si la falta de diligencia de éste, no lleva a que se rompa la relación necesaria entre el fraude y el error, pero éste será un problema de solucionar en el caso, y no de dogmática penal.

Aceptada la posibilidad de la estafa procesal, por lo menos desde una perspectiva dogmática, el nuevo problema que se presenta es si es posible la estafa procesal en los casos en que quien realice el ardid no lo sea el demandante, sino el demandado.

En el primer trabajo de Tozzini sobre este tema, el que hay que tener como marco de situación por la profundidad del tratamiento, además de la bibliografía aportada, afirma: "En cambio, considerada la cuestión desde el ángulo de la mira de un deudor demandado por el no pago de una deuda preexistente, quien aporta una prueba documental falsa para acreditar, por ejemplo, su cancelación, no cabe duda de que tal comportamiento, si bien

---

<sup>214</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>215</sup> Ibidem.

podría decirse que el demandado intentó con dolo una acción de engañar y producir, en este caso en el magistrado un error, carece en cambio de todos los demás requisitos que expusimos como necesarios para la comisión del delito de estafa, siquiera tentada, como lo es, fundamentalmente, el que medie entre el ardid, el error y esa disposición patrimonial de la víctima, un nexo causal directo o inmediato, de modo de que esa disposición inicial sea el producto del fraude doloso y del error, cuando en este caso la deuda primigenia, como dijimos, no sólo será preexistente y originada, no con una finalidad delictuosa, sino en una contratación civil o comercialmente lícita, aunque posteriormente incumplida, sino que tampoco el acreedor, así supuestamente defraudado en juicio, puede efectuar una disposición patrimonial voluntaria debida al fraude".<sup>216</sup>

Con estos elementos, y no hay más en la doctrina nacional, se puede analizar la jurisprudencia, en los pocos fallos sobre el tema. Se ha sostenido que la presentación de documentación privada adulterada debe calificarse como estafa procesal, en concurso ideal con uso de documento privado adulterado, ya que el encausado tenía pleno conocimiento de la falsedad del recibo, y como el demandado tenía conocimiento de ello lo presentó para hacer entrar en error al juez civil.<sup>217</sup> La esencia de estos fallos consiste en que en ellos se hace notar que el perjuicio, esto es, la deuda impaga, ya existía, de modo que no hay nexo causal posible entre el daño y el error producido por la presentación de la documentación falsa.

## **2.10. EL PERJUICIO PATRIMONIAL**

La disposición patrimonial del engañado debe influir en el propio patrimonio o en uno ajeno y a través de ello causar un daño o una disminución de ese patrimonio.<sup>218</sup> De modo que, para que el delito se perfeccione, el acto de disposición, provocado por el fraude-

---

<sup>216</sup> TOZZINI, La calidad de autor... cit., ps. 139/40.

<sup>217</sup> Todos los fallos que se citan se encuentran en: Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Estafa y otras defraudaciones I, ps. 335 y ss., en el trabajo de Cecilia Maiza; el acá citado obra en ps. 378/9.

<sup>218</sup> TIEDEMANN, ob. cit., p. 159.

error, debe generar inevitablemente 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, etc.), legal (representante legal o el juez en el caso de la estafa procesal)<sup>219</sup> o de hecho (servidores de la posesión, como parientes próximos, dependientes, etc.), esto es, la llamada estafa en triángulo. Pero, de no existir dicha legitimación no habrá estafa sino un caso de inducción o autoría mediata de otro delito, tal como se ha venido explicando.<sup>220</sup>

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.<sup>221</sup>

De acuerdo a lo que vimos al analizar el bien jurídico (criterio mixto), se entiende por patrimonio al 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).<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> CERESO MIR, José: La estafa procesal, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1 cit, ps. 111 y ss.

<sup>220</sup> 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, Estafas cit., p. 87). Un análisis de las distintas posiciones puede verse en VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., ps. 219 y ss.

<sup>221</sup> BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., p. 286.

<sup>222</sup> TIEDEMANN, ob. cit., p. 162; ZIESCHANG, ob. cit., ps. 11 y ss.

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. Sin embargo, 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".<sup>223</sup>

No puede hablarse aún de perjuicio en los casos en que la conducta del sujeto engañado se traduce únicamente en un "peligro" para el patrimonio, pues no estamos en presencia de un delito de peligro, aun concreto, sino de resultado.<sup>224</sup> 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.<sup>225</sup>

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.<sup>226</sup>

Dentro del problema del perjuicio patrimonial, corresponde hacer algunas aclaraciones, a los efectos de concretar este punto.

### **2.10.1. La valoración subjetiva**

---

<sup>223</sup> VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit, ps. 230 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., p. 287.

<sup>224</sup> ROMERO, Delito de estafa cit., ps. 325 y ss.; también VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., 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" (ob. cit., p. 288).

<sup>225</sup> SOLER, Derecho Penal... cit., 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 sea 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".

<sup>226</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 89.

Una primera cuestión se presenta cuando efectivamente el acto de disposición se realiza como consecuencia del engaño pero, 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.

Sin embargo, debe observarse que el valor de las cosas no es igual para todos, de manera que, en parte, el criterio subjetivo debe ser tenido en cuenta, aunque con las limitaciones que se verán, porque, en el fondo, lo que se tiene en cuenta es el valor de mercado de la cosa.<sup>227</sup>

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.<sup>228</sup>

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 constatarse recurriendo únicamente a criterios "pecuniarios", sino que también debe atenderse a las necesidades y fines

---

<sup>227</sup> TIEDEMANN, ob. cit., p. 191

<sup>228</sup> VALLE MUÑOZ, El delito de estafa cit., p. 248 y -entre nosotros- NÚÑEZ, Derecho Penal... cit., p. 290. El mismo punto de vista, BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit., 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 (Curso... cit., p. 670).

pretendidos por el engaño. 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".<sup>229</sup>

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 menor 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, a pesar de la rebaja, el importe pagado entra dentro de lo que razonablemente puede entenderse como un precio justo o correcto".<sup>230</sup>

El problema está, como ha hecho observar Tiedemann, cuando el autor ha pensado que su cosa vale más que lo que fija el mercado y debido al fraude no lo ha conseguido.<sup>231</sup>

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, 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 de un título obligatorio".

---

<sup>229</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit, p. 94, recordando la conocida sentencia de "La colza", del Tribunal Supremo español, 22-4-92. A favor de esta solución y partiendo como vimos de un concepto "personal" de patrimonio, ROMERO, Delito de estafa cit., ps. 316 y ss.

<sup>230</sup> MUÑOZ CONDE, Derecho Penal... cit., p. 367.

<sup>231</sup> TIEDEMANN, ob. cit, p. 192.

### **2.10.2. 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.<sup>232</sup> Pensamos que las expectativas integran el patrimonio, y, por lo tanto, pueden ser objeto del delito, siempre que se den dos condiciones. La primera es que deben tener su origen en una situación jurídica reconocida, como pueden ser las ganancias derivadas de una actividad comercial o, incluso, la clientela.<sup>233</sup> También obviamente los ingresos que deriven del ejercicio de acciones judiciales como indemnizaciones, ejecución de créditos, etcétera. Y la segunda, que 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 debe diferenciar las "esperanzas" y las "expectativas". Si el beneficio esperado depende de algún alea incierto, 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.<sup>234</sup>

### **2.10.3. Bienes obtenidos ilícitamente**

---

<sup>232</sup> 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 (Curso... cit, p. 672).

<sup>233</sup> 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" (ob. cit., 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 (oto. cit., p. 351). En sentido similar BUSTOS RAMÍREZ, Derecho Penal, p. 194.

<sup>234</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 94.

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.<sup>235</sup> 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.<sup>236</sup>

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 es amparada por el ordenamiento jurídico, desde que sólo puede ser privado de ella mediante procedimientos lícitos.<sup>237</sup>

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.<sup>238</sup>

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

---

<sup>235</sup> HUERTA TOCILDO, Protección penal del patrimonio inmobiliario cit, p. 38.

<sup>236</sup> VALLE MUÑOZ, El delito de estafa cit., 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" (Derecho Penal cit., p. 298).

<sup>237</sup> VALLE MUÑOZ, El delito de estafa cit., p. 253, y BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 297.

<sup>238</sup> En sentido coincidente, BUSTOS RAMÍREZ, Derecho Penal cit., p. 194; también Romero al considerar que según el concepto personal de patrimonio no puede considerarse que los bienes 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 (ob. cit., ps. 284 y ss.).

persona, el Derecho Penal no debe cerrar de cierto modo los ojos y afirmar contrariamente a ello, el presupuesto típico del daño patrimonial".<sup>239</sup> 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".<sup>240</sup>

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, recuperara el bien que anteriormente le había sido sustraído.

#### **2.10.4. Negocios con causa ilícita**

Parte de la doctrina considera 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 en el marco de un negocio ilícito no podría afirmarse la existencia de una estafa.<sup>241</sup>

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

- 1) 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.

---

<sup>239</sup> ZIESCHANG, Frank, La protección de la propiedad a través del delito de estafa, trad. de Maximiliano Vaccalluzzo, en Revista de Derecho Penal, diríg. por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000-1, p. 23.

<sup>240</sup> Antón Oneca (cit., 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.

<sup>241</sup> En contra de esto señala Valle Muñiz 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" (ob. cit, p. 253).

- 2) 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.<sup>242</sup>

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, donde se reprime al que "defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos".<sup>243</sup>

De acuerdo a 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".<sup>244</sup>

Ello nos obliga a diferenciar dos situaciones:

- 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.<sup>245</sup> 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.<sup>246</sup>

---

<sup>242</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 91; BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal cit. p. 296, y VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., p. 253.

<sup>243</sup> ZIESCHANG, ob. cit., ps. 11 y ss.

<sup>244</sup> 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" (ob. cit., p. 324).

<sup>245</sup> DONNA y DE LA FUENTE, Aspectos generales del tipo penal de estafa, en Revista de Derecho Penal 2000-2, p. 85.

<sup>246</sup> DONNA, La tentativa cit., p. 85.

Se deben apreciar como estafa 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.<sup>247</sup>

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".<sup>248</sup>

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.<sup>249</sup>

- 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".<sup>250</sup>

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

---

<sup>247</sup> 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" (ob. cit., p. 368).

<sup>248</sup> ZIESCHANG, La protección de la propiedad a través del delito de estafa cit., p. 26.

<sup>249</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit., p. 93.

<sup>250</sup> BAJO FERNÁNDEZ; PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 298.

eventual acción del asesino por el contrato no cae dentro del patrimonio protegido, ya que la relación de esa pretensión con el patrimonio se encuentra en contradicción con el orden valorativo corporeizado".<sup>251</sup>

La misma solución adopta la doctrina española en el caso 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.<sup>252</sup> Sin embargo esta solución puede discutirse, ya que la prostitución como tal no está prohibida en el Derecho argentino, y sólo tienen sanción otras actividades en relación a ella.

## 2.11. 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 respuesta en el ámbito del Derecho Civil, quedando obviamente fuera del alcance del tipo penal.<sup>253</sup>

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

---

<sup>251</sup> ZIESCHANG, ob. cit., p. 28.

<sup>252</sup> 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, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 298, y ROMERO, ob. cit., p. 325).

<sup>253</sup> 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, p. 219).

lugar a la impunidad del autor. Por ello, si el sujeto creyó erróneamente en la veracidad de sus afirmaciones (por ej., 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, 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.<sup>254</sup> 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".<sup>255</sup>

- 2) Si bien la legislación penal 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

---

<sup>254</sup> 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 injustificado (ob. cit., 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" (ob. cit., p. 672).

<sup>255</sup> VALLE MUÑIZ, El delito de estafa cit., p. 273.

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 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".<sup>256</sup>

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, sino que es suficiente con la causación del perjuicio patrimonial en la víctima.<sup>257</sup>

## **2.12. 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.<sup>258</sup> No obstante, es importante formular algunas precisiones:

- 1) Para que el delito se consuma, como vimos, no es preciso que el autor obtenga el beneficio económico pretendido.

---

<sup>256</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas cit, p. 99.

<sup>257</sup> DONNA, Teoría del delito y de la pena cit., t. II, p. 81.

<sup>258</sup> Así y conforme a la opinión mayoritaria de nuestra doctrina, entre otros, SOLER, Derecho Penal, p. 376; NÚÑEZ, Derecho Penal, p. 313; ROJAS PELLERANO, El delito de estafa, p. 331; FINZI, La estafa, p. 93; CREUS, Derecho Penal, p. 472.

- 2) Tampoco es suficiente con la causación de un mero peligro para el patrimonio, como sería si únicamente se obtuviera de la víctima una promesa u obligación de llevar a cabo la prestación.
- 3) La tentativa se inicia con la ejecución de la conducta engañosa, pero es imprescindible que el ardid o engaño cumplan 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.<sup>259</sup>
- 4) Obviamente la sola preparación de los instrumentos del engaño (por ej., falsificación del documento) constituyen meros actos preparatorios impunes como estafa, salvo la falsificación, sin perjuicio de su adecuación a otro tipo penal.

---

<sup>259</sup> Otra opinión sostiene Rojas Pellerano, quien considera que recién existe tentativa cuando "el autor logre 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)" (El delito de estafa, p. 337).

# CAPITULO III

## 3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y REVISIÓN DE CASOS DE ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES

### 3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Dentro del principio de la seguridad jurídica y mas precisamente con lo referente al patrimonio y la propiedad privada, esta se vulnera de forma subjetiva, y siendo que el Estado Garantiza su Protección y el derecho a la propiedad privada y disponer de ella ya sea alquilándola, vendiéndola o dándola en garantía, sin embargo esta puede ser instrumento para engañar y conseguir ganancias de forma ilícita mediante el uso indebido de un bien propio, tal es el caso de la estafa, y mas aun agravando la situación con la multiplicidad de victima es decir mas de una.

Esta garantía constitucional a la propiedad privada no solo es la cosa un bien mueble o inmueble esta también esta sujeta implícitamente al bien que constituye una ganancia es decir dineros o valores:

***Artículo 56.***

*III. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social.*

*IV. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.*

Ahora bien el hecho de exigir la seguridad jurídica ante los casos de estafa y/ estafa con victimas múltiples es un derecho que el estado debe regular, prever y sancionar, ya que

la misma constitución prevé que ningún derecho será entendido como negación de otro derecho:

***Artículo 13.***

- IV. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.*
- V. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.*
- VI. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.*

Además, en el caso del ejercicio de la personalidad jurídica para realizar actos, convenio y demás actividades jurídicas se encuentra garantizada por la misma constitución y el ejercicio de todos sus derechos emergente de la misma, lo cual habrá la posibilidad de que sujetos mal intencionados dentro de su atribución celebran acuerdos, documentos, etc, para poder vulnerar el derecho a la propiedad privada, valiéndose para tal efecto lograr el cometido en la comisión de estafa y/o con víctimas múltiples, afectando la propiedad del otro sujeto es decir de la víctima, pero ante estos casos existen medidas para sancionar dichos actos reconocidos dentro de las garantías constitucionales que dan lugar a efectivizar su inclusión en las leyes especiales tal el caso del Código Penal como medida sancionatoria en estos casos, es así que la constitución establece:

***Artículo 14.***

- VII. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna.*
- VIII. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología,*

*filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.*

- IX. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.*
- X. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.*
- XI. Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano.*
- XII. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución, salvo las restricciones que ésta contenga.*

## **3.2. CÓDIGO PENAL**

Si bien el código penal sanciona lo que es inherente a la estafa como un hecho delictivo y punible, no existen en la misma la agravante en los casos de multiplicidad de víctimas, lo cual no afecta a un solo sujeto, donde las víctimas son más de uno, y el daño ocasionado es colectivo a muchas víctimas, siendo esta solo una agravante, lo cual debería incrementar la sanción, de tal forma que este no solo se tipifique como estafa, tal cual lo expresa:

**Artículo 335°.- (estafa).**

*El que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que*

*motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y con multa de sesenta a doscientos días*

### **3.3. CASOS DE VICTIMAS MÚLTIPLES POR ESTAFA ATENDIDOS POR LA FUERZA ESPECIAL DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN**

#### **3.3.1. Por anticresis 20 victimas son estafadas**

El fiscal Luis Yutronic atiende seis casos de presuntas estafas en las que estarían inmiscuidos el hombre y su hija sin contabilizar los que tienen los demás representantes del Ministerio Público

Efectivos de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen arrestaron a dos personas, padre e hija, que presuntamente estarían comprometidas en una estafa múltiple a veinte personas.<sup>260</sup>

El fiscal de materia, Luis Yutronic, corroboró la información al afirmar que los detenidos supuestamente estaban ofreciendo su inmueble en contrato de anticrético en precios que sobrepasan los 10.000 dólares.<sup>261</sup>

La autoridad afirmó que existen muchas denuncias sobre estafa contra los presuntos autores y que también otros fiscales están en pleno proceso de investigación actualmente. “Mi persona como fiscal no simplemente ha conocido de muchos casos (de estafa) sino también los otros fiscales asignados a la División Económicas (de la Felcc) que tienen antecedentes contra esas dos personas”, expresó.

---

<sup>260</sup> Marbin Valda Angulo (Agencia de noticias EL POTOSI): HAY COMO 20 VÍCTIMAS - Apresaron a supuestos estafadores múltiples, sábado, 29 de octubre de 2011

<sup>261</sup> Ibidem.

Actualmente el fiscal Yutronic atiende seis casos de presuntas estafas en las que estarían inmiscuidos el hombre y su hija sin contabilizar los sumarios que tienen los demás representantes del Ministerio Público.

Las dos personas acusadas por estafa, según el modus operandi, ofrecían su inmueble en contrato de anticrético o alquiler a varias personas, mostraban la casa y posteriormente pedían dinero como anticipo del acuerdo que iban a firmar.

“Se hacían dar un adelanto o la totalidad del anticrético del monto que ofertaban y posteriormente los embrollaban y no les devolvían el dinero”, dijo la autoridad al sostener que pedían grandes cantidades de dinero en dólares.

El inmueble que sirvió para que esas dos personas supuestamente cometan el delito de estafa está ubicado en la calle Colombia N° 17 de la Ciudad Satélite, según el fiscal Luis Yutronic.

“Hemos arrestado al hombre que supuestamente es el dueño del inmueble y su hija también que se prestaba para realizar esas defraudaciones”, agregó e informó que se llegará hasta el final en el presente caso.

Si existen veinte víctimas y suponiendo que cada una de ellas entregó 10.000 dólares por el inmueble, la sumatoria total de la gran estafa será \$us 200.000.<sup>262</sup>

### **3.3.2. Fueron estafados con promociones gratuitas un promedio de 60 estudiantes**

El supuesto delincuente ofrecería internet permanente a cambio de aparatos electrónicos en puertas de estas unidades educativas.

---

<sup>262</sup> Marbin Valda Angulo (Agencia de noticias EL POTOSI): HAY COMO 20 VÍCTIMAS - Apresaron a supuestos estafadores múltiples, sábado, 29 de octubre de 2011

Alrededor de 60 estudiantes del colegio Adventista Pacajes ubicado en zonas peri urbanas del sector norte de la ciudad de El Alto fueron estafados el fin de semana por un presunto promotor de telefonía móvil quien los convenció de cambiar sus equipos electrónicos por conexión de internet permanente, afirmó el coronel Roberto Campo, director de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen (FELCC).<sup>263</sup>

Al momento la División Económica y Financiera de la entidad policial recibió dos denuncias con las mismas características, donde la población estudiantil de secundaria es estafada por ofertas atractivas relacionadas a equipos electrónicos.

“De acuerdo a las declaraciones de las víctimas, efectuadas en la FELCC, se establece que la persona denunciada operaba en unidades educativas particulares y fiscales ofreciendo a estudiantes de secundaria conexiones de internet a cambio de equipos tecnológicos con la finalidad de conseguir nuevos celulares sofisticados, entre otras ofertas, las mismas que fueron realizadas sin que la persona se identifique ante autoridades de los establecimientos escolares”, señaló la autoridad.

### **3.3.3. Esposa de pastor evangélico por estafa múltiple en prestamos de dinero**

La esposa de un pastor evangelista fue aprehendida por una supuesta estafa múltiple que involucra al menos 4 millones de bolivianos, informó la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen (FELCC), Juan Carlos Corrales.<sup>264</sup>

"El hecho se produjo ayer (domingo)<sup>265</sup> a las 14.00 con la intervención de la División Económico Financieros. Se aprehendió a la señora Rosalba M.B. J., que es una de las principales autoras del hecho".

---

<sup>263</sup> EL DIARIO: Alrededor de 60 estudiantes fueron estafados con promociones gratuitas, Nacional, El alto, La Paz - Bolivia, 1 de agosto de 2011

<sup>264</sup> Agencia de Noticias ABI; Los Tiempos: Aprehenden a esposa de pastor evangélico por supuesta estafa, Cochabamba, 07 de noviembre de 2011.

<sup>265</sup> En Cochabamba el 06 de noviembre del 2011.

Corrales explicó que la investigación preliminar determinó que la involucrada solicitó distintas cantidades de dinero como préstamo, entre 2.000 y hasta 60.000 dólares, a cambio de la entrega de elevadas cantidades de intereses.<sup>266</sup>

"De acuerdo con los investigadores, los pagos comprometidos fueron efectuados durante un tiempo, pero luego de un tiempo se eludió su cancelación e incluso la devolución de los recursos económicos solicitados".<sup>267</sup> Asimismo las víctimas reconocieron que el esposo de esa mujer participó en esa estafas, mismo que se encuentra prófugo.

### **3.3.4. Estafador por medios de anuncios e internet**

La Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen (FELCC) de La Paz capturó a un múltiple estafador por apropiarse de 150 mil dólares en los últimos cuatro años.

Se trata de Justo René Miranda Dofini, sobre quien pesan 18 denuncias por estafa.<sup>268</sup>

“Se ha hecho un operativo por inmediaciones de la cancha Zapata a objeto de aprehender a Justo René Miranda Dofini, alias ‘el Justo’, quien se dedicaba a múltiples estafas. Tiene 18 denuncias y las víctimas ascienden a más de 50 personas”, informó el director de la FELCC paceña, coronel Rosalío Álvarez.

De acuerdo con la investigación, el modo de operar de ‘el Justo’ era colocando avisos en los medios escritos y por Internet sobre departamentos en anticrético, por los cuales cobraba por adelantado entre 3 mil a 4 mil dólares.

---

<sup>266</sup> Agencia de Noticias ABI; Los Tiempos: Aprehenden a esposa de pastor evangélico por supuesta estafa, Cochabamba, 07 de noviembre de 2011.

<sup>267</sup> Ibidem.

<sup>268</sup> EL CAMBIO: Cae estafador que se apropió de \$us 150 mil, Seguridad, La Paz – Bolivia.

“Una vez realizado el contrato y recibía el dinero, los interesados pretendían ocupar el departamento y se encontraban con otra persona en el lugar y en otros casos simplemente no lo entregaba”.<sup>269</sup>

El jefe policial explicó que cuando los afectados reclamaban la devolución de su dinero, René Miranda los amenazaba con golpearlos e incluso con quitarles la vida.

---

<sup>269</sup> Ibidem.

## **CAPITULO IV**

### **4. PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL DE INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES**

#### **4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La agravación de la pena conlleva mayor sanción, ya que la multiplicidad de las víctimas supone en la misma dimensión la multiplicidad del dolo, es decir a mayor cantidad de víctimas se presume que exista mayor dolo en el hecho delictivo.

Por ello el daño al patrimonio u objeto en la comisión del delito de la Estafa, no solo conlleva a la agravación en caso de víctimas múltiples tipificado en el código Penal, por una parte ya que el delito de la estafa, se aplica a varios aspectos no solo patrimoniales, también con relación a servicios, prestaciones e intercambios, etc.

Lo cual de forma dolosa afecta a cualquier grupo social de personas sin distinción de edades, inclusive a lo que atañe a estudiantes de colegio, no solo a personas con ingresos económicos regulares, este delito no discrimina y tiende a desmedrar a personas que mas necesitan de un patrimonio para poder subsistir.

Para lo cual es fundamental agravar este tipo de pena de forma singular, excluyéndolo de las agravaciones en caso de víctimas múltiples tipificadas dentro del Código Penal.

## **4.2. ANTEPROYECTO DE LEY**

### **PROYECTO DE LEY DE INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE ESTAFA CON VICTIMAS MÚLTIPLES**

Proyecto de ley N°:.....

JUAN EVO MORALES AYMA:

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE  
BOLIVIA

Por cuanto la Honorable Asamblea legislativa Plurinacional, en uso de sus facultades, ha sancionado la siguiente Ley:

#### **LEY DE AUTONOMÍA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

CONSIDERACIONES:

Considerando;

Que, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en su Artículo 56 establece que toda persona tiene derecho a la propiedad individual o colectiva y esto incluye al patrimonio económico de las personas y que se garantiza la tenencia de la misma.

Que, el Artículo 13, consagra el principio de igualdad de los derechos y de los derechos no enunciados cuya clasificación no será entendida como desconocimiento de los mismos.

Que, el artículo 14, garantiza el ejercicio de la capacidad jurídica en base a la regulación de las leyes, para realizar convenios y actos jurídicos inherentes al patrimonio además que es deber fundamental del estado proteger los derechos de la sociedad como de los bienes jurídicos protegidos por ley.

Que, el Artículo 335, del código Penal establece la protección jurídica ante el que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero.

**POR TANTO:**

La Honorable Asamblea Legislativa Plurinacional del Estado Boliviano

**DECRETA:**

**Artículo 1.- (Objeto).**- la presente ley tiene como objeto incorporar la figura de estafa con victimas múltiples dentro de las previsiones del Código Penal, Ley N° 1768, de 10 de marzo de 1997

**Artículo 2.- (incorporación).**- incorpórese el Artículo 335 bis., en el Código Penal, quedando redactado con el siguiente texto:

*Artículo 335 Bis.- (Estafa con victimas múltiples).- El que lograre lo previsto en el artículo precedente con multiplicidad de victimas, lo cual no afecta a un solo sujeto, donde las victimas son mas de uno, y el daño ocasionado es colectivo a muchas victimas, será sancionado con reclusión de 5 a 15 años de privación de libertad.*

**Artículo 3.- (Modificaciones).**- Modifíquese el Artículo 346bis del Código Penal, quedando redactado con el siguiente texto:

*Artículo 346° bis.- (Agravación en caso de víctimas múltiples).- Los delitos tipificados en los artículos 337, 343, 344, 345, 346 y 363 bis de este código, cuando se realicen en perjuicio de víctimas múltiples, serán sancionados con reclusión de tres a diez años y con multa de cien a quinientos días:*

Para fines de su promulgación y vigencia, remítase a conocimiento del Órgano Ejecutivo.

Dada en la sala de sesiones del Órgano Legislativo Plurinacional del Estado Boliviano.

**Fdo. Presidente Cámara de Senadores      Fdo. Presidente Cámara de Diputados**  
**Fdo. Senador Secretario                      Fdo. Diputado Secretario**

**POR TANTO**, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley del Estado Plurinacional de Bolivia

**Fdo. JUAN EVO MORALES AYMA**  
**PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL**  
**DE BOLIVIA**

# **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

## **Conclusiones**

Dentro de la comisión de este tipo de delito como es el caso de la estafa el bien jurídico protegido, es el patrimonio ajeno, en cualquiera de sus elementos integrantes, bienes muebles, inmuebles o derechos, etc., lesionándose asimismo la buena fé en el tráfico jurídico, al frustrarse una legítima expectativa, si la cantidad o calidad de lo comprado no corresponde a lo pactado. Por ejemplo cuando se compra un quilo de pan se espera que sea un kilo de pan. La estafa tiene un contenido patrimonial, que no permite castigar la frustración de expectativas derivadas del tráfico jurídico económico, pero que no perjudican económicamente a nadie en concreto. La lesión de los derechos de los consumidores, trascienden los derechos patrimoniales individuales, pero carecen de protección directa a través del delito de estafa.

En suma la Estafa, es un engaño, con ánimo de lucro, propio o ajeno, que determina un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual se produce un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.

La estafa es el delito patrimonial por excelencia, la estafa no persigue la protección de la propiedad, ni la posesión o título de crédito, sino valores económicos o patrimonio bajo el señorío de una persona, como expresión del desarrollo de la personalidad.

Sin embargo este tipo de engaños ocasionan mucho mayor daño cuando se trata de muchas víctimas o la multiplicidad de víctimas por parte de un actor, que en suma es la existencia de forma premeditada la acción de la multiplicidad del dolo, que ocasiona no solo un daño si muchos daños en base a un bien jurídico, la misma que solo es agravada dentro de nuestra la legislación penal de forma general.

## **Recomendaciones**

La legislación Penal debe agravar este tipo de actitudes, debido a que la multiplicidad de víctimas por parte de un actor, ocasiona la multiplicidad del hecho ilícito, en desmedro del patrimonio de la víctima y más aun de las víctimas, donde las sanciones no son suficientes para que estas personas incurran nuevamente en este tipo de actos ilegales.

Es así que luego de fundamentar y exponer las implicancias de la estafa, luego de un análisis jurídico y exposición fáctica de los actos de la estafa y los daños que ocasiona la misma al patrimonio de un tercero, la principal recomendación es la aplicación de una norma jurídica que incorpore la figura de estafa con víctimas múltiples, incrementando las sanciones, debido a que se actuó de forma dolosa ocasionando muchos daños no solo a una víctima sino al patrimonio de un conjunto de víctimas.

Partiendo de lo expuesto es que recomiendo la puesta en marcha de la propuesta legal que se expone en el capítulo IV de la presente investigación como fundamentación a los objetivos planteados.

## Bibliografía

- BACIGALUPO, Insolvencia y delito, Depalma, Buenos Aires, 1970.
- BAJO FERNÁNDEZ Miguel, PÉREZ MANZANO Mercedes y SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BERTONI, Eduardo A., El concepto de "ardid o engaño" en la jurisprudencia, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoní, Santa Fe.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte especial, T ed., Ariel, Barcelona, 1991.
- CERESO MIR, José: La estafa procesal, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1.
- CARUSO FONTÁN, María V., Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tratamiento legal del delito de estafa en el Derecho español, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- CABRERA GUIRAO, J.; Contreras Enos, M., El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.
- CARO JOHN, José Antonio (2007) (en español). Diccionario de Jurisprudencia Penal: Definiciones y Conceptos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal extraídos de la Jurisprudencia. Grijley.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Estafas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DONNA y DE LA FUENTE, Aspectos generales del tipo penal de estafa, en Revista de Derecho Penal 2000-2.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- FINZI, Conrado, La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia, Depalma, Buenos Aires, 1961.

- GIMBERNAT ORDEIG, Fest. fiir Hirsch; GRACIA MARTÍN, conferencia en Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ RUS, Juan J., Curso de Derecho Penal español. Parte especial, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GURRUCHAGA, Hugo D., La estafa y el engaño omisivo. Tipo penal mixto, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- MORENO (h), Rodolfo, El Código Penal y sus antecedentes, t. II.
- NUNEZ, "Iniusta petitio", falsedad ideológica y estafa procesal, en L. L., t. 63, ps. 718/724.
- ONECA, Antón, Notas críticas al Código Penal. Las lesiones, en Estudios penales, Bilbao, 1965.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, Tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.
- ROMERO, Gladys, El delito de estafa, T ed., Hammurabi, Buenos Aires.
- SOLER, Sebastián, Derecho Penal argentino, act. por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, 1996
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal. Parte especial, Dykinson, Madrid, 1997.
- VALLE MUÑIZ, José M., El delito de estafa, Bosch, Barcelona, 1987.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., Delitos contra la propiedad y el patrimonio, Akal Iure, 1988.
- ZIESCHANG, Frank, La protección de la propiedad a través del delito de estafa, trad. por Maximiliano D. Vaccalluzzo, en Revista de Derecho Penal, N° 2000-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

**Noticias Periodísticas Consultadas:**

- EL DIARIO: Alrededor de 60 estudiantes fueron estafados con promociones gratuitas, Nacional, El alto, La Paz - Bolivia, 1 de agosto de 2011

- Agencia de Noticias ABI; Los Tiempos: Aprehenden a esposa de pastor evangélico por supuesta estafa, Cochabamba, 07 de noviembre de 2011.
- EL CAMBIO: Cae estafador que se apropió de \$us 150 mil, Seguridad, La Paz – Bolivia. Marbin Valda Angulo (Agencia de noticias EL POTOSI): HAY COMO 20 VÍCTIMAS - Apresaron a supuestos estafadores múltiples, sábado, 29 de octubre de 2011
- El Extra: Va preso por estafar más de 150 mil dólares, Seguridad, La Paz - Bolivia, domingo 01 de mayo de 2011.
- El Deber: Abogada, enviada a la cárcel por estafas múltiples con anticréticos, seguridad, Edición Impresa Santa Cruz – Bolivia, 04 Febrero 2012.

**Normativa Jurídica consultada:**

- Gaceta Oficial de Bolivia, Constitución Política del Estado Plurinacional, Ley de 07 de febrero de 2009.
- Gaceta Oficial de Bolivia, Código Penal, Ley N° 1768, de 10 de marzo de 1997

# **ANEXOS**

