



## Estafa y otras Defraudaciones

Por **Pedro Rodriguez**

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

### **Introducción: El sistema del Código Penal**

Cuando hablamos de las estafas y defraudaciones, debe aclararse ya inicialmente que la ubicación sistemática del tema, el título y la distribución de las distintas figuras, han permitido a nuestra fecunda doctrina desentrañar varios conceptos implícitos bajo el sistema de la interpretación legítima.

Es que el Código Penal Argentino en su Título VI del Capítulo IV, agrava diversas figuras delictivas bajo la denominación común de “Estafas y otras defraudaciones”, lo que implica toda una definición conforme el legislador, que todos los ilícitos previstos en ese título son defraudaciones y que, dentro de ellas se encuentran las estafas.

Es por ello que la defraudación es el género y la estafa la especie, con lo cual toda estafa es una forma de defraudación y hay defraudaciones que no son estafas.

Encontrarse el título dentro de los delitos contra la propiedad y la expresión defraudación aportan también toda una toma de partido, que fuerza a exigir en todas las figuras el perjuicio patrimonial como principio general.

Ello sin perjuicio de haberse incorporado recientemente, como veremos más adelante, tipos de peligro que no necesariamente implican perjuicio al patrimonio.

Los antecedentes de nuestra codificación provienen del “sistema francés” del Código Napoleón y del español (de las reformas de 1822, 1848 y 1850) que consisten en una enumeración de



las modalidades y medios posibles para la entrega de la cosa, en tanto el “sistema austríaco” (seguido también en Alemania y Suiza) opta por una definición conceptual genérica de la estafa.

Nuestra legislación, en verdad, tomó elementos de ambos criterios, cuando comienza enumerando diversos modos de cometer una estafa (nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza, etc...) y por último admite cualquier maniobra defraudatoria que se valiere de “...cualquier otro ardid o engaño”, lo que convierte a la figura en un tipo penal abierto y se ubica en el llamado “sistema intermedio” entre el “sistema francés” y el “sistema austríaco”.

Los códigos modernos, entre ellos el Código español de 1995, el Código Penal Italiano, el de México, Perú, etc., buscan regular la estafa con una fórmula genérica pero con descripciones más precisas que aluden además al error de la víctima y a la consecuencia del acto dispositivo patrimonial.

### **Los antecedentes del delito de estafa**

Así es que estrictamente el delito de estafa no tiene una adecuada definición conceptual sino fundamentalmente casuística en nuestro código penal, por lo que la doctrina tiene que esforzarse para fijar sus límites y presupuestos.

En efecto, cuando el artículo 172 dispone que “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño” ejemplifica y no define con una fórmula conceptual qué configura el fraude.

Ello es porque, como se viera, nuestra norma actual tiene su origen en el antiguo Código Penal Español de 1870, heredero a su vez del *stellionatus* romano, lo que permite buscar respuestas entre las viejas soluciones del derecho ibérico, no en las actuales. Y digo que no en las actuales porque a diferencia de nuestro derecho, el código español se actualizó en 1983 y 1995 y ahora establece con mejor técnica que “cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (art. 248 inc. 1º C. P. E.), a lo que se agregaron las manipulaciones informáticas que permitieran las transferencias no consentidas de activos patrimoniales (art. 248 inciso 2 C. P. E.).



En nuestro Código Penal recién las reformas de las leyes 25.930 en 2004 y 26.388 del 2008, incorporaron a las tarjetas de crédito y débito y las manipulaciones informáticas, con los nuevos incisos 15 y 16 del art. 173, cuando ya décadas de uso de tarjetas y computadoras, habían forzado a la doctrina a elaborar las herramientas necesarias para el jurista, conceptos que lamentablemente el legislador no tomó íntegramente, como luego se verá.

Pero, en definitiva, podemos decir que “Las líneas generales de todo el sistema, la tipificación de las diferentes figuras e incluso la redacción de sus artículos, encuentran su origen directo en la legislación española”<sup>1</sup> de 1870.

Allí, la diversidad de conductas defraudatorias complicaban desde hacía siglos la definición jurídica, al punto que se reconocía que “non podría ome contar en cuantas maneras facen los ome engaños unos a otros” (Ley 7, título 16, página 7).

Ello a pesar de que en el derecho Romano, se distinguían el *crimen furti*, que entre otros delitos abarcaba los atentados contra el patrimonio ajeno cometidos con fraude, el *crimen falsi* caracterizado por las falsedades de moneda o documentales y el citado *estelionatus* en el que incurría quien vendía o permutaba una cosa ya obligada a otro o que entregaba cosas ajenas. Este último era en Roma un delito privado y por ende con penas menores que el crimen, siendo que su denominación, conforme Carrara, era por el *stellio*, un reptil con colores indefinibles que variaban con la luz, de modo análogo a cómo estos delitos fluctuaban entre la falsedad y el hurto<sup>2</sup>.

Con estas bases, la doctrina del medioevo fue creando el *falsum* incluyendo casos de fraude patrimonial y diferenciándose del estelionato romano, siendo recién la doctrina alemana en el siglo XIX, la que con Fuerbach y Wächter, diferenció el fraude de la falsedad.

### Los Antecedentes Nacionales

Muchos trabajos sobre el tema han hecho una tan completa relación de la historia de la legislación nacional, que sólo amerita aquí hacer la reseña descriptiva e introductoria imprescindible para abordar el tema.

<sup>1</sup>

<sup>2</sup> Donna, Derecho Penal, Parte Especial, tomo II B, Rubinzal, pág. 257.



El Código Tejedor de 1867 y luego el de Villegas-Ugarriza-García de 1881 ya traían un texto similar a nuestro actual art. 172, pero con varios incisos consignando diversas escalas penales de acuerdo al monto de la defraudación.

El sistema del Proyecto Tejedor fue seguido luego por el Código de 1886 en el artículo 202, también con los distintos incisos graduando escalas penales conforme al perjuicio, regulando luego distintas defraudaciones.

Este último sistema fue abandonado con diversas consideraciones por el Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo de 1891 que con algunas modificaciones siguió al anterior. Así su artículo 201 decía “El que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida o abuso de confianza, o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación, o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño, será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años”.

Los proyectos posteriores, de 1906 y 1917, ya incluían la misma redacción y los mismos artículos que encontramos en nuestro código actual, aunque con algunas escasas diferencias, los que fueron tomados por Rodolfo Moreno con el sólo agregado del inciso 4° al art. 175 (desnaturalización).

### **Bien Jurídico Protegido**

Innegablemente originariamente la estafa es un delito contra la propiedad que se extiende a diversas hipótesis en tanto se castiga el daño patrimonial que ocasiona.

Ello no cambia porque el medio utilizado sea el engaño, porque no habrá ilícito cuando el engaño no genere al menos un riesgo ilícito de afectación del patrimonio. En realidad la estafa no afecta exclusivamente el derecho de propiedad, siendo que “basta con analizar el contenido de los diferentes tipos para reconocer que en realidad la protección legal va mucho más allá...”<sup>3</sup>.

En nuestro derecho el concepto de propiedad se identifica con los derechos reales y fundamentalmente con el dominio. En cambio el patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona con inclusión de los objetos inmateriales que tuvieren un valor (art. 2312 del Código Civil) y

<sup>3</sup> Donna, E., Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Parte Especial, tomo II-B pág. 262.



en este sentido se piensa como objeto de protección en un concepto personal y económico de patrimonio que garantice una completa protección del desarrollo del individuo<sup>4</sup>.

En ese sentido la teoría dominante es la mixta jurídica-económica, originada en Alemania, que define al patrimonio como la suma de las relaciones jurídicas de una persona valorables económicamente.

Los distintos tipos penales que trae nuestra legislación establecen una protección más amplia que la mera propiedad, extendiéndose a valores patrimoniales como la posesión, la tenencia y el derecho al crédito, entre otros.

Sin embargo, aún aceptado ello, conforme la doctrina mayoritaria, para establecer si hubo consumación de la estafa, es suficiente con establecer la existencia de una lesión en un elemento concreto del patrimonio, sin necesidad de efectuar un análisis global de la totalidad del patrimonio del sujeto pasivo antes y después del hecho<sup>5</sup>.

Para que se entienda y a modo de ejemplo, de no ser así la recomposición automática que un banco pudiera hacer en efectivo, frente a un cargo fraudulento hecho por un tercero con una tarjeta de crédito adulterada, no sería delito para el tercero, ya que antes de concretarse el débito la víctima contaría con el efectivo, generándose una mejora patrimonial inesperada.

Claro que, a diferencia del hurto y el robo, en la estafa el perjuicio patrimonial se alcanza con el engaño que es el medio comisivo empleado, lo que ha autorizado a sostener que los bienes atacados por la estafa son el patrimonio y la buena fe en el tráfico jurídico<sup>6</sup>.

Lo peculiar de la estafa entonces es esa protección que brinda al patrimonio contra actos de la misma víctima, que los actúa con error generado por el engaño. Los actos están viciados por vicios en el consentimiento, tanto como en la extorsión con la que se la asimila, a diferencia que aquí, en la estafa el vicio es generado por engaño y en la extorsión por la coacción.

En ese sentido Bacigalupo advierte que *“En la década de los noventa las bases de la dogmática de la estafa cambiaron. La reelaboración del bien jurídico introduciendo la libertad en el mismo trascendió los límites del bien jurídico y determinó una nueva concepción del delito. El punto de partida es la importancia atribuida al patrimonio como objeto de protección común de la estafa y la extorsión (art 243, Cód. Penal) y al hecho de que en ésta, como en el robo, el autor debía actuar*

<sup>4</sup> Conf. E. Bacigalupo citado en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 5.

<sup>5</sup> conf. Buompadre en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 66.

<sup>6</sup> Antón Oneca, *La estafa y otros engaños* en *Obras*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. III. P.72.



*mediante violencia o intimidación, es decir amenaza inmediata de violencia, y que, por tanto en estos delitos no se podía negar que la libertad estaba directamente afectada, aunque por distintos medios típicos”<sup>7</sup>.*

### **Clasificación de las defraudaciones**

Con la sola finalidad de ayudar a la conceptualización de los múltiples casos que abarcan estas figuras y para ayudar a comprender su naturaleza, es muy útil analizar la clasificación clásica, basada en el origen del perjuicio de las defraudaciones, aunque con la aclaración de que ha quedado escueta para la descripción de los distintos modos que la proliferación legislativa ha ido agregando.

Así la clasificación clásica enumera: 1) Las figuras que se ejecutan por medio de un fraude, en las que el autor, provoca con su ardid o engaño, un error en la víctima, lo que la induce a efectuar el desplazamiento desde su patrimonio o desde el de un tercero. 2) Las figuras de abuso de confianza donde el desplazamiento del bien se ha producido “por un acto anterior no vicioso”<sup>8</sup> un negocio jurídico válido preexistente y es en su ejecución donde el sujeto activo incumple con mala fe sus obligaciones (administración fraudulenta). 3) Las defraudaciones donde el autor, aprovechando situaciones que le facilitan la apropiación ejerce anormalmente sus derechos o facultades, como es el caso de las apropiaciones indebidas de los incisos 1 y 2 del art. 175 del Código Penal. 4) En todos los casos anteriores, consecuencia de la conducta ilícita se produce un beneficio o incremento patrimonial propio del agente o de terceros, sin embargo hay otras figuras defraudatorias donde el tipo no requiere ese aprovechamiento sino que se abastecen con la mera afectación al patrimonio del sujeto pasivo, las que se han clasificado como dañosas.

### **Concepto de Estafa**

El título VI del Libro II, “Delitos contra la propiedad”, legisla en los arts. 172 y siguientes las distintas modalidades de comisión del delito de estafa.

<sup>7</sup> citado en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 29.

<sup>8</sup> Creus, Derecho Penal Parte Especial Tomo I p 463 Astrea.



Así el art. 172 expresa: “...*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.*”.

Ya vimos que esta técnica legislativa que prefiere una definición casuística en lugar de una formulación conceptual en nuestro código, en cuanto es heredera de la antigua legislación española, pero tanto en esta como en la normativa argentina, se ha sostenido que “*la falta de claridad en los textos legales proviene de que las ideas, en el momento de la codificación, también eran poco claras*”<sup>9</sup>.

El problema de la deficiente definición radica, como bien lo señala Bacigalupo, en que “*En tal estado de cosas existe el peligro de que la praxis tienda en esos casos a satisfacer antes los reclamos emocionales que las exigencias del principio de legalidad*”<sup>10</sup>.

Sin embargo y tal como puede verse la última parte del artículo utiliza una fórmula genérica: “...*valiéndose de cualquier otro ardid o engaño*”, que sirve al intérprete en cuanto engloba a las expresiones precedentes, caracterizándolas y delimitándolas, coadyuvando así a desentrañar el concepto legal de estafa.

Evidentemente digo que caracteriza y define a las ejemplificaciones previas (calidad simulada, falsos títulos, etc.) porque las carga de contenido específico, aclarándolas y estableciendo su sentido, de un modo que sólo puede ser también delimitativo de sus respectivos alcances, vg. no sólo cuando el uso de falsos títulos produzcan una disposición patrimonial serán estafa, sino cuando esa utilización lo sea en el marco de un ardid o engaño, que es lo que ha autorizado a la doctrina nacional a elaborar toda la estructura típica.

Esta “...*frase final o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño, da a la definición legal un carácter genérico conceptual que relega a un papel ejemplificador las formas de ardid enumeradas en la norma. Es así como el artículo 172 puede quedar reducido a los términos el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño*”<sup>11</sup>.

Sin embargo también la fórmula final del artículo extiende el formato casuístico, ampliándolo a casos no específicamente detallados antes, sino que serán además los que ingresen en las expresiones “*ardid o engaño*”.

<sup>9</sup> ROMERO, Gladys “Delitos de estafa”, Ed. hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p. 89.

<sup>10</sup> citado en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, Tº 7, p. 3.

<sup>11</sup> Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, tº VI p. 35, Abeledo Perrot.



De allí que la estafa consiste en una acción motivadora de la víctima, que ha permitido caracterizarla como un delito de autolesión patrimonial causado por el engaño.

Así Soler, que decía que el problema de la definición de la estafa era por la pluralidad de medios delictivos y que no había delitos indefinibles, tomando la definición de un antiguo fallo de la Cámara 3ª de La Plata <sup>12</sup> decía que *“la estafa consiste en una disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardidés de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido”*<sup>13</sup>.

Fontán Balestra utilizaba términos similares *“El concepto de la estafa se estructura, pues, con un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero”*<sup>14</sup>.

Por su lado, para Núñez, *“la estafa es la defraudación sufrida por una persona a causa del fraude de que el autor hizo víctima a ella o a un tercero”*<sup>15</sup>.

Para Gladys Romero *“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”*<sup>16</sup>.

En definitiva y como pudo verse, todos los anteriores coinciden en los cuatro elementos básicos del tipo objetivo que de un modo uniforme también la jurisprudencia ha adoptado:

1. Una conducta engañosa, también llamada maquinación o ardid.
2. El error de otra persona, causado por la conducta anterior.
3. Una disposición patrimonial causada por ese error.
4. Un perjuicio económico para el engañado o para un tercero, a resultas de esa disposición patrimonial.

## LOS ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

<sup>12</sup> “Varela”, 20-9-49.

<sup>13</sup> Soler, Derecho Penal Argentino, tº IV, p. 303 ed. Tea 1983.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>15</sup> Núñez, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial Tomo V, Ed. Lerner 1978 pág. 285.

<sup>16</sup> Romero, Gladys “Delitos de estafa”, Ed. Hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p.39.





## El Engaño y el Ardid

Como vimos la definición del tipo legal sólo admite entonces dos modalidades comisivas de la estafa, el ardid y el engaño. En tanto la primera parte del art. 172 del C. P. enlista una serie de ejemplos, cuando finalmente dice “o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño” fija los únicos dos medios.

Ambos se asemejan en cuanto simulan actos o situaciones irreales o directamente inexistentes con aptitud para generar el acto dispositivo, pero se pueden diferenciar bien; el engaño es la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas (en la definición de Antón Oneca) y basta para configurarlo, la expresión verbal de una mentira e incluso una omisión, cuando tienen cierta entidad, como luego se verá. En cambio el ardid es una conducta más compleja que implica cierta habilidad para inducir; es un artificio o una maquinación, que generalmente conlleva un despliegue de medios o la actuación de una trama mendaz.

Hay un concepto restringido o limitado del engaño en el delito de estafa que tiene su origen en la legislación francesa del Código Napoleón, que requería más que una falsedad, sino que para que se configurase la estafa exigía la realización de maniobras fraudulentas, artificios o actos que implicaban una puesta en escena una “mise en scene”, teoría que tomó Carrara en Italia <sup>17</sup>y Soler en la Argentina, para la que “la reacción penal solo debe actuar ante los fraudes de mayor gravedad o peligrosidad” (Buompadre, J. “Estafas y otras defraudaciones” Lexis p. 44).

Ello lleva a exigir que el engaño sea tal que pueda vencer una prudencia media.

Frente a este punto de vista buena parte de la doctrina nacional se inclinó por una fórmula más amplia y que parece responder mejor a la definición de nuestro tipo legal.

En posición similar se encuentra el denominado criterio objetivo (Conde-Pumpido Ferreiro), según el cual el medio empleado por el autor debe tener apariencia de seriedad y de realidad creíble para la media de las personas, no alcanzan las meras afirmaciones falsas o engañosas sino cuando se materializan en actos objetivos que permitan inducir a error al damnificado.

El problema del concepto restringido y del criterio objetivo, es que no encaja con nuestra definición típica que exige el ardid pero también admite sólo el engaño, y, en consecuencia desprotege engaños que, vertidos o ejecutados eficazmente, a veces en medio de ciertas

<sup>17</sup> Programa de Derecho Criminal, Parte especial, tº 6, vol IV, # 2344.



negociaciones auténticas o por quien por su situación tiene cierto reconocimiento, prestigio o poder, engaños o falsedades que tienen sobrada aptitud para inducir al acto patrimonial de disposición.

Así aparece el concepto denominado amplio o abierto, que es el que adopta el sector ampliamente mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia, conforme el que es suficiente con que el engaño tenga la suficiente aptitud para inducir al error en la víctima, aunque no vaya acompañado de maniobras o maquinaciones (*mise en scène*).

En definitiva para el denominado criterio amplio o subjetivo, basta con el resultado en tanto será estafa el engaño que haya podido provocar el error de la víctima, en el caso concreto y causar con ese error un acto dispositivo con efectos patrimoniales perjudiciales. Si el engaño tuvo la aptitud suficiente para generar la conducta de la víctima con esos alcances configura una estafa.

La fundamentación mejor es la de Finzi quien sostiene que no se castiga el engaño, sino el injusto de lo económico que ocasiona ese engaño<sup>18</sup>.

El problema que tiene la postura amplia llevada al extremo es que cualquier manifestación o expresión falsa que pueda inducir a un “mal negocio” para una de las partes, podría considerarse estafa, llevando a una extensión inaceptable del tipo penal contraria al principio constitucional de mínima intervención.

Así se han acuñado distintas pautas limitativas que impiden que cualquier violación a la verdad que induzca a la realización de actos dispositivos, constituya el delito de estafa. Estas delimitaciones se han elaborado con más precisión al establecer los límites entre la estafa y el hurto, en especial en aquellos casos en que se realizan acciones distractivas de la víctima para despojarlo de bienes, como es común con los dueños o dependientes de comercios o supermercados. Aquí, como se explicará más extensamente más adelante, hay consenso general en que la ocultación de mercaderías entre las ropas al pasar las cajas registradoras y aún el cambio de etiquetas, aunque se les agregaran maniobras distractivas, configuran hurtos, no obstante habrá que atender a las peculiaridades de cada caso tal como dice Núñez<sup>19</sup>.

También es de examinarse si el engaño afecta la buena fe exigible en el tráfico y las costumbres sociales del ámbito donde se ejecuta, y se sostiene que habrá que analizar si la conducta puede caracterizarse como “engaño fraudulento” según las costumbres sociales en la actividad en que se está desarrollando. Ello se aplica particularmente al considerar el caso de la publicidad

<sup>18</sup> citado en Donna, E., Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Parte Especial, tomo II-B pág. 278.

<sup>19</sup> Núñez, Ricardo C. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial Tomo V, Ed. Lerner 1978 pág. 304.



exagerada o la “estafa del mendigo” que invoca tener incapacidades inexistentes. En estos casos quien compra el producto o dona la limosna conoce de estos modos y acepta el riesgo, con lo que no se puede sostener que el engaño determinó la disposición patrimonial.

Incluso se aplica con buen resultado aquí, la teoría de la imputación objetiva (González Rus) requiriendo un engaño tal que aumente el peligro implícito en la relación y que no provenga de procedimientos usuales o tolerados en ese tipo de tráfico.

El problema es otro en el caso del silencio donde la doctrina se divide. Para Soler, en tanto era partidario de la teoría restringida, si no va acompañado de una actuación engañosa o no hay un deber jurídico de informar, será atípico. Para el resto de la doctrina nacional el silencio informa a la estafa por omisión sólo cuando hay un deber correlativo de no guardarlo por disposición de la ley o por una convención o hecho precedente del propio agente<sup>20</sup>. En consecuencia para afirmarse la existencia de un engaño por omisión en la estafa, se requiere la posición de garante en la evitación del resultado, propia de los tipos dolosos omisivos de parte del autor. A ello también se le exige otra verificación adicional, que es la de comprobar la equivalencia entre la omisión y la acción que causaría el resultado, que deberá relevarse en cada caso <sup>21</sup>.

En ese sentido la jurisprudencia argentina ha considerado que, en el caso en que la víctima tenga una falsa representación de la verdad frente a la cual el agente haya guardado silencio, la omisión es atípica, salvo en casos en que existiera esa obligación de informar conforme el tipo de negocio o rol del autor, como en el caso de ventas de automotores con dificultades para la transferencia del dominio que no se mencionan (CNCrim. y Corr., Sala I, 22/6/95, “Marchisella, R.” LL, 1996- C-309; DJ, 1996-2-144 y CNCrim. y Corr., Sala I, 31/7/89, “Trotta, J.” JA, 1990-II-369).

Es por ello que el caso del polizón o pasajero que asciende clandestinamente al medio de transporte, sin ninguna artimaña (como sería simular la pérdida del ticket o entregando uno falso), al no encontrarse a su cargo del deber de informar de su situación, no configura delito y sí, en general, una contravención.

Los mismos principios se aplican a la estafa de hospedaje, ya que la mera ausencia de recursos para abonar el hotel si no han mediado actos o falsedades para fingir solvencia, no debiera constituir el delito de estafa.

<sup>20</sup> Creus, Carlos, Derecho Penal. Parte especial , t. I, 6ª. Ed. Astrea p. 468.

<sup>21</sup> Romero, Gladys “Delitos de estafa”, Ed. Hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p.121.



No obstante ello en la jurisprudencia argentina, cuando se trata ya no de hoteles sino de restaurantes y otros lugares donde se sirven alimentos, un ya antiguo plenario de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió que “El petardismo o gorronería –acción de quien pide y consume alimentos o bebidas en una casa de comidas sabiendo que no pagará el precio o con la intención de no pagarlo- constituye el delito de estafa previsto por el art. 172 del Código Penal” (c. 91.677, 3/9/1993).

Por último el engaño debe versar sobre hechos, bien sea deformando o suprimiendo los hechos verdaderos o simulando un hecho falso <sup>22</sup>, entendiéndose por hecho todo aquello que se puede percibir, incluyendo sucesos situaciones, relaciones, calidades. Sin embargo la doctrina y jurisprudencia española parecen aceptar también las valoraciones.

Aquí aparece el problema de los negocios jurídicos en los que se promete una prestación futura ya que, como bien se apunta “Lo que está en el futuro, no es como tal un hecho y por lo tanto, una afirmación sobre lo que está situado en el futuro, no constituye una afirmación de un hecho” <sup>23</sup>. Sin embargo el compromiso que se asume sobre algo futuro, como por ejemplo el compromiso a entregar bienes que no se tienen ni se tendrán, suele ser al mismo tiempo y por eso mismo, la afirmación de algo actual, tal como es en ese caso la referencia explícita o implícita a la solvencia o capacidad patrimonial, es decir a cualidades falsas del agente que sabe que no reúne.

### **Elementos de la Estafa: La Disposición Patrimonial y el Error.**

Tenemos entonces que la disposición patrimonial efectuada por la víctima debe ser generadora de un perjuicio concreto, lo que configura uno de los presupuestos fácticos del delito de estafa.

Por su parte este acto de disposición patrimonial debe ser consecuencia necesaria del error en que el damnificado fue inducido por el engaño, ardid o maquinación del agente ejecutados con esa finalidad.

En consecuencia la estafa requiere más de una relación causal en la cual el engaño, ardid o maquinación sean causa del error y a su vez éste produzca un acto de disposición patrimonial

<sup>22</sup> Romero, Gladys “Delitos de estafa”, Ed. Hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p.113.

<sup>23</sup> Cfme. Mezger, Derecho Penal citado por Romero, Gladys “Delitos de estafa”, Ed. Hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p.118.



perjudicial. *“El error provoca el engaño, que a su vez determina la disposición patrimonial perjudicial”*<sup>24</sup>.

El error, el tercer elemento del tipo objetivo, conforme la enumeración que veíamos antes, es un requisito autónomo no escrito del tipo penal pero que deriva necesariamente del resto de los elementos del tipo objetivo, al punto que si el acto de disposición patrimonial no ha sido realizado por esta concepción errónea sobre la realidad, a su vez impulsada o inducida por la conducta engañosa del agente, no podría haber estafa.

Conforme Buompadre el error “es el conocimiento falso sobre algo”, “es siempre una representación equivocada de la realidad”<sup>25</sup>, con lo cual, quien no ha obrado el acto dispositivo patrimonial de la estafa a resultas de esta representación falsa, sino que lo ha actuado por otras razones, por grave que fuera la maquinación ardidosa, no es víctima de una estafa sino de su torpeza.

El acto de disposición patrimonial, el cuarto elemento objetivo del tipo penal, encuentra entonces motivación y fundamento psíquico en esa concepción equivocada de la realidad, con lo cual ambos (error y acto dispositivo) deben estar acreditados y vinculados. Claro que ambos pueden justificarse de diverso modo, porque para lo psíquico podría no haber pruebas directas (en casos de imposibilidad de contar con el testimonio), las que no obstante, conforme las circunstancias del hecho, podrán indicarnos y permitirnos presumir cuál fue la motivación de la víctima o confirmar o no su versión cuando refiere haber obrado engañado.

### **El Acto de disposición Patrimonial**

Tal como se expone, la perfección de la estafa requiere que a resultas del engaño y del error consiguiente del sujeto pasivo, éste practique un acto de disposición patrimonial perjudicial para sí o para un tercero.

El acto de disposición patrimonial ha sido definido como la acción positiva, omisiva o de tolerancia que produce en forma directa e inmediata, una disminución del patrimonio, aunque también en el punto no hay acuerdo total de incluir a la omisión como uno de los modos de disponer patrimonialmente, lo que parte de la doctrina rechaza.

<sup>24</sup> CNFed. Crim. y Correc., Sala I, 8/6/84, LL, t. 1985-A, p. 137 y JA, t. 1985-II, p 26, citado por Sproviero, J. “Delitos de estafas y otras defraudaciones” t. 1 Ed. Ábaco 2ª. Ed. p. 41

<sup>25</sup> En Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 99.



Así es que habrá disposición cuando se hace entrega de una cosa, cuando se la grava o cuando se presta un servicio.

Sin embargo para la doctrina mayoritaria (Núñez) el acto dispositivo no requiere necesariamente que quien dispone cuente con facultades jurídicas para disponer, como es el caso del empleado o mandatario que, engañado, entrega algo que cree que su empleador o mandante debe. A esta postura se la ha llamado “teoría de la situación” y requiere que haya sí una relación cercana objetiva entre el que dispone y la cosa (custodia), pero además se exige concordancia entre el que ha sido engañado y el que realiza el acto dispositivo, ya que si el custodio advirtió el engaño o simuló ser embaucado debe analizarse la codeinlucencia en un delito que puede ser distinto (simplemente hurto)<sup>26</sup>.

En tanto el perjudicado si puede ser un tercero ajeno al engaño (el patrón o mandante en el supuesto anterior)

### **El Perjuicio Patrimonial**

Como se dijera, el acto dispositivo debe generar un perjuicio para el patrimonio del engañado o de un tercero y éste es un elemento esencial del delito sin el cual no existe la defraudación o la estafa.

Ello es consecuencia de que la estafa es un delito patrimonial, que por ello requiere la comprobación de un daño efectivo y como tal requiere para su consumación que se produzca un perjuicio económico real y verificable.

Sin perjuicio de ello no es imprescindible que el autor resulte en definitiva beneficiado con la defraudación, ni tampoco que la afectación patrimonial del damnificado sea infringida con ánimo de lucro (odio, venganza, beneficencia, etc., son algo inusuales pero compatibles). Incluso hasta por las peculiaridades del negocio o de la cosa podría ser que consumado el ilícito el autor o el tercero sufran una merma en su peculio, no es el incremento del mismo algo que la norma incluya o considere en el tipo objetivo.

---

<sup>26</sup> Buompadre, J.E. en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 107.



Lo que sí cuenta entonces es la verificación del perjuicio o la disminución del patrimonio ajeno y no el aumento del patrimonio propio ni el de un tercero siquiera en tanto no haya un detrimento de aquel <sup>27</sup>.

Conforme se viera al examinar el bien jurídico protegido de la estafa, en nuestro derecho, el patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona con inclusión de los objetos inmateriales que tuvieren un valor, siendo de aplicación para establecerlo la teoría mixta jurídica-económica, originada en Alemania, conforme la cual el patrimonio es la suma de las relaciones jurídicas de una persona valorables económicamente, conjunto de bienes o derechos con valor económico, que tienen protección jurídica en tanto no se encuentren en contradicción con los valores de la Constitución y del orden jurídico en general (Donna, p. 329).

Así ingresan dentro del objeto del perjuicio todo tipo de bienes y créditos, derechos reales, personales e intelectuales incluyendo las expectativas o ganancias futuras en tanto ciertas y determinables.

Para efectuar esta determinación de la disminución del valor económico del patrimonio de la víctima debe compararse la situación patrimonial de la víctima antes y después del acto de disposición

Ello no se afecta por la reparación posterior del perjuicio, tal como en el hurto o el robo, como podría ser al restituirse el bien o con una contraprestación o reparación completa, aunque fuere en breve lapso, ya que en principio el delito ha quedado consumado. Sí, en cambio, incide en casos en que fuere inmediata la restitución del mismo bien sin haberse afectado en nada el patrimonio, porque el delito requiere un perjuicio con lo que se deben aplicar las normas del desistimiento (art. 43 del Código Penal)

El problema se genera con las situaciones en que el damnificado efectúa una disposición patrimonial determinado por un engaño pero en realidad esta no le genera un perjuicio económico, como por ejemplo quien adquiere una obra de arte o una joya falsificada por el mismo precio que tienen esas copias en el mercado. Esto también es común en muchas ventas de productos a través de anuncios que disimulan las verdaderas características de las mercaderías que se ofrecen.

Estas prácticas superan en muchos casos los principios de lealtad comercial o la buena fe en los negocios.

<sup>27</sup> Donna, E., Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Parte Especial, tomo II-B pág. 328-9; Buompadre, J.E. en “Estafas y otras defraudaciones” Lexis Nexis 2005, p. 73 y en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 109.



Es que no obstante la paridad de valores, igualmente el adquirente está afectado porque de no creer que era un original o de conocer las características reales no hubiera hecho la erogación.

Así, de aplicarse aquí el criterio pecuniario o puramente económico de patrimonio no habría estafa porque cuantitativamente no se vio reducido.

Ello pone de resalto las ventajas del criterio mixto llamado económico-jurídico, visto anteriormente, que contempla ambos aspectos, no sólo el puramente patrimonial sino el punto de vista subjetivo de quien recibe engañosamente un bien diferente a sus expectativas, y que por ello no tiene interés en el mismo.

Es que la erogación realizada en ese momento de la adquisición o del negocio jurídico, en estos casos afecta la disponibilidad patrimonial de la víctima que utiliza sus recursos en algo que, en realidad no le interesa y del cual luego deberá desprenderse en consecuencia y con gran dificultad, fundamentalmente por la falta de interés que productos así generan cuando su falsedad o precariedad están a la vista.

Incluso a ello se agrega también la pérdida de expectativas o ganancias futuras que producen negocios de este tipo, cuando independientemente del valor equivalente, el destino de lo adquirido es una parte o pieza de algo que ha de venderse o de un conjunto de mercaderías o de piezas a exponerse en comercios de prestigio.

### **La Estafa en Los Negocios Ilícitos**

No pocas veces se allegan a estrados judiciales maniobras estafatorias efectuadas en el curso de negociaciones ilícitas, alguna jurisprudencia y doctrina les resta todo derecho con base en ser contrarias a la “moral y buenas costumbres”<sup>28</sup>. En realidad aquí falta el perjuicio reconocible por el derecho como un todo, en tanto no le reconoce validez al negocio que viola sus mismas normas. Lo que hay es ausencia de perjuicio, el perjuicio es inválido, no puede reconocerse judicialmente: “nemo auditur quem propriam turpitudinem alegams”. El estado le ha quitado su protección.

El problema no menor que este concepto origina es que pareciera permitir al delincuente delinquir contra el que sabe en falta, generando una grave cuestión de política criminal, una suerte de área liberada.

---

<sup>28</sup> Sproviero, J. op cit. p. 51.





## **I Tipo Subjetivo en la Estafa**

En cuanto al tipo subjetivo no hay dudas que el tipo penal en la estafa es doloso desde que requiere la conciencia del ardid o el engaño.

Es que es frecuente que, en un negocio jurídico, una de las partes actúe en base a una información errónea o incompleta y así resulte perjudicado y que ello se deba a datos insuficientes o equivocados que le fueran proporcionados por la otra parte, pero las más de las veces esto no les imputable más que culposamente, eliminando la tipicidad de la conducta.

Por el contrario en la estafa el ardid o engaño en tanto encaminados a producir el acto dispositivo patrimonial perjudicial del otro, habla a las claras de la voluntad de realización propia del dolo directo.

Incluso, aquí en nuestro derecho aunque la ley no lo requiera en forma taxativa en todos los casos, la defraudación implica la obtención del beneficio patrimonial, de manera tal que al conocimiento de la disposición patrimonial perjudicial debe adunarse que con ésta se obtenga una ventaja patrimonial para sí o un tercero.

El beneficio patrimonial, y esto ya lo dijimos precedentemente, no significa únicamente de tipo económico ya que podría tratarse de objetos que, en poder del autor, no signifiquen necesariamente algún incremento monetario o incluso podrían ocasionarle un detrimento, pero sí es menester que le otorgue algún otro tipo de ventaja.

Es por ello mismo que lógicamente queda descartado el dolo eventual, ya que en este tipo de conductas sólo es concebible la acción consciente tendiente a producir el engaño en el otro con esa finalidad de afectación patrimonial que es propia.

En el dolo eventual la conducta se encamina a otro objeto y tiene como posible el engaño pero no se encamina a él.

Entonces es de verse que ciertamente incriminar a la estafa bajo la estructura del dolo eventual, dejaría bajo la órbita punitiva una infinidad de transacciones en las que una de las partes no fue informada completa o adecuadamente, o en que la otra parte sin intención admitió esa posibilidad. Las consecuencias serían desastrosas comercialmente más en la creciente complejización de los contratos, sembrando incertidumbre (Donna, Edgardo, Parte Especial Tomo II-B, pág. 339 citando a Valle Muñiz)

## **Tentativa**



En tanto la estafa es un delito contra la propiedad, se consuma únicamente cuando se produce el perjuicio patrimonial de la víctima, siendo indiferente que se genere el beneficio económico del autor o del tercero al que se encaminó la maniobra.

Por ello es que se ubica dentro de los delitos de resultado, lejos de los delitos de peligro o de pura actividad, porque no alcanza con la conducta engañosa o ardidosa para tener por consumado el delito.

Si en cambio la tentativa con visos de idoneidad

Serán actos preparatorios no punibles la disposición de los medios necesarios (humanos o materiales) para la perpetración del ardid o engaño cuando estos no impliquen dar comienzo a los actos ejecutivos que ya alcancen sí a poner en riesgo el patrimonio de la víctima, estos en tanto no constituyan un delito independiente como es el caso de las falsedades instrumentales.

Un límite infranqueable serán las conductas que aún, cuando tuvieren por fin último el engaño, constituyeran negociaciones lícitas o precontractuales, propias de los usos y costumbres comerciales.

En consecuencia habrá tentativa de estafa cuando se haya comenzado a ejecutar una conducta engañosa idónea o se comenzaran a desplegar los artilugios del ardid y se viera frustrado el perjuicio patrimonial por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.