

ISBN-978-959-257-321-5

# Caracterización del delito de Estafa. Su análisis desde diferentes perspectivas.

Compiladoras: Esp. Yoruanys Suárez Tejera  
MSc. Silvia Zamora Martell

## Presentación:

El delito de Estafa corresponde al grupo de las Defraudaciones y son infinitos los medios por los cuales puede producirse; permitiendo la obtención de provechos, beneficios, ventajas y lucros. Justamente la diversidad de medios antes mencionada es una de las dificultades que se encuentra al caracterizar dicho delito.

En el presente trabajo se caracteriza al delito de Estafa desde diferentes perspectivas. La primera de ellas se refiere a la Estafa Procesal. En el Derecho cubano se presume la buena fe procesal, prohibiendo y castigando las conductas contrarias a ello. La Ley obliga a las partes a la verdad y completitud en los actos jurídicos y regula penas para sus infractores. De lo contrario podría producirse un perjuicio para la parte contraria en el sentido de que el tribunal puede formarse juicios erróneos a partir de la falsedad de las pruebas que le brinda la parte actora. En tal caso se lesiona el buen desempeño de las funciones administrativas, que resultan valiosas para la sociedad y la fe pública.

El primero de los artículos analiza las conductas correspondientes a los tipos penales que se caracterizan por cometerse a través de diversas falsedades apreciables durante el inicio y sustanciación de un proceso. También determina la calificación del ilícito basándose en la relevancia y significación social del bien jurídico tutelado, y establece la importancia de la autenticidad de las pruebas.

Desde la antigua Roma, se confunde la defraudación caracterizada por la astucia con la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar a otro. La doctrina y la jurisprudencia no coinciden en sus criterios al respecto.

En el segundo de los artículos se determinan los fundamentos teóricos que permitan establecer la diferencia entre el Dolo Civil, como vicio de la voluntad en la concertación de negocios jurídicos, y el delito de Estafa. Además se caracteriza brevemente el Dolo Civil y el delito de Estafa, analizando además las distintas concepciones existentes que pretenden solucionar la problemática en torno a los elementos distintivos entre ambos.

El hecho de que en los últimos años se haya producido una revolución a partir del impetuoso desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, ha evidenciado un vuelco en varios ámbitos de la vida social, entre ellos, por supuesto, el jurídico. La Estafa cometida a través de medios informáticos responde a una dinámica comisiva nueva, fruto de los adelantos tecnológicos. El tercero de los trabajos presentes en la monografía fundamenta la importancia de describir un tipo penal adaptado a una nueva forma de delincuencia, a pesar de que su elemento esencial, el engaño produciendo un error en el sujeto pasivo, no aparece.

El último de los trabajos se refiere a una caracterización general del delito de Estafa, sus requisitos, sus diferentes modalidades y reseña algunos pronunciamientos de los órganos judiciales supremos de Cuba y España.

La calificación de las conductas anteriormente descritas como nocivas e indeseables, es incuestionable. El Derecho debe dar respuesta a los problemas relativos a las consecuencias de dichas conductas velando por la protección de los derechos ciudadanos y por el estricto cumplimiento del principio de legalidad. A tales fines, el presente trabajo contribuye con certeros esclarecimientos teóricos y propuestas concretas desde el punto de vista sustantivo y procesal.

## Índice

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| La calificación penal de las conductas falsas en los procesos conforme al Derecho Penal cubano.....        | 3  |
| La diferencia entre el dolo civil como vicio de la voluntad y el delito de estafa en el derecho cubano.... | 12 |
| La estafa por medios informáticos en el derecho penal cubano.....                                          | 33 |
| El delito de Estafa.....                                                                                   | 38 |

## **La calificación penal de las conductas falsas en los procesos conforme al Derecho Penal cubano.**

**Autora:** Esp. Yoruanys Suárez Tejera

MSc. Silvia Zamora Martell

### **Resumen:**

En el Derecho cubano se presume la buena fe procesal. La Ley obliga a las partes a la verdad y completitud en los actos jurídicos y regula penas para sus infractores. El artículo analiza las conductas correspondientes a los tipos penales que se caracterizan por cometerse a través de diversas falsedades apreciables durante el inicio y sustanciación de un proceso. También determina la calificación del ilícito basándose en la relevancia y significación social del bien jurídico tutelado, y establece la importancia de la autenticidad de las pruebas.

**Palabras claves:** Buena fe, veracidad, completitud, falsedad, proceso, actos jurídicos y pruebas.

### **1. Introducción**

El Derecho cubano exige a los litigantes durante el proceso que se conduzcan de buena fe, prohibiendo y castigando las conductas contrarias a ello. Existe diversidad de criterios en relación a definir el concepto jurídico de buena fe, aunque la doctrina en general mantiene cierta uniformidad en los elementos básicos que conforman el concepto.

LOZANO HIGUERO destaca, que se entiende por "...aquel conjunto de reglas, *standards* o criterios de conducta, de carácter ético, social y deontológico, al que deben adaptar su comportamiento los sujetos procesales en el curso del proceso y todo acto procesalmente relevante." (Ampuero, 2008)

La buena fe para JIMÉNEZ, es "una herramienta que permite originar deberes al interior del proceso, exigiendo directamente una conducta acorde a ella." (Jiménez, 2003) GIMENO alega que la defensa de una parte no puede basarse en perjudicar el derecho a defensa de la otra. (Gimeno Sendra, 2007)

En consecuencia, estima que tampoco podrá inducir a error al órgano jurisdiccional, impidiendo o entorpeciendo que pueda procurar una efectiva tutela de los intereses en conflicto.

Para SCARSELLI, (Scarselli, 1998) el proceso no puede desprenderse de la cláusula general de actuación conforme a la buena fe procesal y el deber de veracidad en las alegaciones fácticas. De igual forma, reseña que el deber de colaboración, cuya manifestación más evidente es la de acompañar al proceso todos los medios de prueba al alcance de la parte, tiene un claro fundamento en el compromiso de actuar conforme a la buena fe procesal.

Decir la verdad, según VALLOTE, sin omitir detalles relevantes, "es una conducta que en el marco de un conflicto judicial es considerada como social y éticamente correcta. Actúa lealmente quien narra los hechos de modo verídico y completo, así como el litigante que introduce al proceso todos los elementos de convicción necesarios para la dictación de una sentencia justa, y colabora con el fin del proceso." (Ampuero, 2008)

HUNTER AMPUERO se opone a lo anterior al precisar que los deberes de veracidad y completitud en las alegaciones, así como el de colaboración, no pueden tener cabida en un proceso que se considere respetuoso de los derechos e intereses legítimos del ciudadano y de las garantías de que viene revestida la actividad jurisdiccional. El autor considera que se trata de una norma con la que "...se pretende introducir reglas morales, éticas y sociales al ámbito de las relaciones reguladas por el Derecho." (Ampuero, 2008)

De acuerdo con lo anterior, estas características colocan la buena fe en una constante contradicción con la seguridad jurídica poniéndola en peligro. La libertad de la conducta de las partes, al plantear y defender su posición, no puede extenderse al extremo de lesionar la buena fe y la ética procesal, dado que si bien el proceso es una lucha entre contrarios, éste ha de ser leal y guiado por la verdad.

El deber de completitud consiste en alegar todos los hechos notables para la correcta resolución del conflicto, sin omitir dato cierto que corresponda al dominio de la parte. Este deber se viola al omitir cualquier hecho integrante del patrimonio cognoscitivo del litigante en los procesos civiles, administrativos, económicos y, en los penales, al excluir elementos calificativos de los hechos delictivos imputados.

Ambos deberes no son divisibles. Decir la verdad no constituye desistir del deber de completitud, cuando la reticencia y la reserva mental, equivalen a la mentira. Si uno de los litigantes narra de manera parcial los hechos omitiendo elementos incompatibles con su posición, falta a la verdad; sin mentir, crea el mismo efecto que si las dijera. Los deberes de veracidad y completitud se relacionan con la socialización del proceso, sea civil o penal.

### **2. La afirmación falaz e inconclusa en los actos de inicio en el proceso y el debate.**

El proceso es una secuencia de actos tendentes a un fin superior y final de cada uno de estos, independientes y relacionados entre sí, que siguen un orden preestablecido. DÍAZ PINILLO precisa, que se comprende "...por el conjunto de todos los actos necesarios, con una secuencia temporal que con el objetivo de resolver una litis o asunto se desarrolla. En el ámbito del Derecho Procesal sería el conjunto y

la totalidad de los actos que conforman una unidad, en interés de conseguir la cosa juzgada.”(Díaz Pinillo, 2002)

El proceso se constituye por un conjunto de actos sucesivos y concatenados de forma lógica y sintonizada con aquel que lo precede y con el que le continúa. El acto que una parte realiza, en el momento que la Ley lo establece, constituye una premisa y una inducción para el acto que la contraparte podrá efectuar en un instante posterior. Por tanto, toda afirmación falaz e inconclusa es una motivación para que el contrario añada los hechos omitidos y rectifique los falseados a través de su proceder.

Los actos procesales, conforme a su función, por la repercusión o relevancia que tienen para el proceso, pueden ser de iniciación, desarrollo y conclusión. Los primeros, son aquellos que inician el proceso. En el Derecho Penal, en los delitos perseguibles de oficio, serán la denuncia o la actuación de oficio del funcionario competente y en los delitos perseguibles a instancia de parte, el escrito de querrela. Mientras en el derecho civil, la acción es ejercida exclusivamente, por la parte afectada.

El Código Penal cubano prevé en el título II los Delitos contra la Administración y la Jurisdicción, en el artículo 154 regula la Denuncia o Acusación falsa. Los delitos agrupados bajo este título protegen el adecuado desempeño de las funciones administrativas y jurisdiccionales, las que son de vital importancia para el desarrollo del individuo y la sociedad.

La Denuncia o Acusación Falsa, es un delito pluriofensivo, conocido en la dogmática como delito compuesto, por proteger diversos bienes jurídicos. RIVERO GARCÍA precisa que “...afecta el buen funcionamiento de la actividad del Estado de perseguir los delitos y castigar a los infractores, así como al honor de la persona afectada y su derecho a no sufrir molestias.” (Rivero García, 2003)

GRILLO LONGORIA (Grillo Longoria, 1982) analizando los elementos típicos de esta figura, destaca que puede ser cometido por cualquier sujeto. En cuanto al elemento intencional o moral, el autor considera que el propósito consiste en que se inicie un proceso penal contra otro. Se comprende entonces, que la acción civil falaz, ejercida por una parte en detrimento de la otra, al iniciar un acto jurídico en su contra, no califica delito. En tanto, cualquiera que sea su finalidad, el ánimo de lucro o la venganza, no es de interés para el Derecho Penal, al carecer de peligrosidad social.

La acción típica del comportamiento descrito en el inciso a) del apartado 1, consiste en imputar o atribuir a determinada persona hechos que, de ser ciertos, constituyen un delito, ante un tribunal o funcionario que debe proceder a la investigación, a sabiendas de su falsedad. El inciso b) del indicado apartado, sanciona al que simule huellas, indicios o suprima o altere las existentes.

Ambas modalidades requieren un dolo típico, consistente en el conocimiento de que el hecho imputado es falso y que se simula pruebas o modifica las existentes; actos que se realizan con el propósito de que se investigue penalmente al sujeto sobre el que recaen las falsas imputaciones o es inculcado por las pruebas. El delito, precisa RIVERO, no puede ser cometido por dolo eventual ni por imprudencia. (Rivero García, 2003) Al decir de CREUS, “la denuncia es falsa cuando en el autor media el conocimiento.” (Creus, 1998)

Un ejemplo se puede constatar cuando se inicia un proceso contra determinada persona, a la que se le atribuyen ante un tribunal hechos que, de ser ciertos, constituyen una violación de la Ley penal sustantiva, siendo falsos. Como consecuencia de lo anterior, se sigue causa por el delito de Denuncia o Acusación falsa, a pesar de que en el ánimo del sujeto activo, estuviese apoderarse de los bienes patrimoniales del perjudicado, con motivo de lograr con su actuar falaz, que este fuese sancionado y, en consecuencia, despojado de su patrimonio. Para este supuesto impera la teoría del bien jurídico.

La Denuncia o Acusación Falsa, se diferencia del delito de Calumnia en que, aún consistiendo ambas infracciones en la falsa e intencional imputación de hechos. La primera requiere que la imputación se haga ante tribunal o funcionario que por razón de su cargo deba proceder a su averiguación y sanción; mientras la segunda no exige este requisito. La Calumnia ataca únicamente el honor personal, mientras la Acusación falsa se comete en perjuicio de las funciones del Estado.

En cuanto a declarar en su propia contra, el respeto al principio dispositivo, destaca CONDORELLI, permite a la parte abstenerse de hablar cuando resulte un peligro a su propio interés. Un sistema que no admite guardar silencio, se orienta incompatiblemente con este principio, lo cual implica en alguna medida la total absorción del interés individual en el interés público de la justicia. (Ampuero, 2008)

El Derecho cubano asume este criterio permitiendo a las partes en el proceso realizar las alegaciones que considere a su favor o abstenerse, siempre y cuando no impliquen un peligro o lesión a las relaciones sociales de interés para las normas penales, conforme a su relevancia o significación jurídica. Posteriormente serán tratados otros elementos que amplían estos extremos.

En tal sentido, son penados exclusivamente los actos falaces de iniciación en los cuales la parte que ejerce la acción tiene como propósito que se inicie en contra de la otra un proceso penal. En la ejecución de los actos procesales encaminados a conseguir el desenvolvimiento del proceso iniciado, el derecho adopta una posición distinta.

El proceso debe garantizar iguales derechos a los dos intereses en conflicto. Su objeto dependerá de la materia de que se trate: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado, la indemnización de perjuicios o el hecho que se considera delito. El fin es contribuir a la justicia, que se declare y cumpla la voluntad de la Ley.

El controvertir, permite a las partes cumplir su función básica en el proceso, influir y contribuir a la formación de la decisión del juez con informaciones, demostraciones, críticas y polémicas. De acuerdo con el principio de contradicción, ilustran acerca del contenido de su pretensión varios autores. MENDOZA DÍAZ (Mendoza Díaz, 2002) alude que contribuyen a formar la convicción sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados, motivadas por la protección de sus propios intereses. Para lograrlo, sumarán los datos omitidos por la contraparte en su narración y negarán o rectificarán aquellos que entiendan que no guardan relación con la verdad.

El contradictorio, resalta acertadamente PICARDI, (Picardi, 1998) además de permitir la lucha de fuerzas de los litigantes, es un instrumento operativo del juez y uno de los momentos fundamentales del juicio penal que sirve a los fines de buscar y encontrar una verdad probable; herramienta que también es empleada en los procesos civiles, laborales, administrativos y económicos por el Derecho cubano.

Este principio es la antesala de todo proceso, mediante él, se garantiza que el debate se presente como una verdadera contienda entre partes luego que se inicia la litis. En lo penal, el mencionado principio representa para el acusado, la obligación constitucionalmente reconocida de que nadie puede ser condenado si previamente no ha tenido la posibilidad de ser oído y vencido en juicio.<sup>1</sup>

En los procesos penales, aclara BODES, (Bodes Torres, 2002) el debate versa sobre los hechos infractores de las normas penales, imputados por la parte acusadora, la cual puede ser pública o privada. Se desarrolla ante el órgano competente, quien se pronunciará de acuerdo con la ley. Esta discusión entre las partes contempla la exposición de los hechos que cada quien relata al tribunal, poniendo de relieve lo que le resulte de interés. Las partes ofrecen su interpretación y argumentos en cuanto a lo que estiman probado en el acto, por virtud de las pruebas examinadas.

Los relatos de las partes raramente coinciden, por lo general son antagónicos. Al estar en posiciones contrapuestas, ven las cosas desde su particular punto de vista. (Cipriani, 2003) En los procesos civiles, laborales, administrativos y económicos, cada abogado narra una historia desde la perspectiva que favorece a los intereses de su cliente, destacando lo que les favorece. El tribunal dictará sentencia expresando a quién le asiste razón, de conformidad con las pruebas practicadas.

Decir o no la verdad de forma íntegra será irrelevante, en la medida que cada parte se cree dueña de la suya. Si no comparten sus narraciones por ser contadas desde posiciones contrapuestas, sobre ángulos distintos y adaptadas al cuadro que propone su estrategia, será la prueba la que revele la falsedad o verdad de los hechos.

### **3. De la veracidad y completitud de las pruebas examinadas durante el proceso.**

Las preocupaciones sobre la búsqueda de la verdad y la prueba para el establecimiento de aquella, se advierten desde hace varios siglos atrás. La necesidad del hombre por conocer su entorno social, son razones que justifican la importancia de la práctica de la prueba.

El proceso, históricamente, tiene por finalidad verificar la inocencia o culpabilidad del inculcado en materia penal; y en materia civil, determinar a quién le asiste la razón en el derecho invocado que se cree tener. Por tanto, son rasgos de la prueba, su inseparabilidad del proceso, la ineludibilidad e insustituibilidad.

En el proceso la prueba implica los actos procesales regulados por la Ley, que desarrollan las partes por iniciativa de la que le corresponde la función de ejercer la acción, con la finalidad de que el órgano jurisdiccional adquiera la certeza plena y fundamentada sobre la pretensión previamente establecida cuyo final puede o no, llevar a la aplicación de la ley sustantiva.

El control de la veracidad y completitud de las alegaciones de las partes es efectuado por el juez en la sentencia definitiva, una vez practicadas las pruebas propuestas y admitidas. En la actividad probatoria, si una de las partes miente, la falsedad no afectará el desarrollo del proceso si no es confirmada por la prueba. Esto no significa que la conducta deje de ser antijurídica y punible.

En consecuencia, las partes pueden omitir datos que consideren perjudiciales para la tutela de sus intereses; así como también evitar la aportación inicial de los documentos que estimen inoportunos para su debida defensa. Pero no podrán valerse de medios falaces para acreditar su dicho.

La Ley Procesal Penal de Cuba regula que ningún acusado tiene obligación de declarar en su contra y se le permitirá manifestar cuanto tenga por conveniente en interés de su defensa. Por su parte, los testigos

---

<sup>1</sup>Para MENDOZA, constituye el acceso a la justicia, el cual se perfila como la posibilidad real, no formal, de garantizar que el acusado pueda ser realmente oído durante todas las fases del proceso. Ver MENDOZA DÍAZ, Juan, *op. cit.*, p. 65.

pueden excusarse de la obligación de declarar, cuando sus deposiciones versan sobre elementos relacionados con el acusado, siempre que existan entre ambos relaciones de parentesco, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. El abogado también está excusado de declarar respecto a los hechos relativos al proceso que el acusado le haya confiado en su calidad de defensor.

Siempre que alguna de las personas antes destacadas concorra como testigo, si acepta declarar, está en la obligación de ser veraz en sus manifestaciones. Están además, obligadas a declarar, con respecto a los acusados a los cuales no concurren dichas circunstancias, a no ser que su declaración pueda afectar a su pariente o defendido, según corresponda.

También se establece que ningún testigo puede ser obligado a declarar sobre algún extremo que pueda perjudicar material o moralmente a su persona de manera directa o indirecta o a alguno de sus parientes, conforme se relacionó antes. Por lo demás, están en la obligación de decir la verdad según el artículo 179 de la Ley de Procedimiento Penal.

En el proceso civil la Ley regula la confesión judicial, estableciendo que el declarante contestará en sentido afirmativo o negativo y agregará las explicaciones que estime convenientes y las que, en su caso, le pida el tribunal. No se pronuncia en relación a ser veraz, aunque si se negare a contestar o si las respuestas fueren evasivas, el tribunal podrá tenerlo por confeso sobre los hechos respecto a los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes. Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del que haya de responderlas, podrá negarse a hacerlo; entendiendo con ello, que podrá o no ser veraz y completo en sus alegaciones.

El testigo, antes de prestar declaración, conforme al artículo 326 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, será advertido de la obligación en que se halla de decir verdad, sin ocultar nada de lo que sepa y de la responsabilidad penal en que podría incurrir si faltare a ese deber.

En relación a los peritos, cualquiera que sea el proceso, son advertidos de la obligación de proceder bien y fielmente en el desempeño de sus funciones, sin proponerse otro fin que el de descubrir y declarar la verdad. Al entender por partes procesales a quienes actúan en el proceso solicitando del órgano jurisdiccional una decisión judicial, (Díaz Pinillo, 2002) se exceptúan los peritos y testigos, quienes están en la obligación de decir la verdad.

El delito de Perjurio se sanciona en el aludido título II del Código Penal, a partir del artículo 155. Según LONGORIA, (Grillo Longoria, 1982) el Perjurio permite castigar a quien como testigo, perito o intérprete, falte maliciosamente a la verdad, negándola o diciendo lo contrario de ella, es decir, lo que algunos tratadistas llaman perjurio positivo y perjurio negativo.

Se sanciona también al que, a sabiendas, proponga a un tribunal o funcionario público competente un testigo falso. Se colige que en un proceso ninguna de las partes o litigantes puede valerse de pruebas testificales falaces para acreditar su dicho, aunque su versión de los hechos discrepe y tengan intereses contrarios.

Todos están obligados por la ley a ser veraces en sus manifestaciones. En el mencionado tipo penal el sujeto pasivo es el Estado, en lo concerniente a las funciones administrativas y judiciales. Se protege el correcto funcionamiento de la administración de justicia, evitando la construcción errónea de los juicios históricos que pueden formarse los jueces por los datos incorrectos que se les proveen. (Creus, 1998)

La acción típica se describe alternativamente: consiste en prestar una declaración falsa. Entendiéndose por tal, la contradicción entre lo declarado y lo que realmente sabe o cree el sujeto, o aquello que deja de decir acerca de lo que conoce sobre lo que se le interroga.

La falsedad tiene que recaer sobre hechos o circunstancias que pueden alterar la comprensión en quien corresponde, con fines decisivos. Tiene que constituir una amenaza para la certeza del juicio a formular. Quedan fuera del tipo, las falsedades que inciden sobre circunstancias que no influyen en el resultado del proceso. Afirma una falsedad, arguye CREUS, (Creus, 1998) quien expresa como verdadero lo que no lo es.

En el apartado 3, se establece que sólo es imputable la declaración falsa prestada en juicio oral. RIVERO aclara que se "...corresponde con el sistema de enjuiciamiento penal cubano, donde las investigaciones acumuladas en el expediente de fase preparatoria, constituyen exclusivamente la base de la acusación y no de la sentencia." (Rivero García, 2003)

En el orden subjetivo, la figura establece que su comisión es únicamente intencional y no admite el dolo eventual. Lo que se protege con el delito es la sinceridad de las declaraciones, informes o traducciones, no importa cual sea el fin que se persigue con la declaración falaz. La misma puede estar motivada por el ánimo de lucro, pero el bien jurídico que se afecta no es el patrimonio, sino el correcto funcionamiento de la administración de justicia, caso en el que predomina la teoría del bien jurídico.

En un proceso civil sobre Reconocimiento de Unión Matrimonial, la parte actora, con el objeto de establecer posteriormente una Liquidación Matrimonial de bienes y agenciarse de artículos de estimable valor, durante la práctica de pruebas, propone la declaración falaz de un testigo, a fin de que corrobore que ciertamente entre los litigantes, durante el período de tiempo argüido, ambos mantenían relaciones

amorosas con las mismas características que un matrimonio formalmente reconocido. Al declarar ante el juez, con conocimiento pleno de su engaño, tipifica un delito de Perjurio.<sup>2</sup>

En relación a las pruebas documentales aportadas al proceso, igualmente deben caracterizarse por su autenticidad. En el título VII del Código Penal cubano, se regulan los delitos contra la fe pública, contemplando las falsedades. Como su nombre lo indica, este título es contentivo de aquellas figuras delictivas que atentan contra la fe pública.

Se sancionan los delitos de Falsificación de documentos públicos, bancarios, de comercio, el carné de identidad, la tarjeta del menor y el documento de identificación provisional. También se penalizan la falsificación de despachos o de servicios postales y telegráficos o de los transmitidos por las redes de comunicaciones, certificados facultativos, de identificación y pruebas de evaluación docente, de documento privado y documentos usados oficialmente para la distribución a la población de los artículos de uso y consumo sujetos a regulación.

Se entiende por documento, advierte CREUS, "...todo el que, con significación de constancia atinente a una relación jurídica, observa las formas requeridas por el orden jurídico como presupuestos para asignar valor de acreditación del hecho o acto que le da vida, modifica o extingue." (Creus, 1998) A su vez, CUELLO CALÓN distingue que el documento "es una manifestación de voluntad, en forma escrita, capaz de probar hechos de trascendencia jurídica." (Cuello Calón, 1952)

Según PUIG PEÑA, ha de entenderse por documento "todo escrito al que la ley civil atribuye fuerza probatoria y del que se originan determinadas consecuencias jurídicas." (Puig Peña, 1955) Añade que ha de ser un escrito orientado hacia el mundo jurídico de manera directa o indirecta.

QUINTERO OLIVARES, (Quintero Olivares, 1999) parte de señalar que el Código Penal incrimina la falsificación o falsedad de documentos porque el legislador aprecia la existencia de un bien jurídico que puede ser lesionado por esa conducta mediante ataques que no son castigables a través de otros preceptos del Código. Si la falsedad documental penalizara únicamente por su ulterior perjuicio a otros bienes jurídicos, destaca OLIVARES, (Quintero Olivares, 1999) quedaría en sí misma vacía de contenido. En la falsedad, el documento crea un falso medio de prueba capaz de alterar o condicionar las posteriores reacciones de derecho.

Señala PESSINA, que "...los delitos con los cuales la actividad humana se rebela contra la seguridad jurídica, son los delitos de falsedad y toman también los nombres de delitos contra la fe pública. La esencia de la falsedad punible consiste en la ofensa al derecho sustancial por medio del derecho formal, adulterando aquellos objetos exteriores a los que la ley atribuye el valor de certeza jurídica." (Pessina, 1956)

El delito de falsedad documental es la sustitución de lo no auténtico por lo auténtico en aquello que, estando destinado por dictado de la ley a probar la verdad de su contenido, puede producir como resultado un quebrantamiento cualquiera del Derecho. El bien jurídico que se tutela por el ordenamiento penal es la fe pública.

En un proceso civil sobre Liquidación de Caudal Hereditario, el actor, que con el motivo de agenciarse de la vivienda propiedad del causante, aporte como prueba documental un certificado falaz emitido por el Registro de Direcciones del Ministerio del Interior, en el que se consigna que el mismo, desde antes del fallecimiento de su padre convivía con él; demuestra su derecho preferencial respecto a los demás herederos, por apreciarse este requisito únicamente en él. Este supuesto tipifica el delito de Falsificación de documento público, en mérito al bien jurídico que se afecta, independiente del ánimo de lucro existente en el sujeto activo para cometer el ilícito.

#### **4. El delito de Estafa Procesal y los actos falsos en el Derecho Penal.**

Se precisa analizar si tipifica un delito de Estafa Procesal cuando una o todas las partes implicadas en un proceso, inducen a error al órgano jurisdiccional para que dicte una resolución injusta de la que se deriva un acto de disposición en perjuicio del patrocinio del contrario, o de un tercero, alterando la naturaleza del acto.

---

<sup>2</sup>En sentencia no. 973 de fecha 14/2/90, del Tribunal Supremo Popular de Cuba, se aprecia un ejemplo contrario, consistente en "Que si el propio tribunal reconoce en su sentencia que los testigos que declararon a favor de la acusada en el proceso de equiparación matrimonial que se ventiló ante el Tribunal Municipal de ... lo hicieron en la creencia, vale decir que era su apreciación de aquella y el fallecido con quien tenía una hija se encontraban unidos por razones que la propia sentencia apunta, y dichos testigos no fueron procesados por el delito que se imputó a la recurrente, es de advertir que en este caso, no se integra la figura delictiva que se atribuye por que la acusada no presentó ante un tribunal testigos falsos, porque no consta que los haya advertido para que depusieran sobre un hecho incierto, todo lo contrario depusieron lo que consideraron se ajustaba a la verdad, como incluso consta del acto del juicio oral, siendo así la acusada no es responsable del delito imputado.



La Estafa Procesal, para los partidarios de esta conducta delictiva, no es la simple mentira en el proceso o la falta de respeto a los órganos de la administración de justicia. El ilícito se perfecciona cuando mediante ardid o engaño, se induce a error a un juez y, merced a su actividad jurisdiccional, dicta en tal condición una resolución o sentencia que ocasiona perjuicio patrimonial.

Se deben dar en el hecho todos los elementos de la figura básica. FILOZOF (Navarro, 2004) precisa que no bastan las afirmaciones conscientemente falsas para integrar el engaño característico del fraude, es preciso que el actor recurra a la utilización de documentos falsificados o adulterados o testigos falsos. Se requiere un fraude en los elementos que motivan la decisión judicial.

Lo que caracteriza la Estafa Procesal es la utilización de la jurisdicción judicial como medio para intentar o consumar un desapoderamiento ilegítimo. El error, en la Estafa, recae en persona distinta del damnificado, es el fraccionamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación. La víctima del fraude es el Juez y el ofendido por la defraudación, es la persona afectada por la sentencia o resolución judicial.

La disposición patrimonial perjudicial no se comporta como las demás figuras de la Estafa, el producto del error se basa en el actuar del juez. Este, precisa por su parte RADRIZZANI, (Navarro, 2004) resulta sorprendido en su recto juicio por un artificio o maquinación que reúne los caracteres del ardid estafatorio.

Valorado así, la Estafa Procesal es una figura independiente del tipo penal genérico. El Código Penal Español la regula en el artículo 250 y prevé siete causas de agravación y un tipo super agravado; estableciendo una sanción de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses al que la realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.

De igual modo es sistematizado por la Ley Penal de Colombia en su Capítulo sexto titulado: Del fraude procesal y otras infracciones. En el artículo 182 establece que el que, por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

Tratamiento similar recibe el delito de Estafa en el Código Penal salvadoreño. En el artículo 306 reglamenta que el que utilizando elemento de prueba fraudulento indujere en error a un juez para obtener una sentencia o cualquier otra resolución judicial, será sancionado con prisión de uno a tres años.

#### **4.1 Su manifestación en el Derecho Penal cubano.**

En el Código Penal cubano, en el título que regula los Delitos contra los Derechos Patrimoniales, se incluyen un conjunto de conductas que tienen por base la protección del Patrimonio como bien jurídico específico y penaliza un conjunto de conductas que en la doctrina y en el derecho se denominan Defraudaciones. Las mismas tienen relación directa con los derechos patrimoniales, pero no poseen como base la sustracción, se fundan en comportamientos apoyados directa o indirectamente en el engaño y en actuaciones fraudulentas.

Para Carlos CREUS, las defraudaciones son toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio agente pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquella o se aprovecha de estas. (Goite Pierre, 2003)

GOITE, califica la Estafa como "...un delito esencialmente intelectual, de naturaleza versátil, debido a los heterogéneos medios de los que se puede valer el sujeto activo para su comisión..." (Goite Pierre, 2003) Todo lo cual favorece la obtención ilícita de bienes y diversas ventajas, provechos, beneficios y lucros.

DE LA CRUZ OCHOA, (De la Cruz Ochoa, 2003) precisa los elementos de la Estafa de la figura básica. Define la utilización por el sujeto activo de un mecanismo de fraude, el elemento causal del engaño, a través del cual se induce al sujeto pasivo a realizar un acto de disposición, causando perjuicio al que actúa movido por el error o para un tercero y por último, el ánimo de lucro.

El engaño ha de ser bastante, entendiéndose en su acepción más propia de acción o maquinación, tendente a hacer creer a otro que es cierto lo que no es, y no en la reflexiva o pasiva de caer en un error, que es solo el estado de ánimo reproducido por el engaño. Como elemento fundamental del delito de Estafa, ha de ser además antecedente, causal, y suficiente para producir error en otro. No puede ser notorio, y requiere determinar a su vez un acto de disposición del patrimonio de un tercero.

La dinámica defraudadora, "...consiste en la provocación de un error en el destinatario de la operación fraudulenta..." (De la Cruz Ochoa, 2003) La conducta exige que todos los elementos apreciables, estén unidos por una relación de causalidad, es decir, que cada uno de ellos sea consecuencia del anterior. Debe determinar al sujeto pasivo a caer en un error derivado del mecanismo o artificio engañoso.

El Código Penal cubano regula el delito de Estafa en el Capítulo IX titulado Defraudaciones, en el artículo 334. El mismo prevé en su figura básica que el sujeto activo, que puede ser cualquiera, con el propósito de obtener para sí o para otro una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo, y empleando cualquier ardid o engaño que induzca a error a la víctima, la determine a realizar o abstenerse de realizar un acto en detrimento de sus bienes o de los de un tercero.

El mencionado precepto regula además, otras figuras agravadas: Cuando el culpable, para la ejecución del hecho, se aprovecha de las funciones inherentes al cargo, empleo, ocupación u oficio que desempeña en una entidad económica estatal y si por el delito, el culpable obtiene un beneficio de considerable valor, o si la víctima sufre un grave perjuicio en sus bienes, o el hecho se realiza por uno o más individuos actuando como miembros de un grupo organizado.

También prevé la figura autónoma del apartado 4, sancionando al que libre un cheque sin provisión de fondos o con provisión insuficiente, o después de haber retirado dicha provisión. Así como, libre un cheque retirando la provisión de fondos antes de que el cheque pueda legalmente ser presentado al cobro o antes de haber anulado su expedición por cualquiera de las formas que en derecho procede.

La norma sustantiva penal cubana, no regula la Estafa Procesal. No realiza una distinción entre la figura genérica y una cualificada, relativa al empleo de alegatos supuestos por los testigos o peritos y documentos falseados durante el proceso, cualquiera que sea este.

Si el fraude lo constituye un falso testimonio o una prueba documental falaz, se violan conductas delictivas contentivas en otros tipos penales previstos en el ordenamiento jurídico, según corresponda. La doctrina y la jurisprudencia cubana son coincidentes en sus pronunciamientos en cuanto a los ilícitos falaces cometidos durante el proceso.

Esta posición no es compartida por otros ordenamientos jurídicos, según lo relacionado con anterioridad. Los mismos, además de regular la Estafa Procesal, también sancionan la conducta mendaz o falaz en otros tipos penales y puede darse un concurso de normas.

En Colombia se regula el delito de Estafa Procesal y, conjuntamente, se condenan las falsas imputaciones ante las autoridades. En el artículo 166, se prevé la Falsa Denuncia, cuando el que bajo juramento denuncie ante la autoridad un hecho punible que no se ha cometido. Asimismo se prevé el Falso Testimonio en el artículo 172, para el que en actuación judicial o administrativa bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente y se sanciona la falsedad en los documentos.

Por su parte, El Salvador, igualmente la regula y de la misma forma, sanciona por el delito de falsificación de documentos; penaliza los delitos relativos a la administración de justicia, cuando en su artículo 303 condena al que denunciare o acusare a una persona ante autoridad judicial, como autor o partícipe de un delito a sabiendas de que es inocente. En el artículo 305 castiga al que, en declaración como testigo ante autoridad competente, afirme una falsedad, se niegue o calle, en todo o en parte, lo que sepa acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuales es interrogado. El mencionado precepto incluye a los peritos, intérpretes, traductores y asesores que actuando como tales ante autoridad, afirmen una falsedad u omitan la verdad en sus manifestaciones.

Entre tanto, el Código Penal de España, de la misma forma, sanciona la Estafa cometida durante el proceso y las falsedades documentales. Tal Código pena al funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad, alterando o simulando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial y falte a la verdad en la narración de los hechos. También castiga la Acusación o Denuncia falsa, la Simulación de delitos y el falso testimonio.

Lo que distingue el delito de Estafa Procesal de aquellos caracterizados por una conducta falaz, es el bien jurídico que se lesiona o pone en peligro. La acción falaz efectuada en cualquier proceso, que persigue un provecho fraudulento a través del juicio equivocado que pueda llegar a formarse el juez con motivo de pruebas falsas que constituyan, en sí mismas, ardid o engaño, con ánimo de lucro, el bien jurídico que se lesiona no es el patrimonio del tercero.

En el Derecho Penal cubano no se admite la Estafa Procesal en la que el sujeto se vale de un ardid o engaño, consistente en los medios de pruebas aportados a un proceso, los que producen un error en el actuar del juez, determinándolo a dictar sentencia contra una tercera persona en perjuicio de su patrimonio.

Sin embargo, las conductas engañosas, entendiendo como tales aquellas en las que se obra engañosamente, son castigadas. El que efectúa un falso testimonio, puede ser sancionado por el delito de Perjurio o Denuncia o Acusación falsa, según corresponda. El que se vale de una prueba documental falsa, puede calificar un delito de falsificación de documentos.

## **5. El bien jurídico protegido en los actos falsos realizados en el proceso.**

El delito se caracteriza, entre otras circunstancias, alega QUIRÓS, por "...implicar la agresión o amenaza de algo que, consecuentemente, debe ser protegido de dicha agresión o amenaza. Es el objeto, que por tal razón también se ha denominado objeto de la protección." (Quirós Pérez, 2005)

El objeto del delito es lo atacado o amenazado por el sujeto mediante su comportamiento y lo que se intenta proteger por el Derecho penal. El bien jurídico, no es el propio Derecho, sino su contenido, las relaciones sociales modeladas y consolidadas en dichas normas jurídicas.

La convivencia y el orden social demandan el aseguramiento de ciertas condiciones para que los comportamientos del hombre se materialicen de manera ordenada, valiosa, pacífica, provechosa y útil. Esas condiciones, detalla QUIRÓS, en tanto "...son de utilidad para la común vinculación de los hombres en la vida social, se han denominado bienes y, en tanto son objeto de la protección por el Derecho penal, bienes jurídicos." (Quirós Pérez, 2005)

El bien jurídico se constituye por las relaciones sociales protegidas por el Derecho penal de los ataques y amenazas de los comportamientos considerados socialmente peligrosos. Es esencial en la estructura de la teoría del delito y su correcta caracterización. Es la base del tipo penal, trascendental para cualquier tarea de interpretación. Toda norma penal tiene un objeto de protección y, por tanto, todo delito que represente su violación, tiene un objeto jurídico.

Los bienes jurídico-penales han de verse como concreciones de los intereses reales de los individuos, que merecen por su importancia fundamental, la máxima protección que supone el Derecho penal. Constituyen la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho, que por su naturaleza permite la revisión constante del mismo.

El bien jurídico pasa a ocupar su puesto de límite y garantía dentro del Derecho penal; expresa valores que la sociedad ha asumido como valiosos para su sistema de convivencia, las necesidades básicas de la persona y los procesos de relación social, de instituciones, sistemas y de su participación.

El delito de Estafa, es una defraudación que a pesar de la pluralidad de bienes jurídicos que afecta, no puede extenderse a conductas cuyo objeto es salvaguardar el buen desempeño de las funciones administrativas, o la fe pública, a pesar de caracterizarse por el empleo de medios falsos o fraudulentos.

Con las pruebas falsas aportadas a un proceso, con el objetivo de producir un error en el actuar del juez y obtener un desplazamiento patrimonial ilegítimo se lesiona el buen desempeño de las funciones judiciales y la fe pública, según sea el medio empleado por el sujeto activo para su comisión. Estos son los bienes jurídicos de importancia y significación social de interés para el Derecho.

Mientras en el fraude civil, como vicio de la voluntad, además del error y la amenaza, es todo artificio o engaño por el cual se induce a una persona a otorgar un acto jurídico que de otro modo no habría consentido o lo habría hecho en distintas condiciones. El Código Civil de Cuba, precisa que son anulables, los actos jurídicos en los que la manifestación de la voluntad está viciada por la Ley.

El bien jurídico que se lesiona con el fraude o engaño en el acto jurídico de naturaleza civil, es la buena fe de los que intervienen. Conforme con el principio de intervención mínima, el Derecho penal debe interesarse, de forma exclusiva por los casos de agresiones más graves a los bienes jurídicos de mayor importancia.

El Estado en el ejercicio de la tarea de protección del orden social, por el rigor del medio de coerción empleado, cumple su función tutelar configurando como delito, solo el ataque o amenaza a los bienes jurídicos más necesitados de protección penal; pues la reparación del daño causado, si es posible obtenerse por medio de sanciones no penales, su empleo es injustificado, excesivo o ineficaz.

El Derecho cubano acierta al regular los actos procesales falaces, previendo tipos penales cuyo bien jurídico amenazado es la jurisdicción y la fe pública. De esta forma se garantiza un proceso transparente en el cual, el juez llegue a la convicción de los hechos, basado en la valoración de pruebas fidedignas. La justicia es más certera, cuando se llega a esta por medios íntegros.

La veracidad y completitud de los actos de inicio o desarrollo del proceso son esenciales. Entre estos, la prueba aportada al proceso, resalta por su importancia, en tanto está dirigida al juez, a quien le corresponde realizar su valoración. Es la actividad procesal determinante del objeto del proceso, cuyo fin es establecer si los datos fácticos obtenidos de su práctica poseen entidad y cualidad suficiente para permitirle al órgano judicial certeza plena sobre el objeto de pretensión del proceso.

## **Conclusiones**

La buena fe procesal se presume. Son las circunstancias objetivas del caso las que sirven para determinar si hay mala fe en la actuación concreta. Las partes en el proceso, al ajustar su conducta a criterios de rectitud y honradez socialmente exigibles, tienen la obligación de aportar los medios de prueba precisos para cumplir con los requerimientos que demanda la colaboración con la justicia. Lo cual no representa que se anteponga a la seguridad jurídica.

La Estafa cometida durante un proceso, valiéndose de un ardid o engaño, consistente en los medios de prueba aportados y produciendo un error en el actuar del juez, que lo determinan a dictar sentencia contra una tercera persona en perjuicio de su patrimonio, en el Derecho Penal cubano no concurre.

En los medios de pruebas falaces aportados a un proceso, con el objetivo de producir un error en el actuar del juez, no se obtiene un desplazamiento patrimonial de la persona sujeto pasivo del delito, sino que, a través del engaño, se lesiona el buen desempeño de las funciones administrativas, que resultan valiosas para la sociedad y la fe pública.

## **Bibliografía**

- Ampuero, H. (2008). No hay buena fe sin interés, la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración. *Revista de Derecho versión on line* , 151-182.
- Bodes Torres, J. (2002). *Principios del Proceso Penal*. La Habana: Félix Varela.
- Cipriani, F. (2003). El abogado y la verdad. *Revista del Poder Judicial* , 176.
- Creus, C. (1998). *Derecho Penal Parte Especial*. Argentina: ASTREA.
- Cuello Calón, E. (1952). *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- De la Cruz Ochoa, R. (2003). *Derecho Penal Especial*. La Habana: Félix Varela.
- Díaz Pinillo, M. (2002). *Temas para el estudio del Derecho procesal Penal*. La Habana: Félix Varela.
- Gimeno Sendra, V. (2007). Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista Jurídica española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* , 1893.
- Goite Pierre, M. (2003). *Derecho Penal Especial*. La Habana: Félix Varela.
- Grillo Longoria, J. A. (1982). *Los delitos en especie*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Jiménez, S. (2003). La buena fe, perspectiva doctrinal, legal y jurisprudencial, Examen del artículo 247 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* , 1562.
- Mendoza Díaz, J. (2002). *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. La Habana: Félix Varela.
- Navarro, F. (2004). El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia. *Boletín Jurisprudencia* .
- Pessina, E. (1956). *Elementos del delito*. Bogotá: Temis.
- Picardi, N. (1998). Il principio del contraddittorio. *Revista de Derecho Procesal* , 680.
- Puig Peña, F. (1955). Derecho Penal. *Revista de derecho Privado* , 191.
- Quintero Olivares, G. (1999). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Navarra: Arazandi.
- Quirós Pérez, R. (2005). *Manual de Derecho Penal*. La Habana: Félix Varela.
- Rivero García, D. (2003). *Derecho Penal Especial*. La Habana: Félix Varela.
- Scarselli, G. (1998). Lealtà e probità degli atti processuali. *Revista Trimestral de derecho y Procedimiento Civil* , 114.

## **Título: LA DIFERENCIA ENTRE EL DOLO CIVIL COMO VICIO DE LA VOLUNTAD Y EL DELITO DE ESTAFA EN EL DERECHO CUBANO.**

**Autora:** Esp. Yoruanys Suárez Tejera.

MSc. Silvia Zamora Martell.

**Resumen:** Desde la antigua Roma, se confunde la defraudación caracterizada por la astucia con la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar a otro. La doctrina y la jurisprudencia no coinciden en sus criterios, existiendo diversidad de posiciones. Es propósito de esta investigación, determinar los fundamentos teóricos que permitan establecer la diferencia entre el Dolo Civil, como vicio de la voluntad en la concertación de negocios jurídicos, y el delito de Estafa. Se caracteriza brevemente el Dolo Civil y el delito de Estafa, analizando además las distintas concepciones existentes que pretenden solucionar la problemática en torno a los elementos distintivos entre ambos.

**Palabras claves:** Dolo, civil, Estafa, vicio, voluntad, negocio, jurídico, delito, ardid, engaño, error y perjuicio.

### **1. Introducción.**

En la antigua Roma, donde los grandes jurisconsultos brillaron por su capacidad creadora de nuevas instituciones, la única falsedad castigada parece haber sido la del testimonio, pues ninguna otra forma es mencionada por las Doce Tablas.<sup>1</sup>

La Lex Cornelia de Falsis,<sup>2</sup> fue la precursora en la incriminación de los fraudes al reprimir las falsedades en los testamentos y las monedas. Correspondía entonces al Pretor, determinar cuándo un hecho fraudulento debía ser reprimido penalmente; pues se equiparaba confundiendo la defraudación caracterizada por la astucia, con la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar a otro.

Retrotrayendo al origen de estas instituciones, se aprecia que los aludidos jurisconsultos romanos no llegaron a construir una teoría general, ni siquiera una expresión que sirviera para designar concretamente el dolo civil. Sin embargo, aprovechándose las reglas y conceptos formulados en torno al negocio jurídico, se comienza a prever el término en los cuerpos legislativos del Derecho Romano naciente. (Clemente, 1989)

En el siglo XII se forma el *Corpus Iuris Civilis* o Cuerpo del Derecho Civil. La obra en cuestión, que se calculó demoraría 10 años, fue lograda en solo tres, pues en diciembre del año 533, por la Constitución Tanta, se promulgó con el nombre de Digesto o Pandectas, como ley del Imperio y bajo la prohibición de hacerle cualquier tipo de comentario, con el propósito de evitar confusiones en su interpretación. (Autores, 2004)

En la ley 1 párrafo 2 del título 3 del libro IV del Digesto se define por primera vez el Dolo Civil como vicio que afecta la declaración voluntaria para la constitución del contrato o negocio jurídico. A pesar de ser comprendida en dicho texto, el Derecho Romano primitivo no le daba importancia al dolo, considerándose que el individuo que consentía quedaba obligado. (Clemente, 1989)

Es a fines de la República cuando el derecho alcanza gran esplendor y se llega a considerar que la ley no puede amparar las maquinaciones maliciosas orientadas a engañar, al ser necesario defender a las víctimas de las mismas, pues la buena fe ha de imperar siempre en las transacciones humanas. (Clemente, 1989)

En cuanto a los efectos del Dolo Civil y los remedios para resolverlos, desde ese entonces se anunciaba que no determinaba la nulidad del acto, solo lo hacía anulable. En principio el acto produce todos sus efectos, pero la parte perjudicada tenía el derecho de pedir su nulidad por causa de dolo; si no lo solicitaba, el acto seguía siendo válido.

Fue CAYO AQUILIO GAYO pretor, quien instituyó la acción del dolo, introduciendo la técnica del dolo malo, haciendo de esas astucias y maquinaciones un vicio de la voluntad. La fórmula de dolo resultó de gran importancia en los primeros tiempos del Derecho Romano. La misma consistía en insertar en los

---

<sup>1</sup>La primera ley escrita en Roma fue la Ley de las Doce Tabas (*Lex Duodecim Tabularum*), obra de dos colegios sucesivos de diez miembros (*Decemviri legibus scribundis consulari potestate*). El texto íntegro de la Ley no ha llegado hasta la actualidad y sólo se la conoce fragmentariamente a través de citas y referencias de autores tardíos. Se trata de un texto muy simple, expresiones imperativas de gran rudeza. Se admite la ley del talión y la pena de muerte para el ladrón de mieses. Redactadas entre 451 y 449 a.C., no fueron derogadas hasta Justiniano, aunque estaban en desuso desde mucho antes. A partir de la Ley de las Doce Tabas, el *fas* (lo lícito) y el *ius* (lo justo) se disocian y el Derecho comienza un proceso de secularización.

<sup>2</sup>Promulgada por Lucio Cornelio Sila en el año 78 antes de Cristo. Fue uno de los más notables políticos y militares romanos de la antigua república romana. Cónsul en los años 88 a. C. y 80 a. C. y dictador entre los años 81 a. C. y 80 a. C.

convenios una cláusula por la cual se comprometían ambas partes a no usar el dolo en su transacción. (Clemente, 1989)

Entre tanto, el crimen *stellionatus*<sup>3</sup> constituye el precedente del concepto moderno de la Estafa. El mismo es un término empleado para calificar los actos cometidos en perjuicio del patrimonio de otro, distinguiendo una diversidad de conductas que lesionaban la propiedad y se fusionaban con la falsedad y algunos hechos graves del *furtum*.<sup>4</sup> En la antigua Roma, durante mucho tiempo este ilícito fue confundido con la falsedad; comprendía algunas formas expresamente definidas consistentes en: empeñar, vender, permutar, dar en pago una cosa ya obligada haciendo creer que se trataba de cosa libre al acreedor, comprador o permutante; sustituir mercaderías vendidas entregando distintas o hacerlas desaparecer, entre otras. (Soler, 1992)

A finales del siglo XVIII comienza a establecerse la distinción entre falsedad y Estafa, abarcando todos los supuestos defraudatorios en perjuicio de terceros y enriquecimiento propio. (de la Cruz Ochoa, 2001) Los juristas romanos no los definieron, pues estimaban imposible particularizarlo. Correspondía al Pretor determinar cuándo un hecho debía ser reprimido penalmente, decisiones que YUBERO CANEPA, valoró de meritorias por contribuir a establecer las conductas constitutivas de estelionatos. (Yubero Canepa)

Actualmente continúa confundiéndose la defraudación caracterizada por la astucia con la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar a otro. La doctrina y la jurisprudencia no coinciden en sus criterios, existiendo diversidad de posiciones. Es propósito de esta investigación, determinar los fundamentos teóricos que permitan establecer la diferencia entre el Dolo Civil como vicio de la voluntad en la concertación de negocios jurídicos y el delito de Estafa.

## 2. Caracterización del Dolo Civil como vicio de la voluntad.

En el Derecho Civil se emplea indistintamente la expresión dolo como deliberado incumplimiento de obligaciones y como despliegue fraudulento de medios engañosos. Para este análisis, es de interés el dolo civil como vicio de la voluntad, entendiendo por este "...todo artificio, engaño o fraude por el cual se induce a una persona a otorgar un negocio jurídico que de otro modo no habría consentido o lo habría hecho en distintas condiciones." (Clemente, 1989)

Los vicios de la voluntad implican que el consentimiento sea anormalmente formado, bajo la influencia de causas que han hecho se formase una voluntad distinta de la que hubiere sido la verdadera voluntad del sujeto. Dichos vicios representan la anulabilidad del acto jurídico constituido cuando influyen decisivamente en la formalización del mismo; ausencia de buena fe, su objetivo es falsear, adulterar, anular la voluntad y alcanzar propósitos deseados comprometiendo la eficacia del contrato. La voluntad de la otra parte queda excluida cuando el consentimiento está viciado. Es una acción ejecutada intencionalmente.

Según OJEDA, se aprecia Dolo "...cuando existe una persona que se vale de artificios o engaños para inducir a otra a otorgar su voluntad para la realización de un negocio que de otra forma no hubiera efectuado." Refiere además, que el Código Civil cubano prefiere denominarlo fraude, considerando que está presente, según lo preceptuado por el artículo 71, cuando una parte infunde a la otra una falsa creencia, o la confirma en ella, a fin de que emita una manifestación de voluntad que en otras circunstancias no habría hecho. (Ojeda Rodríguez, 2001)

La forma en que aparece redactado el precepto permite englobar en este además de la acción de inducir la falsa creencia, la confirmación de ella en el otro sujeto, forma de actuar que es común y que históricamente había escapado a la configuración del dolo. (Ojeda Rodríguez, 2001)

GARCÍA MORENCOS coincide con PLANIOL, quien estima que el Dolo Civil constituye las maniobras practicadas por una de las partes para engañar o sorprender a la otra y conducirlo por ese medio a consentir un contrato o cualquier otro acto jurídico. Mientras VÉLEZ SARFSEFIELD, considera que es dolo la acción realizada para conseguir la ejecución de un acto cuando es falso o disimula lo verdadero; es decir, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin. (Clemente, 1989)

El Dolo Civil es la estratagema empleada por una persona con el propósito de engañar a otra y determinarla a otorgar un acto jurídico. Es un factor perturbador de la voluntad jurídica que afecta la función cognoscitiva del sujeto y por tanto, distorsiona su voluntad interna.

---

<sup>3</sup>El vocablo *stellionatus*, deriva de *stellio* y *onis* con que se designaba al estelión o salamanqueza. Ver Delito de Estafa en la República Dominicana. Tomado de: <http://www.geocities.com/CapitolHill/Senate/8569/estafa3.html>, 17 de septiembre del 2009.

<sup>4</sup>Término empleado por Justiniano y Gayo aludiendo al hurto y el robo. Ver SANTAPAU PASTOR Carmen. Prácticas ilegítimas contra las propiedades rústicas en época romana (II): *Immitere in alienum, furtum, damnum iniuria datum*. web:///portal/antigua/

### **3. Caracterización del Delito de Estafa.**

La diversidad de medios o formas que la Estafa puede presentar es una de las principales dificultades que se encuentran al caracterizarla. Según Antón ONECA, es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual se sufre un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero. (de la Cruz Ochoa, 2001)

Acorde con la calificación dada por GOITE PIERRE, la Estafa es "...un delito esencialmente intelectual, de naturaleza versátil, debido a los heterogéneos medios de los que se puede valer el sujeto activo para su comisión...", (Goite Pierre, 2003) todo lo cual favorece la obtención ilícita de bienes muebles e inmuebles y un sinnúmero de diversas ventajas, provechos, beneficios y lucros.

SOLER, (Soler, 1992) define este ilícito como la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardides de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido. El injusto puede describirse, en general, como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho actor pretende convertir en beneficio propio o de un tercero.

De acuerdo con lo planteado por TOCORA (Fernando Tocora, 2002) el delito estriba en que a través del engaño se obtenga un provecho ilícito, proporcionado por la propia víctima, quien obra movida por el error al que la ha inducido o mantenido el medio engañoso. Al respecto, este autor señala que es un delito de astucia, en que el agente suele fingir comportamientos y cualidades, por lo cual se le ha denominado delito proteico, por el dios marino que cambiaba de figura según su deseo, para librarse del acoso de las preguntas de quienes conocían su don profético.

En el Derecho Penal, el delito de Estafa es una defraudación. Se describe como el ardid o engaño empleado para inducir a error a la víctima determinándola a realizar o abstenerse de realizar un acto en detrimento de sus bienes o los de un tercero, con el propósito de obtener para sí o para otro, una ventaja o un beneficio ilegítimo.

El sujeto activo obra con ánimo de lucro. Es un delito, en que el agente activo actúa con inteligencia y astucia. El engaño es el elemento que lo distingue del resto de los injustos que atentan contra la propiedad.

### **4. Diversas concepciones sobre la distinción entre el Dolo Civil y el delito de Estafa.**

En ambos, las características son similares, adoptándose por la doctrina y la jurisprudencia variedad de criterios para establecer cuáles conductas son o no constitutivas de delito. La mayoría de las teorías pretenden para ello, determinar la diferencia entre el Dolo Civil y el Dolo Penal. Para ello, emplean como parámetro para distinguirlo la naturaleza del derecho violado, el ánimo que tuvo el delincuente al realizarla y la forma de la violación.

FERNÁNDEZ COCHESO, (Vicente Tejera, 1937) las congrega en tres agrupaciones: según la naturaleza del derecho violado, en la forma de la violación y de acuerdo al ánimo del delincuente al realizarla. Entre tanto, RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA (de la Cruz Ochoa, 2001) las clasifica en relación a la base sobre la cual se ha de definir, en concepciones objetivas, subjetivas y mixtas. Esta última sirve de base para el estudio del tema en la presente investigación, pero realizando la distinción entre el Dolo Civil y el delito de Estafa por considerar que es lo más atinado, conforme a las características de ambos, relacionadas con anterioridad.

#### **4.1. De las concepciones objetivas.**

Las concepciones objetivas, se fundamentan en la naturaleza del ataque o del bien lesionado y el modo de considerar el acto ilícito por el derecho, que deriva también en aspectos de política criminal.

Según estas concepciones, las soluciones al problema se basan en identificar elementos distintivos basados en los fenómenos o procesos ocurridos fuera de la conciencia del sujeto como consecuencia de la exteriorización de su voluntad, por medio de la cual se ocasiona un daño, real o potencial, a objetos protegidos por el Derecho Penal.

Entre las teorías que más adeptos ha sumado se encuentra la que establece que para dar vida penal al hecho de engañar para obtener ventajas, son necesarios actos exteriores de este engaño y no simples mentiras.<sup>5</sup> Ante la existencia de un engaño mínimo, siempre que este indujera a error al destinatario, ese engaño resultaría insuficiente, dada su nimiedad, para integrar el fraude penal, pero sí puede constituir un dolo civil.

---

<sup>5</sup>Teoría francesa, que tuvo su origen en una sentencia de casación de abril de 1862. Se hizo general en su país, pues la adoptaron todos los tribunales y tratadistas como BLANCHE, DORÍGUEZ, BERLET, expandiéndose por el mundo, incluyendo a CARRARA.

VICENTE TEJERA, la considera "...una aberración nacida de dos causas, una: el afán de teorizar y segunda: la contemplación del hecho materializado, que debía constituir el delito en un ente jurídico, pues sin las cualidades de hechos, según él, creían sus partidarios desaparecía su vida real, tangible, material, organizada." (Vicente Tejera, 1937)

No importa si el engaño es mayor o menor, lo cual es imposible determinar objetivamente, pues además de ser inmedible, varía conforme a la víctima y a las circunstancias concretas. Las simples mentiras pueden inducir a una persona a error, tanto como si estas fuesen engaños manifiestos, los que por demás, podrían causar más dudas en los destinatarios por ser evidentes, o si no lo fuesen.

Considerar la mentira verbal como una cosa natural, es fomentar la hipocresía y el engaño. Estimar que no existe defraudación cuando se emplea una mentira verbal, produce más daño que bien, pues es exaltar el derecho del engaño para despojar a otra persona de su patrimonio.

GOITE PIERRE, coincide con GONZÁLEZ RUS, para quien el ardid o engaño es el elemento diferenciador de la conducta de Estafa entendiendo como tal "...cualquier falta de verdad debida a la simulación entre lo que se piensa, se dice, y se hace creer, instigando a actuar al sujeto pasivo como al activo le conviene...". El engaño debe ser suficiente, pues la simple irrelevancia jurídica del comportamiento no puede dar lugar al delito. (Goite Pierre, 2003)

Esta posición resulta contradictoria, pues el dolo civil requiere de forma similar un engaño capaz de provocar error en su destinatario. El artificio debe ser idóneo para viciar la voluntad de la otra persona, para inducirla a otorgar un negocio jurídico que de otro modo no habría consentido o lo habría hecho en condiciones distintas. Se sobreentiende que si este no fuese tal, la persona, en consecuencia, no hubiese mostrado su conformidad con lo pactado.

La Escuela Toscana representada por GIULIANI, (Vicente Tejera, 1937) quien arguye que cuando los artificios son capaces de engañar a un diligente padre de familia, entonces existe delito, establece una especie de progresión en el fraude. Se asume que cuando alcanza ciertas proporciones de inmoralidad o gravedad surge la acción criminal, quedando para el fraude civil solamente ciertas formas menores y fácilmente vencibles por un sujeto medianamente atento a sus propios intereses.

Este sistema, para el Derecho Romano, tenía una razón de ser, ya que la acción por Estelionato no nació como acción penal; sino que fue el resultado de una serie de pronunciamientos referidos a situaciones no específicamente previstas, en las cuales la particular situación de las cosas exigiera una protección concedida al arbitrio del magistrado.

La aclaración de este tema para SEBASTIÁN SOLER no se alcanza por medio de estudios que tiendan a destacar determinadas formas de fraude sobre la base de su gravedad, para afirmar que hay delito cuando este sea grave y viceversa. La gravedad del fraude para él, no es un criterio constitutivo en sí mismo de ilicitud penal. Refiriéndose a las réplicas de IMPALLOMENI a las teorías fundadas sobre este tipo de bases, lo cuestiona por lo desacertado de considerar que no hay motivo alguno para restringir la tutela penal a los casos en que se venza la astucia del más inteligente o del más prudente. (Soler, 1992)

SOLER, establece la diferencia tomando como referencia el fraude civil y el fraude penal. Considera que son los elementos que se han de distinguir para determinar cuándo es al Derecho Penal al que le corresponde conocer de hechos caracterizados por el engaño en los que se defraude a la víctima, aprovechando el error en los que este incurre.

La distinción no puede establecerse sobre la base de reservar para la ley penal las formas más complicadas, rebuscadas y difíciles de vencer. Para la perpetración del delito basta un ardid omisivo consistente en callar, que es menos que ocultar y menos aún que disimular, o decir una simple mentira. Habría entonces que determinar cuándo el fraude posee mayor o menor gravedad.

Otra teoría es la señalada por MITTERMAYER, (Vicente Tejera, 1937) que consiste en estimar que hay Estafa solo cuando ejerce una coacción psicológica en las facultades discriminativas del agente pasivo. Esta puede manifestarse de dos maneras: cuando se emplea artificios con potencialidad de engañar a un hombre prudente, o cuando se emplean falacias capaces de inducir a error a un hombre también prudente. Alega además, que se comete Estafa, cuando la falacia burda se dirige contra víctimas de gran credibilidad o transidas de debilidad orgánica o constitucional.

El Derecho Penal no puede defender solo a los hombres listos y prudentes, sino con más razón, a los incautos o retardados mentalmente. La capacidad delictiva además, y el peligro por tanto de un criminal, se desarrolla lo mismo con una maquinación ingeniosa que con una burda, eso depende de sus facultades intelectuales y de una u otra manera posee el insano deseo de lucrar en detrimento de otro. "...La ley debe también tutela penal al patrimonio del pobre de espíritu." (Soler, 1992)

Esta teoría resulta equívoca ya que declara impune la Estafa cometida contra el ingenuo y la de poco monto. Una de las características más destacadas del estafador consiste en saber seleccionar cuidadosamente a la víctima, de manera que los ardidés desplegados estén en la medida exacta del destinatario. Es diferente estafar a una persona medianamente preparada, con cierto nivel cognoscitivo



que vive en la ciudad, que a un analfabeto del campo, si se le propone la venta de un artículo a cambio de un precio que sobrepasa el valor del mismo por sus características.

IMPALLOMENI, (Vicente Tejera, 1937) sienta una teoría extraña, que desecha después. Para este autor, en el dolo penal, el engaño tiene que recaer sobre la existencia o sobre la identidad de la cosa. En cuanto al Dolo Civil, el engaño se dirige según este criterio, sobre las cualidades accesorias de la referida cosa. No corresponde tal deducción en materia penal. Si el engaño y la defraudación se presentan de manera palmaria, da lo mismo a los efectos de la intención criminosa, que recaiga en uno o en otro caso.

CICCI (Vicente Tejera, 1937) ve la diferencia en que el delito penal lesiona al interés social y al derecho, mientras que el delito civil, lesiona al interés individual. Teoría esta que resulta errónea, pues no puede concebirse un delito civil, pues todo delito por el solo hecho de ser tal lesiona el interés general. Teoría análoga expone SALEILLES, (Vicente Tejera, 1937) pues dice que lo ilícito civil surge de la violación de un interés privado y lo ilícito penal de la violación de un interés público.

Entre tanto, PUGLIA (Vicente Tejera, 1937) funda la diferencia entre el Dolo Civil y el Dolo Penal en un hecho posterior a la concepción del delito y a su realización. La ve en el caso en que el daño pueda o no ser reparado, siendo civil, cuando es reparable y siendo penal cuando no lo es. Es una distinción insólita, pues no tiene en cuenta la intención del culpable, que es precisamente el punto de toque de la integración del delito.

El delito se distingue de la trasgresión civil, según ROCCO en que existe y en lo civil no, un peligro social mediato o inmediato. Teoría que fue formulada por BRUSA al ver en el daño criminal una perturbación a la tranquilidad social; y que tampoco es de aceptarse, porque solo contempla el efecto del hecho sin tener en cuenta para nada la intención del que realiza la acción vituperable. FROSALI la combate. Para ello se funda en que la habitualidad en la realización de los actos que engendran el Dolo Civil, producen peligro y alarma social, con igual intensidad que la realización de delitos de naturaleza patrimonial.<sup>6</sup>

El resultado de un ilícito se ha de comprender como modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, distinta y separada del estricto comportamiento humano, aun cuando se origina como causal de este y comprende la ofensa al bien jurídico penalmente protegido. En las anteriores teorías, se intenta distinguir elementos basados en argumentos insustanciales, pues el resultado tanto en el Dolo Civil como en la Estafa es similar.

MASUCCI funda la distinción en la naturaleza del daño, es decir, considera que es criminal cuando este es público, y civil cuando es privado. FERRI casi la apoya, pues dice que hay Dolo Penal cuando debe sancionarse por seguridad pública. El daño o peligro público, de acuerdo con FLORIÁN, es más vasto y más intenso que lo ilícito civil, coincidiendo con GRISPIGNI. Pero todo daño al patrimonio privado de un ciudadano, realizado por medio de la burla de su buena fe, encierra un daño público que es la zozobra. La alarma que produce con la presencia del delincuente, que hace pensar a los demás que pueden ser víctimas de actos semejantes. Lo que da el carácter de público al delito es la perturbación social que produce, pues todo delito es público por el daño que produce. (Vicente Tejera, 1937)

El Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Penal, de similar forma le atribuye mayor relevancia jurídica a la naturaleza del ataque o del bien lesionado. Muestra de ello, son las sentencias dictadas correspondientes a los números 3004 de 7 de julio de 2005, 4224 de 22 de septiembre de 2005, 4433 de 4 de octubre de 2005, 4653 de 19 de octubre de 2005 y 3160 de 16 de junio de 1998. En la última se consigna que "...no se plasman acciones antijurídicas en las que se reúnan los elementos típicos del delito de Estafa calificado, pues falta el ardid o engaño que indujo a error a la víctima, quien tenía plena conciencia del carácter ilegal de la transacción por la que él mismo se interesó, la que por sus características específicas en el caso, no fue otra cosa que un negocio entre partes y si de ese acto derivó después cualquier incumplimiento, disconformidad o litis con relación al bien objeto del pacto, no puede asociarse que se haya utilizado un engaño con suficiente entidad para integrar el tipo delictivo calificado, ni otro ilícito penal..."

Es delito para RONUCCI, (Vicente Tejera, 1937) el hecho voluntario que la ley sanciona, reprimiendo como violación de un deber hacia el estado en el aspecto unitario o de conjunto de sus funciones. Para este autor los otros actos ilícitos son hechos que la ley sanciona como violación de un deber hacia el estado en una de sus particulares funciones.

GRISPIGNI (Vicente Tejera, 1937) lo objeta al alegar que tal teoría no debe aceptarse puesto que los delitos contra la administración de justicia van contra una particular función del Estado y no puede dejar por ello de considerarse como delito. Entonces los delitos cometidos contra la administración pública en general casi ninguno se refiere al conjunto, sino actividades determinadas del Estado, no serían punibles; y por

---

<sup>6</sup>En el análisis realizado sobre el tema, VICENTE TEJERA cita a varios autores y explica sus criterios respecto a las distintas teorías planteadas por estos para distinguir el Dolo Civil del Dolo Penal. Vid. VICENTE TEJERA, Diego. Ibidem.

otra parte dejarían de ser delitos todos los hechos que atacan a las personas, al honor a la libertad, al patrimonio.

VENEZIAN funda la distinción en la necesidad de la sanción, oponiéndose FLORIAN y LONGHI. (Vicente Tejera, 1937) Lo cual es inaceptable, pues es imposible determinar cuándo estima necesario sancionar el Estado. Es cierto que siempre que se lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de interés para el Derecho Penal, corresponde aplicar una pena por el delito cometido. Sin embargo, tanto en el Dolo Civil como en la Estafa, se atenta contra el patrimonio y la buena fe de las personas. Entonces, ¿cómo determinar cuándo se debe sancionar y cuándo no?

Si con el acto se lesiona un derecho subjetivo, de conformidad con lo explicado por UNGER, (Vicente Tejera, 1937) surge lo ilícito civil, pero cuando se viola un derecho objetivo nace lo ilícito penal. Esta teoría es un remedo de la anterior, es imposible vulnerar un derecho subjetivo sin que en el propio acto se lesione lo objetivo que el derecho tiene. Es por tanto absurda pues además, el dolo que es un elemento intencional del delito, no puede ser calificado por la naturaleza del derecho lesionado, el hecho puede servir para inferir, pero no para dar vida a un elemento imprescindible.

Las concepciones objetivas no logran aclarar los fundamentos teóricos para determinar la distinción entre el Dolo Civil y el delito de Estafa. En estas, los argumentos son endeble.

#### **4.2. De las concepciones subjetivas.**

Entre las concepciones subjetivas se agrupan aquellas cuyo elemento principal se basa en la voluntad del autor del hecho. Es decir, las constituidas por una formación psicológica compleja y global, compuesta por la finalidad y la culpabilidad. Considerando la culpabilidad como el elemento imprescindible de la parte subjetiva de todo delito y la finalidad, en calidad de elemento constitutivo o de circunstancia cualificativa.

En tal sentido, acertada es la posición de DEL VECCHIO, (Vicente Tejera, 1937) para quien el dolo es “la voluntad en la acción o en la omisión que presupone la conciencia de lo ilícito.” De acuerdo con esto, si la ilicitud fue concebida por el agente comisor, cómo un hecho posterior va alterar el momento inicial de la acción u omisión, tal y como arguye además.

El dolo penal es saber y querer. Tanto el aspecto intelectual como el volitivo constituyen una unidad que se materializa en el acto realizado. El momento intelectual del dolo se refiere a todo lo que el sujeto debe conocer o prever, respecto al delito de que se trate, para responder por él dolosamente.

En este sentido, ha tenido particular influencia la exposición de CHAUVEAU, según el cual existirían dos especies de dolo. El Dolo Civil se caracterizaría por maniobras y ardides "reprochables, sin duda, en sí mismos; pero empleados más bien con el propósito de servir los intereses de quien hace uso de ellos que con miras de dañar a otro". (Soler, 1992)

De acuerdo con esto, se comprende entonces, que el Dolo Penal y el Dolo Civil no representan lo mismo. El primero, aun y cuando se asemeja al segundo en ser intelectual y volitivo, en sí mismo, no constituye ardid. Existen delitos cuya conducta no se caracteriza por ser engañosa y sin embargo son cometidas dolosamente. Causa por la cual en la presente investigación no se pretende distinguir el Dolo Civil del Dolo Penal.

CHAUVEAU conjuntamente con HELLIE, estiman como Dolo Civil, el propósito de obtener un lucro, y como Dolo Penal el ánimo de causar un daño. Teoría errónea e inaceptable. Es insustancial, pues dónde hay una Estafa sin ánimo de lucro, y que sin este no produzca un daño material. Esta teoría tiene como defensor a STAHL, quien establece la diferenciación de lo ilícito civil y lo ilícito penal, por la consideración del ánimo que mueve al autor de la infracción.<sup>7</sup>

La finalidad consiste en el impulso consciente, originado en la psiquis del sujeto actuante, que le induce a la materialización de la idea concreta acerca del resultado ilícito cuya obtención se propone aquel, determinante de la dirección del acto delictivo. Visto de esta forma, tanto el Dolo Civil como el delito de Estafa, tienen como ánimo el lucro.

Diego VICENTE TEJERA estima que el Dolo Penal es el elemento subjetivo del delito, siendo discordante, pues al final concluye estableciendo la diferencia entre este y el Dolo Civil equiparando a ambos; cuando el segundo, constituye además, artificio. Resuelve el problema, alegando que "...la idea criminoso tiene, aunque sea por corto intervalo de tiempo, que preceder a la acción y en este caso el que contrata con otro con la sola idea de obtener un beneficio por la falacia que usa, está cometiendo un delito y por consiguiente su dolo es un dolo penal." (Vicente Tejera, 1937)

Para la sala de lo penal del Tribunal Supremo de Cuba, según la mayor parte de las sentencias dictadas, existe delito, es decir, Estafa, si desde el inicio el agente comisor actuó con ánimo de incumplir. Requiere un antecedente, de modo que sea inequívoca la intención de despojar a la víctima de sus bienes, para

---

<sup>7</sup>Este análisis corresponde al realizado por VICENTE TEJERA sobre el tema en el cual cita a diversos autores según lo explicado anteriormente.

otorgarle un aspecto criminal.

Así lo muestran las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular correspondientes a los números 2287 de 3 de junio de 2005, 2477 de 2 de mayo de 2001, 2540 de 14 de julio de 2006, 293 de 15 de enero de 2004, 4051 de 7 de septiembre de 2004 y 3919 de 8 de septiembre de 2005. En la última se consigna "...Que aunque aparentemente los hechos probados estén en la frontera con un lícito civil, porque el bien objeto de la transacción en que recayó el engaño a la víctima cae dentro de aquellos que tienen regulaciones especiales en el ámbito administrativo, en realidad no es ese precisamente el aspecto determinante en el caso, hay otros puntos distintivos que lo enmarcan en uno de carácter penal.... Es incuestionable que ella fue engañada, hubo una actuación maliciosa en su perjuicio, el ardid empleado por el enjuiciado le daba la seguridad del éxito..."

Argumento desacertado en parte, pues de acuerdo con el concepto del Dolo Civil, el artificio que vicia la voluntad incurriendo en error la persona, es la causa de que se otorgue un negocio jurídico que de otro modo no lo habría consentido y por tanto, este siempre ha de ser anterior. No obstante, esta posición contribuirá a determinar la pretendida diferencia.

Los incumplimientos de los contratos jurídicos concertados entre las partes, posteriores a su concertación, producen sanciones civiles. Se resuelven estableciendo la correspondiente demanda ante el tribunal competente. Tendrá que ser anterior para considerarse delito. Sin embargo, el concepto de Dolo Civil, describe el ardid o engaño cometido con el propósito de acordar un negocio, el cual es previo y anterior. Motivo por el cual es reprobable tal teoría.

#### **4.3. De las concepciones mixtas.**

DE LA CRUZ OCHOA, adopta un criterio mixto. Para él, la relevancia penal ha de medirse objetiva y subjetivamente. Es decir, "...valorando la trascendencia del engaño por su modo de manifestarse y la forma que adopte en función de las circunstancias fácticas y personales del caso y víctima concretos." (de la Cruz Ochoa, 2001)

Posición contraria adopta GOITE, quien se afilia al criterio de ANTÓN ONECA, cuando señala que el problema se debe resolver por el concepto de tipicidad. Estos argumentos han sido tomados de forma similar por GONZÁLEZ RUS, para considerar que se resuelve cuando el tipo exige un engaño bastante o suficiente, según lo expresado en párrafos anteriores. (Goite Pierre, 2003)

Para estos autores no es relevante si se engaña o no a una persona más dotada que otra. Según este criterio basta que el artificio sea capaz de viciar su voluntad, entonces existirá Estafa. Continúa concediéndosele al engaño o ardid, el papel distintivo y de mayor importancia, sin que por su idoneidad deba alcanzar a los más aptos.

Pero de esta forma, la defraudación no será el resultado de una valoración arbitraria y puesta por el juez, de acuerdo con SEBASTIÁN, el cual deberá limitarse a buscar un tipo penal coincidente con el hecho imputado. Coincidiendo con el criterio de MANZINI, al que le atribuye significación, al tratar las teorías de la zona gris. Estas inducen fácilmente al error de creer que, no obstante la concurrencia de un determinado hecho de todos los requisitos esenciales del delito de Estafa, pueda considerarse, como mero fraude civil. (Soler, 1992)

En las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular correspondientes a los números 3279 de 22 de julio de 2005 y 3288 de 4 de septiembre de 2003, se aprecia cómo se adopta este criterio. En la última se consigna "...imputa hechos que, por revestir caracteres de delito, son de indiscutible conocimiento del tribunal de lo penal, el que en uso de sus atribuciones legales, pudo calificar como típica, antijurídica y punible la conducta del enjuiciado y reprimirla, porque cae bajo el imperio de la sanción de la ley penal, toda vez que la defraudación proviene de un acto jurídico incierto, engañoso y de mala fe, que constituye el ardid o engaño que exige el tipo penal calificado, no válido por tanto, desde el punto de vista del Derecho Civil; no se trata, pues en modo alguno, como sin razón sostiene el impugnante, de una cuestión civil, que debe ser dirimida en dicha jurisdicción."

Esta concepción obvia que el dolo civil, de forma similar, se caracteriza por contener elementos coincidentes con los del tipo penal del delito de Estafa. En ambos se requiere emplear un ardid o engaño suficientes, que induzca a error a su destinatario, el cual debido a ello obrará en detrimento de su patrimonio o en el de un tercero.

Entre tanto, TIRSO CLEMENTE, quien coincide con GUERRA LÓPEZ, estima que la diferencia se resuelve cuantitativamente. Según este autor, se ha de valorar la existencia de mayor perversión, pues cuando la voluntariedad de obtener un resultado dañoso es grande o grave, el dolo es penal. Se debe además, evaluar el bien jurídico lesionado, pues si está protegido por la norma penal, por ser de los bienes fundamentales de la vida, el dolo también es penal. (Clemente, 1989)

La perversión, al igual que la gravedad del engaño, resulta difícil establecerlo con elementos objetivos, por lo que tal tesis es insostenible. En cuanto a tratar de resolver el problema, de acuerdo con el bien jurídico lesionado, aun y cuando se trata de instituciones jurídicas que responden a ramas del derecho

diferentes, ambas como se dijo antes, dañan o ponen en peligro el patrimonio, vulnerando la buena fe de las partes que debe caracterizar todo acuerdo entre ellas.

#### **4.4. Los elementos que distinguen el Dolo Civil del delito de Estafa. Toma de posición.**

VICENTE TEJERA, (Vicente Tejera, 1937) opina que la doctrina se encuentra tendiente a buscar una distinción que no existe entre el Dolo Civil y el Dolo Penal. Establecer esta diferencia para este autor, parece querer conceptualizar en derecho buscando un límite que no se encontrará nunca.

La idea de considerar la defraudación como una figura genérica y supletoria, en forma semejante a la idea civilista del contrato innominado, según SEBASTIÁN ha llevado a plantear una serie de falsos problemas, de los cuales es característico el de distinguir el Dolo Civil del Dolo Penal. (Soler, 1992)

Estima además, que el Dolo Civil como vicio de la voluntad, se ha equiparado incorrectamente con el Dolo Penal. Para este autor, tal concepto no tiene nada en común con el dolo como forma o especie de culpabilidad, lo cual da lugar a trazar pretendidas distinciones entre el Dolo Civil y el Dolo Penal, al querer en ambos casos significar fraude, cuando no lo es, criterio que será adoptado en la investigación por coincidirse con el mismo, según lo analizado con anterioridad.

La teoría que se defiende en la investigación, tomando posición sobre los fundamentos teóricos que permiten establecer tal distinción, es mixta. Se basa en elementos objetivos y subjetivos. Es decir, en la conducta realizada y en el ánimo del sujeto activo.

Cuando el engaño se **limita exclusivamente** a inducir a otra persona a que otorgue un acuerdo entre partes, tendente a producir efectos jurídicos, con el propósito de lograr su consentimiento, existe dolo civil. Si el engaño, el cual ha de **ser anterior**, de modo que sea inequívoca la intención de despojar a la víctima de sus bienes, se **extiende** al cumplimiento del negocio jurídico, infringiendo con lo acordado por esta causa, existe delito de Estafa.

El objeto directo de la acción y el bien jurídico, objeto de la protección, son conceptos distintos pero relacionados de cierto modo. Tanto uno como el otro son objetos, tienen existencia en la realidad objetiva. Sin embargo, el objeto directo de la acción es el medio a través del cual se ataca o amenaza el bien jurídico. Por ello el objeto directo de la acción pertenece a la parte objetiva del delito, la cual aún cuando es objetiva no se identifica con el bien jurídico.

La parte objetiva se corresponde con la actuación del sujeto en una dirección determinada, o sea, en la de amenazar o atacar al bien jurídico. El bien jurídico, en cambio, no solo existe fuera de la conciencia y voluntad del sujeto, sino que es independiente a ella.

El objeto directo de la acción es el bien o persona contra la cual se dirige directamente la acción del sujeto. Solo algunas figuras delictivas exigen la concurrencia del objeto directo de la acción.

Si bien, en el Dolo Civil como en el delito de Estafa se lesiona o pone en peligro el patrimonio, así como la buena fe de las partes, el objeto es diferente, aunque el ánimo es de lucro. En el Dolo Civil, el ardid o engaño se dirige a obtener la concertación de un contrato limitándose el artificio a alcanzar ese acto. Entre tanto, en el delito de Estafa, la artimaña empleada se extiende al cumplimiento de lo acordado, habiéndose concebido desde un principio para lograr además la aprobación del acuerdo entre las partes. No se comprende una Estafa en la que no exista un acuerdo previo de las partes.

En el Dolo civil, es claro que el sujeto activo obra animado por el afán de lucro, pues esta se deduce del propósito que persigue. Concibe su plan con anterioridad a la ejecución de la conducta engañosa, cuyo propósito es la obtención por parte del destinatario de sus acciones, al que vicia su voluntad por el error en que incurre como consecuencia de lo anterior, para que acuerde un contrato que en circunstancias distintas no lo haría o de hacerlo sería de modo distinto. Como consecuencia de lo anterior, la víctima sufrirá un perjuicio patrimonial, pues de otro modo, esta no alegaría un fraude.

En el delito de Estafa no queda duda sobre el ánimo de lucro que motiva al sujeto activo a actuar. El mismo concibe igualmente con anterioridad la conducta engañosa que ejecutará, de ahí que el ilícito sea doloso. Logra inducir a error a la víctima valiéndose de los ardises ejecutados, la que obrará en su contra o de un tercero, a través del desplazamiento del patrimonio que realiza, previo un acuerdo que acepta por estar viciada su voluntad. En este supuesto, el ardid tiene como propósito lograr la concertación del negocio y extenderse además, al cumplimiento del mismo.

#### **5. Necesidad de un pronunciamiento uniforme del órgano judicial al momento de establecer cuáles conductas engañosas constituyen Dolo Civil o delito de Estafa.**

Como consecuencia de lo precedente, la variedad de criterios que el tribunal asume para determinar cuándo una conducta engañosa que determine a otra a obrar en detrimento de su patrimonio, constituye Dolo Civil o delito de Estafa, se inobserva el principio de legalidad como uno de los elementos básicos de todo Estado de Derecho que se vincula con el imperio de la ley.

Se encuentra íntimamente ligado al principio de seguridad jurídica, con el que comparte una misma finalidad y fundamento, siendo uno de sus aspectos esenciales el que todos, tanto los poderes públicos

como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, implicando para el Derecho Penal, la existencia de una ley que sea anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.

La ausencia de homogeneidad en los pronunciamientos del órgano judicial produce falta de certeza jurídica, lo cual impide la realización de la norma por otra. Como resultado del menoscabo en la ley penal y su aplicación, una función básica del Derecho Penal, la prevención de los delitos, se imposibilita, disminuyendo la efectividad de la lucha contra la delincuencia como prioridad del Estado, por su importancia social.

Para garantizar mayor coherencia, compatibilidad, responsabilidad, equidad y justicia en el amplio marco de los objetivos nacionales de desarrollo deben tenerse en cuenta los objetivos en la esfera de la legislación, la ejecución de la ley, el procedimiento judicial, el tratamiento del delincuente y la justicia de menores.

La correcta calificación del delito y determinación de sus elementos objetivos tiene importancia pues contribuye a la interpretación uniforme y coherente de la norma, a tenor del principio de legalidad,<sup>8</sup> el cual se halla previsto en el artículo 2 del Código Penal. En el orden procesal se aprecia en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Penal cuando dispone que no puede imponerse sanción sino de conformidad con las normas de procedimiento establecidas en la ley. Este principio tiene rango constitucional, por cuanto el artículo 59, primer párrafo de la Constitución establece que: “Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen.”

El Derecho Penal debe constituir la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, estando subordinado a la insuficiencia de los otros medios existentes, menos lesivos y restrictivos para el individuo. La subsidiariedad, es una exigencia político-criminal que debe ser afrontada por el legislador. Pues la reparación del daño causado, si es posible obtenerse por medio de sanciones no penales, su empleo es injustificado, excesivo o ineficaz. De acuerdo con HEGEL, (Hegel, 1985) la norma penal es violencia, coacción y su imposición certera es la que le preserva en su condición de tal.

## Conclusiones.

1. El Dolo Civil es la estratagema empleada por una persona con el propósito de engañar a otra y determinarla a otorgar un acto jurídico. Es un factor perturbador de la voluntad jurídica que afecta la función cognoscitiva del sujeto y por tanto, distorsiona su voluntad interna.
2. El delito de Estafa es una defraudación. Se describe como el ardid o engaño empleado para inducir a error a la víctima determinándola a realizar o abstenerse de realizar un acto en detrimento de sus bienes o los de un tercero con el propósito de obtener para sí o para otro, una ventaja o un beneficio ilegítimo.
3. Cuando el engaño se **limita exclusivamente** a inducir a otra persona a que otorgue un acuerdo entre partes, tendente a producir efectos jurídicos, con el propósito de lograr su consentimiento, existe dolo civil. Si el engaño, el cual ha de **ser anterior**, de modo que sea inequívoca la intención de despojar a la víctima de sus bienes, se **extiende** al cumplimiento del negocio jurídico, infringiendo con lo acordado por esta causa, existe delito de Estafa.

## Bibliografía

- Albaladejo, M. (1980). *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. Barcelona: Librería Bosch.
- Autores, C. d. (2005). *Derecho de Contratos, Teoría General de los Contratos*. La Habana: Félix Varela.
- Autores, C. d. (2004). *Manual de Historia General del Estado y el Derecho I*. La Habana: Félix Varela.
- Bajo Fernández, M. (s.f.). Tipos Agravados de Estafa. *Vlex*.
- Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, 26.
- Clemente, T. (1989). *Derecho Civil, Parte General*. La Habana: Pueblo y Educación.

---

<sup>8</sup>El Derecho Penal tiene un carácter estrictamente legalista, su única fuente es la ley. No existe delito o pena, si no está previsto con antelación por ella. Este principio fue formulado por el penalista alemán Anselmo FEUERBACH en el conocido aforismo “*nullum crimen nulla poena sine lege*” (no hay delito sin ley; no hay pena sin ley). De acuerdo a este principio, la ley es fuente exclusiva para establecer los delitos y las penas de tal manera que todo aquello que no está descrito en la ley como delito no puede ser castigado.

Cobo del Rosal, M. (1996). *Derecho Penal Español Parte Especial*. Madrid: Jurídicas y Sociales.

Cobo del Rosal, M. (1998). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Corbal Fernández, J. (1996). *Derecho de Obligaciones*. Madrid.

Creus, C. (1998). *Derecho Penal Especial*. Buenos Aires: Astrea.

Damianovich de Corredo, L. (2000). *Delitos contra la Propiedad*. Buenos Aires: Universidad.

de Castro y Bravo, F. (1991). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas.

de la Cruz Ochoa, R. (2001). El delito de Estafa. *Ediciones ONBC*.

Fernández Bulté, J. (2002). *Teoría del Estado y el Derecho, Teoría del Derecho*. La Habana: Félix Varela.

Fernando Tocora, L. (2002). *Derecho Penal Especial*. Colombia.

Goite Pierre, M. (2003). *Derecho Penal Especial*. La Habana: Félix Varela.

Hegel, G. W. (1985). *Filosofía del Derecho*. México.

Larenz, C. (1978). *Derecho Civil Parte General*. España: Revista de Derecho Privado.

Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del Derecho Penal. *Ius et Praxis*.

Montés Penadés, V. (s.f.). <http://vlex.com>. Recuperado el 18 de Diciembre de 2009

Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. y. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ojeda Rodríguez, N. (2001). *Teoría general del Contrato*. La Habana: Edición Computarizada.

Oneca, A. (1957). *Las Estafas y otros engaños*. Madrid.

Pairó, D. (1997). *Teoría General de las Obligaciones*. México: Talleres Gráficos de la dirección de Publicaciones y Materiales Educativos del Instituto Politécnico Nacional.

Pajares Jiménez, J. A. (2000). *Código Civil*. Madrid: Civitas.

Parejo Guzmán, J. (2002). *El vicio de la voluntad denominado dolo en el derecho civil español y en el derecho canónico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Penadés, M. (2008). La responsabilidad por dolo, la responsabilidad civil y su problemática actual. *Vlex*.

Peral Collado, D. (1984). *Obligaciones y contratos civiles*. La Habana: Pueblo y Educación.

Pérez Gallardo, L. (1999). *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*. La Habana: Félix Varela.

Quintero Olivares, G. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Madrid: Arazandi.

Quirós Pérez, R. (2002). *Manual de Derecho Penal*. La Habana: Félix Varela.

Rodrigo Bracia, I. (2007). La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del derecho de los contratos. *Ius et Praxis*.

Salinas Araneda, C. (1999). El error en las cualidades del otro cónyuge en la historia del Derecho Canónico. *Revista de estudios histórico-jurídicos*.

Schlack Muñoz, A. (2008). El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de Estafa. *Ius et Praxis*.

Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Argentina: Tipográfica Editora Argentina.

Valdés Díaz, C. (2002). *Derecho Civil Parte General*. La Habana: Félix Varela.

Vicente Tejera, D. (1937). *La Estafa*. La Habana: Editor Obispo.

Vives Antón, T. (1996). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vives Antón, T. (1996). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Yubero Canepa, J. (s.f.). [www.geocities.com](http://www.geocities.com). Recuperado el 23 de Julio de 2009

#### FUENTES LEGISLATIVAS.

1. Código Penal de Cuba de 1987.
2. Código Civil de Cuba vigente.
3. Decreto-Ley no. 175 de 17 de junio de 1997, Gaceta Oficial, extraordinaria no. 6, 26 de junio de 1997.

## **Título: LA ESTAFA POR MEDIOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO PENAL CUBANO.**

**Autora:** Esp. Yoruanys Suárez Tejera.

MSc. Silvia Zamora Martell.

### **Resumen**

Las nuevas tecnologías de la información implican una revolución que trastorna disímiles ámbitos de la cultura, entre ellos el jurídico. La Estafa cometida a través de medios informáticos responde a una dinámica comisiva nueva, fruto de los adelantos tecnológicos. La investigación trata la importancia de describir un tipo penal adaptado a una nueva forma de delincuencia, a pesar de que su elemento esencial, el engaño produciendo un error en el sujeto pasivo, no aparece.

**Palabras claves:** Defraudación, estafa, ardid, engaño, error, informática, manipulación, artificio y transferencia.

### **1. Introducción**

Las nuevas tecnologías de la información generan transformaciones en la sociedad. Es indudable que sus adelantos frugan una nueva época en la historia de la humanidad, al decir de Ruperto PINOCHET OLAVE, la de la “sociedad de la información.” (Pinochet Olave, 2001)<sup>1</sup>

La informática y las telecomunicaciones indistintamente facilitan el desarrollo de Internet, elemento más revelador de las nombrada “nuevas tecnologías de la información.” (Nuñez Jover, 2008)<sup>2</sup> La “informática entendida”<sup>3</sup> permite almacenar y alternar grandes cantidades de información, mientras las telecomunicaciones enlazan a personas situadas en lugares alejados entre sí, con sorprendente facilidad en breve tiempo.

Las nuevas tecnologías de la información o tecnologías de la comunicación, cuya implementación se realiza por medio de Internet, exhiben diversas modalidades: el correo electrónico, la *World Wide Web*, el *Chat*,<sup>4</sup> la Videoconferencia y la Telefonía.<sup>5</sup> Todas se ejecutan a través de computadores e implican una revolución que trastorna disímiles ámbitos de la cultura, entre ellos el jurídico.

LUCFA lo reafirma al expresar que “...se consolidan en nuestras sociedades post industrializadas, como un instrumento imprescindible para una gran parte de su actividad...” y continúa aseverando que “...su incidencia tiene que afectar, y afecta, a las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Incluido, por supuesto, el Derecho penal.” (Mariiv Pemro, 2000)

En Cuba, los avances alcanzados en los últimos años en la informatización de la sociedad con el incremento de tecnologías de la información y el envite orientado por el país para desarrollar programas que multipliquen dichos logros, requiere la adopción de medidas que garanticen un adecuado nivel de seguridad para su protección y ordenamiento, emitiéndose diversas normas jurídicas con tal intención.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup>LESMES, citado por PINOCHET OLAVE, prefiere denominarla sociedad del conocimiento, entendiéndola por “aquella en que los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información...” y “...actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública”.

<sup>2</sup>NUÑEZ JOVER, alerta sobre “...la evidencia de la centralidad del conocimiento que genera la proliferación de expresiones del tipo “sociedad del conocimiento y también sociedad de la información”.

<sup>3</sup>Andrés, citado por PINOCHET OLAVE, le atribuye a la informática y a las telecomunicaciones “...el desarrollo de *Internet*...” “...el elemento desencadenante que da inicio a la sociedad de la información.” Ibid Andrés, citado por PINOCHET OLAVE, define la informática entendida “como una red que une ordenadores de todo el mundo permitiendo el acceso a cualquiera de ellos.

<sup>4</sup>La *web*, la *red* o *www* de *World Wide Web*, es un medio de comunicación de texto, gráficos y otros objetos multimedia a través de *Internet*. Es un sistema de hipertexto que utiliza *Internet* como su mecanismo de transporte o como forma gráfica de explorarla. La *web* o *www* no son sinónimo de *Internet*. La *web* es un subconjunto de *Internet* que consiste en páginas a las que se puede acceder usando un navegador. *Internet* es la *red* de redes donde reside toda la información. Tanto el correo electrónico, como juegos, entre otros, son parte de *Internet*, pero no de la *Web*.

El *Chat*, conocido como cibercharla, designa una comunicación escrita realizada de manera instantánea a través de *Internet* entre dos o más personas.,

<sup>5</sup>CARRASCOSA POZO, Rodríguez, citado por PINOCHET OLAVE, se refiere a la existencia de un estudio realizado por la Organización Mundial del Comercio, “*Electronic Commerce and the Role of the WTO*”, de 1998, en el que se distingue seis tipos de instrumentos electrónicos de comercio: teléfono, fax, televisión, sistemas de pago electrónico, EDI e *Internet*, Ibid.

<sup>6</sup>La Resolución no.127, aprueba y pone en vigor el Reglamento de Seguridad para las tecnologías de la información, Ministerio de la informática y las telecomunicaciones, la Habana, 24 de julio de 2007.

Actualmente proliferan hechos punibles en los que la característica esencial para su comisión es el empleo de computadoras. Los medios de comunicación lo califican como “delitos modernos”, “delitos tecnológicos”, “delitos nuevos”. En general son agrupados dentro de los “delitos Informáticos”,<sup>7</sup> como los delitos de Espionaje y Sabotaje informático. (Huerta, 1996)

El bien jurídico protegido en estos delitos, es la calidad, integridad e idoneidad de la información incluida en un sistema automatizado donde se le trata, al igual que los productos resultantes de su operación. El actuar del sujeto activo está motivado por el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente la información contenida.

No obstante lo anterior, existe consenso en calificar los Delitos Informáticos como pluriofensivos (Huerta, 1996), por atentar contra diversos bienes jurídicos, tales como: la propiedad, la intimidad, entre otros.

Entonces, corresponde preguntarse si la introducción de datos falsos en operaciones que producen transferencias de dinero no consentidas, a través de medios computacionales, en detrimento del patrimonio de un tercero con ánimo de lucro, constituye un delito informático a pesar de la diversidad de bienes jurídicos que ataca.

Las conductas que se relacionan directamente con los derechos patrimoniales, aunque no tienen por base la sustracción, la doctrina y el derecho positivo cubano las denominan “Defraudaciones”. Se fundamentan en comportamientos apoyados directa o indirectamente en el engaño y en actuaciones fraudulentas. (Goite Pierre, 2003)

La Estafa es una defraudación caracterizada por la astucia que sustituye las formas violentas o agresivas por otros métodos. Es un delito esencialmente intelectual debido a su naturaleza variable, pues son infinitos los medios por los cuales puede producirse. (Goite Pierre, 2003)

En la práctica jurídica cubana el delito de Estafa, acorde con el criterio tratado por Mayda GOITE, “...se corporifica cuando el sujeto que es de carácter general en la figura básica, con el propósito de obtener para sí o para un tercero, una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo y empleando cualquier ardid o engaño que induzca a error a la víctima, la determine a realizar o abstenerse de realizar un acto en detrimento de sus bienes o de un tercero.” (Goite Pierre, 2003)

La Estafa, a pesar de identificarse como un delito proteico (Fernando Tocora, 2002), asociado al dios marino que cambiaba de figura según su deseo, para librarse del acoso de las preguntas de quienes conocían su don profético, se caracteriza por sus variadas formas de aparición y posibilidades de comisión. Determinada por los diversos tipos de engaños presumibles por el hombre, corresponde precisar si la acción de valerse de una manipulación informática o artificio semejante forma parte del ilícito penal, al ejecutarse a través del empleo de medios electrónicos y de cómputo.

## **2. La Estafa informática.**

La extensión del comercio a través de medios electrónicos, advierten GERARDO y PEREIRA, ha llevado a la creación de nuevos tipos penales que criminalizan la obtención indebida de beneficios utilizando tecnologías de la información, o adecuando los existentes, tratando de resolver lagunas en la legislación tradicional. (Gerardo gabaldón, 2008)

La denominada “Estafa informática” (Muñoz Cuesta) surge para cubrir un vacío en las defraudaciones, siendo imposible circunscribir determinadas conductas en la Estafa tradicional y en otras conductas delictivas. Al decir de MUÑOZ CUESTA la Estafa Informática responde a una dinámica comisiva nueva, fruto de los adelantos tecnológicos, que supone una renovación del Derecho penal clásico, resultando imprescindible la descripción de un tipo penal adaptado a una forma de delincuencia impensable hace tiempo atrás. (Muñoz Cuesta)

Esta figura constituye un progreso en la lucha por la protección del patrimonio, apreciando CHOCLAN MONTALVO, (Muñoz Cuesta) que supone una reforma del derecho punitivo clásico, formando parte de una evolución penal imprescindible ante los nuevos riesgos que generan los adelantos sociales.

Sin embargo MUÑOZ CONDE (Muñoz Cuesta) opina que existe una conducta análoga o similar al engaño que motiva el empobrecimiento de otra persona, creado de manera intencional. Estima que no es un tipo de Estafa, sino un fraude que produce un perjuicio económico.

---

<sup>7</sup>TELLEZ VALDEZ, citado por BELTRAMONE, HERRERA BRAVO y ZABALE, exponen en Nociones básicas sobre Delitos Informáticos, en el X Congreso Latinoamericano y II Iberoamericano de Derecho Penal, celebrado en la Universidad de Chile en agosto del 1998, que consideran la novedad, variedad y complejidad del fenómeno, definiéndolo desde dos ópticas: una la de considerar como delitos informáticos, “las actitudes ilícitas en que se tiene al computador como instrumento o fin”; y la otra consiste “en las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tiene a las computadoras como medio o fin.”



Al respecto prevalecen criterios discordantes. Por una parte los que estiman que el concepto general de Estafa no constituye un modelo interpretativo, por ser ajena al engaño y al error. El Código Penal cubano es representativo de esta corriente, el cual en el artículo 334 regula el delito de Estafa, aun y cuando prevé diversas modalidades delictivas, no incluye la cometida a través del empleo de medios electrónicos y de cómputo.

Inversamente, otra línea de pensamiento señala la cercanía y parentesco de la Estafa electrónica con su precedente, la modalidad convencional, a pesar de las diferencias. En tal sentido se alinean quienes conciben que los elementos de la Estafa informática constituyen los de la Estafa genérica. Consiste en una acomodación legislativa de los requerimientos que incorpora la Estafa informática, en el marco de la dogmática y criterios interpretativos propios del ilícito.

Actualmente diversos países muestran en sus normas penales transformaciones e incluyen la modalidad delictiva, cometida por medios computacionales o electrónicos. El actual Código Penal Español, regula en el artículo 248 primer párrafo, el concepto tradicional de Estafa, y en el segundo introduce por primera vez todas aquellas conductas defraudatorias llevadas a cabo mediante manipulaciones informáticas o Estafas informáticas. Esto se debe a la negativa de los Tribunales, con anterioridad a su promulgación, de admitir la apreciación de la Estafa convencional como resultado de la concepción interpersonal del engaño por ellos defendida. (Javato Martín, 2008)

En tanto el Código Penal de Paraguay en el Artículo 187 regula la figura básica de la Estafa previendo en el artículo 188 la comisión del ilícito a través de operaciones fraudulentas por computadora con la intención de obtener para sí o para otro un beneficio patrimonial indebido, influyendo sobre el resultado de un procesamiento de datos mediante programación falsa; utilización de datos falsos o incompletos; utilización indebida de datos; u otras influencias indebidas sobre el procesamiento, y con ello, perjudicará el patrimonio de otro, castigando con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

Mientras el Código Penal de El Salvador en su artículo 215 regula el delito de Estafa y en el artículo 216, prevé diferentes figuras agravadas sancionando con prisión de cinco a ocho años, conforme al apartado 5 la realizada a través de manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos.

La legislación Alemana, una de las pioneras en Europa, tipifica la Estafa informática como cualquier interferencia en códigos, instrucciones y programas que produce un perjuicio económico mediante la sustitución de la conducta del titular del derecho y no como cesión directa de dicho titular al defraudador, como requiere el tipo básico de Estafa. (Gerardo Gabaldón, 2008)

Tales regulaciones permiten incluir en la tipicidad de la Estafa los supuestos cometidos mediante una manipulación informática o artificio semejante en los que se efectúe una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero. Así solucionan la problemática existente en torno a la imposibilidad de sancionar a los actores de tales conductas.

Adheridos a MATA y MARTÍN quienes asumen este criterio y abogan por efectuar el estudio del tipo tomando como referencia la estructura del clásico delito de Estafa en todo aquello que sea posible y no resulte contrario a la concreta regulación. (Javato Martín, 2008)

Las conductas consistentes en la descodificación de normas en tarjetas telefónicas o de combustibles, alterando y recargando ficticiamente su saldo de modo infinito, a través de manipulaciones informáticas; utilizadas posteriormente para obtener un beneficio patrimonial, consistente en el disfrute de servicios gratuitos en el primero de los casos y provisión de fondos en el segundo afecta el patrimonio ajeno, el de las empresas de servicios telefónicos y comercialización de combustibles.

El Código Penal cubano, adopta la concepción materialista del delito. En el artículo 8.1 lo define como "...toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal". QUIRÓS PÍREZ, (Quirós Pérez, 2002) resalta los tres rasgos fundamentales que lo caracterizan: la peligrosidad social, la antijuricidad y la punibilidad. Las conductas antes descritas, lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, pero no se regulan penalmente y en consecuencia no son punibles. Por tanto no constituyen ilícitos susceptibles de ser juzgados y no pueden ser penados.

En algunos casos, se fuerza el derecho y el tribunal sanciona por otras figuras delictivas, tales como el Robo con fuerza. Hay que tener en cuenta que primero se recargan o reabastecen los saldos, a través de la alteración de datos, con el auxilio de una manipulación informática y luego se apropian del bien, obteniendo un beneficio. Por tanto, tal calificación es incorrecta.

La Estafa informática, cometida con ánimo de lucro, valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, logrando una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, puede constituir una modalidad del tipo básico. Aunque su elemento esencial, el engaño, produciendo un error en el sujeto pasivo no aparece, se requiere su penalización por el Derecho Penal.

#### 4. Elementos de la Estafa informática.

Acorde con la opinión del penalista Ramón de la CRUZ OCHOA, los principales elementos que constituyen la Estafa Informática son: el ánimo de lucro; la conducta comisiva, esta se basa en valerse de una manipulación informática o artificio semejante; la transferencia no consentida del patrimonio de otra persona sin utilizar violencia y el perjuicio patrimonial a tercero. (de la Cruz Ochoa, 2001)

Concurren el ánimo de lucro y el perjuicio a tercero, pues el estafador actúa motivado por el afán de enriquecerse económicamente produciendo un detrimento económico a otra persona. Sin embargo, no aparecen el engaño a tercero y el error bastante, debido a que el autor del delito no se vale de ninguna treta ni artimaña para engañar a la víctima y viciar la voluntad del tercero, ya que la acción se produce a través de una máquina.

Javier MUÑOZ CUESTA destaca que "...el ánimo de lucro es el elemento subjetivo del injusto que se prevé expresamente en la redacción delictiva..." y continúa alegando que consiste, en el "...propósito de obtener una utilidad o ventaja de la acción, sin perjuicio de la concurrencia del dolo genérico de conocimiento y voluntad de la ilicitud de la conducta que se lleva a cabo." (Muñoz Cuesta)

Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante, donde lo notable es que la máquina actúa a impulsos de una actuación ilegítima consistente en la alteración de los elementos físicos, aquellos que permiten su programación, o por la introducción de datos falsos.

El elemento determinante de la nueva modalidad defraudatoria y que además permite filtrar los supuestos correspondientes a la Estafa convencional, es la existencia de una manipulación informática. Dado el carácter indeterminado de la fórmula empleada para definir el término, se han suscitado dos interpretaciones en la doctrina.

Una amplia y mayoritaria, tanto doctrinal y jurisprudencial, que destaca la consecuencia última de la alteración del resultado del procesamiento automatizado y no tanto la forma de la acción realizada. De tal manera, por manipulación ha de entenderse cualquier alteración del resultado de un procesamiento electrónico de datos.

La otra, más restringida, atiende fundamentalmente el objeto sobre el que se actúa, descartando la intervención sobre los datos y sobre el *hardware*,<sup>8</sup> incluyendo únicamente las actuaciones manipulativas sobre las instrucciones de procesamiento automatizado del sistema informático.

MATA y MARTÍN se afilian a la primera de las concepciones, destacando que por manipulación informática ha de entenderse la conducta que consiste en alterar, modificar u ocultar datos ejecutando operaciones erróneas o que no se produzcan. De igual manera se modifican instrucciones del programa con el fin de alterar el resultado que se espera obtener. De esta forma, un sujeto puede introducir instrucciones incorrectas en un programa de contabilidad desplazando a su cuenta bancaria todos los ingresos efectuados un día seleccionado, cuyos números finalicen en determinada cifra.

Para Ramón de la CRUZ OCHOA, constituye la alteración o modificación de datos, que puede consistir en su supresión, en la introducción de nuevos datos falsos, su modificación dentro del programa, colocar datos en distintos momentos o lugares y variar las instrucciones de elaboración. El autor cita el ejemplo consistente en alterar la nómina de un centro de trabajo mediante manipulación electrónica. (de la Cruz Ochoa, 2001)

Javier CUESTA MUÑOZ las reduce a la creación ilícita de órdenes de pago o transferencia, o introducción de datos, alteración, salida o supresión de los mismos en función de los cuales el equipo, el programa o sistema informático, en cualquiera de sus partes actúa en su función mecánica propia, produciendo el resultado apetecido por el agente. (Muñoz Cuesta)<sup>9</sup>

Al respecto QUINTERO OLIVARES alega que lo importante es definir las conductas relacionadas con la informática que presentan una capacidad lesiva para el patrimonio ajeno, pues es difícil definir sus modalidades así como delimitar la configuración objetiva del engaño en la Estafa común. (Muñoz Cuesta) En igual sentido ROMEO CASABONA opina que describir excesivamente lo que ha de entenderse por manipulación informática puede quedar superado por innovaciones en la materia que hacen inservible el

---

<sup>8</sup>*Hardware* es el substrato físico en el cual existe el *software*. El *hardware* abarca todas las piezas físicas de un ordenador. La palabra Hardware se refiere a los componentes que forman parte de una computadora, por ejemplo: el *mouse*, la placa madre, el monitor, y demás unidades vinculadas físicamente al equipo. En computación, es un término inglés que se refiere a cualquier componente físico tecnológico, que trabaja o interactúa de algún modo con la computadora. En el caso de la informática y de las computadoras personales, el *hardware* permite definir además de los componentes físicos internos a los periféricos, *escáners* e impresoras.

<sup>9</sup>CHOCLAN MONTALVO, comparte similar criterio. Alega que "...la introducción de datos falsos que motivan un resultado incorrecto del sistema, que no se produciría de haberse aportado datos verdaderos."

tipo, al interpretarse en relación con los demás elementos y valorarse el resultado obtenido por el uso de la informática. (Muñoz Cuesta)

Coincidentes con DAMIANOVICH y ROJAS PELLERANO, es admisible afirmar la infinidad de formas, ya que puede ser una exageración, pues suponer la posibilidad cierta de enumerarlas en su totalidad, es una vanidad.

Para Antonio JOVATO MARTÍN, conforme con el criterio de MATA y MARTÍN, La ejecución de la manipulación puede ser previa *input*, cuando se realiza durante la creación del programa, mediante la alteración, inserción o eliminación de datos o su ubicación en lugar distinto, durante la ejecución del programa; al ejecutar maniobras mediante o a través de la consola; y por último se da la manipulación posterior *output* al proyectarse en la emisión de datos. (Javato Martín, 2008) Ramón DE LA CRUZ OCHOA, se afilia a tal criterio el que igualmente sostenemos. (de la Cruz ochoa, 2001)

En su ejecución práctica, la manipulación de carácter previo puede ser activa, en sentido estricto al modificar datos reales o añadiendo otros ficticios; y omisiva al realizar la manipulación mediante un dejar hacer. Tal supuesto no llega a alterar la configuración de las instrucciones del programa, por lo que no habría manipulación informática.

Dentro de estas manipulaciones en la fase *input* se aprecia la Estafa electrónica cometida en contubernio con un establecimiento comercial, y el *phishing*<sup>10</sup>, fenómeno que experimenta un imparable y exponencial aumento en los últimos tiempos, según ilustra JAVATO MARTÍN. (Javato Martín, 2008)

Una vez adquirida la información, los *phishers* pueden usar los datos personales para crear cuentas falsas con el nombre de la víctima, gastar su crédito o incluso impedirle acceder a sus propias cuentas. Lo anterior constituye una conducta previa a la posible utilización fraudulenta de los datos obtenidos. (Javato Martín, 2008)

Por su parte, en la manipulación del programa durante su ejecución, se modifican las instrucciones alterando o eliminando alguno de los pasos o introduciendo partes nuevas en el mismo, por ejemplo, la “técnica del salami”, *Salami technique*,<sup>11</sup> o la del “Caballo de Troya”, *Trojan horse*.<sup>12</sup>

Finalmente, las manipulaciones efectuadas en la fase *output* generan directamente una alteración en el reflejo exterior del resultado del procesamiento automatizado de datos. La misma puede llevarse a cabo, en el reflejo último en el papel escrito mediante impresora, en el registro y en la banda magnética cuando los datos van a ser transmitidos a otros ordenadores. (Javato Martín, 2008)

En esta fase no se podrán calificar de Estafa electrónica o informática las alteraciones producidas después de finalizado el proceso, lo que acontece, por ejemplo, en aquellas maniobras efectuadas para ocultar el perjuicio ocasionado.

Junto a las manipulaciones informáticas aparecen como modalidad de ejecución “los artificios semejantes”. Se pretende captar las manipulaciones de máquinas automáticas que proporcionan servicios o mercancías sin que la manipulación sea propiamente informática. Estos comportamientos no se asemejan a la manipulación de un sistema informático.

Resulta errónea su equiparación con la manipulación informática, defendida por la práctica jurisprudencial. Deben circunscribirse a dicha conducta únicamente los comportamientos que presenten cierta similitud con la manipulación informática, es necesario, precisa JAVATO MARTÍN, que se trate de un artificio informático semejante. (Javato Martín, 2008)

Entre tanto CHOCLAN MONTALVO estima que se aprecian los artificios semejantes cuando existe una actividad informática que no suponga necesariamente una manipulación en el sentido expuesto, pero sin duda debe recaer en una actividad ilegítima que altere el funcionamiento ordinario de un sistema informático. (Muñoz Cuesta)

Como segundo elemento de la Estafa electrónica figura “la producción no consentida de la transferencia de activos patrimoniales”. Conforme con los presupuestos establecidos anteriormente, se considera la

---

<sup>10</sup>*Phishing* es un término con el cual se denomina el intento mediante procedimientos informáticos de conseguir información confidencial de forma fraudulenta, como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria.

El término *phishing* viene de la palabra en inglés *fishing* que significa *pesca* haciendo alusión al acto de pescar usuarios mediante carnadas o señuelos fabricados por los *phishing* cada vez más sofisticados y de este modo obtener información financiera y contraseñas. Quien lo practica es conocido con el nombre de *Phisher*.

<sup>11</sup>Consiste en pequeñas manipulaciones que, sumadas, hacen un gran fraude. Es habitual citar en este punto el no demostrado y casi mítico caso de la desviación fraudulenta de centavos en transacciones bancarias o nóminas.

<sup>12</sup>En un programa normal se incluyen una serie de instrucciones no autorizadas, que actúan, en ciertos casos, de forma diferente a lo que había sido previsto, evidentemente, en beneficio del autor o para sabotear al usuario.

transferencia de activos patrimoniales correlativo al acto de disposición patrimonial en la estructura típica de la Estafa común, adaptada a la naturaleza impersonal del comportamiento.

El empleo del término transferencia, en sustitución de la expresión “acto de disposición”, obedece a la intención de captar los supuestos de traslación de activos sin intervención humana, es decir, efectuados mediante operaciones mecánicas del sistema computarizado. (Javato Martín, 2008)

Existe la disyuntiva si el fraude en la prestación de servicios conforma la transferencia de activos patrimoniales. Según MATA y MARTÍN, la misma no incluye actividades humanas o automáticas de prestación de servicios; aun siendo económicamente evaluables, son exclusivamente, elementos patrimoniales concretos que figuren como valores representados, y con capacidad de tener una trascendencia económica efectiva de manera inmediata. (Javato Martín, 2008)

En tal sentido BAJO FERNÁNDEZ estima que por activo patrimonial se entenderán los apuntes contables, datos o valores patrimoniales y cosas físicas con valor económico. (Muñoz Cuesta) El autor añade que supone un cambio de titularidad de bienes de contenido económico que hace suyos con capacidad de disposición el sujeto activo de la acción punible, pudiendo tratarse de la obtención de dinero contable o documental, un crédito, o determinados servicios.

Por tanto, la transferencia no consentida se adviene al cambio de una partida económica de un lugar a otro, constituye un ejemplo el desplazamiento del dinero de la cuenta bancaria de la víctima a la cuenta del autor del delito.

El perjuicio es el tercer elemento. Debe afectar a un tercero, pues la propia víctima no realiza la transferencia económica, sino que es el autor del delito el que la lleva a cabo.

En esta conducta no es posible la comisión culposa, el sujeto activo actúa dolosamente, es decir, conociendo y queriendo realizar la acción delictiva. El concepto de “manipulación informática” implica por sí mismo, la intencionalidad del sujeto activo, es difícil que alguien ejecute actos de alteración, modificación de datos o programas informáticos por error y que además le reporten un beneficio económico. Estas acciones requieren conocer los datos o instrucciones correctas y al cambiarlos por otros, el sujeto sabe que su actuación constituye una acción contraria a derecho y sin embargo la ejecuta.

La transferencia no consentida, conforme con Javier MUÑOZ CUESTA, debe causar un perjuicio patrimonial, elemento esencial en un delito patrimonial; y el tipo de la Estafa lo exige, de lo contrario la conducta quedaría en tentativa. (Muñoz Cuesta)

Acorde con MATA y MARTÍN la transferencia no consentida de activos debe originar un menoscabo para el patrimonio de un tercero, que debe ser real y efectivo. Significa, advierten los autores, que la mera anotación contable que no supone un incremento real del patrimonio del sujeto activo no consuma el delito, pudiendo a lo sumo perseguir el hecho como tentativa de Estafa electrónica. (Javato Martín, 2008)

La necesidad de una lesión efectiva del patrimonio, continúan señalando, puede fundamentarse en el paralelismo estructural con la Estafa clásica, pero también recurriendo a la naturaleza individual del bien jurídico protegido por el hecho punible y a una interpretación sistemática del precepto. (Javato Martín, 2008)

Es unánime la opinión doctrinaria y jurisprudencial que considera al perjuicio un elemento imprescindible para que se configure el delito de Estafa por ser éste uno que lesiona a la propiedad. “Si no hay perjuicio no se defrauda, porque defraudar es una acción que al definirse conlleva el efecto, y ese efecto es, precisamente, el perjuicio. (Damianovich, 2000)

Los elementos típicos, señalan MATA y MARTÍN, deben presentar una dinámica progresiva que encadene sucesivamente el anterior con el que le sigue en el orden señalado, de forma que se precisa sucesivamente entre ellos una relación causal concatenada, siendo cada elemento considerado consecuencia del anterior y causa del posterior. (Javato Martín, 2008)

Destaca RODRÍGUEZ RAMOS que realizada la manipulación o artificio que exige la figura delictiva, lo relevante es que se produzca el perjuicio por el impulso de la actuación ilegítima previa ejecutada por el sujeto que pretende la transmisión de activos, relación por tanto mecánica entre la manipulación y la citada transmisión. (Muñoz Cuesta)

Se concluye que es imprescindible la relación de causalidad entre la manipulación informática o el artificio semejante que motiva la transferencia no consentida y el perjuicio patrimonial causado a tercero. Como consecuencia de la actividad que el sujeto activo efectúa en el equipo o sistema informático, se produce un perjuicio, que realizado por causas diferentes la alteración informática no configura el delito de Estafa, tipificando otro contra el patrimonio o una Estafa ordinaria si concurre el engaño bastante en forma tradicional de error en la persona que provoca un desplazamiento patrimonial, o simplemente tratarse de una conducta atípica al faltar uno de los elementos del tipo. (Muñoz Cuesta)

La diferencia esencial con la Estafa frecuente o tradicional, se halla en la falta del engaño bastante en esta modalidad defraudatoria, como aquel que puede inducir a error a una persona medianamente perspicaz y avisada, no considerándose bastante cuando el error de quien realiza el desplazamiento patrimonial fuera

fácilmente evitable mediante un mínimo examen de la situación, exigible para los casos similares como práctica normal en el ámbito de la clase de operación que se esté realizando.

El engaño bastante en la Estafa informática, esclarece acertadamente Javier CUESTA, por su propia naturaleza no puede ser apreciado, al no existir el contacto personal obligado con el sujeto pasivo para que éste, mediante el error en él causado, realice el preceptivo desplazamiento patrimonial, engaño que es sustituido por la manipulación informática. El resto de los elementos son iguales a los exigidos en la Estafa común. (Muñoz Cuesta)

#### 4. Modalidades de la Estafa informática

Los profesores Francisco EUGENIO y Eugenio OLIVER, (Ventura Monfort, 2005) relacionan diversas modalidades de Estafa informática, en ausencia de tipos específicos de delitos, las cuales pueden ser apreciables en la sociedad cubana.

*El redondeo o Rounding of utilit:* Es típico que se produzca un perjuicio de una multitud de titulares de cuentas en las que se producen en una secuencia temporal determinada, una o varias anotaciones fraudulentas por cantidades pequeñas, redondeando por debajo en unas fracciones de unidad monetaria que resultan imperceptibles para el titular de una cuenta perjudicada.

Citan el ejemplo consiste en la anotación de \$19,76, que pasa a ser de 19.80 tras la manipulación; el titular de la cuenta le puede pasar inadvertido este redondeo, pero si se produce en una multitud de ellas y con regularidad, el beneficio del estafador puede ser considerable.

Estas operaciones, se realizan con auxilio de un programa de ordenador y del correspondiente equipamiento informático. Son apreciables los elementos de la Estafa informática exigidos para el tipo penal con su consecuente nexo causal.

La Falsificación de datos o *Data didlin*.<sup>13</sup> Mediante el oportuno programa de ordenador y correspondiente equipamiento informático se cambia la información de modo que las operaciones de ingreso de dinero en una cuenta van a parar a otra o las operaciones de salida de dinero se cargan a otra cuenta distinta de la del receptor; a consecuencia de ello, hay un incremento en el patrimonio de una persona a costa del detrimento del patrimonio de otra.

Al igual que su antecesora, son apreciables los elementos del tipo penal que requiere la figura. Un ejemplo lo constituye la apropiación de una parte ínfima de valores correspondientes a obras de artes pertenecientes a artistas, cuyo ingreso se contabiliza por una persona jurídica, destinando una porción a cuentas de particulares, como resultado de la modificación de datos en el programa que lo alteran, cuya operación es imperceptible a la vista humana.

La suplantación de la personalidad del usuario o *Piggy backing*.<sup>14</sup> A través de la utilización inteligente y fraudulenta de equipos y programas informáticos donde se produce un acceso, una invasión, a cierta información que es utilizada en favor del "invasor" mediante sustracciones de dinero o signos que lo representan, y en detrimento del dinero o de los signos representativos de dinero que hay en el sistema informático invadido, y del que se realiza la oportuna y sofisticada sustracción. (de la Cruz Ochoa, 2001)

Tal modalidad es opuesta al criterio seguido por la práctica jurídica cubana. La suplantación de la personalidad, tal y como ocurre en otros supuestos delictivos, no constituye manipulación informática ni artificio semejante. Por tanto, su apreciación no es posible en el delito de Estafa a través de medios computacionales o electrónicos.

#### 5. Diferencias con otras figuras delictivas

El penalista español VENTURA MONFFORT, (Contreras Clunes, 2003) alerta sobre preguntarse en relación a la verdadera naturaleza jurídica del hecho de la manipulación informática en provecho del activo

---

<sup>13</sup>Este tipo de ataques son particularmente serios cuando el que lo realiza ha obtenido derechos de administrador o supervisor, con la capacidad de disparar cualquier comando y poder alterar o borrar cualquier información que puede incluso terminar en la baja total del sistema en forma deliberada. Si no hubo intenciones de ello, el administrador posiblemente necesite dar de baja por horas o días hasta chequear y tratar de recuperar aquella información que ha sido alterada o borrada. Esto puede ser realizado por *insiders* o *outsiders*, generalmente con el propósito de fraude o dejar fuera de servicio un competidor.

<sup>14</sup>Es una técnica de transmisión de datos bidireccional en la Capa de red. Con esta técnica, en vez de enviar ACK en un paquete individual, éste es incluido dentro del próximo paquete a enviar. En el mismo paquete de datos se incluye un campo adicional para acuse de recibo. Mejora la eficiencia y disminuye el flujo de paquetes. El receptor puede atascar el servicio si no tiene nada que enviar. Esto puede ser solucionado si el receptor añade una cuenta atrás que es activada cuando un paquete es recibido. Si la cuenta acaba sin que se hayan enviado datos, el receptor enviará un paquete. El emisor también añade una cuenta atrás, si la cuenta acaba antes de recibir un paquete, el emisor vuelve a enviarlo.

patrimonial propio y en detrimento del activo patrimonial ajeno, a fin de determinar si es un Hurto o una Estafa.

La Ley No.62, Código Penal Cubano, regula en su artículo 322 el delito de Hurto. GOITE, es del criterio que "...dicha conducta constituye la figura general de la que se desprenden otras figuras delictivas, toda vez que la conformación de sus elementos objetivos y normativos sirven para sustentar otros delitos, diferenciados por elementos de agravación o atenuación..." (Goite Pierre, 2003)

Coincidentes con Ramón DE LA CRUZ OCHOA, al fundamentar que en la Estafa informática no se ejerce violencia en las personas ni fuerza en las cosas, existiendo manipulación informática cuya consecuencia, al igual que en el Hurto, produce una transferencia, una sustracción y un apoderamiento de un bien mueble o de dinero. (de la Cruz Ochoa, 2001)

Si el apoderamiento de dinero se produce sin el consentimiento de su dueño, se está ante un supuesto de delito de Hurto. La separación entre Hurto y Estafa a través de medios informáticos, está determinada por el carácter material o inmaterial de la operación que genera la transferencia patrimonial de carácter ilícito. En el Hurto, el objeto es una cosa corporal que materialmente toma el que lo comete, mientras que en la Estafa electrónica se produce una manipulación informática irregular que genera esa transferencia patrimonial.

Por otra parte la diferencia entre la Estafa y el delito de Apropiación Indebida se encuentra en que en el primero, la intención de hacerse con los activos patrimoniales surge después de tener el sujeto los mismos en su poder; los que en su día se le entregaron sin manipulación informática que afectara al transmitente y ya en su posesión, los incorpora a su patrimonio o en su caso los distrae, mientras que en la Estafa informática, destaca JAVIER MUÑOZ, siempre el agente obtiene los aludidos activos directamente por la manipulación de los programas o sistemas informáticos, nunca antes de ello. (Muñoz Cuesta)

Para la doctrina cubana, la Apropiación Indebida, regulada en el artículo 335 del Código Penal, conforme con el criterio de GOITE, es una defraudación por abuso de confianza, el bien que es objeto del delito se encuentra ya en poder del sujeto activo de manera lícita, y esta es la diferencia esencial que tiene con la Estafa, en la que la relación con el objeto es siempre ilícita, aunque no siempre la posición lícita originalmente del bien dará lugar a un delito de apropiación indebida. (Goite Pierre, 2003)

#### **6. Supuestos de Estafa a través de *internet* y el uso en cajeros automáticos de tarjetas sustraídas**

Toda acción defraudatoria valiéndose de la informática no motiva este delito, lo que sucede en las Estafas perpetradas a través de *Internet*, sirviéndose el agente de instalaciones telemáticas, en las que se ofrece un producto o servicio en la red y alguien, sujeto pasivo, acepta su adquisición y transmite generalmente una cantidad de dinero al oferente, sin que exista tal producto o servicio que se dice se va a dar o entregar y sin que exista la intención en momento alguno de cumplir con tal obligación.

Lo anterior motiva la existencia de un delito de Estafa propia, que podrá ser en su caso, estima ROMEO CASABONA, un fraude informático si existe un comportamiento manipulador en el que no interviene una persona como sujeto pasivo del hecho. (Muñoz Cuesta)

El uso sin autorización del servicio de *Internet* en una entidad bancaria por trabajadora de una empresa que realiza transferencias de dinero a través del mismo, aportando datos falsos para que las mismas sean ingresadas a su favor y no a proveedores de la empresa para la que presta sus servicios, constituye un delito de Estafa informática, (Muñoz Cuesta) ejemplifica JAVIER MUÑOZ CUESTA.

En dicho supuesto se aprecian los elementos del tipo tratados previamente. Sin embargo, los que le preceden, distan de serlo. Valerse de *Internet* para perpetrar el hecho sin que constituya manipulación informática, no tipifica delito de Estafa electrónica, aunque se ejecute a través de esta.

Un sujeto que se encuentra en la oficina contigua a la de otro, con el que contacta a través de *Internet*, haciéndole creer que se trata de una mujer residente en otro país con quien se casará e irá a vivir al extranjero, requiriéndole a cambio grandes sumas de dinero, constituye una Estafa conforme a la figura básica, a pesar de auxiliarse de la *web*.

Un área de vulnerabilidad particular para el uso fraudulento de tarjetas usurpando la identidad está dada por el acceso a bases de datos confidenciales y a computadores personales mediante programas de espionaje o *spyware*.<sup>15</sup> La red se ha convertido, alerta GERARDO y PEREIRA, en una fuente de alto riesgo

---

<sup>15</sup>El *spyware* es un *software* que recopila información de un ordenador y después transmite esta información a una entidad externa sin el conocimiento o el consentimiento del propietario del ordenador. El término *spyware* también se utiliza para referirse a otros productos que realizan diferentes funciones, como mostrar anuncios no solicitados, recopilar información privada, redirigir solicitudes de páginas e instalar marcadores de teléfono.

Un *spyware* típico se auto instala en el sistema afectado de forma que se ejecuta cada vez que se pone en marcha el ordenador, reduciendo su estabilidad. Funciona todo el tiempo, controlando el uso que se hace

para preparar estas formas de defraudación, en sitios donde su uso para adquirir bienes y servicios se difunde extensamente y donde no se aplican los debidos controles de autenticación. (Gerardo Gabaldón, 2008)

La extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del número de identificación suscita problemas de tipificación.

Para algunos autores la conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito, cuya posesión detenta de forma ilegítima, y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que actúe mecánicamente, emplea un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario, suministrando los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado.

Para algunos autores, la identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular, y por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, por el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva.

Extraer dinero de cajero automático utilizando una tarjeta de crédito sustraída a su titular, sirviéndose el autor con tal fin del número de identificación o secreto que corresponde a la misma, obtenido sin el consentimiento de aquel, en la doctrina y la jurisprudencia cubana tipifica el delito de Robo con fuerza en las cosas con uso de llaves falsas al accederse a un lugar cerrado mediante una tarjeta magnética equiparada a una llave.

Es acertada la posición de MUÑOZ cuando expresa que la extracción de dinero del cajero no es transferencia del mismo, sino una sustracción, entendiéndose por la primera el paso de dinero o apunte de una cuenta a otra, es decir, de la cuenta afectada por la manipulación del sistema a otra cuenta o fondo determinado, para que el sujeto que actúa en el mismo se beneficie y es evidente que la detentación material del dinero por el autor obtenido del cajero automático no es una transferencia. (Muñoz Cuesta)

La opinión mayoritaria de la doctrina Alemana, es que en el supuesto de utilización de una tarjeta magnética ajena, el agente supera el obstáculo puesto por el dueño para la protección de su propiedad, utilizando la tarjeta como si se tratara de una llave falsa.

Sin embargo, asevera BONACHEA RODRÍGUEZ, hay que tener presente que a pesar de existir un engaño a la entidad depositaria de los fondos no se produce una manipulación de un proceso informático, elemento necesario para apreciar la existencia del delito de Estafa, pues ha hecho uso de la llave verdadera que fue sustraída o hallada, quedando entonces subsumida la conducta en la modalidad de Robo con Fuerza en las Cosas. (Bonachea Rodríguez, 2007)

El Código Penal cubano, regula en su artículo 328.1 apartado b) el delito de Robo con Fuerza en las Cosas, usando llave falsa, o verdadera que hubiese sido sustraída o hallada, o de ganzúa u otro instrumento análogo. A tales efectos, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia, otros de iguales propósitos.

Esta acción no constituye una manipulación informática, en el sentido de alteración del programa informático, ni es un artificio semejante porque no se lleva a cabo acto alguno extraño a lo que haría el titular de la tarjeta, ni se introducen datos falsos.

## **7. Necesidad de tutela jurídica**

OZUNA advierte sobre el “rejuego” que el ser humano mantiene entre condenar y realizar las conductas reprochables, por lo cual aumentan las modalidades de comisión de acciones que obligan adoptar nuevas normativas para su juzgamiento. (Penalo Ozuna, 2009) Refiriéndose a los delitos informáticos, a los que de manera similar debe incorporarse la Estafa cometida a través de medios computacionales, resalta además la importancia de tratarlos penalmente.

El autor alerta también, sobre el gran interés que prevalece en virtud de que la informática constituye actualmente el medio más extraordinario alcanzado por la humanidad para mantener una comunicación rápida y efectiva, que se extiende a todos los rincones donde ocurren los fenómenos económicos, políticos y sociales más relevantes. (Penalo Ozuna, 2009)

La calificación de tales conductas como nocivas e indeseables al extremo de ser merecedoras de amenaza penal, es incuestionable. Desde la más amplia gama de posibilidades originadas en la conciencia colectiva dominante en un momento histórico o cultura determinada, hasta los matices más sutiles de las posturas doctrinarias.

Resulta indiscutible que una conducta es delito porque se entiende en un momento determinado que lesiona o hace peligrar ciertos bienes jurídicos, pero resulta, en cambio, discutible si esa conducta es, efectivamente, lesiva en forma real o siquiera potencial para esos mismos bienes.

---

de Internet y mostrando anuncios relacionados. Sin embargo, a diferencia de los virus, no se intenta replicar en otros ordenadores, por lo que funciona como un parásito.

El Derecho debe dar respuesta a los problemas relativos a la protección de los derechos patrimoniales que no tienen por base la sustracción y el sujeto comisor se vale de alguna manipulación informática o artificio semejante para conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

La interacción, Informática-Derecho, arguye AMOROSO FERNÁNDEZ, exige la reelaboración de conceptos jurídicos tradicionales y el desarrollo de nuevas concepciones, así como el análisis sistemático de los diferentes aspectos y efectos sociales de esta conjugación. (Amoroso Fernández, 1991)

Urge incorporar la Estafa informática en el tipo penal básico previsto en el Código Penal Cubano. Su regulación no compromete el principio de legalidad, ni supone una interpretación analógica.

## Conclusiones

1. La Estafa cometida a través de medios de cómputo, sancionando a 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, constituye una modalidad del tipo básico de la misma, a pesar de que su elemento esencial: el engaño, produciendo un error en el sujeto pasivo, no aparece.
2. Es necesario incorporar el delito de Estafa cometido por medios informáticos en el tipo penal básico previsto en el Código Penal Cubano.

## Bibliografía

Amoroso fernández, Y. (1991). La informática como objeto de Derecho. Algunas consideraciones acerca de la protección jurídica en Cuba de los datos automatizados. *Revista Cuabana de Derecho* .

Bonachea Rodríguez, H. y. (2007). Una interesante modalidad del delito de Robo con Fuerza en las Cosas. *Legalidad Socialista*, 5.

Bosch, F. (1985). *El delito de estafa de seguro*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bravo, B. H. (agosto de 1998). Nociones Básicas sobre Delitos Informáticos. *X Congreso Latinoamericano y II Iberoamericano de Derecho Penal* . Chile.

Cobo del Rosal, M. (1996). *Cruso de Derecho Penal Español*. Madrid: Jurídicas y Sociales.

Contreras Clunes, A. (2003). Delitos informáticos: un importante precedente. *Ius et Praxis* .

Damianovich, L. y. (2000). *Derecho Penal Especial*. Buenos Aires: Universidad.

de la Cruz ochoa, R. (2001). *El delito de Estafa*. La Habana: ONBC.

Fernando Tocora, L. (2002). *Derecho Penal Especial*. Bogotá: ABC.

García Añón, J. (1993). *Métodos y técnicas para la realización de trabajos de investigación*. Valencia: Universidad de Valencia.

Gerardo gabaldón, L. y. (2008). Usurpación de identidad y certificación digital, propuestas para el control del fraude electrónico. *Print version* .

Goite pierre, M. (2003). *Derecho Penal Especial*. La Habana: Félix Varela.

Huerta, M. y. (1996). *Delitos Informáticos*. Argentina: Cono Sur.

Javato Martín, A. M. (2008). Estafa convencional, Estafa informática y Robo emn el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminoloía* .

Mariiv Pemro, L. (2000). *Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet*. Madrid: Biblioteca Fundación Retevisión.

Mir Puig, S. (2002). *Dercho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor.

Muñoz Cuesta, J. (s.f.). [www.arazandi.es](http://www.arazandi.es). Recuperado el 29 de Junio de 2009

Núñez Jover, J. y. (2008). *Ciencia, tecnología y sociedad. lecturas escogidas*. La Habana: Ciencias Médicas.

Oneca, A. (1957). *Las estafas y otros engaños*. Madrid.

Penalo Ozuna, C. (10 de junio de 2009). Condiciones jurídicas sine qua non del delito informático. *V Escuela Internacional de Derecho Penal y VIII Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales* . La Habana, Cuba.

Pinochet Olave, R. (2001). La recepción de la realidad de las nuevas tecnologías de la información por el Derecho Civil: Panorama actual y perspectivas futuras. *Ius et praxis* , 469.

Quirós Pérez, R. (2002). *Manual de Derecho Penal*. La Habana: Félix Varela.

Rivero García, D. (2007). *Discposiciones del CGTSP sobre el Código Penal, Parte General y Especial*. La Habana: ONBC.

Tiedemann, K. (1985). *CRiminalidad mediante computadoras*. Alemania.

Ventura Monfort, J. (2005). La estafa cometida por medios informáticos. *Revista Electrónica de Derecho* .

Vives Antón, T. (1996). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.



#### **FUENTES LEGISLATIVAS.**

1. Código Penal. Ley No. 62 de 1987. Actualizado.
2. Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997.G.O. Ext. No. 6 de 26 de junio de 1997. (Modificaciones al Código Penal de 1988).
3. Constitución de la República de Cuba actualizada con al Reforma de 1992.
4. Código Penal de Colombia vigente.
5. Código Penal de Perú vigente.
6. Código Penal de Costa Rica vigente.
7. Código Penal de México vigente.
8. Código Penal de España (1870)
9. Código Penal Español. Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre. (BOE No. 281, de 24 de noviembre de 1995) Editorial QUILES 1996.
10. Código Penal de Argentina vigente.
11. Código Penal de Brasil vigente.
12. Código Penal de El Salvador vigente.
13. Código Penal de Bolivia vigente.
14. Código Penal de Venezuela vigente.
15. Código Penal de Alemania vigente
16. Código Penal de Chile vigente.
17. Código Penal de Guatemala vigente.
18. Código Penal de Honduras vigente.
19. Código Penal de Ecuador vigente.
20. Código Penal de Nicaragua vigente.
21. Código Penal de República Dominicana vigente.
22. Código Penal de Paraguay vigente.
23. Código Penal de Panamá vigente.
24. Código Penal de Uruguay vigente.
25. Código Penal de Alemania vigente.
26. Resolución no.127, Reglamento de Seguridad para las tecnologías de la información, Ministerio de la informática y las telecomunicaciones, la Habana, 24 de julio de 2007.

## **Título: EL DELITO DE ESTAFA POR OMISIÓN.**

**Autora:** Yoruanys Suárez Tejera.

**Resumen:** En el delito de Estafa la entrega es consecuencia del error provocado por el sujeto activo, siendo este determinado por el engaño o ardid que se haya utilizado para la comisión del injusto. Lo cual trae consigo el perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo y un beneficio que generalmente obtiene el sujeto activo. El delito de Estafa, a pesar de que sus elementos distintivos exigen del sujeto activo un hacer, puede ser cometida por omisión en los supuestos en que existe un espacio de tiempo entre el error y el perjuicio, y el sujeto activo ha omitido despejar el error teniendo el deber jurídico de evitar el resultado.

**Palabras claves:** Estafa, delito, acción, omisión, ardid y engaño.

### **1. Introducción**

La Estafa es un delito esencialmente intelectual y ello se debe a su naturaleza versátil. Según GOITE PIERRE, son diversos los medios por los cuales puede cometerse el ilícito; mediante el cual se pueden obtener bienes muebles e inmuebles y una infinidad de ventajas, provechos, beneficios y lucros. (Goite Pierre, 2003)

SOLER (Soler, 1992) define este ilícito como la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardis de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido.

El injusto puede describirse, en general, como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero.

El engaño es el elemento esencial del ilícito. El mismo constituye un hacer. En tal sentido, la doctrina debate en relación si este podría darse entonces, por omisión.

Es propósito de la presente investigación, determinar si el delito de Estafa, por las características que posee, el cual exige en su conducta un hacer, puede ser cometido por omisión.

### **2.2. La omisión en el tipo penal como contenido del ilícito.**

La exigencia de una conducta, acción u omisión, es una condición ineludible para todas las formulaciones delictivas. En el caso de la acción, la polémica se centra en la solución de dos asuntos principales: la determinación de la naturaleza de la acción y la omisión; y la formulación de un concepto general de acción que logre comprender ambas formas de la conducta humana.

En relación a la primera problemática la cuestión se ha desarrollado desde dos posiciones antagónicas: la prejurídica y la normativa. La concepción prejurídica de la acción mantiene la necesidad de determinar, previamente, la acción con independencia de su previsión en las correspondientes figuras legales. De esta forma, el estudio de la acción se anticipa al de las demás categorías, porque la conducta humana existe con anterioridad al momento en que el

Derecho penal la toma en consideración. (Quirós Pirez, 2005)

A juicio de QUIRÓS, la concepción normativa de la acción entiende imposible la definición general de la acción previa a las otras categorías jurídicas. La única acción de interés para la teoría del delito es la acción prevista en la figura delictiva. (Quirós Pirez, 2005) El requerimiento de una conducta para la existencia del delito ha motivado, en la teoría jurídico-penal, un incesante esfuerzo por obtener un concepto general de acción que comprenda la acción y la omisión. En la contestación a los dos problemas se siguen, principalmente, cuatro direcciones: la teoría causalista o causal de la acción, la teoría finalista de la acción, la teoría social de la acción y la teoría dialéctico-materialista de la acción.

En cuanto a la teoría causal de la acción reflexiona QUIRÓS, que en un primer momento la acción se concibió en un plano puramente causal-mecanicista, defendida por Von Liszt,<sup>1</sup> Beling<sup>2</sup> y Radbruch.<sup>3</sup> Se le adiciona luego una tesis neokantiana-normativista a la cual se afilia Mezger.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>Para este autor la acción era la causación voluntaria o no impeditiva de un cambio en el mundo exterior. El resultado externo, perceptible por los sentidos se estimaba separado de la manifestación de voluntad, pero causado por ella: uno y otro debían hallarse unidos por un vínculo causal. El contenido de la voluntad era irrelevante para la acción; se le consideraba perteneciente a la culpabilidad. La acción era, para Von Liszt, de naturaleza prejurídica.

<sup>2</sup>Consideraba que mientras en la acción existía una excitación dirigida a mover el sistema nervioso, en la omisión existía una excitación orientada a frenar los nervios motores. No obstante, tal esfuerzo dirigido a frenar los nervios motores no resulta posible afirmarlo en todas las omisiones.

<sup>3</sup>Sostuvo la tesis de la absoluta escisión del sistema penal en dos partes: acción y omisión constituían dos términos irreducibles a una categoría superior que los unificara; por el contrario, se hallaban una al lado de la otra, sin nexos entre sí.

<sup>4</sup>De una parte aseguraba que a la acción en sentido amplio le era inherente el querer interno del agente; y de otra, afirmaba que a la esencia de la omisión no pertenecía querer alguno y sólo la posibilidad de un querer.

En la teoría causal la acción se entiende como impulso de la voluntad que genera un movimiento corporal que supone la causación de una modificación perceptible en el mundo exterior. (Pérez Duharte) Se plantea que la acción constituye un cambio en el mundo exterior. Se desliga la relación entre la acción y el resultado, el resultado se corresponde con la culpabilidad.

La teoría finalista defiende que "... el carácter finalista de la acción se basa en que el individuo, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las posibles consecuencias de su conducta, asignarse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines. Si éste es el carácter de la acción humana, también lo será el de la acción delictiva." (Quirós Pírez, 2005)

La dirección final de una acción humana se despliega en dos fases. La primera constituye la estructura de la acción en su aspecto subjetivo, fijación de la meta perseguida; selección de los medios necesarios para realizarla y efectos concomitantes a la consecución misma del fin buscado. La segunda es de orden externo objetivo, implica llevar a cabo la acción en el mundo real, dirigir la causalidad en dirección a la producción del resultado. (Nora Regueriro)

La actividad finalista comprende además del fin último, las consecuencias secundarias y los medios necesarios que la actuación comprende. En cuanto a los resultados, la acción es finalista tan sólo en relación a aquellos que fueron propuestos. En los que el fin no fue el propuesto, la acción es sencillamente causal. (Nora Regueriro)

PÉREZ DUHARTE señala que "La acción es el ejercicio de la actividad final, que consiste a su vez en la producción consciente de efectos partiendo de un objetivo." (Pérez Duharte) Resumiendo, se puede decir que, según la teoría finalista ningún ser humano actúa si previamente no tiene un fin. No concibe la omisión con la acción.

La Teoría social de la acción, es sostenida por EBERHART SCHMIDT, que define como acción penalmente relevante todo "comportamiento o conducta humana voluntaria en el mundo social exterior". (Nora Regueriro) Este concepto de la acción contempla la comisión y la omisión, comportamiento positivo o negativo del hombre; es real y efectiva o potencial sometida por la voluntad humana. Relaciona al agente con el mundo exterior de modo que pueda ser objeto de un juicio de valor según los resultados deseables o indeseables que provoquen en la esfera social. (Nora Regueriro)

Sólo interesan los comportamientos que constituyen una interacción social y no los que no trascienden el ámbito individual o no constituyen conductas voluntarias. (Nora Regueriro) La Teoría social de la acción centra su atención en la acción como fenómeno social, como conducta socialmente relevante con significado o trascendencia. (Pérez Duharte) La acción plantea la necesidad de una valoración sobre lo socialmente relevante, que es lo que se lleva a norma.

De conformidad con la teoría dialéctico-materialista "... la actuación del hombre no se reduce a la simple transformación del mundo exterior, sino que implica el comportamiento voluntario del individuo en el medio social. La diferencia entre las acciones humanas y los acontecimientos naturales no está en las consecuencias ocasionadas por unas u otros porque ambos pueden causar efectos de similar entidad, sino en la esencial intervención de la voluntad materializada en aquéllas." (Quirós Pírez, 2005)

"La acción y la omisión, por consiguiente, son concebibles sólo en el sentido de actos volitivos." (Quirós Pírez, 2005) Acorde a esta teoría lo que unifica la acción y la omisión es la voluntariedad.

Cuando se dice voluntario se está en presencia de la unidad entre estos términos.

La acción, propiamente dicha, ha sido definida por diversos autores. Para BELING es un comportamiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer, acción positiva o en un no hacer, omisión, esto es, distensión de los músculos. (Von Beling, 1944)

PLASCENCIA VILLANUEVA entiende la acción, en sentido amplio, como la conducta humana voluntaria, manifestada por medio de una acción en sentido estricto, o de una omisión. El acto se realiza mediante una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe, mientras que en la omisión se deja de hacer algo que la propia ley ordena realizar.<sup>5</sup>

Lo cual coincide con lo planteado por JIMÉNEZ DE ASÚA, para quien el concepto de acto abarca tanto la acción como la omisión; argumentando que ambas responden a la naturaleza de la norma. (Plascencia Villanueva, 2004) La acción es una conducta humana significativa para el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. No hay acción cuando está ausente la voluntad.

Para JIMÉNEZ DE ASÚA la omisión es una respuesta de la naturaleza de la norma, "si es imperativa: socorrerás, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión." Para CARRANCÁ y TRUJILLO, la

---

<sup>5</sup>La acción y la omisión se diferencian porque la esencia de la omisión radica en la no interferencia en la consumación de un resultado, o sea que no se interviene para evitar el cambio en el mundo exterior, cuando se pudo haber evitado la lesión del bien jurídico por la especial situación en que se encuentra el sujeto activo.

omisión es “la conducta humana manifestada por medio de un no hacer efectivo, corporal y voluntario, teniendo el deber legal de hacer.” (Plascencia Villanueva, 2004)

QUIRÓS defiende que la conducta activa, o sea, la acción, consiste en el despliegue consciente y voluntario, en el mundo exterior, de determinada actividad prohibida penalmente por la ley.

En cambio, la conducta omisiva, esta es, la omisión, reside en la abstención consciente y voluntaria de obrar, a pesar del mandato exigido por la norma jurídico penal. (Quirós Pirez, 2005)

La acción y la omisión constituyen modalidades del actuar de un sujeto toda vez que estén orientadas a un fin determinado y sometida por la voluntad dirigente. Se distinguen en el ámbito jurídico-penal por su relación con el perjuicio del bien jurídico protegido en la ley penal.

“La comisión daña al bien jurídico mediante una actividad corporal perceptible en el mundo exterior y la omisión a través de una inactividad corporal, siendo necesario agregar en el caso de esta última la particularidad de que dicha manifestación conductual tiene que ser parte del sistema normativo, el que calificará como tal a aquellos comportamientos que impliquen la no realización de acciones que el sistema espera sean llevadas a cabo.” (Durán)

Con relación a la tipificación de los delitos omisivos propios no existe ningún problema, pues se encuentran contemplados en el cuerpo de la figura básica. Sin embargo, para el caso de la omisión impropia los tipos penales no son normados completamente en ley, debiendo ser completados o relacionados los elementos previstos en estas figuras delictivas con las denominadas fuentes de la obligación. (Plascencia Villanueva, 2004)

En la omisión el sujeto deja de hacer algo que el tipo establece. La omisión propia está tipificada expresamente en el Código Penal y la impropia no, por lo que su penalidad se origina sobre la base de la interpretación que realiza el juez de un delito comisivo que admite estructuras omisivas. Exige un deber especial de protección, posición de garante, de una persona específica.

### **3. La omisión en el delito de Estafa.**

Se discute en la doctrina si la Estafa puede cometerse por omisión. La polémica versa al establecer si existe correspondencia entre la acción referida en el tipo comisivo, engañar y la forma omisiva de impedir el resultado, es decir, si el no despejar un error, no causado por el omitente, es suficiente para engañar y configurar el ilícito.

Para JESCHECK, resulta dudoso dónde deben buscarse los elementos, ya que en la Estafa por omisión, el autor no engaña, se limita a dejar surgir o que subsista un error. Al respecto MIR PUIG señala: "Es posible, por ejemplo, que socialmente puedan verse determinadas omisiones como engaños suficientes para dar lugar a delitos de Estafa". (Romero)

La doctrina española actual asume que puede darse la omisión en la Estafa. RODRÍGUEZ DEVESA plantea que “...el engaño puede realizarse con palabras o con actos concluyentes, por un hacer activo o por una omisión.” (Romero) Sin embargo, la jurisprudencia española no ha admitido totalmente la comisión por omisión del delito de Estafa. En reducidos casos se han estimado determinadas omisiones como engaños suficientes para constituir el tipo de Estafa. Por ejemplo, en la sentencia de 6 de diciembre de 1974 se calificó como Estafa el no declarar el accidente, para cubrirlo, al suscribir el seguro.

Sin embargo, en forma más frecuente se ha admitido que existe engaño por omisión cuando se ocultan vicios o defectos de las cosas vendidas, o cuando se dispone de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada,<sup>6</sup> así como en algunos casos de polizonaje.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>En la sentencia del 1º de marzo de 1983 se consideró omisiva la disposición como libre de cosa gravada. En dicha sentencia se consigna que: "La modalidad especial de Estafa tipificada en el artículo 531, 2º, Código Penal, exige como requisitos básicos el engaño y la defraudación. El engaño específico consiste en que el sujeto activo del delito conozca la existencia de un gravamen sobre la cosa mueble o inmueble y lo oculte maliciosamente, provocando un error en el adquirente de la misma, sufriendo así un perjuicio patrimonial cierto, conocido y precisado con más o menos exactitud en el orden cuantitativo". En este caso el tribunal considera que el engaño era omisivo, silenciando u ocultando, pero en ningún momento se hace referencia a la posición de garante ni se menciona fuente alguna del deber de actuar.

<sup>7</sup>En la sentencia del 15 de julio de 1981 se consigna que “...si bien es cierto que el dolo en la Estafa se caracteriza por una manipulación o maquinación engañosa con entidad suficiente para producir la operatividad del traspaso patrimonial, se puede manifestar que éste al principio es susceptible de tener un carácter omisivo del que se deduce cierta nota de positividad, como es el aprovecharse de aquellas circunstancias que concurren en determinadas actividades, en cuanto que el ejercicio de éstas puede llevar implícitamente el contenido de la maquinación insidiosa causante del perjuicio”. Al respecto se considera que “...el hecho de introducirse, sin autorización alguna, en un vehículo de motor que se transportaba en una plataforma del tren expreso Bilbao-Barcelona, y trasladarse desde una estación de ferrocarril a otra,

ANTÓN ONECA se pronuncia al respecto en forma similar, considera que, si bien no en todos los casos en que hubiere obligación de obrar puede el silencio ser considerado causa de la defraudación, hay ocasiones en que la acción y omisión son equivalentes en la valoración social de la conducta. (Romero)

Se sostiene que el silencio no es capaz para configurar la Estafa, salvo que el actor tenga el deber jurídico de hablar. Al respecto expresa NÚÑEZ: "... solo si el silencio, que ha causado el error, implica la violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla, puede imputarse a título de engaño defraudatorio." (Núñez) DAMIANOVICH afirma que "...una de las manifestaciones comprensibles de la conducta que busca el error concluyente de la prestación patrimonial es el silencio. Si el agente actúa omisivamente, y éste sería un caso de omisión impropia, la solución del problema es la aplicación de los criterios del tipo doloso de omisión. El silencio podría constituir el ardid o engaño, pero, para eso, quien lo observa tendría que tener una posición de garante emanada de la ley o del contrato que hubiera creado deberes jurídicos de actuación positiva." (Damianovich de Cerrecedo, 2000)

La simple mentira solo podrá conformar este ilícito si va acompañada de hechos exteriores del estafador destinados a corroborar sus palabras, o si el actor esta jurídicamente obligado a decir la verdad. Esto no significa exigir la *mise en scene*<sup>8</sup> sustentada por la doctrina francesa y por Carrara.

En los delitos de omisión es necesario que quien omite sea garante para la evitación del resultado, o sea, por una especial posición de deber, debe responsabilizarse jurídicamente para que el resultado no se produzca. La responsabilidad penal del "garante" también depende de si su omisión respecto de la evitación del resultado se corresponde con la realización activa del tipo penal. (Romero)

Es preciso destacar que este requisito de "correspondencia" adquiere mayor importancia en aquellos ilícitos como la Estafa, donde se describe en mayor medida en qué forma debe producirse el resultado. En los supuestos en que existe un espacio temporal entre el error y el perjuicio, y el omitente ha omitido despejar el error teniendo el deber jurídico de evitar el resultado, habrá Estafa por omisión. (Romero)

El ardid o engaño constituye el elemento principal del delito de Estafa, consistente en un hacer. Existe polémica acerca del alcance que tiene la noción de ardid en cuanto a la naturaleza activa u omisiva de los actos que comprende. Según DAMIANOVICH podría abarcar una conducta de plena omisión en que el silencio pueda ser interpretado como afirmación de una falsedad. (Damianovich de Cerrecedo, 2000)

Según IZQUIERDO SÁNCHEZ quien crea un riesgo con su conducta, se constituye en garante de los bienes jurídicos que ha puesto en peligro. En razón de la conducta anterior creadora del riesgo, quien la ejecuta queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia, el deber jurídico de actuar a fin de sustraerlo a los riesgos así generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión. (Damianovich de Cerrecedo, 2000)

Entre los principales argumentos, se encuentra el que estima que en las hipótesis de injerencia no puede apreciarse una omisión sino solo una acción. ETCHEBERRY al referirse a la injerencia afirma lo siguiente: "si el daño efectivo sobreviene como consecuencia del riesgo creado por el agente, no puede decirse en verdad que provenga de la mera omisión de este en limitar el riesgo, sino en su actividad positiva cuando lo creó". (Damianovich de Cerrecedo, 2000) De esta manera no solo sostiene que la injerencia es inaplicable en Chile, sino que, contrariando a la opinión mayoritaria del derecho comparado, niega que en estas hipótesis de injerencia pueda apreciarse una verdadera omisión.

El Código Penal cubano regula en su artículo 8.1 el concepto de delito, considerando la acción u omisión como la conducta antijurídica, punible y socialmente peligrosa. No se define expresamente la omisión, pero del análisis del precepto se entiende como el acto voluntario del sujeto activo en un dejar hacer. Si bien la conducta típica en el delito de Estafa, constituye un hacer, de acuerdo a su elemento esencial, esta puede cometerse por omisión, siempre y cuando el sujeto activo tenga la obligación jurídica de evitar con su actuar su comisión.

## CONCLUSIONES

1. En el delito de Estafa la entrega es consecuencia del error provocado por el sujeto activo, siendo este determinado por el engaño o ardid que se haya utilizado para la comisión del injusto. Lo cual trae consigo el perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo y un beneficio que generalmente obtiene el sujeto activo.
2. El delito de Estafa califica puede ser cometido por omisión en los supuestos en que existe un espacio de tiempo entre el error y el perjuicio, y el sujeto activo ha omitido despejar el error teniendo el deber jurídico de evitar el resultado.

---

lleva consigo la omisión de no sacar el billete que exige el transporte de la persona, burlando la vigilancia de la policía de ferrocarriles, y da lugar al denominado delito de polizonaje."

<sup>8</sup>Según esta teoría para que haya el medio de la Estafa, no basta la sola mentira, sino que debe ella estar acompañada de hechos exteriores que sostengan la falsedad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Creus, C. (1998). *Derecho Penal Especial*. Buenos Aires: Astrea.
- Damianovich de Cercedo, L. (2000). *Delitos contra la Propiedad*. Buenos Aires: Universidad S.R.L.
- Dopico Gómez, J. (2004). Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 del Código Penal como cláusula interpretativa auténtica. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas* , 45.
- Durán, P. D. (s.f.). [www.monografias.com](http://www.monografias.com). Recuperado el 2 de Febrero de 2010
- Fernando Tocora, L. (2002). *Derecho Penal Especial*. Bogotá: ABC.
- Gimbernat Ordieg, E. (2003). *La causalidad en la omisión impropia y la llamada comisión por omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado.
- Goite Pierre, M. (2003). *Derecho Penal Especial*. La Habana: Félix Varela.
- Izquierdo Sánchez, C. (2006). Comisión por Omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante. *Ius et Praxis* .
- Nora Regueriro, B. (s.f.). [www.psi.uba.ar](http://www.psi.uba.ar). Recuperado el 2 de Febrero de 2010
- Núñez. (s.f.). [www.monografias.com](http://www.monografias.com). Recuperado el 26 de Septiembre de 2009
- Oneca, A. (1957). *Las Estafas y otros engaños*. Madrid.
- Pérez Duharte, A. (s.f.). [www.monografias.com](http://www.monografias.com). Recuperado el 2 de Febrero de 2010
- Pilco Garay, R. (s.f.). [www.lexnova.es](http://www.lexnova.es). Recuperado el 23 de Julio de 2009
- Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del Delito*. México.
- Pumpido Ferreiro, C. (1997). *Estafas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Arazandi.
- Quirós Pirez, R. (2005). *Manual de Derecho Penal*. La Habana: Félix Varela.
- Romero, G. (s.f.). [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl). Recuperado el 13 de Julio de 2009
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Alemania: Civitas.
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Argentina.
- Von Belling, E. (1944). *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires.

## FUENTES LEGISLATIVAS.

1. Código Penal de Cuba de 1987.
2. Decreto-Ley no. 175 de 17 de junio de 1997, Gaceta Oficial, extraordinaria no. 6, 26 de junio de 1997.

## El delito de Estafa

Autor: Dr. Ramón de la Cruz Ochoa

### Comentarios

Este delito nace, tal como se conoce en la actualidad, en el siglo XIX, pues durante mucho tiempo se le confundió con la falsedad. Solo a finales del siglo XVIII comienza a establecerse la distinción entre falsedad y estafa, abarcando todos los supuestos defraudatorios en perjuicio de terceros y enriquecimiento propio. Merkel, (Pumpido Ferreiro, 1997) en su definición explica por primera vez los tres elementos básicos del delito: el *desplazamiento patrimonial*, el *empleo del engaño fraudulento* como medio causal para producir el resultado expropriatorio y el *ánimo de lucro*.

Por su parte, Antón Oneca (Pumpido Ferreiro, 1997) en una definición clásica definía la *estafa* como la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual se sufre un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.

La dinámica defraudadora consiste en la provocación de un error en el destinatario de la operación fraudulenta, esto es, en el carácter causal del engaño para la producción del resultado que es el fin de la acción del sujeto activo del delito.

### Elementos del concepto

- Utilización por el sujeto activo de un mecanismo de fraude, que se define como *engaño bastante*, el que ha de entenderse en su acepción más propia de acción o maquinación, tendente a hacer creer a otro que es cierto lo que no es, y no en la reflexiva o pasiva de caer en un error, que es solo el estado de ánimo reproducido por el engaño.
- El elemento causal del engaño debe determinar un error en el sujeto pasivo derivado precisamente del mecanismo o artificio engañoso.
- A través de ese engaño se induzca al sujeto pasivo a realizar un acto de disposición.
- Que el acto dispositivo sea causa de un perjuicio, ya para el que actúa movido por el error o para un tercero.
- Que el sujeto activo actúe con ánimo de lucro.

### El engaño y sus requisitos

Se entiende por engaño la falta de verdad en lo que se dice o hace, de modo que los demás se formen una representación incierta de lo que el sujeto realmente pretende. Se trata de una ocultación o disfraz de la realidad, bien simulando algo que no existe o no se tiene intención que llegue a existir; bien ocultando o disimulando algo que sí existe.

El *engaño* es elemento más definitorio de la *estafa*, lo cual la diferencia de los demás delitos contra los derechos patrimoniales. Por engaño debe entenderse la acción de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad.

Según la doctrina, el engaño debe tener cierta racionalidad para llevar a una persona promedio a tomar una decisión equivocada, de manera que se cree un estado psicológico de error. Puede haber *error activo* o *pasivo*. *Activo* es cuando se actúa bajo una falsa presuposición, el *error pasivo* consiste en un estado de la mente en que se toma por verdadero lo que es falso o viceversa. El engaño que se requiere, debe ser bastante para producir error, también la idoneidad del medio o la historia utilizada para engañar debe tener en cuenta los usos sociales y las circunstancias específicas de las personas a las cuales se dirige.

El engaño debe ser el suficiente para provocar error en la persona a la que va destinada, solo satisfacen el “tipo” de estafa los que alcanzan esa característica. Se incrimina el engaño que esté construido con una cierta riqueza de formas y de medios, se exige que el motivo fraudulento venga desenvuelto y revestido de un acompañamiento de maquinaciones, aptas para abrir una brecha en la defensa del sujeto pasivo.

Se establece así una distinción entre la *mentira verbal*, que no debe ser punible y la *maniobra fraudulenta* como obra material y externa. Con esta tesis quedan cuestionados los engaños *omisivos* –silenciar circunstancias negativas, como los defectos o gravámenes de las cosas–, pues no constituyen una maniobra externa; los *engaños implícitos*, también los *engaños verbales no acompañados de otras actuaciones* y los *engaños menores* o que no inducen a error a personas avisadas o perspicaces.

El engaño puede hacerse a través de manifestaciones que no se corresponden con la realidad, *engaño explícito o semántico*, pero también se ha aceptado la concurrencia de estafa en la conducta de quien se sitúa en el seno de una relación contractual sin expresar nada exactamente falso, ocultando, sin embargo, su intención inicial de no actuar como la relación exige, es decir, un *engaño implícito o pragmático*.

### **La inducción del error y la eficacia causal del engaño**

El engaño ha de inducir a error a su destinatario, entiéndase que ha de ser causal, de modo que en el sujeto pasivo nazca una representación equívoca de la realidad. Esto es lo que encierra la condición de *bastante* y lo que expresa el tipo legal, al decir que el uso del engaño es para producir error en otro. Ello quiere decir que entre el engaño y el error ha de existir una relación de causalidad; por un lado, que el segundo haya sido determinado por el primero y no obedezca a otras razones; y de otro, que el engaño ha de ser antecedente o causante, quedando excluido el subsiguiente o incidental.

La valoración causal del engaño se hace hoy sobre la más restrictiva doctrina de la causalidad adecuada, por lo que entra en juego no solo el aspecto naturalístico de la condición *sine qua non* del engaño, sino también, el personal del sujeto, de modo que debe existir un criterio mixto, objetivo –subjetivo, de valoración, que permita que el valor causal objetivo del engaño sea completado con un módulo subjetivo que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo.

### **El acto de disposición y el perjuicio**

El *engaño bastante* debe, provocando un error, inducir al sujeto pasivo a realizar un acto de disposición, *disposición* que por el efecto de perjuicio para el disponente o un tercero, ha de tener un contenido patrimonial, es decir, ha de recaer sobre un elemento del patrimonio del sujeto pasivo o de un tercero, sobre el que aquel tenga posibilidad de disponer minorando económicamente dicho patrimonio, o sea el perjuicio, partiendo del principio que sin perjuicio no hay estafa consumada.

El concepto del *perjuicio* es un concepto del patrimonio en su conjunto, los bienes y valores económicos evaluables pecuniariamente que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona, con independencia de si gozan o no del reconocimiento del Derecho.

La referencia al perjuicio no comporta la idea de una necesaria disminución del patrimonio, pues la defraudación existe por la simple salida ilegítima de cualesquiera de sus elementos integrantes, a consecuencia de la infracción.

### **Las formas de aparición del delito y la penalidad**

La perfección de la estafa se produce como en todo delito, cuando se cumplen todas las condiciones del tipo, entendiéndose que ello ocurre en el momento en que se realiza el acto dispositivo, quedando la cosa a disposición del agente; disponibilidad que centra la consumación del delito, sin que sea preciso que, a su vez, el sujeto activo haga efectiva esa disponibilidad, ni que llegue a alcanzar el beneficio que se hubiere propuesto: obtención del lucro o beneficio, que pertenece ya a la fase de agotamiento del delito.

La *tentativa* comienza con la *ejecución* de las maniobras fraudulentas, esto es la exteriorización de la enajenación, objetivamente susceptible, de producir el engaño inductor de una disposición patrimonial.

### **Concurso de delito**

El delito con el que la estafa aparece más frecuentemente en concurso es el de la *falsedad*, pues son muy usuales los casos en que el documento falso es utilizado como *engaño defraudatorio*. La doctrina y la práctica jurisprudencial han resuelto el problema planteado para tal hipótesis de concurso, entendiéndose que si se trata de falsedad en documento privado, habrá un concurso de leyes a resolver mediante la aplicación de las normativas que en los Códigos Penales regulan el concurso de delito.

### **Dolo civil y dolo penal**

Cuando se aborda el delito de *estafa*, resulta imprescindible tratar el tema de la distinción entre el *dolo civil* y el *penal*. Para entender una definición del *dolo civil* debe tenerse en cuenta los artículos 69 y 71 del Código Civil, donde este último artículo define que el *fraude* es infundir una falsa creencia a la otra o la confirma en ella, para que emita una manifestación de voluntad que en otras circunstancias no habría hecho. Resulta, por lo tanto, la manifestación de una conducta insidiosa, de mala fe, de manera que sin su presencia no se hubiere completado el negocio jurídico, pero no necesariamente con intencionalidad de dañar el patrimonio.

La distinción entre el *fraude civil* y el *penal* se encuentra estrechamente relacionado con este asunto. Se afirma que ante la existencia de un engaño mínimo, siempre que este indujera a error en el destinatario, ese engaño resultaría insuficiente, dada su nimiedad, para integrar el fraude penal, pero sí puede constituir un *dolo civil*.

Frente a este dolo civil, el *penal*, entiéndase, los *engaños penalmente relevantes*, exigirían una cierta cualificación o entidad, debiendo contener un plus de intensidad y maquinación artificiosa, que es lo que daría una cualidad de *ilicitud*. Pero, como ya se ha dicho, la *relevancia penal* ha de medirse no solo objetivamente, sino con un criterio mixto, objetivo y subjetivo; es decir, valorando la trascendencia del engaño por su modo de manifestarse y la forma que adopten en función de las circunstancias fácticas y personales del caso y víctima concretos. Es necesario evitar ampliar los límites penales del engaño.



En el tema de la distinción entre el dolo civil y el penal las definiciones doctrinales tienden a definir algunos criterios sobre los cuales establecer la distinción sobre una base totalmente subjetiva, según la voluntad del autor del hecho, pero también con elementos objetivos como la naturaleza del ataque o la del bien lesionado y el modo de considerar el acto ilícito por el derecho, que deriva también en aspectos de política criminal.

No se escapa que muchas veces, en la práctica, resulta difícil distinguir donde se encuentran uno y otro, por lo cual es muy importante observar la práctica jurisprudencial, por ejemplo, las sentencias de los Tribunales (basados en sentencias de los Tribunales Supremos) refieren que si desde el inicio existe el ánimo de incumplir habrá estafa, y no incumplimiento civil. En definitiva, se exige un antecedente de dolo, de modo que sea inequívoca la intención de defraudar, para darle un cariz penal.

### **Los negocios jurídicos o contratos criminalizados**

Son aquellos negocios jurídicos de derecho privado, civiles o mercantiles, en los que la apariencia del propio negocio constituye una *operación de engaño*; en cuanto el autor simula un propósito de contratar cuando realmente sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación prestada, pero sin intención de cumplir la suya.

El negocio jurídico se constituye como *instrumento disimulador y ocultación, fingimiento y fraude* con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta, aunque la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo definía la estafa. El Tribunal Supremo Español entiende que esos comportamientos tienen carácter penalizando cuando el engaño es inicial y causante de un acto dispositivo que da lugar a un perjuicio, considerando que la diferencia con el negocio jurídico civil es que se manifiesta una voluntad de cumplir que es inexistente.

### **Modalidades nuevas de la estafa**

Los fraudes en el uso de las tarjetas de crédito.

El fenómeno de las "tarjetas de plástico" y su desarrollo han implicado nuevas formas de engaño. Con el nombre de *tarjetas bancarias, tarjetas de crédito o dinero de plástico*, se viene identificando un producto financiero que comienza a desarrollarse con fuerza a partir de los años setenta, aunque en nuestro país se produce desde la década del noventa con el auge del turismo.

Fue el Bank of America, el que emitió la primera tarjeta bancaria en los años cincuenta bajo el rubro de "Bancoamérica", en principio con utilidad limitada a medio de pago y posteriormente desarrollada a mayores usos, siendo tal el auge de este primer dinero de plástico (su primer beneficio consistió en no tener que llevar dinero efectivo), que en poco tiempo se formó un grupo de bancos para desarrollar y expandir este producto que nació marcado por el éxito. Así el Bank of America se asocia con otros y nace la organización VISA International, que comercializa la tarjeta VISA, que en la actualidad resulta la más conocida y extendida mundialmente.

Con anterioridad habían surgido, a principios de siglo, algunas tarjetas hoteleras y al filo de los años sesenta las también conocidas "Diner's Club" y "American Express", ambas, tarjetas de cargo y no de crédito.

Existen diferentes tipos de tarjetas. De ellas, las principales son, a saber:

- **La tarjeta de crédito.**

Es la que mayores prestaciones posibilita. En este caso, el banco emisor pone a disposición del titular de una tarjeta una suma determinada de dinero mensual (límite) del que éste puede disponer retirando dinero efectivo, adquiriendo bienes en los establecimientos adheridos. El cargo por el importe de la compra se producirá a elección del titular, de una sola vez y en fechas próximas (normalmente hacia el día 5 respecto de las compras efectuadas en el mes anterior), en cuyo caso no se abonan intereses, o también, aquel podrá optar por el pago diferido mediante cuotas, aplicándose en esta ocasión determinados intereses. El *crédito*, en ambos supuestos, es *rotativo*, pues el titular podrá seguir disponiendo en cada momento de la suma no gastada hasta el límite. Por ejemplo, si se otorga una tarjeta de crédito por \$1,000 USD nunca el portador podrá gastar más de esa cantidad, renovándose ese crédito hasta la cantidad límite cada vez que se pague.

- **La tarjeta de débito.**

Tiene una doble utilidad: retirada de dinero de un cajero automático y pago de bienes o servicios en un establecimiento (así, por ejemplo, la tarjeta VISA ELECTRON). En ambos casos, se trata de *transacciones electrónicas* que se cargan en el acto en la cuenta bancaria del titular. Aquí no hay crédito por tiempo alguno. De no haber fondos en la cuenta, el cajero automático rechazará la operación, o en el

supuesto del pago de un bien o servicio, para lo cual el establecimiento ha de contar con un terminal de punto de venta (TPV), será este el que la deniegue.

- **Tarjeta de garantía de cheque.**

Con ellas, el Banco garantiza hasta un límite al tomador, los cheques girados por el titular contra su cuenta corriente.

Las tarjetas también suelen clasificarse atendiendo a los intervinientes en la operación, donde puede entrecruzarse la complejidad de relaciones. En este orden, se dividen en:

- **Tarjeta bilateral**

En esta tarjeta el emisor proporciona el bien o servicio directamente al titular. Constituye una tarjeta *no bancaria* y su principal expedidor, según el volumen, son los grandes almacenes de ventas minoristas.

- **Multilaterales.**

En estos supuestos existe un Banco emisor que proporciona mediante un contrato una tarjeta al titular, además de un establecimiento adherido que a través de otro contrato que suscribe con un Banco, que bien puede ser distinto del emisor de la tarjeta, pacta con él su integración en el "sistema de tarjeta". Ello lo obliga, principalmente, a aceptar en pago de las ventas o servicios cualquier tarjeta nacional o extranjera del "sistema", para realizar determinados controles o acciones, al serle presentada la tarjeta y ceder su facturación a través de cualesquiera de las entidades financieras afiliadas al sistema (no necesariamente al Banco que contrata con el establecimiento). Este Banco se tendrá que relacionar con los Bancos emisores de las tarjetas por las que se pagaron al establecimiento y que han de hacer efectivas las facturas, así como con el Banco que afilió al establecimiento.

### **Los supuestos fraudulentos que pueden presentarse**

- Apariencia de solvencia del tomador de la tarjeta en el momento de solicitarla o concederla. El engaño consistiría en los mecanismos utilizados para aparentar la solvencia, entre ellos, la falsa relación de bienes y la creación de una confianza previa con intención de ulterior fraude. El acto de disposición consistiría en la concesión del crédito por parte del emisor para utilizar la tarjeta. Habría que observar si es bastante el engaño utilizado, en este caso habrá *estafa*.
- Uso de la tarjeta suplantando la persona del titular y sin autorización de este. Se trataría también de una modalidad de estafa común en que el engaño radicaría en hacer creer al tercero que entrega algo a cambio de pago con una tarjeta cuyo titular autorizado no es el portador. Subrayo, sin embargo, que en cuanto a tarjetas de retirada de dinero, algunos Tribunales las han considerado como el uso de llaves falsas y aquella conducta como robo y no estafa.
- Uso de la tarjeta excediéndose del crédito concedido. Resulta claro el delito de estafa si aparece indubitadamente, desde el principio, la intención de defraudar utilizándola por encima del crédito establecido, por lo cual entraña siempre un elemento subjetivo, que no es fácil de probar en un proceso penal.
- Uso de la tarjeta por su titular dentro de los límites autorizados, pero conociendo que carece de fondos para hacer frente a los cargos derivados de las operaciones que está realizando. En mi opinión, si se prueba el dolo específico, o sea, el conocimiento de la carencia de fondos, constituirá también *estafa*.

### **Estafa por medios informáticos**

En lugar de engaño y error la dinámica comisiva radica en valerse de alguna manipulación informática o artificio semejante. En cuanto a este singular medio comisivo, se exige el ánimo de lucro, la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, es decir, el acto de disposición y el perjuicio patrimonial de un tercero. Es fundamentalmente una alteración o modificación de los datos, que puede consistir en su supresión, en la introducción de nuevos datos falsos, su modificación dentro del programa, colocar datos en distintos momentos o lugar, variar las instrucciones de elaboración. Ejemplo de ello puede ser la alteración de la nómina de un centro de trabajo mediante manipulación electrónica.

Primera: Existe manipulación previa (*input*) cuando se realiza durante la creación del programa, mediante la alteración, inserción o eliminación de datos o su ubicación en lugar distinto.

Segunda: Manipulación realizada durante la ejecución del programa; se ejecuta mediante o a través de la consola introduciendo una manipulación del programa.

Tercera: Manipulación posterior (*output*), se proyecta sobre la tercera fase de emisión de datos.

### **Variedades más relevantes de la estafa informática**

A continuación, se ofrecen algunas variedades de "estafa" o "hurto" informáticos, referenciadas por los profesores de la UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia), Francisco Eugenio y Eugenio

Oliver en su trabajo sobre Derecho informático; (Ventura Monfort) los que constituyen modalidades de estafa, en ausencia de tipos específicos de delito informáticos.

1. *Rounding of utility (redondeo):*

Es típico que se produzca un perjuicio de una multitud de titulares de cuentas en las que se producen en una secuencia temporal determinada, una o varias anotaciones fraudulentas por cantidades pequeñas, redondeando por debajo en unas fracciones de unidad monetaria que resultan imperceptibles para el titular de una cuenta perjudicada, por ejemplo: una anotación de \$19,76 USD pasa a serlo de 19.80 USD tras la manipulación; al titular de la cuenta le puede pasar desapercibido este redondeo, pero si se produce en una multitud de ellas y con regularidad, el beneficio del estafador puede ser considerable. Estas operaciones, naturalmente, se realizan con ayuda de un programa de ordenador y del correspondiente equipamiento informático.

2. *Data didling (falsificación de datos):*

Mediante el oportuno programa de ordenador y correspondiente equipamiento informático se cambia la información de modo que las operaciones de ingreso de dinero en una cuenta van a parar a otra o las operaciones de salida de dinero se cargan a otra cuenta distinta de la del receptor; a consecuencia de ello, hay un incremento en el patrimonio de una persona a costa de un detrimento del patrimonio de otra.

3. *Piggy backing (suplantación de la personalidad del usuario):*

También, gracias a la utilización inteligente y fraudulenta de equipos y programas informáticos se produce un acceso, una invasión, a cierta información que acaba siendo utilizada en favor del "invasor" mediante sustracciones de dinero o signos que lo representan, y en detrimento del dinero o de los signos representativos de dinero que hay en el sistema informático invadido, y del que se realiza la oportuna y sofisticada sustracción.

**La proximidad conceptual entre la estafa informática y el hurto**

Según el penalista español Ventura Monffort, en efecto, cabe preguntarse ¿cuál es la verdadera naturaleza jurídica del hecho de la manipulación informática en provecho del activo patrimonial propio y en detrimento del activo patrimonial ajeno?, ¿si es un hurto o una estafa? Por un lado, se sabe que en la estafa informática no se ejerce violencia en las personas ni fuerza en las cosas. Hay una manipulación informática y, a consecuencia de ello, al igual que en el hurto, se produce una transferencia, una sustracción, un apoderamiento y, finalmente, ese apoderamiento lo es de un bien mueble como lo es el dinero (entiéndase *dinero* o *signo* que lo represente, tal y según viene enunciado en el Código Civil español a propósito de la idea de *precio* en el contexto de la compraventa).

Si ese apoderamiento de dinero se produce sin el consentimiento de su dueño, ¿no se podría estar ante un supuesto de delito de hurto? Parece ser que la separación entre hurto y estafa, *producida a través de medios informáticos*, viene determinada por el carácter material o inmaterial de la operación que genera la transferencia patrimonial de carácter ilícito. En el hurto, el objeto es una *cosa corporal* que materialmente toma el que lo comete, mientras que en la estafa electrónica se produce una *manipulación informática irregular* que genera esa transferencia patrimonial; luego la sustracción de una tarjeta de crédito del bolsillo de su dueño constituiría un hurto, su posterior utilización por parte del sustractor, para extraer dinero de un cajero automático, sería una estafa informática y, ambas, constituirían infracciones penales conexas.

Del pago con cheque sin provisión de fondos

Delito que consiste en emitir o transferir, a cualquier título, un cheque que el girado no pague por cualesquiera de las siguientes causas: falta o insuficiencia de fondos; orden injustificada del girador; cuenta cancelada o embargada; no corresponder a cuenta del girador.

Se trata de un cheque formalmente válido por contener todas las enunciaciones que la ley considera esenciales. Es autor de este delito el que ofrezca en pago, o entregue por cualquier concepto a un tercero, un cheque sin provisión de fondos. La falta de fondos debe concurrir en el momento de la presentación del cheque al banco girado por su tenedor librador, pues no tiene fondos suficientes para abonarlo. Requiere, además de la conciencia y voluntad de dar o entregar un cheque, la conciencia y voluntad de no pagar su importe; un ánimo defraudatorio, es decir, un dolo específico bien dibujado.

Comentarios a la estafa en el Código Penal cubano

El Código Penal adopta el criterio de hacer una definición general del delito de estafa y superar el casuismo que caracterizó esta figura delictiva en la formulación del antiguo Código de Defensa Social.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Vale recordar que el artículo 550 del Código de Defensa Social contemplaba 21 modalidades distintas de la estafa y terminaba el articulado con el famoso "saco", que refería: "el que defraudare o perjudicare a

El artículo 334.1 establece claramente los elementos del tipo que no son más que aquellos que se han definido con anterioridad, o sea la definición del Código se ajusta ortodoxamente a lo establecido en la doctrina.

El artículo 334.2 establece una modalidad agravada si el sujeto activo del delito se aprovecha de sus funciones en un cargo, empleo, ocupación u oficio en una entidad estatal, debiéndose, por lo tanto, interpretar como cualquier tipo de empleo en cualesquiera de las instituciones estatales, incluyendo en mi opinión las empresas estatales.

El artículo 334.3 también se refiere a modalidades agravadas cuando se obtienen beneficios o se causan perjuicios de considerable valor, o el hecho se realiza formando parte de un grupo organizado. Para interpretar qué se entiende por grupo organizado, debe consultarse documentos internacionales recientes sobre la materia, que establecen que un grupo organizado debe estar constituido por más de tres personas y funcionar de manera estable.

La Instrucción No. 165 de 11 de abril del 2001, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, dispuso que se considerarán de considerable valor aquellas modalidades con una defraudación patrimonial ascendente a más de 5 000 MN.

El artículo 334.4 es una figura traída al Código por el codificador cubano con el propósito evidente de proteger al *instrumento de crédito* que se llama *cheque*. Este, de acuerdo con el Código de Comercio “[...] es un mandato de pago conocido en el comercio con el nombre de cheque, que permite al librador retirar en su provecho o de un tercero, todo o parte de los fondos que tiene disponibles en poder del librado.”

El artículo 535 del Código de Comercio define los requisitos que debe contener el cheque, a saber: “nombre y la firma del librador; nombre del librado y su domicilio; cantidad y fecha de su expedición, que habrá de expresarse en letra y, si es al portador, a favor de persona determinada o a la orden, será transmitido por endoso.” Estas disposiciones mercantiles deben considerarse cumplidas, ya que un cheque sin formalidades externas carecerá de idoneidad para la integración del delito. Cuando se comete este delito hay un doble ataque: a) al instrumento de crédito, y b) al patrimonio de quien lo recibe en pago de alguna deuda contraída en el acto de libramiento. Es indispensable que concurra el engaño y la defraudación, de lo contrario no habría delito de estafa, de ahí que el tipo utilice la expresión *a sabiendas*. La segunda modalidad también exige un dolo específico (maliciosamente); se aparenta la tenencia de fondos o se tienen realmente y se retiran inmediatamente después de expedido el cheque, con ello se evita el pago de modo malicioso.

Sobre esta modalidad especial de la estafa (el cheque sin fondo), que fue y es muy polémica en la doctrina, vale la pena reproducir los comentarios de Evelio Tabío en los *Comentarios al Código de Defensa Social*, (Tabío, 1953) donde expresa: “[...] la entrega de cheque sin fondo por el agente delictual, mediante una conducta engañosa que consiste en pagar por medio de un instrumento que carece de eficacia por la carencia de fondos del librador, el cual, naturalmente oculta esa verdad cuando lo expide y lo da en pago, no es suficiente por sí solo para llegar esta calificación, a menos que se trate de obtener una conversión de dinero mediante el prealudido cheque. Tiene que haber un ánimo de defraudar como elemento doloso también, pues de otro modo, el cheque sin ser manipulado no tiene trascendencia en el orden penal, o lo que es lo mismo, que el libramiento por sí solo no es delictivo.

Finalmente no considero que el delito sea formal, porque no basta que sea librado el cheque sin fondo, la jurisprudencia y la doctrina han convenido que ese libramiento, por sí sólo, *no* es delictivo.

### **Sentencias de los Tribunales Supremos en relación con la Estafa**

Sentencias del Tribunal Supremo. Cuba

No todo engaño equivale a una estafa, aun cuando logre adquirirse un beneficio pecuniario, en virtud de que, en la variada gama de actividades de la vida de relación, influyen no poco aquel y, con especialidad en la actividad mercantil, también lo es que, cuando se emplean medios, modos o formas que atendidos el paciente del delito, la naturaleza de los primeros, el fin propuesto y demás circunstancias accidentales, fácilmente se puede comprender la posibilidad racional de una seducción, el ardid o artimaña como elemento moral del delito cuestionado. **Sentencia 250 13-7-1946.**

Es forzoso convenir ante la realidad de los mismos que al expedir y entregar el acusado a la víctima del delito los cheques aludidos, lo hizo de mala fe, con dolo, ya que al librar un, mandato de esa naturaleza no

---

otro para obtener injustamente lucro o utilidad, valiéndose de cualquier engaño o artificio semejante a los expresados anteriormente, siempre que fuere manifiesto el propósito de defraudar y la posibilidad racional de conseguirlo, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las condiciones personales del perjudicado”.

ignoraba que estaba sobregirado, es decir, que carecía de suficientes fondos para llevar cumplidamente la obligación a que estaba sujeto. **Sentencia 117 de 19-9-1945.**

El libramiento de cheque sin fondo caracteriza su dolo el presumible conocimiento que tiene todo librador de que al girar un mandato de pago, carece de los fondos necesarios para ello, por lo cual puede afirmarse aplicando por analogía lo establecido para el delito de hurto en orden a que se presume el ánimo de lucro en quien toma las cosas bienes ajenos sin la voluntad de su dueño, que es también presumible el propósito de defraudar por parte de quien haga un giro en la forma indicada. Un distinguido penalista ha dicho que con este delito lo que se trata de proteger es la circulación monetaria lo que lo singulariza como delito especial. Y por tanto si no hay en la sentencia por otra parte dato o antecedente alguno que autorice a inferir la más ligera sospecha de que a veces anteriores los hubiera hecho el procesado hasta extender algún que otro sobregiro es correcto considerarlo como que existió el animo de defraudar como maliciosa intención del enjuiciado. **Sentencia 114 de 17-9-1941.**

Que aunque la sentencia califica la compraventa de los muebles de operación fingida por el comprador a fin de recibirlos y agrega que prometió pagarlos a su regreso de un simulado viaje que adujo tener que realizar, no existe el engaño que, como elemento de esta categoría de estafa, consiste en un ardid que conduzca a la víctima a comportarse de modo que el agente logre su propósito defraudatorio; pero quien ofrece a otro comprarle a condición o bajo término, que es un perenne acaecimiento del comercio, si incumple la obligación de pagar cumplida a la condición o llegado el día, no comete estafa, pues su proposición no es una maquinación o artificio de suficiente entidad para inducir a engaño a un comerciante. **Sentencia 12 de 20-1-1964.**

Que el campesino encargado del cuidado y cultivo de una finca cuyos dueños le abonan una cantidad mensual por ese servicio, y que deja de percibir su salario por fallecimiento de los propietarios e indiferencia de los herederos de estos, para continuar ejerciendo sus funciones y realizando su trabajo, y toma y vende frutos de la finca para subvenir sus necesidades, no comete el delito de hurto que erróneamente le calificó la sala del juicio ni el de estafa como calificara el M.F. en el único motivo de su recurso de infracción que se examina en el que se combate la sentencia porque, a su juicio, los hechos no constituyen delito, pues es indudable que su conducta carece de trascendencia penal ya que se desenvuelve dentro de una contratación civil lícita, y la toma y venta de los frutos no es una sustracción, como sería preciso para la configuración del delito de hurto, ni la disposición arbitraria de bienes que le fueron confiados, cuyo destino es la venta y el consumo directo, con el propósito de privar a los dueños de los mismos o de su valor, como requiere esta modalidad de la estafa (apropiación indebida), pues tratándose de bienes, fungibles el administrador, o quien ejerza funciones de parecida índole, no las desvía del destino si entrega otros equivalentes a los que le fueron dados, u obtuvo del cultivo, o su valor económico. De modo que los hechos narrados por el tribunal del juicio, en cuanto refieren que el acusado tomó frutos y los vendió, y que estos fueron producidos en la finca de los causantes, no constituyen el delito de hurto, ni el de estafa. **Sentencia 597 de 16-10-1967.**

Que la actitud obsequiosa de un cliente servido en un establecimiento público que se manifiesta en donar o regalar a quien lo atiende determinada cantidad de dinero, generalmente conocida con el nombre de propina, se realiza en consideración y como consecuencia de su satisfacción por la atención recibida de quien le sirve; y dicha cantidad de dinero o propina es obsequio específico y personal a quien directamente le prestó el servicio y, siendo éste el destino, no puede entenderse integrado el delito de estafa que se califica y sanciona si el beneficiario opta por disponer en su provecho de la dádiva percibida, incumpliendo con su acción acuerdos adoptados entre los trabajadores del establecimiento en que presta sus servicios, cuyos términos lo obligaban a constituir un fondo común con lo recibido individualmente por tal concepto para ser posteriormente distribuido entre ellos en igual proporción, ya que la violación de dicho acuerdo no integran los elementos de tipificada de la estafa y la responsabilidad en que podían haber incurrido, en tal caso, había de señalarse en el orden sindical ya que al penal, el hecho carece de antijuricidad, por lo que procede casar la sentencia. **Sentencia 56 de 30-1-1968.**

Que la ilicitud de una conducta no supone que necesariamente haya de ser juzgada con arreglo a las normas del derecho penal, toda vez que para subsumirla en una figura delictiva, tienen que concurrir los elementos que la integran, pues de otra suerte, por antijurídica que sea, no cabe dentro del campo de lo jurídico penal y habría que buscar en otras esferas del derecho la reparación del agravio que se estima inferido, y esto es precisamente lo que sucede en el caso de autos, donde se observa el incumplimiento por parte del procesado, de lo convenido, que escapa a su encuadramiento en el molde del delito de estafa, por engaño semejante al que corporifica el 550-22 CDS, porque falta el elemento básico que le da vida a la infracción, o sea el elemento intencional o dolo genérico del manifiesto propósito de defraudar, ya que no se afirma en los hechos, que se admitiera como probados, ni puede deducirse del contexto de los mismos que el procesado, al comprometerse en Nov/65 a repararle su automóvil al perjudicado, recibiendo distintas cantidades de dinero que ascendían a \$213.60 y además la libreta de control de piezas de repuesto para que adquiriera las que hicieran falta para la reparación convenida, abrigara el único

propósito de obtener un lucro ilegítimo, sin pensar en cumplir el compromiso contraído. Es cierto que transcurrieron cinco meses, y el enjuiciado no hizo el trabajo ni alegó razón alguna atendible y se apropió del dinero que recibió, pero no consta que se valiera de ningún ardid para lograr la formalización del contrato; luego no es posible apreciar el manifiesto propósito de defraudar y aunque sea estimable el elemento objetivo, del perjuicio, se llega a la conclusión de que el ámbito de la jurisdicción penal no es el competente para castigar ese incumplimiento. **Sentencia 381 de 5-6-1970.**

Que del análisis de los hechos declarados probados se llega a la conclusión de que tanto los actos ejecutados por el acusado AS, como los realizados por los otros acusados pudieran violar disposiciones legales en el orden laboral o civil, pero no caracterizan un ilícito penal, por estar ausentes los elementos de hecho que exige el delito de estafa calificado por el tribunal de instancia, ni ningún otro de los delitos en especie regulados en el C.P. ni en leyes especiales; el delito de estafa requiere que el agente mediante engaño, en sus diversas modalidades, obtenga del perjudicado alguna cosa de la propiedad de éste, es decir sus elementos caracterizantes son el engaño y la defraudación; según constan en la sentencia las acciones que se reputan delictivas fueron realizadas unilateralmente por los acusados, es decir sin mediar engaño; y como es sabida no toda conducta antijurídica es punible, pues se requiere, además, que esa acción esté conminada con una sanción de carácter penal, lo que no ocurre en el caso en examen. Además, en el ámbito de la jurisdicción penal toda interpretación de la ley es admisible cuando es de carácter restrictivo, la forma extensiva, no es admisible por la legislación de nuestro país, en la cual se proclama que sólo es exigible responsabilidad penal en virtud de leyes anteriores y con las garantías y formalidades establecidas en la ley. **Sentencia 638 de 10-4-1973.**

Que según constan en la sentencia los actos ejecutados por el acusado consistieron en entregarle a los organismos estatales una cantidad menor de pan que las facturas, lo que hizo con el propósito de disponer de la diferencia de los panes entregados con los que debía entregar; eso es una verdadera acción de engaño; de idéntica naturaleza a la que a diario realizan algunos comerciantes cuando entregan productos con un peso inferior al debido; se está en presencia de un delito de estafa continuado de escaso valor y no del de falsificación de documentos. **Sentencia 6864 de 14-9-1983.**

Que no puede obviarse en el delito de estafa que el engaño preceda al perjuicio, y sea la causa que lo determine, como en el caso que nos ocupa no consta, que el acusado hiciera uso de ningún procedimiento engañoso para lograr el consentimiento del perjudicado, con relación a las operaciones que ambos concertaron, es clara la ausencia del elemento esencial del engaño que no puede faltar para la cualificación del delito, careciendo por tanto de existencia real, quedando reducido el hecho debatido a un posible incumplimiento de obligaciones del que solo puede derivarse acciones civiles. **Sentencia 2377-13-7-1988.**

Que la sentencia impugnada afirma que el acusado le manifestó al perjudicado que era joyero y que le podía tasar las joyas que el mismo traía, y mediante este ardid lo llevó hasta su domicilio, recibiendo allí las prendas para que éste se las tasara y ya en posesión el inculcado, de las mentadas joyas, pretextando que necesitaba más luz para poder observarlas, se adentró más aún dentro de la vivienda, retirándose con las mismas por el fondo de la casa, las que fueron recuperadas, y siendo así resulta evidente que el encausado, con el propósito de obtener para sí un beneficio patrimonial ilegítimo, empleó indudablemente un engaño, que indujo a error a la víctima y determinó a éste a realizar un acto en detrimento de sus bienes, obteniendo con su acción delictiva un beneficio económico de considerable valor, no se integra el delito de apropiación indebida, porque los elementos que corporifica esta figura son otros y fundamentalmente lo diferencia del delito de estafa, la existencia en éste de un ardid o engaño. **Sentencia 115 de 31-3-1989.**

Tribunal Supremo. España

La estafa tiene infinitos modos de manifestarse y en el que con frecuencia la fantasía del delincuente y sus fértiles ingenio e inventiva, superan las previsiones legislativas. Ante esta situación el TS sin perjuicio de declarar que la estafa constituye una asechanza tendida a la buena fe ajena, una impostura apta para engañar o un engaño astuto adopta el concepto que tiempo ha, había hecho fortuna en la doctrina científica por lo cual se ha definido la estafa como el perjuicio patrimonial logrado o conseguido mediante engaño, con ánimo de lucro y nexo causal que asocie el engaño con el mentado perjuicio, pudiéndose con mayor detalle y superior reposo, parafrasear la definición añadiendo que la piedra angular o espina dorsal de la infracción analizada, es el engaño, requisito consistente en la falacia o mendacidad, artificio, maquinación o insidia de que se vale el infractor para inducir a error a la víctima elegida, viciando su voluntad o su consentimiento e induciéndola a entregar alguna cosa o a efectuar una prestación de contenido económico, entrega que no se hubiera verificado de no mediar la mendacidad dicha, la cual obró como anzuelo, señuelo o cimbel apropiado para la captación del incauto ofendido; el perjuicio generalmente evaluable en dinero el cual puede caer indiferentemente sobre la persona engañada o sobre otra distinta la relación de causalidad o nexo causal entre engaño y perjuicio debe ser de tal índole

que, aquel, sea el determinante o generante de éste, hasta tal punto que suprimiendo in mente el citado engaño, el perjuicio no se hubiera producido; y el ánimo de lucro o animus lucrandi, cuyo requisito radica en cualquier tipo de provecho, ventaja utilidad o beneficio, para sí mismo o para otros, que se pretenda obtener por el culpable, incluso los de ulterior liberalidad o beneficencia o los meramente contemplativos. En los casos de codelicuencia o coparticipación, basta para la perfección delictiva, conque el lucro, lo consiga el determinado autor plenario, es decir aquel cuyo compartimento cumpla las exigencias típicas del precepto de que se trate, aunque el enriquecimiento no importe o inquiete a los que con el referido autor plenario, cooperaron de modo más o menos relevante en la perpetración del delito, el cual no se desnaturaliza ni pierde su esencia, respecto a dichos cooperadores necesarios o no, por la simple circunstancia de coadyuvar a la consecución de un lucro ajeno pero no propio ni compartido. **Sentencia de 5-11- 1984.**

La estafa tiene múltiples modos de ejecución y con modos *operandi*, poco menos que infinitos, en los últimos tiempos han aparecido nuevas formas delictivas, defraudatorias paralelas a innovaciones mercantiles y a la evolución del crédito o de la aparición de títulos valores que tienen cierta novedad, encontrándose entre dichos títulos las denominadas tarjetas de crédito bancario. Dándose las siguientes defraudaciones a las que sirven de instrumento medial las dichas tarjetas, a las que se prestan sus especiales índole y funcionamiento, en unas ocasiones el propio titular, prevalido de la posesión legítima de la tarjeta y abusando de la confianza en él depositada y del crédito concedido por la entidad bancaria concesionaria del mentado título, excede del tope máximo anticipado, acudiendo para ello a la argucia o treta de no rebasarlo en ninguna de las compras efectuadas ya que en la tarjeta consta el tope máximo de la cobertura, pero sobrepasándolo en el conjunto de dichas compras o adquisiciones, aprovechando para ello la incomunicación y desconocimiento mutuo entre sí de los vendedores, o cuando se suplanta la personalidad del tenedor legítimo e imitando su firma y rúbrica, efectuar adquisiciones múltiples, sin que ninguna de ella rebase el máximo de lo permitido. **Sentencia de 25-6-1985.**

El dolo civil consiste según su tema literal en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas por parte de uno de los contratantes induciendo al otro a celebrar un contrato que sin él no se hubiere celebrado. El dolo civil debe concebirse ampliamente, pero sin mediar malicia o engaño. Dicho dolo civil es más bien una asechanza puesta al consentimiento de otra persona. El dolo criminal, característico de la estafa, consiste en falsas aseveraciones, siendo su esencia el engaño, caracterizado por una mayor entidad cualitativa tanto en la psicología como en lo ético, cuando media un contrato el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o iniciar muy parcialmente un cumplimiento para desembocar en un incumplimiento definitivo, en el que el contrato es una ficción al servicio del fraude, creando un negocio vacío o captatorio que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno. **Sentencias de 17-11-1973, 22-12-1973, 1-3-1974, 1-4-1974, 17-5-1974, 7-12-1974, 14-5-1975, 9-12-1975, y de 9-2-1976, entre otras.**

La índole aparentemente formal de ciertos negocios jurídicos, no impide que los mismos, en el fondo, entrañen la maquinación engendradora del delito de estafa, siendo relativamente frecuente esta situación engañosa, originando los llamados negocios jurídicos criminalizados, también criminosos e incluso por otros con engaños defraudatorios, cuando se pone de relieve que estos no son más que simulaciones de las que se derivan, que una de las partes ha procedido con malicia fraudulenta al quedar demostrado que los mismos no fueron más el instrumento engañoso que sirvió al sujeto activo del delito para la apropiación ilícita. **Sentencia de 6-5-1985.**

### **Bibliografía**

- Núñez Ricardo, C. (1988). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Córdoba: Marcos Lerner Editor.
- Pumpido Ferreiro, C. (1997). *Estafas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tabío, E. (1953). *Comentarios al Código de Defensa Social*. La Habana: Jesús Montero Editor.
- Ventura Monfort, J. (s.f.). La estafa cometida por medios informáticos. *Revista Electrónica de Derecho*.
- Vives Antón, T. (1996). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tiran lo Blanch.