

Estafa y dogmática penal

Alejandra Verde¹

I. Introducción

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

En Alemania el mismo delito de estafa se encuentra tipificado en el artículo 263 del StGB de la siguiente manera: “quien, con ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, lesiona el patrimonio de otro, provocando o manteniendo un error mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultación de hechos verdaderos, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o pena de multa”².

Lo mismo ocurre en España, cuyo código penal tipifica la estafa en el art. 248.1, de este modo: “cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

Es manifiesta la diferencia entre la redacción de los artículos citados. Concretamente, se advierte con evidencia que la norma argentina es mucho menos clara que las europeas. ¿Puede afirmarse entonces que el art. 172 del CP afecta el principio de legalidad, y específicamente al mandato de determinación que deriva de él? En este trabajo se intentará demostrar que la respuesta a esta pregunta depende de qué clase de dogmática penal sea la que apliquemos.

El artículo 172 del CP argentino ha sido analizado exhaustivamente por la doctrina³ y la jurisprudencia⁴. Ambas han aportado mucho a su correcta interpretación.

¹ Graduada en la UNC y adscripta a la cátedra de Derecho Penal II en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

² Traducción del art. 263 del StGB efectuada por Nuria Pastor Muñoz en su libro *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 27.

³ Cf. por todos: Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino. Parte especial*, 4ª edic., TEA, Buenos Aires, 1987, t. IV, pp. 344 y ss.; Nuñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2º ed. actualizada por Víctor F. Reinaldi, Lerner, Córdoba, 1999, pp. 223 y ss.; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999; entre otros.

⁴ Cf., por todos, TSJ Córdoba, causa “Fernández”, Sala Penal, S. n° 54 del 24/06/2002; TSJ Córdoba, causa “Caviglio”, Sala Penal, S. n° 146 de 22/12/2005; Cámara de Acusación Córdoba, causa F/61/1994, auto n° 241 del 26/12/1994; entre tantos otros.

Y ello fue -y sigue siendo- necesario porque no es una norma clara, sino más bien todo lo contrario. A lo largo de la presente monografía se describirá -en forma sintética- qué es lo que surge estrictamente de la letra de la ley y qué es lo que han interpretado doctrina y jurisprudencia con relación al delito de estafa en nuestro país y en los países europeos ya aludidos.

Esto se realizará de la siguiente manera: en primer lugar se efectuará un análisis de lo que ocurre en nuestro país y, con posterioridad, se desarrollará el mismo estudio sobre las normas penales que regulan el delito de estafa en Alemania y España⁵. Y después de ello se realizará una comparación de esas tres normas. Así pues, se podrá advertir que, si bien en los tres países se tipifica lo que aquí se entiende por estafa, cada uno de ellos lo hace con una redacción diferente, lo que conlleva a que normas como la nuestra, que no son tan claras, requieran de una ardua labor de interpretación dogmática por parte de la doctrina y de la jurisprudencia para delimitar su contenido. En este lugar quedará claro, asimismo, cuál es la clase de dogmática que de hecho se ha aplicado – independientemente de la filiación teórica declarada– para arribar a esos resultados. Finalmente, se efectuará una recomendación para mejorar la redacción del tipo de estafa en nuestro país, con el objeto de tornarlo más respetuoso del principio de legalidad.

II. Análisis del texto del art. 172 del CP argentino

Para comenzar este capítulo se efectuará un análisis de la letra del artículo 172 del CP argentino, así como del bien jurídico que aquel protege. Respecto a esto último, han surgido como mínimo tres tesis diferentes: la mayoritaria, que afirma que el bien jurídico protegido es la propiedad y las minoritarias, por su parte, que son dos. Una de ellas sostiene que el bien jurídico protegido es la libertad y la otra, que es de carácter mixto, reúne a las dos anteriores.

En nuestro país, se podría afirmar que existe consenso en sostener que el bien jurídico protegido por el delito de estafa es la propiedad. Y se sostiene que ello es así porque el artículo citado se ubica en el capítulo del Código Penal dedicado a los delitos contra la propiedad. Tal afirmación es, sin dudas, acertada, pues su fundamento es la letra expresa de la ley. Por lo tanto, se podrán tener fundamentos para sostener que se trata de un delito que afecta dos bienes jurídicos y no uno sólo, pero, lo cierto es que en nuestro sistema penal, uno de ellos por lo menos ha de ser necesariamente la propiedad,

⁵ Se eligen estos países porque su sistema (el continental europeo) es el seguido por el nuestro. Cf. sobre la comparación entre el tipo penal de la estafa en Alemania y España a Pastor Muñoz, op. cit.

o más específicamente: Es cierto que de la letra del art. 172 no surge esta circunstancia de manera expresa, pero hasta la dogmática más estrictamente positivista ha de admitir que, de la palabra “propiedad”, presente en la ley (en la rúbrica que titula el capítulo correspondiente) puede inferirse que con el delito de estafa pretende protegerse el patrimonio de las personas.

En segundo lugar, debe analizarse qué se entiende por el verbo o la acción “defraudar”. En tal sentido, Creus ha sostenido que “por defraudación se designa toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca o se aprovecha de éstas”⁶ y Nuñez afirmó que “la defraudación, como ofensa a la propiedad ajena, propia de la estafa, es una disposición patrimonial *pecuniariamente perjudicial* para el que la hace o para un tercero”⁷.

Así, por ejemplo, la doctrina coincide en que la acción típica del delito de estafa es una defraudación por fraude, y sostiene que entre estafa y defraudación existe una relación de especie a género, es decir, que la estafa es una especie –una forma- de defraudación⁸.

La doctrina y la jurisprudencia –a mi entender en forma adecuada– han interpretado que la defraudación prescripta por el art. 172 CP argentino tiene que generar un perjuicio patrimonial; es decir: se sostiene que la estafa es un delito de resultado, y que el resultado consiste en ese perjuicio o disposición patrimonial⁹. Ello, sin embargo, no surge de la letra del art. 172, sino de un análisis integral y sistemático de dicha norma en conjunción con la rúbrica que la ubica entre los delitos contra la propiedad. Algo similar ocurre, y de modo todavía más notorio, cuando se pretende determinar el significado y el alcance de la expresión “disposición patrimonial”, puesto que, en primer lugar, no surge de la norma la exigencia de tal disposición patrimonial y, en segundo lugar, aún menos surge de la norma qué se entiende por patrimonio y cuándo se considera que se produjo una disminución de aquel. No obstante ello, no es objetivo de este trabajo responder a estos interrogantes, que ya han sido estudiados en sinnúmero de oportunidades. Lo que aquí interesa es destacar la particularidad que importa algo que aceptamos con total naturalidad, a saber: que el delito de estafa exige,

⁶ Creus, Carlos, Boumpadre, *Jorge Eduardo, Derecho Penal. Parte especial*, 7ma. ed., Astrea, Bs. As., 2007, t. I, p. 509.

⁷ Nuñez, op. cit., p. 223. La cursiva le pertenece al autor.

⁸ Creus/Boumpadre, op. cit., p. 611. En idéntico sentido Nuñez, op. cit., p. 224, entre otros.

⁹ Nuñez, op. cit., p. 223.

para su consumación, la existencia de perjuicio patrimonial, pese a que ello no está escrito en la ley. Tal conclusión está basada, en verdad, únicamente en la labor dogmática llevada a cabo por la doctrina y la jurisprudencia¹⁰.

En tercer lugar, resta analizar el modo en que la ley dispone que debe realizarse la defraudación para que se configure el delito de estafa, es decir: a través de un ardid o de un engaño. El artículo que analizamos incluye un listado -no taxativo- de acciones mediante las cuales puede realizarse el tipo. En efecto, el legislador ha brindado al sólo efecto ejemplificativo algunas formas de engaño o ardid. Así, establece que se puede defraudar a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación. El carácter meramente ejemplificativo que posee esta enunciación se infiere del hecho de que la norma culmina con la frase "...o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño..."¹¹, admitiendo así, con claridad: que cualquier ardid o engaño es suficiente. Por lo tanto, la lista de ejemplos incorporada en dicha norma penal podría ser suprimida sin que ello genere ningún efecto normativo, puesto que con la última parte del artículo es suficiente para comprender que cualquier clase de engaño o ardid es suficiente para configurar el delito. Sin embargo, nada aclara la norma sobre el carácter o la idoneidad que este ardid o engaño debe reunir. Por lo tanto, una vez más es preciso recurrir a la labor de doctrinarios y jueces para determinar esta cuestión. Tampoco es materia del presente trabajo definir qué se entiende por engaño o ardid, ni cuándo éstos son idóneos. Simplemente se pretende hacer visible que ello *no surge de la ley*.

Finalmente, tampoco surge del art. 172 del CP el requisito, exigido en forma unánime por doctrina y jurisprudencia, de que ese ardid o engaño tiene que ocasionar un error en la víctima, y que ese error debe determinar la disposición patrimonial que disminuya su patrimonio, o, dicho de otro modo, que entre la disposición patrimonial y el error debe existir una relación causal¹².

A modo de síntesis para finalizar con este apartado, puede afirmarse—teniendo en cuenta lo *supra* analizado— que:

- a) El término “defraudar” no es preciso. En particular, *per se* no connota que debe producir una disposición patrimonial perjudicial. Y menos aún se desprende de la

¹⁰ Cf. entre otros, Nuñez, op. cit., pp. 222 y ss; Creus/Boumpadre, op. cit., pp. 508 y ss.

¹¹ Ver al respecto Creus/Boumpadre, op. cit., p. 516; Nuñez, op. cit., p. 225; etc.

¹² Sobre esto cf. Creus/Boumpadre, op. cit., p. 515.

simple lectura de la norma qué es lo que debe entenderse por disposición patrimonial perjudicial.

b) La ejemplificación de las clases de ardid que en la norma se enumeran de modo ejemplificativo es innecesaria, y nada aporta para comprender con precisión el concepto de ardid, o el de engaño.

c) Nada dice la norma analizada respecto a la idoneidad que debe ostentar el ardid o engaño requerido por el tipo penal al autor del hecho ilícito para inducir en error a la víctima.

d) Tampoco surge del art. 172 del CP argentino que deba existir una relación causal o de determinación¹³ entre el ardid o el engaño, el error de la víctima y la disposición patrimonial efectuada por ésta.

III. Análisis del tipo estafa en Alemania y España

Del mismo modo en que *supra* se analizó la letra del art. 172 del CP argentino, se examinarán, ahora, las normas que tipifican el delito de estafa en Alemania y en España, las cuales ya fueron transcritas en la introducción.

En primer lugar, tanto en la norma alemana como en la española puede observarse la referencia expresa al *ánimo de lucro* que debe poseer el autor del ilícito para que se configure el tipo penal en cuestión. En la norma alemana dicha referencia se efectúa con la siguiente redacción: "...con ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica..."; y en la española ello se lleva a cabo de la forma más explícita posible: "...con ánimo de lucro...". Por lo tanto, en relación con estas normas, lo único que tendrán que analizar los jueces es cuándo, según la sana crítica racional, puede afirmarse la existencia del ánimo de lucro que la norma exige como requisito para la configuración del delito. Pero no será tarea de ellos sostener ni fundamentar, con base en principios más generales y no expresos en la ley, que el ánimo de lucro es un elemento subjetivo del tipo de estafa.

En segundo lugar, en ambas normas se hace expresa referencia a que la acción típica se consuma con la realización por parte de la víctima de una disposición patrimonial perjudicial para el patrimonio¹⁴. Así, el artículo 248.1 del CP español, una vez más, de la manera más explícita posible establece que la víctima debe "realizar un

¹³ Sobre este concepto cf. Pérez Barberá, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

¹⁴ Sobre esto cf. Pastor Muñoz, op. cit., pp. 79 y ss.

acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. En Alemania, sin tanta precisión como la norma española, pero no obstante con claridad, en el art. 263 del StGB se prevé la cuestión de la siguiente manera: “quien, con ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, *lesiona el patrimonio de otro*”¹⁵.

Puede decirse, por lo tanto, que de ambos sistemas normativos cabe inferir, sin que sea posible otra interpretación, que para que exista estafa su autor tiene que haber logrado que la víctima efectúe un acto de disposición patrimonial.

Además del acto de disposición, otro elemento importante del delito de estafa, que en los códigos penales de estos países también surge de la letra de la ley, es que la disposición patrimonial tiene que ser perjudicial para el patrimonio de la víctima o de cualquier otra persona (que no sea el autor del ilícito). Esto es así por cuanto en la ley alemana está incluida la frase “...*lesiona el patrimonio de otro*...”. Pues bien, lesionar será siempre perjudicar, y “otro” será siempre cualquier persona que no sea el autor del delito. Y en España, por su parte, tampoco es necesaria mayor labor interpretativa, puesto que, como se dijo, la redacción del tipo penal que se analiza es muy clara.¹⁶ Así, al respecto prescribe que el acto de disposición tiene que ser “en perjuicio propio o ajeno”, y al utilizar la palabra propio hace referencia a la persona que será inducida en error por el autor del delito para que efectúe el acto de disposición patrimonial.

En ambos casos, la doctrina y la jurisprudencia tendrán, por cierto, que interpretar qué se entiende por perjuicio del patrimonio (por ejemplo: si la pérdida de obtener ganancias puede ser considerada como tal o no), y qué se entiende por patrimonio (si el patrimonio penal coincide con el civil o no, etc.)¹⁷. Es decir: en estos países el análisis o la interpretación pasa por determinar el alcance de términos incluidos explícitamente en la norma. En la legislación argentina, en cambio, la norma ni siquiera menciona tales términos, por lo que allí la labor dogmática resulta, *prima facie*, bastante más “creativa” que la necesaria en los países europeos mencionados.

Por último, cabe señalar que también el modo en que debe obtenerse ese acto de disposición surge expresamente de la redacción de los dos artículos que en el presente capítulo se analizan, a saber: el engaño que, con ánimo de lucro, debe realizar el autor del delito para inducir en error a la víctima en orden a que ésta efectúe un acto de

¹⁵ La cursiva me pertenece.

¹⁶ Acerca de si en derecho es inevitable o no la tarea interpretativa cf. Navarro, Pablo E., Bouzat, Andrés, Esandi, Luis M., *Juez y ley penal*, Alveroni, Córdoba, 2001, pp. 48 y s.

¹⁷ Un ejemplo de ello es lo que efectúa Pastor Muñoz, op. cit., pp. 74 y ss., entre otros.

disposición perjudicial para su patrimonio o el de un tercero¹⁸. Como puede advertirse, para explicar el contenido de estas normas las palabras que se han utilizado son las mismas que, en estos países, ha empleado el legislador, las que, como se advierte, no ocasionan problemas para su interpretación. En cuanto al engaño, como elemento objetivo de la estafa, el art. 248.1 del Código Penal español lo incluye expresamente de la siguiente manera “utilizaren engaño bastante”. Se aprecia incluso que en España se ha determinado en la misma norma penal también cómo tiene que ser el engaño para que se configure la estafa (a saber: “bastante”), por lo que ya la misma letra de la ley deja en claro que cualquier engaño no es suficiente para ser típico, sino que únicamente lo será el engaño bastante. Por lo tanto, la labor doctrinaria y jurisprudencial estará encaminada a los fines de analizar cuándo un engaño puede ser considerado “bastante” a tenor de lo que prescribe la norma en cuestión. Y ello es mucho menos que sostener –como debería suceder en Argentina– que el engaño debe ser “bastante” aunque la ley no establezca expresamente tal requisito.

En Alemania, la norma que prescribe el delito de estafa también hace referencia al engaño o ardid que debe efectuar el autor del hecho, pero, a diferencia de España, no lo hace en forma expresa. En efecto, el art. 263 del StGB reza: “provocando o manteniendo un error mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultación de hechos verdaderos”. Se desprende de la letra de la ley una descripción de los modos posibles de engaño para provocar el error en la víctima, pero no de modo ejemplificativo sino taxativo, puesto que no deja abierta la posibilidad a otra forma de engaño (como en nuestro país). En este caso, el Código Penal alemán no tiene, a mi juicio, la precisión del Código Penal español, pero la letra de la ley es clara en tanto brinda las únicas maneras posibles de configurar el error en la víctima y son, todas, formas de engaño. Además, a favor de la norma española puede decirse que en la alemana tampoco se precisa cómo tiene que ser ese engaño para ser típico, por lo que ello será posterior objeto de interpretación judicial y doctrinaria.

IV. Análisis comparativo de la redacción de los tipos penales de estafa en Argentina, España y Alemania

¹⁸ Con relación al concepto de engaño ver Pastor Muñoz, op. cit., pp. 95 y ss.

Se advierte con evidencia que de la letra del art. 172 del CP argentino no surgen de manera expresa cuáles son los elementos que tradicionalmente se adjudican al delito de estafa. Sin embargo –y como se vio–, existe consenso en nuestro país en afirmar que ellos son el ardid o el engaño por parte del autor, el error en la víctima y la disposición patrimonial perjudicial.

En Argentina, por lo tanto, se da un fenómeno muy diferente a lo que ocurre en Alemania y en España en lo que se refiere a la interpretación del delito de estafa. En efecto, en nuestro país han sido los doctrinarios y los jueces los encargados de definir qué se entiende por estafa, cuáles son sus elementos objetivos y subjetivos, etc., pues dichos datos no pueden inferirse directamente de la letra de la ley. Y, a su vez, esa misma doctrina y jurisprudencia ha debido determinar cuál es el contenido y alcance de cada uno de esos elementos. En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia argentina tendrán, por así decirlo, doble tarea en comparación con esos países europeos: en primer lugar tendrán que establecer, a partir de fuentes extrañas a la ley positiva, cuáles son los elementos conceptuales distintivos de la estafa, determinar sus elementos objetivos y subjetivos, el bien jurídico protegido por la norma, el momento de consumación, etc.; y, en segundo lugar, tendrán que interpretar y darle alcance a los términos o conceptos que surjan de su anterior elaboración conceptual, como por ejemplo: si uno de los elementos de la estafa es el engaño, tendrán que establecer cómo deberá ser ese engaño para que sea típico, etc. En cambio, en España y en Alemania la tarea de los doctrinarios y jueces abarcará sólo una parte del proceso indicado en el párrafo anterior, pues se limitará a interpretar los términos que expresamente contienen los preceptos legales citados.

Pues bien, efectuadas las pertinentes comparaciones y puestas de manifiesto las notorias diferencias entre nuestra norma penal que regula la estafa y las europeas mencionadas, sobre todo en lo que se refiere a la claridad de tales preceptos, cabe preguntarse lo siguiente: ¿puede afirmarse que el art. 172 del CP es inconstitucional por resultar violatorio del principio de legalidad, o más precisamente, por violar el mandato de determinación de la ley penal que se deriva de dicho principio?¹⁹

En la actualidad, una respuesta afirmativa a este interrogante aparecería como un tanto temeraria, pues que, a raíz de la labor doctrinaria y jurisprudencial señalada, el contenido del delito de estafa ha logrado ser claramente determinado en Argentina. Sin embargo, no deja de ser llamativo que, con naturalidad, se acepte que el contenido del

¹⁹ Acerca del mandato de determinación (*lex stricta*), cf., entre muchos otros, Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, § 5, nm. 11, p. 141.

tipo de estafa no surja expresamente de la ley, pese a que se trata de un delito que, por sus características, admite sin dificultades una descripción cerrada.²⁰ Que esa aceptación natural sea, sin embargo, lo que prevalece, entiendo que debe conducir a plantearse cómo es que fue posible llegar a ese estado de cosas, es decir: cómo es posible que, pese a la existencia de una norma tan poco clara, se haya logrado tal nivel de precisión en lo que respecta a la comprensión del delito de estafa en nuestro país.

La respuesta inicial es obvia: ello fue posible, como se dijo, merced a la labor de la dogmática. Pero entonces lo que debería ser objeto de reflexión es lo siguiente: ¿hasta qué punto está habilitada la dogmática para suplir a la ley en sus proposiciones? ¿Cuándo una proposición de la dogmática deja de ser una reconstrucción conceptual de la ley –deja de ser interpretación– y constituye en verdad una proposición normativa *ex novo* –pasa a ser legislación–? Se trata, como es sabido, de interrogantes muy explorados por la filosofía del derecho en múltiples ocasiones²¹. Y a su vez, para responder aquellas preguntas debería dilucidarse qué cabe entender por dogmática penal o, más precisamente, cuál debe ser el objeto –y el límite– de la labor del dogmático.

Sin embargo, es claro que excedería los límites de este trabajo ocuparse de estos problemas con detenimiento. Lo que sí puede ser puesto de manifiesto en este lugar es que no existe uniformidad respecto al último de los interrogantes planteados en el párrafo anterior, pues el objeto y los límites de la dogmática penal han dependido de las convicciones que al respecto han tenido los distintos sistemas elaborados, fundamentalmente, en torno a la teoría del delito: el sistema clásico y el neoclásico (positivismo jurídico), el finalismo y el funcionalismo responderían de modo muy diferente a la pregunta “¿qué es la dogmática penal y cuál es su cometido?”²².

En lo que sigue, entonces, se pretende describir, en primer lugar, qué es lo que cada uno de estos sistemas ha sostenido respecto a lo que debe entenderse por “dogmática penal”. Y en segundo lugar se recordará a qué filiación sistemática pertenecían los autores argentinos que se encargaron de establecer los contornos conceptuales del tipo de estafa, con el objeto de demostrar que existe una tensión muy

²⁰ En efecto, algunos tipos penales, como el homicidio, son necesariamente abiertos, pues los medios posibles de comisión son tantos que no pueden ser previstos exhaustivamente en la ley; pero otros tipos penales, como el hurto o la estafa, no sólo admiten sino que exigen una única forma de comisión, y por lo tanto pueden ser descritos en forma cerrada o exhaustiva. Nuestro CP, sin embargo, opta, con relación a la estafa, por una descripción abierta, complementada con ejemplos de formas de engaño o ardid.

²¹ Sobre esta discusión cf., entre muchos otros, Navarro/Bouzat/Esandi, op. cit., pp. 29 y ss.

²² Cf. al respecto Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

fuerte entre lo que aquellos declamaban respecto a lo que debe hacer la dogmática y lo que efectivamente llevaron a cabo cuando elaboraron la dogmática de la estafa. Esto permitirá contar con una base empírica sólida para tener en claro, por una parte, qué es lo que realmente hacen los dogmáticos –al menos en relación con el tipo penal aquí analizado–, y, por la otra, cuál de los tres sistemas dogmáticos mencionados (positivismo jurídico, finalismo, funcionalismo) es el que, con sus postulados acerca de *qué debe* ser la dogmática, más se acerca a lo que ésta *es* en la praxis y en la doctrina argentina.

V. El cometido de la dogmática penal según el positivismo jurídico, el finalismo y el funcionalismo

A los fines de responder –tal como se adelantó– al primero de los interrogantes planteados, es decir, qué se entiende por dogmática penal y cuál es su cometido, debe tenerse en cuenta, como ya se dijo, que la respuesta de dicho interrogante fue variando a lo largo de la historia de la ciencia del derecho penal, es decir, fue cambiando según los postulados de las diferentes corrientes dogmáticas. Por esta razón, se efectuará una breve descripción de esos postulados.

Para el positivismo jurídico, como es sabido, “el objeto de análisis y sistematización característicos de la dogmática no es otro que el Derecho Positivo”.²³ En efecto, los positivistas jurídicos sostienen que los conceptos jurídicos deben derivarse única y exclusivamente de las proposiciones del derecho positivo vigente. Esta corriente parte entonces de dos premisas básicas: 1) que el objeto de la ciencia jurídica lo compone solamente el derecho positivo; y 2) que el objetivo de dicha ciencia es únicamente el análisis y la sistematización del derecho positivo por vía del método inductivo de construcción jurídica²⁴. Los positivistas, entonces, excluyeron toda consideración de índole tanto valorativa como sociológica dentro de lo que consideraban el objeto de la dogmática penal²⁵. Sin embargo, con el paso del tiempo estas dos premisas fueron paulatinamente abandonadas, en base a la influencia de las corrientes dogmáticas del neokantianismo y del finalismo²⁶.

El neokantianismo introdujo consideraciones axiológicas y materiales en el método científico, pero no modificó el objeto de la dogmática penal, que para esta

²³ Silva Sánchez, op. cit., p. 51.

²⁴ Ibid., p. 54.

²⁵ Ibid., p. 50.

²⁶ Ibid., p. 54.

corriente continuó siendo el derecho positivo. De allí que muchos autores han considerado a esta corriente como complementaria del positivismo jurídico²⁷. Ella, sin embargo, efectuó importantes modificaciones, puesto que sostuvo que los procesos de conocimiento se muestran directamente condicionados por circunstancias históricas y particulares de cada sociedad, y que no existe una “conciencia en general”, como afirmaba Kant. Tal como señala Silva Sánchez, el mérito del neokantianismo fue “mostrar las ineludibles referencias valorativas de la construcción conceptual en Derecho penal, y la caracterización de estos valores como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales e inmutables, sino condicionados subjetivamente, culturalmente”²⁸.

El finalismo, por su parte, entiende que el objeto de la dogmática penal es la “explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un ordenamiento jurídico o de alguna de sus partes”²⁹. Y afirma que tales principios “descansan en últimos, originarios ‘proyectos de sentido’ para la conformación de la vida social de un pueblo en un momento determinado”³⁰. Para el finalismo la dogmática debe ser sistemática, pero, además, debe tener como objeto básico lo permanente, lo supranacional, lo suprapositivo de la materia jurídica. El método de los finalistas será, pues, de naturaleza deductivo-abstracta, a partir de los axiomas proporcionados por las estructuras lógico-objetivas. Estas estructuras integran la naturaleza permanente de las cosas que vincula al legislador y a la ciencia del Derecho y, de ellas, que funcionan como axiomas del sistema, deben deducirse hasta los más pequeños detalles de la regulación jurídica³¹.

Finalmente, la corriente dogmática denominada funcionalista o teleológica introduce la voluntad de racionalizar la intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema dogmático, es decir, de conformar un sistema abierto (en oposición al positivismo jurídico). Uno de sus objetivos principales es superar la contraposición tradicional entre lo dogmáticamente correcto y lo político-criminalmente satisfactorio³², de manera que no exista una separación entre las necesidades reales de la aplicación del derecho penal en la sociedad y el producto de la dogmática. Por lo tanto, a través de esta se buscó orientar el sistema del derecho penal

²⁷ Ibid., p. 55.

²⁸ Ibid., p. 57.

²⁹ Ibid., p. 49.

³⁰ Ibid., p. 49.

³¹ Ibid., pp. 58 y ss.

³² Ibid., p. 68.

en función de las valoraciones de la política criminal, las cuales pasaron a formar parte del propio sistema dogmático, generándose, como consecuencia, de ello, una marcada normativización de los conceptos³³.

VI. Dogmática de la estafa y positivismo jurídico

Los autores argentinos que delinearon los conceptos fundamentales del delito de estafa y que más influyeron a la praxis hasta hoy fueron positivistas jurídicos. A esa corriente adhirieron desde Coll y Jofré³⁴ que llevaron a cabo esa tarea en etapas previas a un desarrollo dogmático sólido en nuestro país, hasta Soler y Núñez, entre otros, con construcciones dogmáticas mucho más elaboradas³⁵. Para todos estos autores, los elementos que componen los tipos penales debían deducirse del texto legal y no de elementos axiológicos o valorativos, o de principios no contenidos o derivables expresamente de la ley. En ese sentido, puede decirse que no tuvieron mayores inconvenientes con la parte general del derecho penal, dado lo sencillo que resulta, en ese ámbito, sostener la existencia de principios jurídicos implícitamente contenidos en la ley, aunque ésta no los mencione. Pero las dificultades surgen de modo patente para esta línea de pensamiento en la parte especial, pues, dada la vigencia fuerte en ese ámbito del principio de legalidad, no resulta tan sencillo sostener que un elemento específico de un tipo penal está previsto legalmente si él no ha sido expresamente mencionado en la codificación.

Precisamente el análisis efectuado de la letra del art. 172 del CP argentino permite afirmar que los dogmáticos que establecieron los contornos conceptuales del tipo de estafa de ninguna manera trabajaron conforme a la metodología que ellos mismos adscribían al positivismo jurídico (al cual expresamente adherían), pues, como se vio, los elementos que atribuyeron a ese tipo penal no surgen de la letra de ese artículo, sino que fueron inferidos de estudios de derecho comparado que informaban acerca del significado usual de la estafa en las legislaciones que sirvieron de fuente a nuestra codificación. Puede decirse, en ese sentido, que se interpretó al art. 172 del CP conforme a lo que se entendió constituía algo así como la “naturaleza esencial” de la estafa, tal como ésta era entendida universalmente.

³³ Ibid., p. 69.

³⁴ Ver las pertinentes referencias bibliográficas en Núñez, Ricardo, *Tratado de derecho pena. Parte especial*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978, t. V, p. 283.

³⁵ Cf. Núñez, *Tratado* (cit.), pp. 283 y ss.; Soler, op. cit., pp. 344 y ss.

Es dable afirmar, por lo tanto, que los positivistas jurídicos dejaron de lado completamente a las premisas de su método a la hora de interpretar un tipo penal como el que aquí nos ocupa, y que, seguramente muy al contrario de sus deseos, se acercaron muchísimo a la manera de trabajar propia del finalismo, al menos en el sentido de que no partieron estrictamente del derecho positivo, y de que tomaron como guía aquello que, en general, en otros países se consideraba “estafa”, asumiendo que elementos como el error en la víctima y el perjuicio patrimonial derivado directamente de aquel, por ser tomados en cuenta invariablemente en muchas otras legislaciones como integrativos de la estafa, conformaban su “esencia” (o su estructura lógico-objetiva). Ello demuestra, sin dudas, una clara inconsecuencia del positivismo jurídico. Pero podría demostrar, asimismo, que esta metodología no es realista, en el sentido de que aquello que los dogmáticos (incluso los positivistas) realmente hacen cuando interpretan la parte especial del derecho penal, no es lo que el positivismo jurídico sostiene que debe hacerse, tal como lo ha puesto de manifiesto Silva Sánchez en relación con la dogmática de la parte general³⁶.

Fuera de ello, entiendo que el presente trabajo ha dejado en claro que el art. 172 del CP argentino es muy poco claro en comparación con los tipos penales de otras legislaciones actuales que regulan el mismo delito, como la española y la alemana, y que sería por lo tanto deseable una reforma que, siguiendo el ejemplo de aquellas, precise ya en la ley misma todos los elementos de la estafa, de modo que al intérprete sólo le quede la tarea de establecer el significado de esos elementos a partir del método dogmático correspondiente. Sólo ello despejará todas las dudas acerca de si la norma hoy vigente respeta o no de modo suficiente el mandato de determinación derivado del principio de legalidad penal, con independencia de cuál sea la metodología de interpretación que se aplique.

VII. Conclusiones

Lo analizado hasta aquí permite extraer las siguientes conclusiones:

a) Del tenor literal del art. 172 del CP argentino no surgen todos los elementos que doctrina y jurisprudencia tradicionalmente adscriben al delito de estafa.

³⁶ Silva Sánchez, op. cit., pp. 49 y 54.

b) La metodología del positivismo jurídico no es la que realmente han usado los partidarios de esta corriente para elaborar la dogmática de la estafa. La metodología realmente empleada se acerca, antes bien, a la propugnada por el finalismo.

c) Sería deseable una reforma legislativa que establezca con mayor claridad los elementos del tipo de estafa (la legislación española actual es, a mi juicio, la más adecuada), para que quede despejada toda duda acerca del respeto al mandato de determinación (derivado del principio de legalidad material) por parte de este tipo penal.