

*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*



## **LA ESTAFA. ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS Y PROBLEMÁTICA CON LOS LLAMADOS DELITOS INFORMÁTICOS**

**Daniel Sánchez Delgado U.C.R.**

### **INTRODUCCIÓN**

El devenir humano, se caracteriza por una situación extremadamente importante, y sumamente delicada para los aplicadores del derecho penal, la multiplicidad de conductas que puede producir y la cantidad de medios con los cuales puede realizarlas.

Ante estas situaciones el Derecho Penal ha tenido que irse ajustando a la cambiante realidad para no dejar sin regulación ámbitos sumamente importantes de la vida social, y más que todo lo atinente a la materia criminal. Como ejemplo tenemos el fallo de la Corte de Casación Francesa –13 de agosto de 1912–, que en el caso de hurto entiende este aplicable a bienes intangibles como el agua y la electricidad, o el caso más reciente por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que en resolución 305-92, resuelve utilizando un criterio similar al de la Corte Francesa. Sin embargo no siempre la historia termina satisfactoriamente para el derecho, como lo fue el caso del Capitán Scott Zabrist, que participó en

el rescate del piloto Scott O Grady, que transmitió por correo electrónico un mensaje a varios amigos detallando el rescate, armas y códigos empleados en la misión. El mensaje fue remitido a otras personas y se propagó en la red (internet), pero la insuficiencia de leyes referentes a la transmisión de información por redes informáticas liberó al capitán de toda responsabilidad penal.<sup>1</sup>

Haciendo una analogía que explique a lo que ahora nos enfrentamos el derecho al igual que el mejor de los metales, tiene su punto máximo de maleabilidad como lo es el caso del oro. Sin embargo la práctica legislativa oportuna puede evitar que se llegue a este punto o por lo menos el actuar prestamente, podría arreglar la situación. Lo que a todas luces es impracticable pues el aforismo de que el "derecho siempre llega tarde", nos lleva primero a que el derecho se "quiebre", con los prejuicios que esto conlleva, y luego se actúa.

1. Revista Internet, Nº 1, año 1, p. 6

Este es el problema que presento plantear aquí en este estudio. Pero relacionado específicamente con el delito de la Estafa y la problemática que enfrenta su estructura y aplicación tradicional contra los avances en la informática. Un caso que podría ejemplificar tal situación son los sistemas que se están implementando en Internet, para realizar las llamadas compras en línea, o la posibilidad de realizar maniobras delictivas en este espacio que permite pocas posibilidades de rastreo para los infractores o el ingreso a sistemas no permitidos para realizar manipulaciones dañinas del patrimonio de un tercero, etc. Pero sobre este punto se ahondará más adelante.

Uno de los obstáculos (no en sentido peyorativo), para lograr abarcar este sinnúmero de conductas, es el principio de tipicidad. Sobre este punto el Dr. Renato Javier Jijena, en su conferencia de "La criminalidad informática:

*situación lege data y lege ferenda en Chile*" (III Congreso de Informática y derecho, realizado en Mérida España, en 1992), manifestó que uno de los problemas de legislar en una materia como lo es la informática, son los cambios constantes que esta vive, de ahí que proponemos que la legislación penal que la regule debe estar diseñada de tal forma que no "nazca vieja" para las expectativas de una buena tutela penal.

Bajo esta tesitura expondré los puntos más importantes y posibles soluciones sobre el delito de estafa frente al fenómeno de la informática basado un poco en la experiencia de países como Alemania y España. Sin embargo antes dedicaré en la primera parte de este estudio, se hará una explicación concisa del tipo de la estafa y las discusiones que hasta el momento han suscitado.

## I. EL DELITO DE ESTAFA

### a. Concepto y Generalidades.

En acuerdo con Antón Oneca, podemos decir que la estafa la cometen los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero<sup>2</sup>. En la doctrina domina la nota de la insidia como elemento determinante de la estafa pues no basta cualquier fraude sino que este tenga el poder de engañar. Esto lo deja manifiesto las definiciones de engaño astuto de Von Litz, o la insidia tendida contra la buena fe ajena de Pessina, o la impostura apta para engañar de Giuliani<sup>3</sup>. Nuestro Código no es omiso a esta tendencia, al exponer el requisito

de inducir a error a otra persona o manteniéndolo en el, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, y así sacar provecho del perjuicio patrimonial creado al sujeto pasivo o un tercero.

Por su parte Arteaga Sánchez, hace una reproducción del artículo 464 del Código Penal de Venezuela, basado en modelo italiano de 1889, que define la estafa como el hecho de quien con artificios u otros medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole a error procura a sí mismo o a un tercero un provecho injusto con daño o perjuicio ajeno<sup>4</sup>.

2. Antón Oneca citado por BUSTOS RAMIREZ (Juan), "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Barcelona, ARIEL, 2a edición, p.190

3. PUIG PEÑA (Federico), "Derecho Penal, Parte Especial", Madrid, EDITORIAL REVISTA DE DERECHO, 1955, T. IV, 4a. Edición, p. 239

4. ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), "La Estafa y otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana", UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, 1971, p. 63.

La Jurisprudencia también en igual sentido a lo expuesto anteriormente ha definido a la estafa "como delito contra la propiedad, hace referencia a un perjuicio patrimonial logrado por medios fraudulentos, a través de artificios o engaños que actúan sobre la voluntad del sujeto, el cual aunque procede libremente, lo hace determinado o inducido por el error en que se encuentra acerca del significado de su decisión"<sup>5</sup>, bajo la misma línea Carlos Pérez considera que la esencia de la estafa es la desposesión indebida de bienes ajenos, mediando artificios o engaños para obtenerla<sup>6</sup>.

Además de la ya mencionada importancia de el engaño, insidia, ardid, etc. que hacen caer en error a la víctima del delito de estafa, es necesario mencionar que esta se estructura como un ataque a la propiedad, pues en virtud de una disposición patrimonial viciada por el engaño, lo que se produce es un beneficio indebido para sí o para un tercero<sup>7</sup>. Así lo demuestra también la Sala Tercera al determinar que "ahora bien, en el delito de estafa el sujeto logra entrar en posesión de la cosa, venciendo la voluntad de la víctima con el ardid, a través de medios artificiosos, simulando hechos falsos o deformando u ocultando otros verdaderos, para obtener la finalidad perseguida."<sup>8</sup>, donde se puede notar la verdadera patrimonialidad que encierra el delito además del requisito del engaño que hace caer en error.

Podemos decir así que el delito de Estafa es un delito contra la propiedad, el cual se caracteriza por la producción de un engaño ya sea positivo o negativo, de simulación o disimulación<sup>9</sup>, que hace caer en error a un tercero, el cual dispone del patrimonio creando un beneficio para el sujeto activo o para un tercero.

Los elementos que configuran el tipo de la Estafa son: los Objetivos, a) la conducta engañosa, b) el error, c) el acto de disposición patrimonial, d) perjuicio patrimonial y e) la relación de causalidad entre los elementos anteriores, y los Subjetivos, a) dolo y b) ánimo de lucro. Estos se desarrollarán con mayor detalle más adelante.

#### **b. Diferencia con otros delitos**

La característica que hace que el delito de Estafa subsista como un tipo independiente es precisamente el engaño, ya sea por la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos. Mientras que en el hurto hay una obtención de la cosa por parte del autor sin participación alguna de la víctima —es decir alarga la mano apoderándose de la cosa ajena—, en la estafa la víctima entrega la cosa bajo su propio consentimiento —pero bajo engaño—<sup>10</sup>. En la estafa la cosa no se sustrae sin la voluntad del dueño sino bajo engaños o medios fraudulentos se obtiene su entrega. Otra diferencia significativa, se traduce por el tipo de bienes que afecta, siendo afectados por el hurto los bienes muebles y por la estafa tanto estos como los inmuebles.

Con respecto a la Apropiación indebida<sup>11</sup>, podemos decir que en esta el culpable recibe la cosa normalmente, por la confianza que se le tiene bajo la custodia de una cosa mueble o un valor ajeno, por un título que produzca la obligación de entregar, pero luego se apropia de esta<sup>12</sup>. La diferencia estriba en el llamado "dolo al principio" y "dolo al final", el primero se refiere al caso de la estafa que inicia por el engaño con el ánimo de perjudicar el

5. Sala Tercera de la Corte N°: 160 del 16/04/1993 14h 00m.

6. PEREZ (Luis Carlos), *"Derecho Penal, Partes General y Especial"*, Bogotá, TEMIS, 1988, p. 445.

7. FONTAN BALESTRA (Carlos), *"Derecho Penal Parte Especial"*, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 13va. edición, p. 489.

8. Sala Tercera de la Corte N°: 200 del 14/05/1993 09h 30m.

9. Ver ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), op. Cit. p. 60ss.

10. PUIG PEÑA (Federico), op. cit. p. 243

11. Sobre el tema se puede consultar la resolución N°: 690 del 20/12/1991 10h 10m. Sala Tercera de la Corte.

12. CUELLO CALON (Eugenio), *"Derecho Penal Parte Especial"*, Barcelona, BOSCH, 14a. edición, T. II, Vol. II, p. 934..

patrimonio ajeno, y el segundo es el caso de la Apropriación indebida, pues la acción del culpable inicia como cualquier compromiso normal, y termina con la apropiación dolosa del bien<sup>13</sup>.

### c. Sujeto Activo

El sujeto activo puede ser cualquier persona. La jurisprudencia así lo certifica pues habla simplemente de sujeto activo, sin hacer distinción alguna, que en nuestro caso el Código no hace<sup>14</sup>. También sobre este tema se puede decir que el tener alguna cualidad especial agrava la pena, como es el caso del apoderado, administrador, etc. (art. 216 párrafo 3er.), sobre el punto Finzi indica que el número de autores no es una circunstancia prevista en el delito de estafa lo cual no está bien pues el concurso de varias personas en la estafa vuelve más creíble lo que no es verdadero y más insidioso en engaño, y agrava, por consiguiente, la peligrosidad del hecho<sup>15</sup>.

### d. Sujeto Pasivo

Es evidente que el sujeto pasivo es el que sufrió o mejor dicho cayó en el engaño, del sujeto activo. Hay que tomar en cuenta la diferencia entre víctima y damnificado, de ahí que podamos hablar de víctima para referirnos al engañado propiamente dicho y damnificado al que sufre el perjuicio patrimonial. Esto sin perjuicio de que un mismo sujeto pueda ocupar ambos roles al mismo tiempo, pues como bien lo dice Cuello Calón que "el sujeto pasivo

puede ser cualquier persona que ha sido víctima del engaño, pero ésta no se identifica con la persona que sufrió el perjuicio patrimonial"<sup>16</sup>. El propio sujeto pasivo es quien realiza el acto consumativo, disponiendo, a causa del engaño, de una parte del patrimonio en favor de un tercero"<sup>17</sup>. Así la jurisprudencia ha expresado que "el concepto de estafa se estructura con un ataque a la propiedad o como se dice modernamente, al patrimonio, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, realizada por el sujeto pasivo, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o engaño del sujeto activo". (Resolución N°: 98 del 26/06/1992 Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda.). Nótese que en el caso que se presenta el sujeto pasivo es el mismo que sufre el perjuicio patrimonial.

### e. Consumación y Tentativa

De acuerdo a Fontán Balestra la estafa se consuma en el momento de tener lugar el perjuicio patrimonial y estima que adelantar esta a la realización del ardid supone tener por actos de consumación los que sólo constituyen tentativa<sup>18</sup>. De la discusión de Código Penal Italiano de 1889 hubo acuerdo unánime al considerar como consumado el delito de estafa a darse la entrega de la cosa *-la consegna della cosa-* término criticado por varios autores como Finzi que prefiere hablar de disposición patrimonial pues considera que el término italiano entrega de la cosa supone un acto positivo de la víctima, dejando de lado los negativos que también

13. "Como bien lo señaló la mayoría, el delito de apropiación o retención indebida es una defraudación por abuso de confianza, originada en un negocio jurídico que presupone como antecedente la entrega voluntaria de la cosa al autor, y precisamente en ello se diferencia de la estafa, porque en la primera existe el deseo (voluntad de entregarte la cosa, en virtud del vínculo jurídico que le obliga a devolver o restituir posteriormente, mientras que en la estafa el sujeto logra entrar en posesión de la cosa venciendo la voluntad de la víctima con el ardid, con los medios artificiosos, simulando hechos falsos o deformando u ocultando otros verdaderos, también para obtener la cosa". Resolución N°: 690 del 20/12/1991 10h 10m. Sala Tercera de la Corte.

14. Ver en ese sentido resolución N°: 515 del 28/11/1994 16h 02m. Sala Tercera de la Corte, y de la misma Sala la resolución N°: 160 del 16/04/1993 14h 00m. y Resolución N°: 98 del 26/06/1992. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda.

15. FINZI (Conrado), "La Estafa y Otros Fraudes", Buenos Aires, DEPALMA, 1961, p. 33.

16. CUELLO CALÓN (Eugenio), op. cit. p. 928.

17. RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho Penal Español, Parte Especial", Madrid, Artes Gráficas Carasa, novena edición, 1983, pág. 480.

18. FONTAN BALESTRA (Carlos), op. Cit. p. 497.

pueden ser configurativos de estafa (un no actuar o una renuncia)<sup>19</sup><sup>20</sup>.

Refiriéndose a la tentativa, la jurisprudencia a manifestado "esta figura comienza con el despliegue de medios engañosos, dura mientras se persiste en este tipo de actividad. La tentativa desde el comienzo de ejecución debe contener los elementos subjetivos propios de la figura"<sup>21</sup>. Sin embargo contrario a la opinión de Fontán Balestra el Tribunal SUPERIOR PENAL, Pérez Zeledón, No. 52 de las 16:30 hrs. del 13 de abril 1981, manifestó que "Si mediante el ardid de presentarle al ofendido unos pedazos de lotería adulterados, el imputado logró que aquél cayera en error y se los cambiara, con lo que logró obtener para sí un beneficio económico, en la especie se configuró el delito de estafa en grado de tentativa, toda vez que el encartado fue detenido poco tiempo después, lo que hace que los delitos de alteración de documentos y uso de los mismos que también se le atribuyen a éste en el requerimiento de elevación a juicio, queden subsumidos en el primer ilícito indicado", en este

caso es obvio que se produjo un perjuicio patrimonial, pero aún así se condena en grado de tentativa.

Otro punto relacionado con la tentativa es el caso de la tentativa inidonea o delito imposible, esto por cuanto las condiciones objetivas y subjetivas del engaño, no permiten la posibilidad del perjuicio patrimonial. En este sentido el Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sec. B "considera que el delito de estafa no llegó a configurarse, ni siquiera en grado de tentativa, ya que a la presunta perjudicada no se le engañó en forma alguna, porque el ardid utilizado no fue idóneo para llevar adelante esta delincuencia, pues la falsificación del cheque estaba hecha de forma tan burda que era incapaz de hacer incurrir en error a cualquier persona de inteligencia media, y ante tal situación es imposible el segundo elemento del delito de estafa, o sea, el engaño de la víctima, así como también se torna irrealizable su perjuicio patrimonial y el beneficio del mismo tipo para el autor, por lo que debe absolverse a la encartada de toda pena y responsabilidad"<sup>22</sup>.

### III. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es unánime la doctrina en cuanto a que uno de los bienes jurídicamente tutelados es el

patrimonio<sup>23</sup>, de esta forma Luis Carlos Pérez explica en el delito de estafa lo que se trata de proteger es la disposición que tiene un sujeto

19. ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), op. Cit. p. 80.

20. Sobre este punto el autor citado infra expone la problemática por la reforma al Código Penal Venezolano, en 1964, el cual pretendía cambiar el verbo *procure* proveniente del Código Italiano de 1889 "*procura a sé o ad altri un ingiusto profitto*", por el verbo *obtener*, lo cual no fue aceptado. Arteaga considera que el Legislador no comprendió que realmente lo único a lo que respondía la reforma era un mero cambio cosmético, pues el usar un verbo u otro no cambiaría la naturaleza del delito de estafa.

21. Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sec. Segunda, No. 236 del 10 de noviembre de 1989.

22. Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sec. B, No. 93 del 15 de abril de 1986.

23. Hablamos aquí de un concepto amplio de propiedad, y que comprende no solamente bienes muebles e inmuebles, sino también todo aquello que tiene significado para modificar los derechos y obligaciones que en conjunto constituyen el patrimonio y que abarca derechos reales y personales, renuncia a derechos, creación de obligaciones, que el delito puede alterar cambiando la resultante de la relación que ellos guardan entre sí y que es el resumen del estado patrimonial de una persona. FONTAN BALESTRA (Carlos), op. cit. p. 490. En igual sentido "la ley penal hace del patrimonio una consideración genérica y objetiva y la tutela que le otorga es en razón de un fin objetivo y colectivo, en este sentido el medio comisivo del delito es aquél por el cual se llega a la lesión patrimonial y en la especie quedó claro eso" Tribunal Superior de Puntarenas, No. 148 de las 14,55h del 5 de octubre de 1988.

objeto, también sobre el tema de la patrimonio Manzini explica que "el objetivo específico en la tutela de la estafa es el interés público en la inviolabilidad del patrimonio", de igual forma Schonke-Schroder ponen una posición más radical basados en la doctrina según la cual el bien jurídico de la estafa es "el patrimonio y sólo el patrimonio". Sin embargo hay un poco de discusión en cuanto al otro bien jurídico que tutela el delito de estafa y también sobre su posición principal o accesorio. Así Hafter considera como objeto de protección primario la lealtad y la buena fe y solo secundario el patrimonio, pero en sentido contrario esta Antolisei, que admite la tutela de la patrimonio y también una protección a la libertad del consentimiento en negocios patrimoniales<sup>24</sup>.

Algunos autores consideran que no hay problema alguno en incluir el bien jurídico de la seguridad en las relaciones jurídico patrimoniales junto con el del patrimonio ( Binding, Hafter, Bolkelmann). Es así como Antón Oneca explica la dualidad de posiciones con respecto a este tema pues establece que los que destacan por ejemplo la buena fe, es porque consideran la lesión al patrimonio como un supuesto necesario, de ahí que se haga hincapié en lo específico y no lo genérico. Por otro lado los que dan mayor importancia al patrimonio económico se ven obligados a reconocer el conjunto de especies delictivas que lo perjudican, por supuesto dentro de estos el engaño<sup>25</sup>. Por otro lado Manzini dice que "...la incriminación de la estafa se tutela no tanto la mutua confianza en las relaciones patrimoniales individuales pues es posible también la estafa en las relaciones ilícitas, sino el interés público en

impedir el engaño inductor de prestaciones útiles no debidas"<sup>26</sup>, contrario a esta afirmación se ha manifestado parte de nuestra jurisprudencia<sup>27</sup>, al manifestar la imposibilidad de la existencia del delito de estafa en relaciones ilícitas. Sería caer en el absurdo de condenar por estafa al traficante que induciendo a error a su comprador le vende talco en lugar de cocaína. Sin embargo otra parte de nuestra jurisprudencia si esta de acuerdo con Manzini, como lo presenta el fallo No. 159 del Tribunal Superior Penal de Puntarenas de 1983. ("Delitos contra la Propiedad", Alvarez C. y otros, p.114.)

La jurisprudencia nacional, parece ser que ha aceptado la posición predominante del patrimonio como bien jurídico de la estafa. Esto, claro, sin perjuicio de un control sobre la seguridad jurídica en las relaciones patrimoniales como señala Antón Oneca. Más específicamente la Sala Tercera dijo "En el presente asunto, es evidente que el delito de estafa sanciona la afectación al patrimonio ajeno, ofensa que puede ser llevada a cabo a través de medios diversos al uso de un documento falso"<sup>28</sup>. En virtud de estas opiniones jurisprudenciales y doctrinarias podemos decir que es evidente que el bien jurídico del delito de estafa es el patrimonio (ver infra 23 nota al pie), pero no hay problema alguno en aceptar como adjunto el bien jurídico de la seguridad en las relaciones patrimoniales, pues es evidente el perjuicio patrimonial pero la forma es lo que realmente caracteriza al delito, de manera que si fuera solamente el patrimonio no queda clara una real diferencia con los demás delitos contra la propiedad.

24. PEREZ (Luis Carlos), op. Cit. p. 442.

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*.

27. (...) conforme lo establece Maggiori "Cuando dos personas se ponen de acuerdo para violar el ordenamiento jurídico, éste no puede amparar a ninguno de los dos, porque el Estado protege al que observa el ordenamiento jurídico, no al que lo lesiona". Agrega más adelante el citado tratadista que "En particular, el patrimonio privado es defendido mientras se hace de él un uso conforme al derecho, no contra el derecho. Por otra parte, si no hay estafa sin ilegitimidad del daño, no puede llamarse ilegítimo el daño del que, tratándose de una cosa ilícita, acepta espontáneamente el riesgo que puede provenirle de la irrealización del negocio ilícito" (G. Maggiori, Derecho Penal, T. V, pp. 133). Es criterio del Tribunal, siguiendo los lineamientos descritos que no se da la estafa en los negocios ilícitos y en el caso sub-examine estaríamos, conforme a la prueba evacuada, ante esa eventualidad". Resolución N°: 160 del 17/09/1992 17h 00m, Tribunal Superior Tercero Penal, Sec. Segunda.

28. Sala Tercera de la Corte, N° 585 del 12/12/1994.

#### IV. ELEMENTOS DEL DELITO DE ESTAFA

##### a) El Engaño

Es este elemento el que diferencia de los demás delitos contra el propiedad al delito de Estafa. Llamado también ardid, el cual lo podemos describir en arreglo al código penal como la acción de inducir a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos(216 Código Penal). Es considerado como una determinada maquinación o simulación por parte de un sujeto, el que tiene que tener suficiente aptitud para inducir a error a otro. Sin embargo el engañar a cualquier sujeto no es delito de estafa, pues en el caso de los incapaces o menores lo que se comete es hurto, pues estos sujetos carecen de capacidad para entender o comprender<sup>29</sup>.

La Jurisprudencia por su parte a manifestado que, "Los presupuestos del delito de Estafa lo constituyen substancialmente el ardid y el perjuicio patrimonial, conociendo que el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos, con lo cual hace crear en la mente del sujeto pasivo una realidad de algo incierto, con el objeto de promover un perjuicio patrimonial al ofendido"<sup>30</sup>, en el mismo sentido también se ha pronunciado al decir que "el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos, con lo cual hace crear en la mente del sujeto pasivo una realidad de algo incierto, con el objeto de promover un perjuicio patrimonial al ofendido"<sup>31</sup>, es decir el ardid o engaño se constituye como

el medio para hacer caer en error al sujeto pasivo, ya sea simulando hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, para así lograr el perjuicio del patrimonio de la víctima.

Algunos autores han discutido bajo el análisis del engaño, sobre la posibilidad de aceptar o no la mentira como un engaño idóneo para llenar el elemento objetivo del tipo. Es así como Carrara seguidor de la teoría de la *mise en scène*, considera que esta (mentira), debe distinguirse del artificio y no puede considerarse delictiva, ya que nadie puede creer fácilmente a las palabras ajenas, y si las cree "cúlpese a si mismo"<sup>32</sup>. Carrara es seguidor de la Teoría de la *Mise en Scéne*, edificada por el francés Cucumus, que consistía en el artificio o elaboración objetiva del sujeto activo tendiente a lograr el engaño de la víctima gracias al apoyo de elementos materiales que den sustento a su engaño; el mismo autor explicaba que los que se hacen sacar dinero de una mujer harapienta que jura saber los resultados de la lotería, no merecen ninguna protección, por el contrario los que se hacían engañar por una mujer de finas ropas y joyas que demostraran su conocimiento de los sorteos de lotería, a este sujeto si le corresponde protección penal<sup>33</sup>. Esta teoría se refiere al aparato exterior creado por el agente para hacer surgir una situación artificiosa, y tiene el mérito de completar los aspectos objetivos y subjetivos de la defraudación, su base esta en la puesta en escena,

29. CUELLO CALON (Eugenio), "Derecho Penal Parte Especial", Barcelona, BOSCH, 14ta. edición, T. II, Vol. II, p. 931. En igual sentido la Corte de Casación Italiana dijo "La falta absoluta de discernimiento imposibilita el acto volitivo que, aún cuando derive del embuste, es indispensable en el fraude", para que exista es menester tener completamente todas las facultades necesarias a fin de determinar el intelecto y la voluntad en sus acciones especiales. Citado por FINZI (Conrado), op. cit. p. 61.

30. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Tercera, N° 4 del 15/01/1991.

31. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Tercera, N° 4 del 15/01/1991.

32. ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), "La Estafa y otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana", UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, 1971, p. 68.

33. FINZI (Conrado), "La Estafa y otros Fraudes", Buenos Aires, DEPALMA 1961, p. 36.

es decir en todos los aspectos objetivos de que se vale el agente para procurar engañar a su víctima, de ahí que sus seguidores no acepten la posibilidad de la mentira como objeto para producir la estafa. Sobre esta teoría Soler manifiesta que no debe entenderse la puesta en escena en el sentido de que requiera una gran aparatosidad, sino a la necesidad de un hecho exterior. Asimismo admite que la sola mentira no constituye por sí sola engaño<sup>34</sup>.

Algunos autores como Fontán Balestra, que sin llegar a aceptar totalmente la teoría de la *mise en scène*, explica que hay una diferencia clara entre mentira y engaño. La primera es una simple falsedad sujeta a la credulidad del tercero, y la segunda requiere de mayor elaboración objetiva que permita reconocer el nexo causal entre el error y el engaño<sup>35</sup>.

Otros autores reconocen que si bien la simple mentira no llega a alcanzar el elemento engaño, no es tampoco aceptable una posición extrema como la de la *mise en scène*, que exige todo un marco objetivo para el engaño. Estos son los seguidores de la posición sobre la "mentira eficaz", llamada por otros la mentira tendenciosa elaborada hacia un fin. Esta teoría es propugnada por algunos juristas dentro de los cuales destacan Bernaqui Jauregui, que menciona el caso del sujeto que ha cultivado durante años la amistad de otro, sin ninguna intención malsana, pero en un momento determinado le pide en préstamo una fuerte suma de dinero que no devuelve porque tan pronto lo obtiene se marcha del país<sup>36</sup>. No acepta toda mentira como mentira eficaz, sino que hay estados de conciencia entre las personas

vinculadas por afecto, amistad, compromisos sociales, por motivos económicos, políticos o religiosos que facilitan la credulidad determinante en cualquier clase de actividades<sup>37</sup>.

Por nuestra parte nos adherimos al criterio que expone Bustos Ramírez, pues no es una posición puramente objetiva (*mise en scène*), ni puramente subjetiva, es decir que el engaño dependa de la subjetividad de la víctima (la pura mentira o juicio de valor)<sup>38</sup>. De esta forma lo que se debe hacer es una valoración casuística, para determinar si el engaño es idóneo para producir error en la víctima, es decir, que puede haber toda una aparatosidad escénica para producir el engaño pero que este no sea relevante para el sujeto determinado, piénsese en el caso extremo de quién pretende engañar a un astronauta experimentado fingiendo en un estudio de televisión que se está en la luna. Por otro lado también la mentira debe ser examinada con respecto al sujeto que la recibe, es decir nivel académico, creencias, nivel socioeconómico, etc<sup>39</sup>.

Nuestros Tribunales sobre el punto del engaño y la mentira ha manifestado que :

"[...] la jurisprudencia nacional, ha considerado que existe artificio o engaño cuando éste ha sido idóneo en el caso que en concreto se analiza, para inducir en error al ofendido y causarle perjuicio patrimonial, de tal manera que la sola mentira siempre y cuando sea idónea para engañar al perjudicado, es suficiente para que se configure con su actuar el delito de Estafa; basta que el medio utilizado haya ocasionado engaño y por ello no es obstáculo para declarar la comisión del delito, la ignorancia o ligereza

34. SOLER (Sebastián), "Derecho Penal Argentino", p. 333 a 334.

35. FONTAN BALESTRA (Carlos), "Derecho Penal Parte Especial", Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 13va. edición, p. 491.

36. PEREZ (Luis Carlos), op. cit. p. 450., sobre este tema también menciona el antecedente que enuncia el juez francés Berlet que dice que "ningún inconveniente serio resultaría la admisión de la mentira perjudicial entre el número de las causas constitutivas de la estafa, y no se vería más, después de la extensión del delito, al impúdico caballero de la industria comprar mercadería a crédito, con la firme intención de no pagarla jamás, y hacerse consentir adelantos de fondos, persuadiendo a su víctima de la existencia de una sociedad quimérica, teniendo cuidado de no dar a nadie ningún título o constancia de la maniobra fraudulenta".

37. PEREZ (Luis Carlos), op. cit. p. 452.

38. BUSTOS RAMIREZ (Juan), "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Barcelona, ARIEL, 2da. edición, p. 191.

39. "La mentira no es mensurable en abstracto, sino en las situaciones de que se trate. El mismo embuste es susceptible de crear error en un caso y de provocar la risa en otros" PEREZ (Luis Carlos), op. cit. p. 453.

en el perjudicado; de ahí verbigracia, que la calidad simulada, la falsa atribución de un rango, la falta a la verdad debida a la simulación de lo que se dice o se hace creer para inducir al sujeto pasivo a engaño; si casuísticamente es un medio idóneo para engañarlo es suficiente para afirmar que el delito de Estafa nació a la vida jurídica<sup>40</sup>. Podemos decir bajo toda esta tesitura que el elemento del engaño no debe ser considerado como un elemento riguroso, por el contrario, es su adaptación a un sinnúmero de situaciones lo que permite una mejor tutela penal. Pero no una aplicación por la aplicación, sino una aplicación basada no en una prudencia mediana, o a un marco objetivo determinado, por el contrario basada en las condiciones personales (intelectuales)<sup>41</sup> del engañado en cada caso y la idoneidad del marco objetivo para engañar a el sujeto determinado<sup>42</sup>.

Con respecto al silencio o la omisión como medios para producir engaño, buena parte de la doctrina los admite pero en el supuesto de que haya una obligación o un deber de garante<sup>43</sup>, del sujeto activo. De tal forma si de un sujeto deviene el deber jurídico de informar, y no lo hace (la obligación que nace de un contrato), estaría engañando por omisión<sup>44</sup>. Por otro lado no es aceptable la omisión impropia en el delito de estafa, pues como bien lo señala Fontán Balestra "Dar significado de ardid al silencio cuando la ley no dice expresamente, crea el riesgo de transformar en delictuosa la mera falta de lealtad en las convenciones civiles"<sup>45</sup>.

## b) El Error

El error es considerado como la falsa representación de la realidad, es un falso

conocimiento de esta. Este elemento está determinando la utilización de ciertas artimañas o engaños, que llevan al sujeto pasivo a error. Sin embargo no todo error o representación falsa de la realidad produce estafa, pues puede haber error y no así engaño, sobre este punto Bustos Ramírez expone algunos ejemplos, como el caso de los curanderos que leen las cartas o la palma de la mano, o el caso del aprovechamiento de la ignorancia como el que compra a un campesino un montón de piedras brillantes, que ignora sean oro a un bajo precio<sup>46</sup>.

Nuestro Código Penal, habla de "el que induciendo a error o otra persona o manteniéndola en el ..." (216), teniendo aquí la aplicación de dos verbos núcleos del tipo, es decir induciendo y manteniendo. De acuerdo con Manzini "induce a error tanto el que crea el error mismo, como el que lo acrecienta, lo consolida o de otra manera lo hace más fuerte", de esta forma se encierra en la definición supra citada el verbo manteniendo. Es decir se puede cometer estafa por el sujeto que sin crear el error se aprovecha manteniendo en el, a su víctima, no así no habría estafa del que únicamente se aprovecha del error de la víctima y pacta con el (caso del campesino, citado infra), el reconocer esta acción como constitutiva del delito de estafa, llevaría a aceptar la comisión por omisión sin que exista una deber de garante. Por nuestra parte y apoyados de gran parte de la doctrina no aceptamos la estafa por omisión impropia, pues consideramos esto para el ámbito civil. El proyecto del Código Penal no difiere del código actual. En lo que importa expone que cometerá estafa "Quien lesione el patrimonio ajeno, induciendo a error

40. Tribunal Superior Cuarto Penal, Sec. Segunda, Nº 2130 del 28/10/1991 13h 30m. Ver en igual sentido Sala Tercera de la Corte, Nº 333 del 27/11/87, Tribunal Superior Primero Penal, Sec. Segunda, Nº 18 del 28/01/1991 09h 55m, Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, Nº 68 del 13/05/1991, Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Tercera, Nº 172 del 29/10/1991.

41. FINZI (Conrado), op. cit. p. 40.

42. "En esta materia no se pueden sentar reglas absolutas, y siempre debe apreciarse la peligrosidad del agente y las condiciones personales del estafado, ya que una de las artes más habilidosas del embaucador es la de escoger a su víctima para explotarla en sus debilidades y pasiones. El criterio para juzgar la idoneidad del ardid, es, pues muy relativo", fallo del 16 de diciembre de 1955. Colombia, citado por Luis Carlos Pérez. op. cit. 454.

43. Algunos autores admiten también la costumbre, las relaciones sociales o la convención. Ver ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), op. cit. p. 71.

44. BUSTOS RAMIREZ (Juan), op. cit. 191.

45. FONTAN BALESTRA (Carlos), op. cit. 492.

46. BUSTOS RAMIREZ (Juan), op. cit. 192.

a otra persona o manteniéndolo en el...”, es sin temor a dudas el mismo texto pero con una redacción más clara.

Uno de los aspectos del error es que debe influir en el consentimiento como un vicio de este. Si por otro lado no se vicia el consentimiento por error sino por violencia estaríamos ante otro delito, así lo ha manifestado la jurisprudencia que en su momento dijo: “En la Extorsión estos medios son la intimidación o las amenazas graves, mientras que en las Estafa es la inducción a error (proveniente de la simulación de hechos falsos o de la deformación u ocultación de hechos verdaderos). Ahora bien, cuando la intimidación o la amenaza grave reposa o se erige sobre el error a que se induce a la víctima, proveniente de la simulación de hechos falsos —como sucede en este caso concreto— o de la deformación u ocultación de hechos verdaderos, la diferencia entre Extorsión y Estafa persiste incólume, pues resulta claro que mientras en la última el sujeto pasivo cede al engaño, en la Extorsión se sucumbe al engaño y al miedo, esto es, a la fusión que resulta de ambos factores en el ánimo de la víctima”<sup>47</sup>. En el delito de extorsión el error se produce por la intimidación o la violencia, en la estafa es un error que vicia el consentimiento pero producto de un engaño elaborado delicadamente para que la víctima caiga o ceda a este.

La jurisprudencia ha manifestado que el error es uno de los elementos esenciales, del tipo de la estafa siendo así el resultado del engaño que produce la disposición patrimonial, así la Sala Tercera de la Corte lo ha manifestado al decir que “La estafa, como delito contra la propiedad, hace referencia a un perjuicio patrimonial logrado por medios fraudulentos, a través de artificios o engaños que actúan sobre

la voluntad del sujeto, el cual aunque procede libremente, lo hace determinado o inducido por el error en que se encuentra acerca del significado de su decisión”<sup>48</sup>.

### c) Disposición Patrimonial

Este tercer elemento consiste la disposición que realiza la víctima de la cosa, como consecuencia del error en que ha sido inducida por el autor. El error debe llevar a la víctima a realizar la disposición patrimonial, debe haber un acto voluntario, pero con vicio en el consentimiento<sup>49</sup>. Puede consistir la disposición tanto en una acción como en una omisión. Muy bien lo señala Finzi al criticar término *consegna* (entrega), del que habla Carrara, pues lo considera demasiado reducido en virtud de que el delito de estafa puede ser cometido aún por acciones en que la disposición patrimonial se realiza con un acto negativo (un no actuar o una renuncia)<sup>50</sup>. Algunos autores manifiestan que no se debería hablar de acto de disposición, sino más bien de acto de desposesión, manifestando que el sujeto no es un actuario, pues “su voluntad está cargada de motivos contrarios a quien dispone libremente”, de tal forma la desposesión no depende de él sino de otro (el estafador). Sobre este punto no se está de acuerdo pues el hecho de que exista una disposición viciada, o contraria a la libre disposición no implica que el acto solamente dependa de el agente activo, pues en realidad si hay una verdadera disposición del sujeto pasivo, como lo manifiesta nuestra jurisprudencia al decir que “El concepto de estafa se estructura con un ataque a la propiedad o como se dice modernamente, al patrimonio, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, realizada por el sujeto pasivo, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o

47. Sala Tercera de la Corte, N° 508 del 28/11/1994 15h 25m.

48. Sala Tercera de la Corte, N° 60 del 16/04/1993 14h 00m.

49. BUSTOS RAMIREZ (Juan), op. cit. 192.

50. FINZI (Conrado), op. cit. p. 71.

engaño del sujeto activo<sup>51</sup>, si bien es cierto el sujeto activo lleva a error a la víctima por su engaño es ella la que realiza el acto de disposición.

#### **d) Perjuicio Patrimonial**

Como todo delito contra el patrimonio la estafa no esta exenta de producir un perjuicio económicamente expresable. El perjuicio es precisamente este perjuicio causado por medio del engaño que lleva a error a la víctima. Sin embargo no debe haber una correspondencia exacta entre el engañado(sujeto pasivo) y el perjudicado, es decir pueden ser distintas personas, piénsese en el caso de mandatario que es engañado y por su poder de disposición del patrimonio del mandante realiza una transacción dañina para los intereses de su administrado. Algunos autores ya han definido el perjuicio como "la disminución del conjunto de valores económicos correspondientes a una persona, la cual puede producirse tanto mediante la disminución del activo como mediante el aumento del pasivo. El perjuicio patrimonial, es la disminución del patrimonio en su conjunto."<sup>52</sup> (sobre el concepto de patrimonio véase nota al pie 23). La jurisprudencia ya se ha manifestado sobre este punto y en su oportunidad expresó que "La estafa como delito contra la propiedad, hace referencia a un perjuicio patrimonial logrado por medios fraudulentos, a través de artificios o engaños que actúan sobre la voluntad del sujeto, el cual aunque procede libremente, lo hace determinado o inducido por el error en que se encuentra acerca del significado de su decisión"<sup>53</sup>. Otro aspecto que cabe mencionar sobre este elemento, es que ninguna acción posterior al delito, por parte imputado para restituir el patrimonio destruye el concepto delictivo de los actos posteriores realizados, tal es el caso del reintegro de cantidades,

los convenios posteriores, la reparación de efectos etc., estos solo afectarían la responsabilidad civil subsiguiente.

#### **e) La Relación de Causalidad entre el Engaño, el Error y la Disposición patrimonial**

Los elementos del Engaño, el Error y la Disposición patrimonial deben de recaer sobre el mismo sujeto, que como vimos antes no es necesario que sea el mismo que sufre el perjuicio patrimonial. De esta forma debe haber una correspondencia causal entre cada elemento de manera que cada uno forme un eslabón de la cadena del delito de estafa, pues por separado serían simplemente, un engaño un error y un perjuicio patrimonial. Es así ilógico tener primero el error, luego la disposición patrimonial y por último el engaño, pues como bien lo señala Arteaga el error como causa de la prestación patrimonial de la víctima, debe ser anterior a esta, si la prestación no se determina por el error que padece la víctima no hay estafa. En apoyo a esta tesitura la jurisprudencia expresó en su momento que: "Se dice que así como se da una relación causal entre el fraude del agente y el error de la víctima, en la estafa también existe una relación causal entre ese error y la disposición patrimonial", también en la misma sentencia se cita al penalista Carlos Creus quien manifiesta que "La secuencia causal en la estafa —como en toda defraudación por fraude— es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien, en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio"<sup>54</sup>.

#### **f) El Dolo y el Ánimo de Lucro**

El dolo genérico de la estafa es la voluntad de realizar el hecho, de tal forma que queda

51. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, Nº 98 del 26/06/1992

52. Frank, citado por, PEREZ (Luis Carlos), op. cit. p. 471.

53. Sala Tercera de la Corte, Nº 515 del 28/11/1994 16h 02 m.

54. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, Nº 98 del 26/06/1992

excluida la posibilidad de una estafa culposa, pues sería caer en el absurdo de culpar al que engañó a otro por afirmar hechos que cree son verdaderos, pero en realidad son falsos. El dolo específico de la estafa es el *animus lucri faciendi*, el ánimo de lucro que consiste en obtener un beneficio o ventaja económica. Puede ser tanto directo como indirecto, es decir el beneficio económico puede ser para el

sujeto mismo o para un tercero. Es importante mencionar siguiendo a Bustos Ramírez que el lucro tiene un carácter patrimonial, luego con estimación económica, cualquiera que sea la ventaja que se quiera obtener. Esto para no dejar de lado los casos en que se engaña a otro para donar (caso del que engaña al seguro para dejar una gran herencia).

## V. LA ESTAFA FRENTE A LOS PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD MEDIANTE COMPUTADORAS

Luego del análisis de los elementos más importantes del delito de estafa y algunas discusiones básicas, hay que confrontar este delito ante el reto que impone el mundo cambiante de la informática. Bajo esta tesitura se desglosarán los elementos principales de la estafa y sus problemas básicos que hacen que nuestro código sea anacrónico. Todo esto basados principalmente en los criterios de Carlos María Romeo Casabona<sup>55</sup>. El delito de estafa tradicional no se adapta a los cambios que han propiciado los avances en la informática, de ahí que sus principales elementos (engaño, error y disposición patrimonial) no cuadran para la posible aplicación del tipo de estafa.

### a) El engaño

Nuestro Código Penal establece en su art. 216 "el que induciendo a error a una persona o manteniéndola en el, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la ocultación de hechos verdaderos...", que a saber enuncia el elemento del engaño que como se expresó supra, es el presupuesto del error. En el caso de las manipulaciones

informáticas se requiere pues que además de que la maniobra sea recibida por la computadora, también debe ser captada física o visualmente por una persona, de manera que esta pueda caer en error. Es decir la recepción por parte de la computadora de manipulaciones<sup>56</sup>, no es de por sí suficiente para configurar la estafa, pues se requiere del error en el cual no cae la máquina. Este es el caso en que la máquina realiza y ejecuta todas las operaciones. Sin embargo como se dijo antes si la manipulación puede ser percibida por una persona, que se encuentra en una situación idónea para visualizar o percibir el engaño, si podría dar paso posteriormente al delito de estafa. De esta forma se puede decir que "el ordenador (computadora) en cuanto tal no puede ser sujeto del engaño en relación con el delito de estafa". La palabra engaño significa inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas<sup>57</sup>, es decir inducir a otro a error. Parece ser que el concepto, por sí sólo hace referencia a una persona, sin embargo el código aleja toda duda (216). Ahora queda

55. ROMEO CASABONA (Carlos María), "Poder Informático y Seguridad Jurídica", España, FUNDESCO, 1987, p. 47 ss.

56. Sobre los tipos de manipulaciones se ahondará más adelante.

57. Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Real Academia Española, vigésima edición, 1984, p. 554.

establecer que se entiende por persona, y a esto me remito a las explicaciones acerca del sujeto activo, que sin lugar a dudas es un ser humano (salvo las excepciones de capacidad y niñez). De esta forma, la computadora no es engañada, puesto que no se puede hacer una representación falsa de la realidad. Algunos podrán decir que la realidad de la computadora son los datos que esta contiene, de manera que al manipularse o variarlos se alteraría su realidad, posición que es de todas cuentas inútil, pues se tendría dentro de estas acciones la actividad de los operadores que insertan datos nuevos, cambian viejos o borran datos a un usuario específico. La computadora no puede ser engañada, bajo el concepto restringido de engaño en el delito de estafa tal y como esta en el código actual, pues requiere de la presencia de una persona física. Además las computadoras reciben "órdenes", no razonan si el acto es lícito o no, piénsese en el caso de un cajero automático que al leer la cinta magnética —que previamente fue alterada— gira una cantidad mucho mayor a la que realmente pertenece al portador de la tarjeta. Como se dijo antes esta acción no podría encuadrarse en el delito de estafa, habría que modificar el concepto de engaño, para poder aplicar el tipo.

El autor alemán Klaus Tiedeman manifiesta que "el error en la computadora es irrelevante para el derecho penal alemán. De todos modos, muchas manipulaciones debidas a la intervención de empleados técnicos, personas con firma autorizada o revisores, pese a la limitación establecida por el requisito del error humano, pueden ser encuadradas dentro del tipo penal de la estafa. Esta posibilidad, sin embargo, depende de las características particulares de cada caso y no debe llevar a engaño, pues ante un considerable número de manipulaciones no puede ser aplicado el

263(código alemán). Por ello resulta procedente la incorporación de un tipo penal específico semejante al de la estafa"<sup>58</sup>. Aparte de todo lo dicho hay que recordar además que el engaño tiene como fin primordial hacer a la persona caer en error, es así como se puede deducir de nuestro código, es decir por medio de la *simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de verdaderos*, el sujeto activo procura que el sujeto pasivo se haga una representación falsa de la realidad, de manera que si esta persona no tiene contacto alguno con el sujeto activo y su engaño, este no podría caer en error, como sucede en el caso del cajero. El penalista Francisco Castillo presenta una posición interesante al respecto del engaño, haciendo una crítica a Haft<sup>59</sup>, para quién si se puede aplicar el tipo penal de estafa a las manipulaciones sin intervención de personas. Para este autor, se transmitía a través de la máquina el error, es decir se puede hacer caer en error a la persona que previamente transmitió su voluntad a la computadora para que realice determinadas funciones. En acuerdo con Castillo, podemos decir que Haft olvido todo el proceso psicológico que implica el error, y además su necesaria relación de causalidad con los demás elementos del tipo. También se puede decir que la voluntad de disposición no es cedible a una máquina, sería como aceptar que los actos que realice la máquina aún sin mi autorización son manifestación de mi voluntad.

#### b) El error

El error como ya se mencionó es la representación falsa de la realidad producto del engaño, o el mantenimiento en este por parte del sujeto activo. En la estafa el engaño lleva a una incidencia en el elemento intelectual del sujeto, que es la falsa representación de la realidad, y a través de este el volitivo, el acto de

58. TIEDEMANN (Klaus), "Criminalidad Mediante Computadoras", p. 489.

59. Expediente de Reforma de los artículos 106, 152, 209, 212, 384 inc. 1 y 4 del Código penal, folio 415 a 418. Audiencia al Dr. Francisco Castillo

disposición patrimonial. Podemos decir que en las manipulaciones este elemento del tipo de estafa estará ausente, bien por faltar el elemento del engaño, o porque no recae en la formación de la voluntad de una persona, sino en las operaciones automatizadas de la computadora. El error se manifiesta en el intelecto del sujeto que, por el engaño a que es expuesto cae en error, es decir hay un nivel de razonamiento que es viciado por la actividad engañosa, que debe concordar en una relación de causalidad con el error. "Habrá eventos en los que la víctima del comportamiento fraudulento no a cedido a la inducción de error, pues ni siquiera está presente en el momento en que la infracción se comete. En la estafa informática a la que nos estamos refiriendo, existe ausencia total de conocimiento al menos en el momento del acto"<sup>60</sup>.

#### **c) Disposición Patrimonial**

Este elemento de la estafa, también se ve afecto al problema de los avances informáticos. Recordemos que se trata de un acto volitivo, que realiza el sujeto pasivo, en virtud de un engaño y un error precedentes y en relación de causalidad. Pero hay que rescatar algo muy importante y es que se trata de un "acto volitivo", y esto es precisamente lo que distingue el delito de estafa de otros delitos como por ejemplo el hurto, pues en el primero se hace la entrega del patrimonio, voluntariamente pero esta voluntad está viciada por el error. Este acto volitivo o voluntario no lo realiza una máquina, que simplemente realiza funciones

bajo órdenes específicas, no es un acto voluntario pues la computadora no goza de esta facultad.

#### **d) El Perjuicio Patrimonial**

Lejos de entrañar un problema muy complejo, el perjuicio patrimonial se da de igual forma en las manipulaciones informáticas, sin embargo cabe aclarar el momento desde el cual se a producido. Podemos tener así como momento en que se produce el perjuicio patrimonial, cuando a consecuencia de las manipulaciones se ha producido la detracción del dinero contable o documental del perjudicado y al mismo tiempo, ha quedado fuera de su disposición patrimonial mediante la transferencia a otra cuenta.

#### **e) El Dolo**

Recordemos que el dolo debe cubrir todos los elementos objetivos del tipo. De manera que el sujeto que realiza su plan delictual sin contar con el elemento de error, la realización de este sería independiente del dolo de autor. Es decir si el autor por ejemplo no cuenta con los sistemas de auditoría, pues considera que su plan sería fallido con el solo descubrimiento de estos datos, no estaría comprendiendo con su dolo directo el error, sin embargo podría discutirse acerca de la posibilidad de dolo eventual, como si podría ser el caso de quien espera que el auditor sea engañado por sus manipulaciones y caiga en error, y realice sin mayor reparo las transacciones producto de su manipulación.

---

60. CANCINO MORENO (Antonio José), "Es necesario crear en el Código Penal un capítulo para los denominados delitos informáticos", Colombia, *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Nº 19, vol. XI, 2do semestre de 1988.