

UNIVERSIDAD DE LA CAPITAL

ESTAFA

(BREVES APUNTAMIENTOS SOBRE EL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO PENAL)

POR

M. LEGUIZAMON



*Tesis presentada á la Facultad de Derecho i Ciencias Sociales, para optar al grado
de doctor en Jurisprudencia*



BUENOS AIRES

Imprenta de LA UNIVERSIDAD de J. N. Klingelfuss, Calle Venezuela 234

ENTRE LAS CALLES DE PERÚ Y CHACABUCO

MDCCCLXXXV

UNIVERSIDAD DE LA CAPITAL

ESTAFA

(BREVES APUNTAMIENTOS SOBRE EL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO PENAL)

POR

M. LEGUIZAMON



*Tesis presentada á la Facultad de Derecho i Ciencias Sociales, para optar al grado
de doctor en Jurisprudencia*



BUENOS AIRES

Imprenta de LA UNIVERSIDAD de J. N. Klingelfuss, Calle Venezuela 234

ENTRE LAS CALLES DE PERÚ Y CHACABUCO

MDCCCLXXXV

x.13. 85.

«La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, al autorizar esta impresion, ni hace suyas, ni aprueba, ni desaprueba las opiniones vertidas en esta tesis.»

(Art. 34 del Reg. de exámenes—1884.)

FACULTAD DE DERECHO I CIENCIAS SOCIALES

DÉCANO TITULAR

Doctor Don Leopoldo Basavilbaso

DÉCANO INTERINO

Doctor Don Manuel Obarrio

ACADÉMICOS

- Dr. D. Manuel Quintana
- Manuel Obarrio
 - Bernardo de Irigoyen
 - Rufino de Elizalde
 - Eduardo Costa
 - Pedro Goyena
 - Aurelio Palacios
 - Alejo B. Gonzalez
 - Benjamin Victorica
 - Eduardo Carranza Viamont
 - Luis Saenz Peña
 - Alfredo Lahitte
 - Miguel Navarro Viola
 - Antonio E. Malaver
 - José A. Rosa
 - Amancio Alcorta
 - Lúcio V. Lopez
 - Luis Lagos Garcia
 - David de Tezanos Pintos
 - Juan José Montes de Oca
 - Wenceslao Escalante

ACADÉMICOS HONORARIOS

- Sr. D. José Manuel Estrada
- Dr. D. Vicente Fidel Lopez
- Carlos Tejedor
 - José B. Gorostiaga
 - Guillermo Rawson
- General D. Bartoioimé Mitre
-

CTEDRÁTICOS DE LA FACULTAD

TITULARES

De Derecho Civil	Dr. D. José M. Rosa
» » Romano.	» Pedro Goyena
» Comercial i Penal.	» Manuel Obarrio
» Procedimientos	» Antonio E. Malaver
» Derecho Internacional.	» Amancio Alcorta
» » Constitucional i Administrativo.	» Lúcio V. Lopez
» Economía Política	» Luis Lagos Garcia
» Derecho Canónico	» David de Tezanos Pintos
» Introduccion General al Derecho	» Juan J. Montes de Oca
» Filosofía del Derecho.	» Wenceslao Escalante

SUPLENTE

De Derecho Civil	Dr. D.
» » Romano.	» Carlos Marengo
» Comercial i Penal	» Norberto Piñero
» Procedimientos	» Enrique Martinez
» Derecho Internacional.	» Antonio Bermejo
» » Constitucional i Administrativo.	»
» Economía Política	» Félix Martin i Herrera
» Derecho Canónico	» Nicolás Casarino
» Introduccion general al Derecho	»
» Filosofía del Derecho	»

COMISION EXAMINADORA

PRIMERA MESA

PRESIDENTE

Dr. D. Rufino de Elizalde

VOCALES

Dr. D. Pedro Goyena
» Juan J. Montes de Oca
» David de Tezanos Pintos
» José M. Rosa
» Lúcio V. Lopez

SEGUNDA MESA

PRESIDENTE

Dr. D. Antonio E. Malaver

VOCALES

Dr. D. Amancio Alcorta
» Manuel Obarrio
» Luis Lagos Garcia
» Wenceslao Escalante

SECRETARIO INTERINO

Dr. D. José Garcia Fernandez

PADRINO DE TESIS

DOCTOR DON ONÉSIMO LEGUIZAMON

•

: ,

·

À los Niños

SEÑOR PRESIDENTE:

SEÑORES EXAMINADORES:

Vengo á cumplir la última prueba exigida por el reglamento de la Facultad, antes de franquear los dinteles de la vida en el foro.

He elejido como tema para esta disertacion uno de los delitos mas frecuentes en nuestra sociedad i del cual la estadística criminal hace revelaciones verdaderamente alarmadoras, sobre su progreso cada dia mas vigoroso.—En efecto, durante el año 1884 la Policía de la Capital intervino en 103 casos de estafa i en el semetre transcurrido del presente año hánse realizado ya 66 casos de estafa i 12 tentativas, lo cual augura por desgracia, un sensible aumento sobre el año anterior. (a)

No carece por consiguiente de interés en la actualidad la cuestion á que hemos dedicado este estudio,—i ojalá que la doctrina i las conclusiones de la jurisprudencia señaladas en sus pájinas, tuvieran aplicacion práctica en la resolucion de alguna de las variadísimas formas con que este delito se presenta.

Por lo demas, nuestro trabajo es apénas un ensayo, por su índole i por su naturaleza misma, pues, la materia que la estafa abraza es vasta i fecunda, pudiendo decirse en verdad que á pesar de la antiquísima data á que remonta la noçion de ella, aún la ciencia jurídica no ha pronunciado la última palabra.

Nos hemos limitado, simplemente á esbozar los puntos principales señalados por los jueces i maestròs como las piedras miliares del camino á recorrer. Hemos tomado la doctrina que nos ha parecido mas en armonia con el espíritu de la lejislacion pá-

(a) V. Memoria de Policía, 1884, i Boletín Mensual de Estadística, Año I, núm. 1 á 6.

tria i la hemos expuesto.—Nuestra obra no lleva, pues, el sello de la orijinalidad, sino de una generalizacion de principios conocidos.

Es costumbre inveterada hacer una peticion de benevolencia al presentaros esta clase de trabajos,—las mas veces con sobrado fundamento; otras sin él i escudando por el contrario una falsa modestia, una hinchada vanidad.—Sigo á sabiendas esa tradicion, pero al invocarla para el que hoy someto á vuestra consideracion, creo reclamar lo que se me debe en justicia.

Lo he contemplado con espíritu sereno, libre de esas obcecaciones que despierta la paternidad,—i me ha parecido no ser ni un *monstrum*, ni un *prodigium* como decia la ley romana; será cuando mas un tipo oscuro i vulgar en su especie, condenado tal vez á vivir lo que las rosas del poeta!

Pero aunque humilde, lo presento ante vosotros con respetuoso reconocimiento i espero vuestro fallo.

M. L.

CAPÍTULO I

SUMARIO.—*Estafa—Su etimología—Lo que era la estafa entre los romanos—Dolus bonus—Dolus malus—Legislación romana i de las leyes de Partida—Dificultad para trazar la línea de separación entre el dolo civil i el dolo criminal.*

Los etimologistas franceses como Lancelot hacen derivar *escroquer* (estafar) del griego *aischropedês* que significa el que hace una ganancia sordida.—Otros como Diez derivan *escroc* (estafa, dor) del alemán *schurke* (bribon).—Otros, en fin, como Monlau buscan el origen latino de la palabra estafa en las voces *stapes*, *stapetum*, compuesto de *stâre* i *pes*, la que por su corruptela formó en italiano *staffa* (estribo) i de *staffa* formóse *staffare* i *staffeggiare*,—perder el estribo, salirse al pié del estribo.—De esta significación recta en italiano pasó *staffa* á significar metafóricamente en castellano, engaño, petardo, pillada; i *estafar* equivalió á engañar, pegar un petardo, dejar á uno como colgados los piés del estribo.

Estas distintas etimologías aunque dan una idea jeneral de la estafa, no la caracterizan con entera precisión.—Pero cualquiera que sea su origen, cualquiera que sea la palabra con que se la denomine en los diversos idiomas,—el consenso universal entiende uniformemente por estafa, la acción de apropiarse los bienes de otro usando del engaño, la mentira, la astucia ó la sorpresa.

La estafa ha sido considerada por todas las legislaciones como uno de los delitos contra la propiedad; i algunas de ellas se han esforzado en vano por encerrar en un marco vago i casuístico los innumerables actos del hombre que la constituyen.

Entre las mas antiguas legislaciones encontramos la ley romana que habia previsto i definido una especie particular del robo, que no es otro que la estafa segun los elementos i caracteres de fi-

liacion asignados á ella por la jurisprudencia moderna.—Y eran los robos simples, cometidos por detreza en los lugares públicos ó en las casas particulares por individuos que se introducian á ellas con un pretexto cualquiera, i á cuyos autores la ley designaba bajo el nombre de—*sacularii* ó *directarii*. (*)

A esta clase especial de delitos era á los que bajo el antiguo réjimen del derecho francés anterior á 1789 se calificaba con el titulo de estafa.

Sin embargo para hacer tal calificación el hurto no debia acompañarse de ninguna de esas circunstancias que constituyen en el estado actual de la legislación el robo calificado,—tales como llevar armas, la reunion de dos ó mas malhechores, la noche el escalamiento, la efraccion, etc.; el legislador incriminaba bajo la denominacion de estafa, el simple hecho de haberse apropiado por astucia un bien perteneciente á otro.—No se tenia en vista pues, mas que el delito, que puede poner en peligro los bienes del hombre, pero jamás comprometer su vida, ó su seguridad personal.

Como se vé, en el antiguo derecho la palabra estafa tenia un sentido diferente del que hoy se le dá.—Es una de las tantas denominaciones que han pasado de la antigua legislación al lenguaje jurídico moderno, sin conservar el significado que tuvieron en otro tiempo.

Así ella implicaba la idea del hurto, la astucia, el engaño; mientras que hoy solo caen bajo tal denominacion,—aquellas maniobras fraudulentas por las cuales se busca la sustraccion de bienes ajenos, haciendo nacer en su dueño una esperanza ilusoria, una confianza ciega de la cual se abusa deslealmente despues.

Nuestro Código Penal imitado los Códigos modernos, conserva la denominacion de estafa creada por el antiguo derecho, pero la aplica á delitos de otra naturaleza.

La ley francesa de 1791 fijó los caractéres i elementos del delito á los que aplicaba la denominacion de estafa; pero los términos de esa ley eran vagos é inciertos i suscitaron grandes dificultades en su aplicacion en la práctica.—Así, pues, á pesar de la enunciacion de condiciones trazadas por la ley á fin de dar el verdadera carácter de la infraccion, éste quedó siempre incierto é indeterminado, porque es imposible encerrar en los límites estrechas de una definicion, la innumerable cantidad de hechos i actos que en un momento dado pueden constituirla, i porque además

(a) Ley 7, ff.—De extraord. crim.

el mismo delito abraza muchos otros fraudes cuya línea de separacion con el que estudiamos no es fácil señalar.

La ley de 1791 mencionada anteriormente, reproducia el término *dolo* tomado del antiguo derecho, como sinónimo de estafa.—Empero para comprender la naturaleza propia del dolo es necesario hacer una distincion que el lejislador de 1791 no habia establecido.

Existe en efecto el *dolo civil* i el *dolo criminal*.

El primero es el constituido por la astucia i los artificios mentirosos que aunque censurables, escapan á la represion judicial i se les encuentra con frecuencia en las transacciones civiles ó comerciales de los hombres en la vida social.—No siempre la hidalguia i la buena fé es la ley que rije esas relaciones; i sucede por desgracia que el ávido deseo del lucro, que el anhelo de obtener mayores ventajas, los hace quebrantar esa ley i emplear la mentira, el engaño, la simulacion, la astucia,—medios todos usados mas con el propósito de beneficiar al que se vale de ellos, que dañar á aquel contra quien son dirigidos.

Puede mencionarse en la categoria de los actos enunciados,—la exajeracion en el precio de la cosa vendida, los anuncios de ventas á pérdida por causa de liquidacion, la simulacion en los contratos, el aumento exajerado del valor de los inmuebles, de los objetos de comercio por el propietario que busca por este medio mantener i aumentar su crédito.—Estos actos i muchos otros análogos constituyen el *dolo civil*; pertenecen á la categoria de delitos que la ley romana llamaba *dolus bonus* i no son las mas veces sino el resultado del injénio, de la habilidad del hombre honrado poniendo en juego todos los dotes de su intelijencia á fin de prosperar en el trabajo á que dedica sus esfuerzos.

Pero la ley penal no se ocupa de estos actos no obstante su inmoralidad, en el interés mismo de las transacciones i para que sus prescripciones preventivas no se levanten como una barrera impuesta al ejercicio de un derecho; i así el lejislador se ha limitado á decidir que el Ministerio Público no intervenga en los negocios particulares sin un motivo grave, sin que exista un perjuicio real que lesione la fortuna de alguien.—La ley, como se ha dicho, no castiga la falta de lealtad, la indelicadeza.

Es tambien tarea muy difícil establecer el justo límite existente entre los actos que constituyen el simple *dolo civil*,—de las maquinaciones donde se procede frandulentamente, valiéndose de medios reprobados i culpables con el fin de engañar la buena fé de terceros, perjudicándolos en sus intereses que es lo que constituye el *dolo criminal*, el *dolus malus* segun la terminologia romana. *

La sabia legislación de Justiniano había salvado la dificultad para distinguir estas dos clases de delitos de caracteres tan semejantes,—reservando el Pretor la facultad de apreciar i determinar en el caso ocurrente, los hechos de dolo, permitiendo su persecucion ante los magistrados cuando los encontraba graves. (*)

Las leyes de Partida señalaron tambien numerosos ejemplos de este delito para que sirvieran de norma en la clasificacion de otros semejantes, librando al arbitrio prudente de los magistrados la determinacion de la pena correspondiente.—Así las leyes 1, tít. 16, P. 7 i la 2, tít. 16, P. 7., se ocupan en definir lo que debe entenderse por—«*dolus* que en latin tanto quiere decir en romance como engaño.»—Tratando en seguida del—«*dolus malus*, que quiere tanto decir como mal engaño;» entrando despues á especificar las maneras como puede cometerse el engaño i en hacer la distincion de las dos clases de dolo.

Pero á pesar de estas aclaraciones, la dificultad queda aun subsistente i en muchos casos no es fácil aun señalar con verdadera precision cual es la línea de separacion entre los dos actos; donde termina el uno i donde comienza el otro.

De suerte que queda librado del criterio no siempre justo i verídico de los jueces, la decision de esta clase de delitos;—lo que será en todo tiempo un signo de inseguridad, de imperfeccion en la ley, i una amenaza constante de peligros para los individuos.

(*) Ley 1, § 2, 3 —Dig. de dolo malo.

CAPÍTULO II.

SUMARIO—Carácter de la estafa—Elementos necesarios para la existencia del delito—Doctrina francesa—La Corte de Casacion—Doctrina de Chaveau i Helie—Sistema del Código Belga—Sistema seguido por el Código Argentino—La estafa se consuma por la sola entrega de los valores.

Nuestro Código no ha definido especialmente el delito que analizamos, porque la materia por él comprendida es vastísima i de contornos aun no definidos con entera claridad, como lo hace notar el ilustrado comentador del Código Español (a) cuando dice, los engaños análogos al hurto, los que caen bajo la idea jeneral de la defraudacion, puede decirse que son innumerables.—Una lejislacion que quisiera indicarlos todos, caeria en un repugnante i confuso casuismo.

Pero tambien hay otro extremo, cual lo seria el de condensar tanto sus preceptos que resultara una vaguedad, una indeterminacion no ménos vituperable.

El artículo 334 del Código Penal arjentino procurando salvar las dificultades apuntadas por el criminalista español, dice:

«Todo el que con nombre supuesto, ó bajo calidades imaginarias, falsos títulos ó influencia mentida, defraude á otro, aparentando bienes, créditos, comision, empresa ó negociaciones ó valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid ó engaño será castigado»..... Como se deduce de estos términos, el lejislador no ha querido dar sinó una idea de los actos que pueden constituir el delito; ha tratado simplemente de establecer una regla jeneral que sirva á la decision de otros casos que presenten alguna analogía á los señalados en la ley.

(a) Pacheco—El Código Penal concordado i comentado. t. III.

Pero veamos á la luz de la doctrina jurídica mas comunmente aceptada, en que consiste el delito de estafa, ya que no tenemos una disposicion explícita i categórica para definirla.

Sobre este punto no hay discrepancia entre los criminalistas i segun sus propias conclusiones la estafa consiste: en la defraudacion de una suma de dinero ó valor equivalente en títulos, documentos, etc., mediante el empleo de falsas promesas, nombre supuesto, influencia mentida ó empresas imaginarias, capaces de engañar al dueño de los valores hasta obligarlo á efectuar su entrega en manos del autor del fraude que se los apropia i los convierte en su provecho esclusivo.

La estafa supone siempre la existencia de una tercera persona dueña de la cosa estafada, así como el hurto ó el robo que son el jénero suponen tambien la existencia de un tercero dueño de la cosa hurtada ó robada.—Esta es una condicion indispensable i esencial en la naturaleza del delito, porque nadie comete robo contra sí mismo,—*rei nostre fortum non possumus* proclamaba la ley romana; ni tampoco nadie roba al que no es dueño esclusivo de la cosa robada.

Hemos dicho que la estafa ha sido considerada en todo tiempo como un delito contra la propiedad, pero debe entenderse de la propiedad ajena.—Y así la lejislacion de los romanos absolvía del delito de hurto al acreedor que quitaba por medio de la fuerza ó la violencia lo que le era debido, porque no habia robado sino lo que le pertenecía,—*sua rem rapuit*.—El lejislador no veía robo en este caso i se limitaba á castigar la violencia.

Segun la doctrina francesa basada en numerosas decisiones de la Côte de Casacion, tres actos distintos son necesarios para que la estafa exista:

1º Intencion fraudulenta.

2º Uso de falso nombre, falsa calidad ó empleo de maniobras fraudulentas para persuadir la existencia de falsas empresas, de un poder ó un crédito imaginario, ó hacer nacer la esperanza ó el temor de un suceso, de un acontecimiento quimérico.

3º Entrega ó recibo de los fondos ó valores buscada por los medios fraudulentos.

Los criminalistas Chaveau i Helie (a) sostienen que los elementos constitutivos de la estafa, son:

1º Empleo de medios fraudulentos.

(a) Chaveau i Helie,—Théorie de Cod. Pénal, t. v.

2º El hecho de hacerse entregar, ó tentado hacerse entregar valores con ayuda de medios fraudulentos.

3º La ocultacion ó disipacion de esos valores, que consuma la estafa ó la tentativa de esa disipacion.

Como se nota á primera vista, la diferencia capital entre los dos sistemas que acabamos de enunciar brevemente, consiste solo en la determinacion del acto que consuma el delito.

El uno exige solamente la entrega de los valores; el otro va mas allá, exigiendo la ocultacion ó disipacion de ellos.

El sistema establecido por el Código Belga es análogo al de la Corte de Casacion, requiere la concurrencia de las tres condiciones siguientes:

1º Es necesario que se haya hecho uso de falsos nombres ó de falsas calidades, ó bien que se hayan empleado *maniobras fraudulentas* para persuadir la existencia de falsas empresas, de un poder ó de un crédito imaginario, ó para hacer nacer la esperanza ó el temor de un suceso, de un accidente ó de todo otro acontecimiento quimérico.

2º Es necesario que se haya hecho *remitir* ó *entregar* fondos muebles ú obligaciones, billetes, promesas, recibos ó descargos.

3º Es necesario en fin, que por uno de estos medios se haya *estafado* ó *tentado estafar* la totalidad ó parte de la fortuna de otro. (ª)

Se ha pretendido por algunos criminalistas, que la infraccion que venimos estudiando no se consuma por la sola entrega de los valores, sinó que es además indispensable la disipacion ó mal empleo de ellos.

Chaveau i Helie comentando el Código francés sientan esta opinion i la defienden con calor. El doctor Tejedor siguiendo las huellas de tan distinguidos comentadores, se adhiere á ella i hace con tal motivo suyos los siguientes argumentos de Chaveau:

« La entrega misma de los objetos no consuma el delito, porque el agente puede todavia corresponder á la confianza que ha infundido, sea dando buen empleo á los valores, sea restituyéndolos.—La estafa no se consuma sinó por el abuso, es decir por la disipacion de los valores, ó por la intencion manifiesta de apropiárselos. (b)

Disentimos en este punto con la opinion del ilustrado juriconsulto arjentino; pues, pensamos con respetables autores, que ca-

(a) Nypels,—Code Pénal Belga, t. III.

(b) Tejedor,—Curso de derecho criminal,—Leyes de fondo, t. I.

rece de fundamento sério, la exigencia que hace depender la consumacion del delito, del empleo que el agente haga de los valores. Este hecho no modifica la infraccion realizada ya, sinó sus resultados.

Para que la estafa tenga lugar basta el hecho material de la apropiacion de una suma ó valor ajeno por parte del agente, ó manifiesta intencion por lo ménos de apropiársela para invertirla ó retenerla en su provecho esclusivo.

En esta infraccion la intencion fraudulenta aparece desde el momento psicológico que en se concibe el delito, desde los actos primos que tienden á prepararlo; su natureleza i la astucia jeneralmente desplegada por el agente para realizarlo atestiguan suficientemente esta afirmacion.

Si se comprueba que el agente obtuvo los fondos ó valores valiéndose de medios fraudulentos, que por este medio los convirtió en su propiedad, i que manifiesta intencion de apropiárselos,— existe ya la intencion fraudulenta, la estafa se ha consumado. ¿Para qué exiir entónces el uso ó disipacion de la suma entregada á fin de que la estafa se realice?

Así como el hurto i el robo se consuman por la simp'e sustracion de la cosa de otro; así como la falsificacion de monedas se realiza igualmente por el solo hecho de fabricar moneda; así tambien la estafa que tantas analogias tiene con estos delitos citados como ejemplos, debe consumarse lójicamente por la sola entrega de la suma ó valor ajeno.—El empleo que el agente haga ulteriormente de la suma entregada aumentará ó disminuirá los resultados del acto criminal pero no modifica el hecho consumado ya.

Supongamos que en un momento dado,— raro i escepcional por cierto,—el estafador, ya sea por arrepentimiento ó por temor al castigo devuelva el objeto ó valores á su dueño, ó que haga un *buen empleo* de ellos como dice Chaveau, donándolos á un hospicio, por ejemplo.—Segun los principios jenerales de derecho, este cambio tardio de voluntad disminuye la culpabilidad del agente, pero no tiene de ningun modo por efecto escluir el delito, impedir la consumacion, la existencia de la estafa.—El que restituye los objetos que ha sustraído, ó que emplea el cuero robado en hacer calzado á los pobres, es acaso por esto ménos ladron? (a)

Puede tambien contestarse con las revelaciones abrumadoras de la estadística criminal de todos los paises civilizados, que las palabras de los comentadores franceses no pasan en la inmensa mayoría de los casos de ser un deseo benévolo, una ilusion jenerosa pero utópica.

(a) Nypels,—lug. cit.

Son muy pocos los que se detienen voluntariamente en la pendiente resbaladiza del delito.—Y esos arrepentimientos tardíos son *rara avis* en los fastos del crimen!

Pensamos, pues, que la estafa se consuma por la sola entrega de los valores; que no es necesario ningún acto de ocultación, disipación ó mal empleo de ellos.

Esta es la doctrina proclamada por la legislación francesa en 1863 (a),—i así lo entiende hoy la jurisprudencia de muchos países como la Bélgica que ha estampado en las páginas de su Código Penal tan sabia doctrina, borrando de este modo la distinción sutil de los comentadores franceses, que hería el buen sentido i condenaba la razón.

(a) Ley de mayo 13, 1863.

CAPÍTULO III

SUMARIO.—Medios fraudulentos—En que consisten—Uso de falso nombre—Falsas calidades—La falsedad entre los romanos—Regla de Papiniano—Lejislacion de las Partidas—Falso nombre por escrito—Verbalmente—Lejislacion francesa de 1791 i 1810—Estado actual.

En el capitulo anterior al enumerar lijeramente los diversos sistemas sobre los elementos constitutivos del delito de estafa nos adherimos al adoptado por el Código Belga que ha establecido como jurisprudencia al respecto, que la estafa supone la concurrencia de tres elementos:

1º Uso de falso nombre, falsa calidad ó empleo de *maniobras fraudulentas* para persuadir la existencia de falsas empresas, de un poder ó credito imaginario, ó hacer nacer la esperanza ó el temor de un suceso, de un accidente quimérico.

2º La *entrega ó recibo* de los fondos buscada por los medios fraudulentos.

3º Es necesario en fin que por uno de estos medios se haya *estafado ó tentado estafar* la totalidad ó parte de la fortuna de otros.

Los medios fraudulentos son, pues, el primer elemento del delito segun las conclusiones de la doctrina que seguimos; i pueden consistir en el uso de falso nombre ó falsa calidad, en el uso de *maniobras fraudulentas* tendentes á persuadir la existencia de falsas empresas, etc., ó para abusar de otra manera de la confianza ó credulidad de otra persona.

Estos medios fraudulentos señalados por la ley no son limitativos, son mas bien ejemplos destinados á servir de norma, como ya lo hizimos notar al interpretar el espiritu del art. 334 del Código Penal Argentino.

Por que como se ha dicho, determinar por una enumeracion restrictiva esta infraccion seria ir contra la naturaleza de las co-

sas. La estafa reviste las formas mas variadas; lucha i tiende redes á la prevision i á la prudencia; emplea todo lo que la majinacion puede poner al servicio de la avidez sin freno. Es por esto que se mira como imposible enumerar las diferentes maquinaciones por las que el ajente puede apoderarse de lo ajeno. (a)

Veamos entre tanto en que consiste el uso de falso nombre ó falsas calidades.

El falso nombre ó la falsa calidad empleado verbalmente ó por escrito constituia el delito de falsedad para los romanos. El jurisconsulto Papiniano nos ha dejado una regla sobre el uso del falso nombre: *falsi nomines aut cognominis adseveratio pænâ falsi coercetur* (b). Esta regla era de aplicacion frecuente en la práctica forense. En este sentido se espresa el criminalista Jousse diciendo, el que toma el nombre de otra persona i se dice falsamente ser aquel de quien toma el nombre es pasible de la pena de falsedad. (c)

Las Partidas sentaron igualmente reglas sobre el delito de falsedad: «Otro si faze falsedad, aquel que cambia maliciosamente el nombre que ha tomado, ó tomando nombre de otro, ó diciendo que es fijo de rey ó de otra persona honrada sabiendo que non lo era». (d)

Otro autor (e) hablando de las falsedades de hecho de la antigua jurisprudencia dice,—el que se presentaba pretendiéndose acreedor de otro i exijia el pago de una deuda imaginaria, ó el que diciendose mandatario recibia engañosamente el pago de lo debido á un tercero, cometia el delito de falsedad.

Sin embargo debe tenerse presente que en el estado actual de la lejislacion estas calificaciones del antiguo derecho no pertenecen ya á semejantes hechos.

Ha sido motivo de acaloradas discusiones la cuestion de saber si el falso nombre ó las falsas calidades debian ser *verbalmente* ó por *escrito*.

La lejislacion francesa de 1791 que hemos mencionado anteriormente al hablar del falso nombre ó falsa calidad, no agregaban el término verbalmente.—Una ley que lleva fecha 7 del Frimario quizo remediar ese olvido, estableciendo que,—el uso de falso nombre era ún crimen de falsedad ó un delito de estafa, segun

(a) Elias—El Código Penal

(b) L. 13. Dig. ad. leg. com. de falsis.

(c) Jousse—Traité de mat. crim. t. II.

(d) Ley 2 tit. 7, P. 7 j. G. Lopez glosa 5ª.

(e) Farinacio, —Quest. 150. n. 86

que el hubiese tenido lugar verbalmente ó por escrito, con ó sin firma.

Mr. Defermón impugnando esta restriccion que pretendia limitar el uso del falso nombre ó las falsas calidades al hecho de hacerlo verbalmente, sostuvo con vigor en el seno del Consejo de Estado, que se puede igualmente usar de falso nombre ó calidades por escrito, para cometer una estafa, i citaba en apoyo de esta afirmacion el caso de un particular que se dice comerciante por escrito, para negociar un efecto cualquiera por que éste medio le ofrece mayores facilidades; aqui la pena de falsedad no podria aplicarse evidentemente, —i entonces tendríamos que esta calificacion mentirosa escaparia á la represion por ser escrita, en lugar de ser simplemente verbal, lo que es a todas luces ilójico.

A consecuencia de la oposicion mencionada, la restriccion del proyecto de Código francés desapareció: añadiéndose unicamente una reserva para los casos en que hubiera crimen de *falsedad*.

De suerte que hoy en el sentir de los escritores de derecho penal que han prestado mas preferente atencion á la tan debatida cuestion, sobre si el falso nombre ó falsa calidad deben ser por escrito ó verbalmente, —el uso de falso nombre por escrito constituye falsedad cuando el acto en que se toma puede producir una obligacion cualquiera i causar perjuicio á tercero, ó cuando ese acto tiene por objeto comprobar los hechos en el consignados. Este uso al contrario se coloca en la categoria de los medios empleados para realizar la estafa cuando el acto no encierre obligacion ni descargo, ni convencion, ni disposicion capaz de dañar á tercero, i no tiene tampoco caracter bastante para probar los hechos que enuncia.

Igual distincion hay que hacer respecto al uso de una falsa calidad —Si esta falsa calidad usurpada en un acto cualquiera, solo tiene por objeto engañar á un tercero sobre la verdadera posicion del ajente, no constituye mas que una maniobra fraudulenta ó estafa.

Pero si esta calidad da origen á un derecho; si el acto en que se toma tiene por objeto comprobarlo, i si se hace uso de el,—esta alteracion de la verdad no es una simple estafa, sinó una verdadera *falsedad*. (a)

Importa poco que el falso nombre ó la falsa calidad pertenez-

(a) Chavean i Helie,—Luj. cit.

ca á un tercero ó que sea puramente imaginario,—los efectos de la usurpacion pueden ser los mismos en uno ú otro caso.

Pero puede suceder que el agente haya hecho uso de un nombre ó una calidad con el que es jeneralmente conocido, aun que este nombre ó calidad no le pertenezca, ó si habitualmente conocido con un nombre ó calidad que no son suyas, ha hecho uso de su nombre verdadero; no puede ser condenado como culpable del delito de estafa, aun que en ambos casos haya obrado con la idea de cometer dicha infraccion, por que la intencion fraudulenta no basta para constituirla i es necesario por el contrario que ella sea acompañada del hecho.

El uso del falso nombre ó falsa calidad no són un elemento de estafa sinó cuando por estos medios se ha conseguido el fin propuesto, es decir la entrega de los fondos ó valores; si se prueba que la usurpacion del nombre ó calidad no ha sido la causa eficiente de la entrega de los valores, el delito se borra, no existe en una palabra.

En definitiva i como síntesis de la extensa materia comprendida en este elemento esencial del delito que venimos analizando, puede decirse, que para que la usurpacion de nombre ó calidad constituya un elemento en la estafa, es menester que ellos sean de tal naturaleza que ejerzan una influencia decisiva en el espíritu de la victima, sobre su determinacion. Esta es una condicion esencialísima,—*sine qua non*.

CAPITULO IV

SUMARIO.—Maniobras fraudulentas—Qué se entiende por maniobra—Dificultad para caracterizarlas—Aplicacion por analogia del edicto romano sobre el dolo malo—Reforma de las Partidas—Condiciones requeridas segun la jurisprudencia moderna para incriminar las maniobras—Ejemplo.

Segun el método que hemos adoptado en la designacion de los elementos constitutivos de la estafa, el uso de las *maniobras fraudulentas* es uno de ellos.

¿Pero que debe entenderse por maniobras?

Se ha llegado á caracterizar por su objeto las maniobras fraudulentas necesarias para constituir la estafa; pero un escollo verdaderamente inespugnable se ha presentado al tratar de definir los medios que constituyen por su uso estas mismas maniobras.

En efecto el término maniobras es incierto i vago como lo hacen notar los autores i su nocion es tan estensa que habria una verdadera amenaza, un peligro eminente para la libertad de accion individual, si el legislador pretendiera incriminar todos los actos, todas las acciones humanas que en un momento dado i segun el criterio que las juzgue, pueden caer bajo la calificacion de una maniobra.

Asi es que en la imposibilidad de trazar los verdaderos perfiles que sirvieran para distinguir de una manera neta i precisa lo que es una maniobra, los jueces han tenido que volver la mirada al pasado é ir á buscar en las fuentes eternas del derecho romano la regla que él nos ha dejado sobre el lodo i el fraude para aplicarlo por analogia.

La definicion dada por la ley romana sobre el dolo era: *Omnis calliditas fallatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita* (a) Segun los intérpretes, *calliditas* significa la disimula-

(a) L. 1 § 2. Dig. De dolo.

cion artificiosa; *fallatio*, el lenguaje embustero; *machinatio*, la intriga urdida para conseguir el objeto. Esta definicion abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar, dice el doctor Velez Sarsfield en sus Notas al Código Civil.

Por eso fué que la aplicacion de la regla anterior prestó alguna luz para definir i caracterizar las maniobras fraudulentas; sin embargo, la dificultad no estaba salvada, pues como ya lo hemos hecho notar, esa misma dificultad se habia presentado en la legislacion romana i para obviarla habian reservado al Pretor la tarea de calificar los hechos de dolo, permitiendo su persecucion si los encontraba graves, ó castigandolos estraordinariamente si no estaban previstos en la ley. (a)

Es indudable que este procedimiento era imperfecto i atentativo de los derechos del individuo; asi fué que la regla de la antigua jurisprudencia se modificó; concluyendo alfin por ser abolida.

Ya en las leyes de Partida una saludable reforma tendente á limitar la arbitraria órbita de accion judicial se inció, al mismo tiempo que se fijaban con precision los hechos constitutivos del dolo criminal. Varias leyes del titulo. 16. P. 7, se ocupan de él i son especiales á la estafa la 8, 9, i 10.

La doctrina de los escritores en materia criminal vino pronto en apoyo del legislador buscando establecer una linea de separacion entre los simples hechos de fraude de naturaleza fácil á ser caracterizados i juzgados, de aquellos que estrañan un verdadero peligro para la sociedad donde se desarrollan, por la manera como se emplean, por la intencion fraudulenta que revisten, pudiendo en un momento dado burlar la prevision i buena fé.

De esta última categoria de actos se ocupa únicamente el legislador; los otros ya lo hemos dicho, aunque censurables por su inmoralidad escapan á la represion judicial.—La justicia no debe intervenir sinó cuando existe un verdadero peligro para los miembros de una sociedad, cuando ellos reclaman el apoyo de la ley por encontrarse impotentes ante las asechanzas de la astucia, de la mala fé que ataca su patrimonio.—Recien entónces se justifica la intervencion de la justicia i el establecimiento de reglas i restricciones.

Segun las doctrinas establecidas por numerosas decisiones de los tribunales extranjeros que han servido de modelo á nuestra legislacion,—cuatro son las condiciones requeridas en la estafa para incriminar las maniobras fraudulentas:

(a) L. 1 § 1. Dig. De dolo malo.

1º Es preciso que los hechos ó medios empleados por el agente puedan ser calificados de *maniobras*.

2º Que esas maniobras hayan sido *fraudulentas*.

3º Que hayan tenido por objeto persuadir la existencia de falsas empresas, de un poder ó crédito imaginario, ó de hacer nacer la esperanza ó temor de un suceso, de un acontecimiento quimérico.

4º Que por medio de esas maniobras se haya operado ó tentado operar la entrega de los fondos ó valores que se han querido estafar.

Los límites estrechos de este trabajo nos impiden detenernos á hacer un estudio prolijo i minucioso de cada una de esas condiciones, además la materia ha sido tratada ya luminosamente por los criminalistas, de suerte que nuestra exposicion seria pálida i careceria de novedad.—Nos limitaremos, pues, á enunciar sencilla i brevemente los caracteres jenerales que pueden servir á la determinacion de los hechos constitutivos de las maniobras fraudulentas, dando para mayor aclaramiento algunos ejemplos.

El término *maniobra* no implica solamente la existencia de palabras, sinó tambien de actos tendentes á sorprender la prevision, la buena fé, la confianza de una tercera persona.—Así enseñan los autores que las simples palabras mentirosas, las promesas, las esperanzas mismas, aisladas de un hecho exterior no constituyen una *maniobra*; es menester en todos los casos el hecho externo para robustecerlas i darles mayor apariencia de verdad.

Es doctrina comunmente aceptada en la existencia de las maniobras fraudulentas, la accion de sorprender la confianza de un tercero valiéndose de astucias, maquinaciones embusteras, tendentes á ocultar la verdad ó hacer nacer la esperanza ó el temor de un acontecimiento quimérico.—Es necesario igualmente que esa creencia ó esa esperanza inspiradas por el empleo de las maniobras fraudulentas hayan dado por resultado que la tercera persona se determine á entregar al agente los fondos ó valores.

Hay algo mui esencial en este acto, i es que esa entrega haya sido una determinacion voluntaria; por que si se hubiera empleado violencia de parte del agente, la naturaleza de la infraccion varia i el acto no podrá ser clasificado ya en la categoria de las estafas, sinó de un simple robo.

El acto de la entrega de los valores debe ser pues el resultado de la maquinacion engañosa, del fraude, de la maniobra que ha hecho nacer una confianza ciega en el tercero i de la cual el agente abusa pérfidamente.

Es esencial entónces el *caracter fraudulento* de las maniobras

constitutivas de la estafa.—Si se prueba que el agente que emplea esas maniobras ha obrado de buena fé, si él mismo ha creído en la existencia del crédito ó poder imaginario, en la esperanza ó suceso quimérico,—es indudable que no podría ser condenado por delito de estafa; habria cuando mas engaño, fraude, pero no la infraccion que estudiamos.

He aquí un ejemplo citado por Larousse que pone de relieve las condiciones i requisitos necesarios para que las maniobras tengan el caracter fraudulento exigido por la ley—Es un caso tomado al azar entre los muchos que podrian citarse.

Pedro hace decir por diversas personas en secreto á Pablo, que la casa de este último va á ser atacada.—Pedro simula el mismo, ayudado por otros, semejantes ataques; por la noche se oyen silbidos, hay jente que ronda la casa.—El hecho tiene por objeto inspirar á Pablo el temor de serle robada una suma de dinero que guarda en su casa—Pedro le ofrece guardar esa suma en su caja—Pablo considera esta oferta ventajosa i le entrega él mismo el dinero que Pedro disipa enseguida.—Todo se descubre—Pedro ha cometido un delito de estafa; con ayuda de maquinaciones, de falsas conversaciones ha inspirado á Pablo el temor de un acontecimiento quimérico, con el objeto de hacerse entregar una suma de dinero.—Este temor ha obrado de tal manera en el ánimo de Pablo que lo ha determinado á llevar el mismo su dinero á casa de Pedro.

He aquí, pues, esas maniobras fraudulentas perfectamente caracterizados—Pedro no ha cometido un robo—No ha habido sustraccion de su parte—El ha impulsado á Pablo á hacer lo que el deseaba; ha empleado solamente maniobras fraudulentas,—ha cometido una estafa.

Las maniobras fraudulentas pueden finalmente tener por objeto—hacer nacer la esperanza ó el temor de un acontecimiento quimérico.

La palabra *quimérico* ha suscitado írecuentes debates.—¿En efecto que debe entenderse por un acontecimiento quimérico?

Hemos buscado una definición exacta de él i la mas racional nos ha parecido la dada por la Corte de Casacion en una resolución judicial.—Segun ella;—un hecho quimérico no es absolutamente imposible ni falso.

Así acontece algunas veces que el hecho se produce apesar de la prevision i precauciones culpables puestas en practica por el agente.—Pero basta que en el momento en que el lo hacia creer ó esperar, no creyese él mismo en su posible realizacion, ó que al menos esa realizacion no estuviese en su poder, para que el hecho sea clasificado como quimérico.

CAPÍTULO V.

SUMARIO — Entrega de los valores determinada por los medios fraudulentos—La entrega de los fondos determina la estafa—Decisiones judiciales i doctrina de los criminalistas sobre las condiciones en que debe hacerse la entrega—Sobre que bienes puede recaer la estafa—Bienes, muebles i obligaciones escritas.

En los capítulos precedentes nos hemos ocupado en analizar uno de los elementos constitutivos de la estafa.—Sin embargo la infracción no se consuma por el simple uso de tales medios. Es menester además que se haya obtenido el resultado, es decir *la entrega de los valores* buscada por el agente.

De manera que esta segunda condición no es menos esencial que la primera; sin que ella se realice en efecto, habrá de parte del agente una serie de maquinaciones, de tentativas, de manobras fraudulentas quizá, pero que no tienen un castigo marcado en la ley i escapan á su represión.

Es entonces el hecho material de la entrega de los fondos ó valores lo que caracteriza este delito tan múltiple i vario en sus formas, i por desgracia tan frecuente en la actualidad.—Solo llegando á constatar ese resultado se puede patentizar de un modo palmario su criminalidad.

No nos detendremos de nuevo para rebatir la pretensión que ya discutimos, i que hace depender la consumación de la estafa del empleo que el agente haga de los fondos.

En el capítulo II de esta monografía dimos las razones concluyentes á nuestro entender, que nos han determinado á rechazar como infundada esa pretensión. Reproducimos aquí esos argumentos para concluir diciendo que la estafa se consuma por la sola entrega de los fondos al agente i que el uso que él haga ulteriormente de ellos no modificada la infracción sinó sus resultados.

Enunciada así á grandes rasgos la doctrina que seguimos sobre

la entrega de los valores, la que segun lo hemos hecho notar es una condicion esencial en la estafa, vamos á tratar de complementarla sirviendonos para ello de numerosas resoluciones de los tribunales que han recibido la sacion de la jurisprudencia, al propio tiempo que citaremos la autoridad siempre respetable de los comentadores i tratadistas en materia penal.

He aqui las conclusiones principales de la estensa doctrina que sobre este punto han establecido, tanto las sentencias de nuestros tribunales, como de las Naciones mas civilizadas. Pasamos á esponerla con la mayor claridad, posible apesar de la brevedad requerida en trabajos de la indole del nuestro.

Asi se ha decidido, que para la existencia de la estafa no basta el empleo de maniobras ú otros medios fraudulentos propios para consumar el delito, sino que es necesario ademas que haya habido remesa ó entrega de valores.

Es esencial que esa entrega sea voluntaria i determinada por las maniobras fraudulentas. Si ella tiene por orijen otra causa, el delito se desnaturaliza: i habria hurto, robo, etc, pero no estafa. Por esto los prácticos exhortan á los jueces tengan siempre presente en el caso *sub judice*, si la entrega de los valores ha sido el resultado natural de las maniobras empleadas por el ajente.

Para que exista estafa ó tentativa no es menester que la entrega de los valores se haya efectuado en las propias manos del autor del delito ó de la tentativa, ó en la de sus cómplice; basta simplemente que esos valores sean depositados á su órden, ó en manos de un tercero que no es cómplice, ni fautor del ajente.

El hecho de retener con intencion de apropiarse los valores cuya entrega no ha sido obtenida por ninguno de los medios ó maniobras fraudulentas que realizan la estafa no constituyen este delito. Es pues, indispensable el uso de esos medios para que la infraccion exista.

De los términos del artículo 334 (a) de nuestro Código se infiere que debe existir una estrecha concesion, una intima relacion de causa á efecto, entre la usurpacion del *nombre supuesto* ó la *calidad imaginaria*, ó las maniobras fraudulentas i la *entrega de los valores*; i que es absolutamente necesario como, lo hemos hecho notar ya, que esa entrega la haya determinado el uso de las maniobras culpables del ajente.

Ha sido igualmente decidido como necesario á la realizacion del delito, que las maniobras fraudulentas sean empleados en pre-

(1) Cód. Pen., cap. IV, de la Estafa i otras defraudaciones.

sencia del propietario, poseedor ó tenedor de los valores sustraídos; i que ellas lo hayan determinado á entregarlos. De suerte que si acontece que no existe un propietario de la suma sustraída, ni un valor real pasado á manos del ajente,—la infraccion no se realiza.

Habria sin duda un propósito inmoral, una intencion culpable, pero aún asi escaparia al dominio del derecho penal, no seria inculminada ó penada.

No es necesario tampoco que la persona en cuyo perjuicio se ha cometido la estafa sea la misma de quien se ha obtenido la entrega de los fondos por medios fraudulentos. En efecto, se ha resuelto, que existe la estafa aunque la persona de quien se ha sustraído una parte de su fortuna, no sea aquella cuya credulidad se ha engañado; como un secretario, un sirviente, etc.

Diversas cuestiones de detalle se han suscitado con ocasion de saber cuáles son los objetos que pueden entregarse al ajente en el delito de estafa.

Sin entrar al fondo de esta cuestion, nos limitaremos á exponer la doctrina mas comunmente aceptada, que ha establecido como regla invariable, — que la estafa no puede recaer directamente sinó sobre los bienes muebles i obligaciones escritas, pero indirectamente puede recaer tambien sobre los inmuebles, i así lo enseñan los comentadores del Código Francés (a) i Morin (b) cuando dicen que las maniobras fraudulentas tendentes á obtener la entrega *del precio de un inmueble* podrian igualmente constituir el delito de estafa

Así por ejemplo débense calificar de estafas, las maniobras fraudulentas que tengan por objeto abusar de una persona por la falsa esperanza de un derecho ilusorio i por resultado la entrega de una acta de venta que encierre una estipulacion de precio, el cual debia ser repartido entre el ajente, sus cómplices ó fautores.

(a) Chaveau i Helie,—lug. cit.

(b) Morin,—Rép. jud.

CAPITULO VI

SUMARIO — *Tentativa de estafa—La tentativa es punible?—Lejislacion francesa de 1791 i Código Penal de 1810—Reforma de 1863—Opiniones de Rossi, Favre, Picard, Nogent Saint-Laurens—Lejislación actual—El Código Español i el Belga—Código Argentino—Conclusiones.*

La cuestion de saber si es punible la tentativa de éste delito ha dividido á los autores desde lo antiguo i más de una vez las decisiones de los tribunales i la jurisprudencia misma han sentado una doctrina incierta i contradictoria.

La cuestion surge segun el punto de mira en que se colocan los autores, respecto al momento preciso, en que se consuma la estafa.—Hemos expuesto anteriormente las teorías principales emitidas en esta controversia i hemos dicho igualmente cual nos parecia mas racional i conforme á la naturaleza del delito.

De suerte que de acuerdo con esas doctrinas la discusión se reduce á los siguientes puntos capitales—¿En qué momento se consuma la estafa? ó cuando no hay mas que una simple tentativa, pero una tentativa punible? Es necesario para la realizacion de la infracción que exista no solamente entrega de valores al agente, sino tambien disipación ú ocultación de esos valores? O bien basta para dar carácter punible á la tentativa que se hayan empleado maniobras fraudulentas?—ó es necesario además que al empleo de esas maniobras haya seguido una entrega de valores.

Los cuestionarios precedentes sintetizan las opiniones de dos escuelas contrarias; al rededor de ellos se han hecho los largos debates que hemos enunciado brevemente.

Ahora bien, si se resuelve que la entrega de los valores es un elemento indispensable, á la tentativa de estafa,—lógicamente se deduce que para la realizacion del delito es necesario algo mas, es decir la disipación de los valores, como la proclaman Chauveau i Helie.

Por otra parte, si se establece como una verdad inconcusa que la disipación es un elemento necesario del delito consumado,— será difícil encontrar tentativa punible en el solo hecho de haber empleado maniobras fraudulentas, pues en tal caso la entrega, de los valores,—hecho tan importante i decisivo como lo hemos visto,— quedaría anulado, sin influencia ninguna en la calificación ya sea de la tentativa ó de la estafa; no añadiría nada á la una, sería incapaz de calificar la otra.

Y esto es evidentemente ilógico, contrario á la naturaleza misma del delito.

Estas son las cuestiones que se han ventilado en el terreno de la discusión.—Veamos como ellas han sido resueltas por la legislación, la doctrina de los tratadistas, el fallo de los jueces i por la jurisprudencia.

La legislación francesa de 1791 que castigó la estafa no se ocupó empero de su tentativa.

Leyes posteriores crearon una penalidad para la tentativa de ciertos delitos análogos á ella, como los robos simples, los hurtos, las raterías, etc., i sin embargo en ellas aun no se dice nada sobre la tentativa en los casos de estafa.

El presidente Barris, segun el testimonio de Merlin (a) explicando los motivos de ésta demision se espresa así: “Se concibe facilmente los motivos que ha tenido la ley al no estender á la estafa la aplicación que ella hace á los robos, hurtos i raterías; estos delitos se reducen siempre, como los homicidios i los otros crímenes previstos por el Código Penal á hechos materiales i simples, fáciles de comprender i en los cuales por consecuencia la tentativa se manifiesta tambien de una manera muy simple, muy fácil de determinar, en la moralidad como en el acto.—La estafa al contrario, es un delito cuyo carácter entra hasta cierto punto en lo vago, i se compone de hechos á menudo indeterminados i cuya moralidad no se aprecia jamás sin dificultad.—Es un delito de astucia, de engaño; es súbtil; escapa á la mirada i frecuentemente no es sinó por su consumacion que él puede ser determinado.—El legislador ha hecho muy bien, pues, en no infligir penas sinó á la consumación”.

Esta fué la doctrina predominante i la tentativa no se castigó durante un largo tiempo.—Es recién en el Código de 1810 donde trató de incriminársela; pero los términos del artículo en que el legislador francés quiso fijarle una pena, levantaron sérios in-

(a) Merlin,—Rép. jud.

convenientes i dificultades; hasta que la reforma introducida por la ley de mayo 13 de 1863 removi6 todos esos obst6culos, i modific6 las resoluciones inciertas que habia recibido la jurisprudencia.

La doctrina anterior 6 la reforma de 1853 habia fijado como jurisprudencia basada en algunas decisiones de los tribunales,— que para existir tentativa punible no era necesario que las maniobras hubiesen dado por resultado la entrega de los valores; bastaba que el autor de ellas hubiese hecho de su parte para arribar al resultado de la entrega todo cuanto estaba en su poder hacer i que no hubiese sido impedido sin6 por circunstancias independientes i ajenas 6 su voluntad.

Sin embargo algunos fallos judiciales decian que no era suficiente el empleo de las maniobras fraudulentas para constituir la tentativa, sin6 que la entrega de los valores era una condicion esencial de la tentativa.

En medio de esta incertidumbre de doctrina aparece la reforma de 1863 pretendiendo limitar de una manera rigorista las interpretaciones anteriores que habian prevalecido casi uniformemente por mas de medio siglo. Pero esa limitacion fu6 combatida vigorosamente en el seno del Parlamento por jurisconsultos de nota como Nogent Saint-Laurens, Ernesto Picard i Jules Favre.

La ley fu6 enmendada en consecuencia, sancion6ndose definitivamente que la estafa se consuma desde el momento en que el agente valiendose de medios fraudulentos ha conseguido la entrega de los valores con intenci6n de apropi6rselos en detrimento de otro, sin que sea necesario ningun acto posterior de disipaci6n de esos valores.

Segun esta decisi6n, el empleo de maniobras 6 otros medios fraudulentos no seguidos de la entrega de los valores, constituyen la *tentativa de estafa*; pero esta tentativa queda necesariamente sin castigo por la casi imposibilidad existente para establecer con verdadera precisi6n el car6cter criminoso del acto.

Y como lo hace notar oportunamente Elias (a) para castigar una tentativa distinta del delito mismo, seria necesario perseguir las simples maniobras antes que hayan producido resultado alguno i cuando talvez nunca lo producir6n. Las ventajas de reprimir semejantes hechos no compensan sus peligros: las maniobras fraudulentas que fracasan no causan perjuicio ni perturban la

(a) Elias,—Jug. cit.

tranquilidad pública; solo queda una leccion para el porvenir que enseña á obrar con prudencia.

La pena no es, pues, necesaria ni útil. La dificultad de evitar arbitrariedades seria invencible—¿Qué grado de adelanto exigir en la maniobras fraudulentas cuya ejecucion consiste jeneralmente de actos numerosos i de los cuales los primeros son inocentes? Como juzgarse que con ellos se llegaria al fin propuesto? Seria renunciar á todas las garantias que ofrece la determinacion de los elementos de una infraccion, abriendo á la arbitrariedad una via sin obstáculo. (a)

Ya el eminente criminalista Rossi habia dicho que las tentativas de estafa no debian tener ninguna incriminacion. Es ya muy dificil, decia en un gran número de casos, distinguir la estafa de esta habilidad, de esta astucia que por mas censurable que sea, no dá lugar sin embargo á una persecucion criminal! Llamar á los hombres para decidir sobre las simples tentativas, seria hacer de la justicia humana un juego, un circó de metafísica. (b)

La mayor parta de los lejisladores modernos han tenido presente las palabras del maestro, i se ha establecido en varios Códigos que la tentativa de estafa no es punible.

El de España no castiga la usurpacion sino cuando se traduce en hechos; es decir cuando la infraccion misma se ha realizado. El de la Béljica, uno de los mas adelantados de la Europa, la ha proscripto especialmente de sus dispociones como asunto indigno de ocupar la atención de los majistrados. Y el nuestro inspirándose en tan sabias lejislaciones tampoco lo castiga; i por el contrario cuando la defraudacion no se consuma, la ley presume que el ajente cambió de resolucíon i que lo hizo deliberada i voluntariamente. (c)

(a) Nypels,—lug. cit.

(b) Rossi—Trait. de Dr. pen. t. II.

(c) Cod. Pen. tit. II, de la tentativa, art. 17.

CONCLUSIONES

En el curso de esta monografía hemos tratado de bosquejar con la mayor amplitud posible, la naturaleza i caracteres constitutivos de este delito tan múltiple i variado en las formas que reviste,—i hemos indicado tambien, aunque someramente, las conclusiones principales á que ha arribado la doctrina i la jurisprudencia.

Vamos ahora á mencionar por via de epilogo algunas ideas mas, que servirán para completar el cuadro trazado sobre la estafa.

La infracción que estudiamos, como todos los delitos contra la propiedad enjendra una doble accion: pública la una, establecida como es sabido en el interés social; civil ó privada la otra, establecida en favor de la persona dañada en su patrimonio.

Estas dos acciones son independientes; por consiguiente la estafa puede ser perseguida por el representante del Ministerio Público sin el concurso de la parte damnificada; i aun de oficio en el caso en que esta hubiese renunciado ó no pudiese por cualquier circunstancia hacer uso de su derecho.

• La estafa puede ser realizada por una ó mas personas; i es frecuente que el delito se lleva á cabo con ayuda de cómplices

Las disposiciones jenerales establecidas por el Código Penal sobre la complicidad son aplicables á esta infraccion. Asi el individuo que ha coadyuvado de alguna manera en la realizacion de una estafa, es pasible de las penas pronunciadas contra el autor principal. Pero es necesario que esa participacion haya tenido lugar con conocimiento de causa; de suerte que no puede inculparse la accion del presunto cómplice en tanto no se pruebe que ha tomado parte á sabiendas en las maniobras fraudulentas que han realizado la estafa.

Por último la muerte del autor principal no exime de la complicidad en que ha incurrido el cómplice i la pena le será siempre aplicable.

Estas son las condiciones i caracteres jenerales de la estafa.

En cuanto á su prueba en juicio, su juzgamiento i las penas i reparaciones á que la ley condena á los culpables, ellas han sido establecidas en toda claridad en las leyes de Procedimientos i Códigos vijentes.—De manera que no se justificará la utilidad de su reproduccion en el presente trabajo.

Hemos llegado al término de la tarea impuesta—No sabemos si ella ha respondido á nuestros anhelos i si satisfará vuestros deseos.

Pero la prescripcion reglamentaria se ha cumplido;— i de hoi en adelante estas pobres pájinas, escritas bajo el imperio de un deber inexorable, se lanzan al mundo sin pretension alguna, en forma de libro, llevando un nombre desconocido en la portada.

Somos autores, pues;—aun que autores por fuerza.

Acometimos una árdua empresa, superior á nuestras fuerzas,— escribiendo sobre una materia de tan vastos horizontes, en la cual no se ha formulado aun una doctrina precisa é uniforme,—sosteniendose en la actualidad por el contrario, teorías equívocas vagas é incompletas.

Empero estas dificultades si bien nos desalentaron en mas de una ocasion, no han logrado impedir que dieramos cima á la mision impuesta—*Et tentasse juvabit.*

1885, agosto 15, Buenos Aires.

PROPOSICIONES ACCESORIAS

DERECHO PENAL

I. La estafa se consuma por la sola entrega de los fondos ó valores; no es necesario ningun acto ulterior de disipacion.

DERECHO CIVIL

II. Los hijos incestuosos, adulteriosos i sacrílegos, deben tener una lejitima en la sucesion de sus padres.

DERECHO ADMINISTRATIVO

III. En la República Arjentina la inmigracion debe ser oficial, i la colonizacion libre.

Buenos Aires, agosto 26 de 1885.

Puede imprimirse

GOYENA

JOSÉ GARCIA FERNANDEZ

Secretario Jeneral.

