

# DISCURSO Y PRAXIS DE LA DOGMÁTICA PENAL

## UN EJEMPLO A PARTIR DE LA DOGMÁTICA DE LA ESTAFA\*

DISCOURSE AND PRACTICE OF CRIMINAL LAW THEORY

AN EXAMPLE FROM THE THEORY OF FRAUD

*Alejandra Verde\*\**

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es mostrar que los juristas argentinos que sentaron las bases para la interpretación del tipo penal de estafa, entre los cuales se destacan principalmente Ricardo Núñez y Sebastián Soler, se valieron de métodos dogmáticos diferentes al del formalismo jurídico o positivismo -al que explícitamente ellos adscribían-, más afines, en rigor, al método del finalismo e incluso de lo que luego se conocería como funcionalismo. La tesis que aquí se sostendrá es que los autores de aquel entonces no podrían haber establecido los elementos del tipo penal de la estafa en el derecho penal argentino utilizando exclusivamente la metodología dogmática por ellos propugnada. Para probar dicha tesis se describirá -en forma sintética- qué es lo que surge estrictamente de dicho enunciado normativo y qué es lo que han interpretado doctrina y jurisprudencia con relación al delito de estafa en Argentina, y se comparará este tipo penal con aquellos que prohíben esa misma conducta en España y Alemania.

**Palabras-clave:** Estafa - Interpretación - Principio de Legalidad - Dogmática Penal - Positivismo Jurídico - Finalismo - Funcionalismo.

**Abstract:** In Argentina, criminal lawyers often analyze offences from a positivistic or formalistic point of view. However, as this paper shows, Argentinean criminal lawyers, like Ricardo Núñez and Sebastián Soler, could not have established the elements of certain offences -particularly, the offence of fraud- using the dogmatic methodology (criminal law theory) advocated by them exclusively, that is: finalism and functionalism. In order to exemplify this thesis, it will be briefly analyzed what strictly rises from the Argentinean Criminal Law (i.e., legal formulations

---

\* Trabajo recibido para su publicación 2 de marzo de 2015 y aprobado para su publicación el 2 de junio del mismo año.

\*\* Becaria doctoral CONICET, Universidad Nacional de Córdoba.

that characterize the crime of fraud in Argentina) and what doctrine and jurisprudence have interpreted as regards this offence in Argentina. Finally, a comparison between Argentinean law and both Spanish and German criminal law will be offered.

**Keywords:** Fraud - Interpretation - Principle of Legality - Criminal Law Theory - Legal Positivism - Finalism - Functionalism.

**Sumario:** I. Introducción.- II. Análisis del texto del artículo 172 del CP argentino.- III. Análisis del tipo estafa en España y Alemania.- IV. Conclusiones sobre el análisis comparativo de la redacción de los tipos penales de estafa en Argentina, España y Alemania.- V. El contenido de la dogmática penal según el positivismo jurídico, el finalismo y el funcionalismo.- VI. Dogmática de la estafa y positivismo jurídico.- VII. Conclusiones.- VIII. Bibliografía.

## I. Introducción

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

En Alemania el mismo delito de estafa (*Betrug*) se encuentra tipificado en el parágrafo 263 del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*: en adelante, StGB) de la siguiente manera: “quien, con ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, lesiona el patrimonio de otro, provocando o manteniendo un error mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultación de hechos verdaderos, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o pena de multa” (1).

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

La claridad de las normas penales es un requisito exigido por el principio de legalidad del derecho penal material, en particular por su corolario *lex certa*, conocido también como mandato de determinación. Para que un ciudadano pueda comportarse conforme a la norma debe poder entender lo que ella prescribe. Concretamente, esa exigencia de claridad que recae sobre el legislador al momento de dictar las leyes penales tiene como objetivo que los ciudadanos puedan comportarse conforme a lo prescripto por ellas. En este trabajo se analizará detenidamente si el texto legal que regula el comportamiento de la estafa se basta a sí mismo, es decir, si el ciudadano al leerlo puede comprender qué conducta está prohibida o si, en cambio, para esa comprensión son necesarios otros conocimientos que no surgen explícitamente del texto legal.

---

(1) Traducción del artículo 263 del StGB efectuada por PASTOR MUÑOZ. Así, PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 27.

De una simple lectura de los artículos anteriormente citados se puede percibir una manifiesta diferencia entre la redacción de cada uno de ellos. Tal como se analizará más abajo, la norma argentina es mucho menos clara que las europeas, en el sentido de que el legislador argentino no estableció por medio de la norma que prescribe la estafa los requisitos necesarios para que se consuma el tipo penal en cuestión (2). En consecuencia, el ciudadano no podría, *prima facie*, dirigir su comportamiento conforme a derecho únicamente con base en ese texto legal. A partir de ello es que nos surge el siguiente interrogante, que a lo largo de este trabajo se responderá: ¿puede afirmarse entonces que el artículo 172 del CP afecta el principio de legalidad, y específicamente al mandato de determinación que deriva de él? Aquí se intentará demostrar que la respuesta a esta pregunta depende de qué clase de dogmática penal sea la que se aplique.

El artículo 172 del CP argentino ha sido analizado exhaustivamente por la doctrina (3) y la jurisprudencia (4). Ambas han aportado mucho a su interpretación. Tanto es así que, gracias a su contribución, la claridad del enunciado normativo que aquí se analiza, en el sentido que lo exige el mandato de determinación, no ha sido objeto de cuestionamientos. Es decir, la jurisprudencia y la doctrina han ejercido un rol colaborador central en relación con la descripción objetiva de la conducta que dicha norma prohíbe o, lo que es lo mismo, con la especificación de la materia de sus prohibiciones (5). Y ello fue -y sigue siendo- necesario porque, como se analizará en el apartado siguiente, no se trata de una norma clara (6), sino más bien todo lo contrario. La letra de esta norma no le brinda al ciudadano los elementos necesarios -y mucho menos suficientes- para que pueda conocer qué conducta es la que está prohibida y, por lo tanto, debe omitir realizar. Dicho de otra manera, el ciudadano no puede, en función de la letra del artículo 172 del CP, dirigir sus acciones correctamente. Lo mismo ocurre en

---

(2) Donna sostiene al respecto que “el legislador optó por no definir a la estafa y, en cambio, utilizar un sistema ejemplificativo-casuístico, señalando las diferentes formas que resultan punibles” (DONNA, Alberto E., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2° edic., 2° reimpr., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, t. II-B, pp. 333 y s.). Sin embargo, Donna en la nota a pie n° 46 del extracto anteriormente citado sostiene que esto mismo es lo que ocurre en el derecho penal español y el alemán. A mi juicio esa comparación no es correcta, puesto que, tanto en España como en Alemania -tal como se demostrará en este trabajo- se entiende con claridad a partir de la letra de las normas respectivas cuáles son las acciones típicas, sin necesidad de recurrir a la interpretación dogmática o judicial. Sobre la interpretación de las normas véase *supra* nota 8.

(3) Ver por todos: SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino. Parte especial*, 4ª edic., TEA, Buenos Aires, 1987, t. IV, pp. 344 y ss.; NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2° edic. actualizada por Víctor F. REINALDI, Lerner, Córdoba, 1999, pp. 223 y ss.; Donna, op. cit., entre otros.

(4) Véase, por todos, Tribunal Superior de la provincia de Córdoba (en adelante, TSJ), causa “Fernández”, Sala Penal, S. n° 54 del 24/06/2002; TSJ Córdoba, causa “Caviglio”, Sala Penal, S. n° 146 de 22/12/2005; Cámara de Acusación Córdoba, causa F/61/1994, auto n° 241 del 26/12/1994; Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (en adelante, CSJN), fallos 145:307; 304: 856, LL, 1983-A-463.

(5) WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. José CEREZO MIR, Ariel, Barcelona, 1964, p. 44.

(6) Sobre este tema véase MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, 2010, pp. 31 y ss.; CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4° edic., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 55 y ss., entre otros.

la esfera del juez: éste tampoco puede a través de la sola letra de la norma en cuestión saber qué es lo que está prohibido y, así, saber qué es lo que tiene que castigar (7). Sin embargo, este defecto ha sido “subsano” por la jurisprudencia y la doctrina (8), que han sentando las bases para la interpretación del tipo penal referido (9). A lo largo del presente trabajo se describirá -en forma sintética- qué es lo que surge estrictamente de la letra de la ley y qué es lo que han interpretado doctrina y jurisprudencia con relación al delito de estafa en Argentina y en los países europeos ya aludidos.

Esto se realizará de la siguiente manera: en primer lugar se efectuará un análisis de lo que ocurre en Argentina y, con posterioridad, se desarrollará el mismo estudio sobre las normas penales que regulan el delito de estafa en España y en Alemania (10). Y después de ello se realizará una comparación de esas tres normas. Así pues, se podrá advertir que, si bien en los tres países se tipifica lo que aquí se entiende por estafa, cada uno de ellos lo hace con una redacción diferente, lo que conlleva a que normas como la Argentina, que no son tan claras, requieran de una ardua labor de interpretación dogmática por parte de la doctrina y de la jurisprudencia para delimitar su contenido. En este lugar quedará claro, asimismo, cuál es la clase de dogmática que de hecho se ha aplicado -independientemente de la filiación teórica declarada- para arribar a esos resultados. Finalmente, se efectuará una recomendación para mejorar la redacción del tipo de estafa en Argentina, con el objeto de tornarlo más respetuoso del principio de legalidad.

## II. Análisis del texto del artículo 172 del CP argentino

Para comenzar se efectuará un análisis de *la letra* del artículo 172 del CP argentino, así como del bien jurídico que aquel protege. Sin embargo, se aclara desde ya que en

---

(7) Véase WELZEL, *El Nuevo sistema...* (cit.), p. 44.

(8) Estos casos, en los cuales las normas no son claras y el ciudadano no puede dirigir sus acciones conforme a su contenido y el juez tampoco puede fácilmente subsumir un caso sin interpretar el enunciado normativo, se presenta el gran problema, hartado tratado por la filosofía del Derecho, de si al interpretar un enunciado normativo los jueces están creando Derecho o no. Bulygin sostiene que la tarea del juez no es puramente mecánica y que éste se ve muchas veces forzado a valorar y tomar decisiones. Afirma el autor que “estas decisiones versan sobre el significado y la extensión de los términos” (BULYGIN, Eugenio. *Sentencia judicial y creación de Derecho*, en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 359). Sin embargo, muchas veces el juez en su interpretación dice cosas que no se desprenden de la letra del enunciado normativo, es decir, valora y decide. El tema central que analiza Bulygin en ese artículo versa sobre si los jueces crean derecho y en su caso qué valor tienen esas nuevas normas. Véase BULYGIN, op. cit., pp. 355-369. La misma cuestión se plantea con relación a la dogmática, es decir, si cuando los dogmáticos interpretan una norma, crean una norma dogmática y qué valor tiene esta clase de normas. Sobre esto último véase MANRIQUE, María Laura, NAVARRO, Pablo; PERALTA, José. *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

(9) Sobre esto Donna afirma que “la doctrina ha intentado precisar un poco más el concepto ocupándose de buscar una definición para el delito” (DONNA, op. cit., p. 334).

(10) Se eligen estos países porque su sistema (el continental europeo) es el seguido por el argentino. Una comparación entre el tipo penal de la estafa en España y Alemania es realizado en la obra ya citada de PASTOR MUÑOZ.

este trabajo no se efectuará un estudio profundizado del delito de estafa. Aquí se dará por supuesto el conocimiento de sus elementos centrales y el análisis se restringirá al problema planteado. En general, respecto al bien jurídico protegido por el delito de estafa han surgido como mínimo tres tesis diferentes: la mayoritaria, que afirma que el bien jurídico protegido es el patrimonio y las minoritarias, por su parte, que son dos. Una de ellas sostiene que el bien jurídico protegido es la libertad y la otra, que es de carácter mixto, reúne a las dos anteriores.

En Argentina, se podría afirmar que existe consenso en sostener que el bien jurídico protegido por el delito de estafa es el patrimonio (o la “propiedad” entendida como sinónimo de) (11). Y se sostiene que ello es así porque el artículo citado se ubica en el capítulo del Código Penal dedicado a los delitos contra la propiedad. Tal afirmación es, sin dudas, acertada, pues su fundamento es la letra expresa de la ley. Por lo tanto, se podrán tener fundamentos para sostener que se trata de un delito que afecta dos bienes jurídicos y no uno solo, pero lo cierto es que, en nuestro sistema penal, uno de ellos por lo menos ha de ser necesariamente el patrimonio, o más específicamente: es cierto que de la letra del artículo 172 no surge esta circunstancia de manera expresa, pero hasta la dogmática más estrictamente positivista ha de admitir que, de la palabra “propiedad”, presente en la ley (en la rúbrica que titula el capítulo correspondiente), puede inferirse que con el delito de estafa pretende protegerse el patrimonio de las personas.

En segundo lugar, debe analizarse qué se entiende por el verbo o la acción “defraudar”. En tal sentido, Creus/Boumpadre han sostenido que “por defraudación se designa toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca o se aprovecha de éstas” (12). Y Nuñez afirmó, por su parte, que “la defraudación, como ofensa a la propiedad ajena, propia de la estafa, es una disposición patrimonial *pecuniariamente perjudicial* para el que la hace o para un tercero” (13).

Así, la doctrina coincide en que la acción típica del delito de estafa es una defraudación por fraude, y sostiene que entre estafa y defraudación existe una relación de especie a género, es decir, que la estafa es una especie -una forma- de defraudación (14).

---

(11) Para Donna “no hay duda de que la estafa, como tal, debe estar entre los delitos contra la propiedad, ya que no se castiga el engaño..., sino el daño patrimonial que ocasiona, aunque el medio utilizado pueda causar daño a otro bien jurídico” (DONNA, op. cit., p. 324). Véase también en la doctrina española, por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª edic., Tirant lo Blanch, 1999, Valencia, p. 404 y ss. Lo mismo se sostiene en la doctrina alemana en relación con la postura dominante del bien jurídico del delito de estafa, ver, por todos, NK-StGB-KINDHÄUSER, 3ª edic., 2010, § 263, nm. 12 y ss., p. 1680 y ss.

(12) CREUS, Carlos; BOUMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal. Parte especial*, 7ª edic., Astrea, Bs. As., 2007, t. I, p. 509.

(13) NÚÑEZ, op. cit., p. 223. La cursiva le pertenece al autor.

(14) Al respecto, ver CREUS; BOUMPADRE, op. cit., p. 611. En idéntico sentido NÚÑEZ, op. cit., p. 224, entre otros.

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado que la defraudación prescripta por el artículo 172 CP argentino tiene que generar un perjuicio patrimonial; es decir: se sostiene que la estafa es un delito de resultado, y que el resultado consiste en ese perjuicio o disposición patrimonial (15). Ello, sin embargo, no surge de la letra del artículo 172, sino de un análisis integral y sistemático de dicha norma en conjunción con la rúbrica que la ubica entre los delitos contra la propiedad. En otras palabras, si bien es cierto que en el texto legal, para la configuración del delito de estafa, no se exige la existencia de un perjuicio patrimonial sufrido por aquel a quien se engaña, si se entiende que el tipo penal prescripto por el artículo 172 del CP es un delito que afecta al patrimonio, debe exigirse consecuentemente ese resultado patrimonial lesivo. Lo que aquí se quiere destacar es que esa exigencia no forma parte de lo establecido *expresamente* en el artículo que prescribe el delito en cuestión, sino que surge de una interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia.

Algo similar ocurre, y de modo todavía más notorio, cuando se pretende determinar el significado y el alcance de la expresión “disposición patrimonial” utilizada por los autores argentinos que explican el delito de estafa, puesto que, en primer lugar, ese requisito no surge del enunciado normativo que prescribe a dicho tipo penal y, en segundo lugar, aún menos surge de dicho enunciado qué se entiende por patrimonio y cuándo se considera que se produjo una disminución de aquel. No obstante ello, no es objetivo de este trabajo responder a estos interrogantes, que ya han sido estudiados en sinnúmero de oportunidades y que exceden el estudio del problema puntual que aquí se analiza (16). Lo que aquí interesa es destacar la particularidad de algo que en Argentina se acepta con total naturalidad, a saber: que el delito de estafa exige, para su consumación, la existencia de un perjuicio patrimonial, pese a que ello no está escrito en la ley. Tal conclusión está basada, en verdad, únicamente en la labor dogmática llevada a cabo por la doctrina y la jurisprudencia (17).

En tercer lugar, resta analizar el *modo* en que la ley dispone que debe realizarse la defraudación para que se configure el delito de estafa, es decir: a través de un ardid o de un engaño. El artículo que analizamos incluye un listado -no taxativo- de acciones mediante las cuales puede realizarse el tipo penal. En efecto, el legislador argentino ha brindado al solo efecto ejemplificativo algunas formas de engaño o ardid, pero admite cualquier otra. Así, establece que se puede defraudar a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación. El carácter meramente ejemplificativo que posee esta enunciación de las posibles acciones típicas se infiere del hecho de que el enunciado normativo culmina con la frase “(...) o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño (...)” (18). Por lo tanto, la lista de ejemplos incorporada en dicha

---

(15) NÚÑEZ, op. cit., p. 223.

(16) Sobre el concepto jurídico, económico, mixto (etc.) de “patrimonio”; ver por todos DONNA, op. cit., pp. 328 y ss.; y NK-StGB-KINDHÄUSER, op. cit., §263, nm. 16 y ss., p. 1681 y ss.

(17) Véase, entre otros, NÚÑEZ, op. cit., pp. 222 y ss.; CREUS; BOUMPADRE, op. cit., p. 508 y ss.

(18) Ver al respecto CREUS; BOUMPADRE, op. cit., p. 516; NÚÑEZ, op. cit., p. 225, etc.

norma penal podría ser suprimida sin que ello genere ningún efecto normativo, puesto que con la última parte del artículo es suficiente para comprender que cualquier clase de engaño o ardid basta para configurar el delito. Sin embargo, nada se aclara en el enunciado normativo sobre el carácter o la idoneidad que este ardid o engaño requerido debe reunir para que se configure dicha acción típica. Por lo tanto, una vez más es preciso recurrir a la labor de doctrinarios y jueces para precisar esta cuestión. Tampoco es materia del presente trabajo definir qué se entiende por engaño o ardid, ni cuándo éstos son idóneos (19). Simplemente se pretende hacer visible que ello *no surge de la letra de la ley*.

Finalmente, tampoco surge del artículo 172 del CP el requisito, exigido en forma unánime por doctrina y jurisprudencia, de que ese ardid o engaño tiene que ocasionar un error en la víctima, y que ese error debe causar la disposición patrimonial que, en consecuencia, disminuirá su patrimonio, o, dicho de otro modo, que entre la disposición patrimonial y el error debe existir una relación causal (20).

A modo de síntesis para finalizar con este apartado, en función de lo anteriormente analizado puede afirmarse que:

- a) El término “defraudar” no es preciso. En particular, *per se* no connota que debe producir una disposición patrimonial perjudicial. Y menos aún se desprende de la simple lectura de la norma qué es lo que debe entenderse por disposición patrimonial perjudicial.
- b) La ejemplificación de las clases de ardid que en la norma se enumeran de modo ejemplificativo es innecesaria, y nada aporta para comprender con precisión el concepto de ardid, o el de engaño.
- c) Nada dice la norma analizada con respecto a la idoneidad que debe ostentar el ardid o engaño requerido por el tipo penal al autor del hecho ilícito para inducir en error a la víctima.
- d) Tampoco surge del artículo 172 del CP argentino que deba existir una relación causal entre el ardid o engaño, el error de la víctima y la disposición patrimonial efectuada por ésta.

### III. Análisis del tipo estafa en España y Alemania

Del mismo modo en que *supra* se analizó la letra del artículo 172 del CP argentino, se examinarán, ahora, las normas que tipifican el delito de estafa en España y en Alemania, las cuales ya fueron transcriptas en la introducción. Como se mencionara antes, no será objeto de este trabajo el estudio de cada uno de los elementos de los tipos penales referidos. Por el contrario, el análisis que a continuación se llevará a cabo con relación a las normas que prohíben la estafa en Alemania y España se circunscribe única y exclusivamente al objeto de lo que aquí se quiere mostrar, esto es: que la norma

---

(19) Ver, entre muchos otros, DONNA, op. cit., pp. 335 y ss.; PAWLIK, Michael. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Köln, 1999, p. 93 y ss.

(20) Sobre esto véase CREUS; BOUMPADRE, op. cit., p. 515.

argentina que prohíbe la estafa no es clara, o no es suficientemente determinada, en el sentido ya indicado de que los elementos que configuran la acción típica no surgen *explícitamente* del texto legal.

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

En segundo lugar, en ambas normas se hace expresa referencia a que la acción típica se consuma con la realización por parte de la víctima de una disposición patrimonial perjudicial para el patrimonio (21). Así, el artículo 248.1 del CP español, una vez más, de la manera más explícita posible establece que la víctima debe "realizar un *acto de disposición* en perjuicio propio o ajeno". En Alemania, sin tanta precisión como en la norma española, pero no obstante con claridad, en el artículo 263 del StGB se prevé la cuestión de la siguiente manera: "quien, con ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, *lesiona el patrimonio de otro* (22)".

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

Además del acto de disposición referido, otro elemento importante del delito de estafa y necesario para su configuración como tal, que en los códigos penales de los países mencionados también surge de la letra de la ley, es que la disposición patrimonial tiene que ser perjudicial para el patrimonio de la víctima o de cualquier otra persona (que no sea el mismo autor del ilícito). Esto es así por cuanto en la ley alemana está incluida la frase "(...) *lesiona el patrimonio de otro* (...) " (con relación a la disposición patrimonial realizada por la víctima). Pues bien, lesionar será siempre perjudicar, y "otro" será siempre cualquier persona que no sea el autor del delito. Y en España, por su parte, tampoco es necesaria mayor labor interpretativa, puesto que, como se dijo, la redacción del tipo penal que se analiza es muy clara (23). La afirmación anterior se fundamenta en que el legislador español, a diferencia de lo que ocurre en Argentina,

---

(21) Sobre esto ver PASTOR MUÑOZ, op. cit., p. 79 y ss.

(22) La cursiva me pertenece.

(23) Acerca de si en derecho es inevitable o no la tarea interpretativa ver NAVARRO, Pablo E.; BOUZAT, Andrés; ESANDI, Luis M. *Juez y ley penal*, Alveroni, Córdoba, 2001, p. 48 y s.

prescribe en el texto legal que el acto de disposición tiene que ser realizado “en perjuicio propio o ajeno”, y al utilizar la palabra “propio” hace referencia a la persona que será inducida en error por el autor del delito de estafa para que efectúe el acto de disposición patrimonial. En otras palabras, los requisitos que configuran la acción típica se encuentran establecidos explícitamente en el texto legal español que prohíbe la estafa.

En ambos casos, la doctrina y la jurisprudencia tendrán, por cierto, que interpretar qué se entiende por perjuicio del patrimonio (por ejemplo: si la pérdida de obtener ganancias puede ser considerada como tal o no), y qué se entiende por patrimonio (si el patrimonio penal coincide con el civil o no, etc.) (24). Es decir: en estos países el análisis o la interpretación pasa por determinar el alcance de términos incluidos explícitamente en la norma. En la legislación argentina, en cambio, la norma ni siquiera menciona tales términos, por lo que allí la labor dogmática resulta, *prima facie*, bastante más “creativa” que la necesaria en los países europeos mencionados, dado que el juez y el dogmático en Argentina tendrán, en primer lugar, que incorporar al análisis una serie de elementos ciertamente característicos de la estafa según el derecho comparado pero que exceden lo establecido explícitamente por el legislador; y, en segundo lugar, tendrán que determinar qué debe entenderse por cada uno de ellos.

Por último, cabe señalar que también el modo en que debe obtenerse ese acto de disposición surge expresamente de la redacción de los dos artículos aquí analizados, a saber: el engaño que, con ánimo de lucro, debe realizar el autor del delito para inducir en error a la víctima para que ésta efectúe un acto de disposición perjudicial a su patrimonio o al de un tercero (25). Para explicar el contenido de estas prescripciones se han utilizado las mismas palabras que ha empleado el legislador para prohibir la conducta. En función de lo anterior, el ciudadano no tendrá la necesidad de conocer qué entiende la jurisprudencia o la doctrina española para saber que el comportamiento punible de estafa es aquel que requiere de un acto de disposición patrimonial, dado que dicho requisito está contenido explícitamente en el enunciado normativo con el que se prohíbe dicha conducta. En cuanto al engaño, como elemento objetivo de la estafa, el artículo 248.1 del Código Penal español lo incluye expresamente, a saber: “utilizaren engaño bastante”. Se aprecia incluso que en España se ha determinado en la misma norma cómo tiene que ser ese engaño para que se configure el delito de estafa: “bastante”. Por lo tanto, la propia letra de la ley deja ya en claro que cualquier engaño *no* es suficiente para que la acción sea considerada típica, sino que únicamente lo será cuando el engaño sea *bastante*. Si bien es cierto que la claridad que el término “bastante” ofrece puede ser limitada en algunos casos, lo cierto es que permite que haya muchos casos claros.

Dentro de estos últimos no sólo están incluidos aquellos supuestos en los que existe un consenso general en que el engaño es bastante, sino también aquellos en los cuales

(24) Un ejemplo de ello es lo que efectúa PASTOR MUÑOZ, op. cit., p. 74 y ss., entre otros.

(25) Con relación al concepto y tipos de engaño ver PASTOR MUÑOZ, op. cit., p. 95 y ss.; PAWLIK, op. cit., pp. 67 y ss.; WESSELS; HILLENKAMP, *Strafrecht Besonderer Teil 2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 34ª edic., Müller, Heidelberg y otros, 2011, § 13, nm. 496 y ss., p. 241 y ss.

dicho engaño es ínfimo. Ahora bien, puede pensarse que la utilización de un término semejante en una norma provoca que en muchos otros casos no se sepa si se configura la cantidad de engaño necesaria para configurar el tipo penal en cuestión. Será entonces la labor doctrinaria y jurisprudencial de estos países la que deberá determinar cuándo un engaño puede ser considerado “bastante” a tenor de lo que prescribe expresamente la norma en cuestión. Y ello es mucho menos que tener que afirmar -como debería suceder en Argentina- que el engaño *debe ser* “bastante” aunque la ley no establezca expresamente tal requisito.

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

#### **IV. Conclusiones sobre el análisis comparativo de la redacción de los tipos penales de estafa en Argentina, España y Alemania**

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

En Argentina, por lo tanto, se da un fenómeno muy diferente a lo que ocurre en España y en Alemania en lo que se refiere a la interpretación del delito de estafa. En efecto, en Argentina han sido los doctrinarios y los jueces los encargados de definir qué se entiende por estafa, cuáles son sus elementos objetivos y subjetivos, etc., pues dichos datos, como ya se dijo y se demostró *supra*, no pueden inferirse directamente de la letra de la ley. Y, a su vez, esa misma doctrina y jurisprudencia ha debido determinar cuál es el contenido y alcance de cada uno de esos elementos del tipo. En consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia argentina tendrán, por así decirlo, doble tarea en comparación con esos países europeos: en primer lugar establecer, a partir de fuentes extrañas a la ley positiva, cuáles son los elementos conceptuales distintivos de la estafa, determinar sus elementos objetivos y subjetivos, el bien jurídico protegido por la norma, el momento de consumación, etc.; y, en segundo lugar, interpretar y darle alcance a los términos o conceptos que surjan de su anterior elaboración conceptual, como por

ejemplo: si uno de los elementos de la estafa es el engaño, tendrán que establecer cómo deberá ser ese engaño para que sea típico, etc. En cambio, en España y en Alemania la tarea de los doctrinarios y jueces abarcará sólo una parte del proceso indicado en el párrafo anterior, pues se limitará a interpretar (cuando sea necesario) los términos que expresamente contienen los preceptos legales citados.

Para el Derecho Penal actual es de suma importancia que se describa taxativamente la conducta prohibida, es decir, la materia de las prohibiciones, puesto “que sólo gracias a (el conocimiento de) la materia de la prohibición pueden conocer el ciudadano y el juez qué formas de conducta están prohibidas” (26). A ello hay que añadirle que de esa -y sólo de esa- manera se satisfacen las exigencias del principio *nulla poena sine lege* (27). En consecuencia, afirma Welzel que “la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de los diversos caracteres de la conducta delictiva” (28).

Pues bien, efectuadas las pertinentes comparaciones y puestas de manifiesto las notorias diferencias entre la norma penal argentina que regula la estafa y las europeas mencionadas, sobre todo en lo que se refiere a la claridad de tales preceptos, cabe preguntarse lo siguiente: ¿puede afirmarse que el artículo 172 del CP argentino es inconstitucional por resultar violatorio del principio de legalidad, o más precisamente, por violar el mandato de determinación de la ley penal que se deriva de dicho principio (29)?

En la actualidad, una respuesta afirmativa a este interrogante aparecería como un tanto temeraria, pues, a raíz de la labor doctrinaria y jurisprudencial señalada, el contenido del delito de estafa ha logrado ser claramente determinado en Argentina. Sin embargo, no deja de ser llamativo que, con naturalidad, se acepte que el contenido del tipo de estafa no surja expresamente de la ley, pese a que se trata de un delito que, por sus características, admite sin dificultades una descripción cerrada (30). Que esa aceptación natural sea, sin embargo, lo que prevalece, entiendo que debe conducir a plantearse cómo es que fue posible llegar a ese estado de cosas, es decir: cómo es posible que, pese a la existencia de una norma tan poco clara, se haya logrado tal nivel de precisión en lo que respecta a la comprensión del delito de estafa en Argentina.

La respuesta inicial es obvia: ello fue posible, como se dijo, merced a la labor de la dogmática. Pero entonces lo que debería ser objeto de reflexión es lo siguiente: ¿hasta

---

(26) WELZEL, *El nuevo sistema...* (cit.), p. 44. Paréntesis agregado.

(27) Véase WELZEL, *El nuevo sistema...* (cit.), p. 44.

(28) WELZEL, *El nuevo sistema...* (cit.), p. 45.

(29) Acerca del mandato de determinación (*lex stricta*), véase, entre muchos otros, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. LUZÓN PEÑA y otros, Civitas, Madrid, 1997, § 5, nm. 11, p. 141.

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

qué punto está habilitada la dogmática para suplir a la ley en sus proposiciones? (31). ¿Cuándo una proposición de la dogmática deja de ser una reconstrucción conceptual de la ley -deja de ser interpretación- y constituye en verdad una proposición normativa *ex novo* -pasa a ser legislación-? (32). Se trata, como es sabido, de interrogantes muy explorados por la filosofía del derecho en múltiples ocasiones (33). Y a su vez, para responder aquellas preguntas debería dilucidarse qué cabe entender por dogmática penal o, más precisamente, cuál debe ser el objeto -y el límite- de la labor del dogmático.

Sin embargo, es claro que excedería los límites de este trabajo ocuparse de estos problemas con detenimiento. Lo que sí puede ser puesto de manifiesto en este lugar es que no existe uniformidad respecto al último de los interrogantes planteados en el párrafo anterior, pues el objeto y los límites de la dogmática penal han dependido de las convicciones que al respecto han tenido los distintos sistemas elaborados, fundamentalmente, en torno a la teoría del delito: el sistema clásico y el neoclásico (positivismo jurídico), el finalismo y el funcionalismo responderían de modo muy diferente a la pregunta “¿qué es la dogmática penal y cuál es su cometido?” (34).

En lo que sigue, entonces, se pretende describir, en primer lugar, qué es lo que cada uno de estos sistemas ha sostenido respecto a lo que debe entenderse por “dogmática penal”. Y en segundo lugar se recordará a qué filiación sistemática pertenecían los autores argentinos que se encargaron de establecer los contornos conceptuales del tipo de estafa, con el objeto de demostrar que existe una tensión muy fuerte entre lo que aquellos declamaban respecto a lo que debe hacer la dogmática y lo que efectivamente llevaron a cabo cuando elaboraron la dogmática de la estafa. Esto permitirá contar con una base empírica sólida para tener en claro, por una parte, qué es lo que realmente hacen los dogmáticos -al menos en relación con el tipo penal aquí analizado-, y, por la otra, cuál de los tres sistemas dogmáticos mencionados (positivismo jurídico, finalismo, funcionalismo) es el que, con sus postulados acerca de *qué debe ser* la dogmática, más se acerca a lo que ésta es en la praxis y en la doctrina argentina.

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

A los fines de responder -tal como se adelantó- a uno de los interrogantes planteados, es decir, qué se entiende por dogmática penal y cuál es su cometido, debe tenerse

---

(31) La obra aquí citada de los autores MANRIQUE - NAVARRO - PERALTA se dedica principalmente a dar respuesta a esa pregunta.

(32) Ibid.

(33) Sobre esta discusión, a saber: el objeto de estudio de la dogmática jurídico-penal, sus fines y su futuro, ver, entre muchos otros, NAVARRO - BOUZAT - ESANDI, op. cit., pp. 29 y ss.; MANRIQUE - NAVARRO - PERALTA, op. cit.; ATIENZA, Manuel, *El futuro de la dogmática jurídica*, 1980, disponible en: <http://www.fgbueno.es/bas/pdf/bas11008.pdf> (última visita: 01 de marzo de 2013); GIMBERNAT, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática penal?*, 1990, disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092009/doctrina03.pdf> (última visita: 01 de marzo de 2013).

(34) Ver al respecto SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximaciones al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

en cuenta, como ya se dijo, que la respuesta fue variando a lo largo de la historia de la ciencia del derecho penal, es decir, fue cambiando según los postulados de las diferentes corrientes dogmáticas. Por esta razón, se efectuará una breve descripción de esos postulados (35).

Para el positivismo jurídico, como es sabido, “el objeto de análisis y sistematización característicos de la dogmática no es otro que el Derecho Positivo” (36). En efecto, los positivistas jurídicos (37) sostienen que los conceptos jurídicos deben derivarse única y exclusivamente de las proposiciones del derecho positivo vigente (38). Esta corriente parte entonces de dos premisas básicas: 1) que el objeto de la ciencia jurídica lo compone solamente el derecho positivo; y 2) que el objetivo de dicha ciencia es únicamente el análisis y la sistematización del derecho positivo por vía del método inductivo de construcción jurídica (39). Los positivistas, por lo tanto, excluyeron toda consideración de índole tanto valorativa como sociológica dentro de lo que consideraban el objeto de la dogmática penal (40). Sin embargo, con el paso del tiempo estas dos premisas fueron paulatinamente abandonadas, en base a la influencia de las corrientes dogmáticas del neokantianismo y del finalismo (41).

El neokantianismo introdujo consideraciones axiológicas y materiales en el método científico, pero no modificó el objeto de la dogmática penal, que para esta corriente continuó siendo el derecho positivo. De allí que muchos autores han considerado a esta corriente como complementaria del positivismo jurídico (42). Ella, sin embargo, efectuó

---

(35) Con relación a los diferentes modelos de la dogmática, véase MANRIQUE - NAVARRO - PERALTA, op. cit., pp. 17 y ss. Asimismo, los mencionados autores en ese libro plantean una crítica muy fuerte a la dogmática jurídica y su rol. Los nombrados sostienen que “la justificación que la dogmática elabora de su tarea implica, en mayor o menor medida, una desvalorización de la ley” (ibid.). Concretamente la tesis de los autores es que “la autoridad del legislador no se ve confirmada sino desafiada por la dogmática” (ibid., p. 25).

(36) SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 51.

(37) Ortiz de Urbina Gimeno advierte que el término “positivismo” es utilizado en diferentes sentidos y que cuando se sostiene que el positivismo jurídico fue superado por la dogmática penal contemporánea, en primer lugar, hay que precisar el concepto a superar, para poder -luego- analizar si ello ocurrió realmente. Así, el autor diferencia entre varias corrientes a las cuales se las denominó con el término “positivismo”, a saber: el formalismo jurídico; el naturalismo jurídico; al programa filosófico-científico; y a la separación conceptual entre derecho y moral. A partir de ello, Ortiz de Urbina afirma que el positivismo no es entonces lo que los dogmáticos alemanes de la posguerra (segunda guerra mundial) afirmaron que era, y sostiene además que estos autores utilizaron al término como un enemigo común del cual debían deshacerse, aunque no lo hayan identificado adecuadamente. Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *La excusa del positivismo. La presunta superación del positivismo y del formalismo por la dogmática penal contemporánea*, Civitas, Madrid, 2007).

(38) El enunciado “positivismo jurídico” es utilizado en este contexto como formalismo jurídico. Ver sobre formalismo jurídico ORTIZ DE URBINA, op. cit., pp. 33 y ss.

(39) SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 54.

(40) SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 50.

(41) Ibid., p. 54.

(42) Ibid., p. 55.

importantes modificaciones, puesto que sostuvo que los procesos de conocimiento se muestran directamente condicionados por circunstancias históricas y particulares de cada sociedad, y que no existe una “conciencia en general”, como afirmaba Kant. Tal como señala Silva Sánchez, el mérito del neokantianismo fue “mostrar las ineludibles referencias valorativas de la construcción conceptual en Derecho penal, y la caracterización de estos valores como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales e inmutables, sino condicionados subjetivamente, culturalmente” (43).

El finalismo, por su parte, entiende que el objeto de la dogmática penal es la “explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un ordenamiento jurídico o de alguna de sus partes” (44). Y afirma que tales principios “descansan en últimos, originarios ‘proyectos de sentido’ para la conformación de la vida social de un pueblo en un momento determinado” (45). Para el finalismo la dogmática debe ser sistemática, pero, además, debe tener como objeto básico lo permanente, lo supranacional, lo suprapositivo de la materia jurídica. El método de los finalistas será, pues, de naturaleza deductivo-abstracta, a partir de los axiomas proporcionados por las estructuras lógico-objetivas. Estas estructuras integran la naturaleza permanente de las cosas que vincula al legislador y a la ciencia del Derecho y, de ellas, que funcionan como axiomas del sistema, deben deducirse hasta los más pequeños detalles de la regulación jurídica (46).

Finalmente, la corriente dogmática denominada funcionalista o teleológica introduce la voluntad de racionalizar la intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema dogmático, es decir, de conformar un sistema abierto (en oposición al positivismo jurídico). Uno de sus objetivos principales es superar la contraposición tradicional entre lo dogmáticamente correcto y lo político-criminalmente satisfactorio (47), de manera que no exista una separación entre las necesidades reales de la aplicación del derecho penal en la sociedad y el producto de la dogmática. Y así orientar el sistema de derecho penal en función de las valoraciones de la política criminal, las cuales pasaron a formar parte del propio sistema dogmático, generándose, como consecuencia, de ello, una marcada normativización de los conceptos (48).

## VI. Dogmática de la estafa y positivismo jurídico

Los autores argentinos que delinearon los conceptos fundamentales del delito de estafa y que más influyeron a la praxis hasta hoy fueron positivistas jurídicos. A esa corriente adhirieron desde Coll y Jofré (49), que llevaron a cabo esa tarea en etapas

(43) Ibid., p. 57.

(44) Ibid., p. 49.

(45) Ibid., p. 49.

(46) Ibid., pp. 58 y ss.

(47) SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 68.

(48) Ibid., p. 69.

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

previas a un desarrollo dogmático sólido en Argentina, hasta Soler y Núñez, entre otros, con construcciones dogmáticas mucho más elaboradas (50). Para todos estos autores, los elementos que componen los tipos penales debían deducirse del texto legal y no de elementos axiológicos o valorativos, o de principios no contenidos o derivables directamente de la ley. Esas eran pues las principales características del positivismo jurídico. En ese sentido, puede decirse que no tuvieron mayores inconvenientes con la parte general del derecho penal, dado lo sencillo que resulta, en ese ámbito, sostener la existencia de principios jurídicos implícitamente contenidos en la ley, aunque ésta no los mencione. Pero las dificultades surgen de modo patente, para esta línea de pensamiento, en la parte especial, pues, dada la vigencia fuerte en ese ámbito del principio de legalidad, no resulta tan sencillo sostener que un elemento específico de un tipo penal está previsto legalmente si él no ha sido expresamente mencionado en la codificación.

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

Es dable afirmar, por lo tanto, que los autores argentinos mencionados, quienes adscribían a las ideas del positivismo jurídico, las que ya fueron explicadas, dejaron de lado completamente las premisas de su método a la hora de interpretar un tipo penal como el que aquí nos ocupa, y que, seguramente muy al contrario de sus deseos, se acercaron muchísimo a la manera de trabajar propia del finalismo (51), al menos en el sentido de que no partieron estrictamente -ni únicamente- del derecho positivo, y de que tomaron como guía aquello que, en general, en otros países se consideraba “estafa”, asumiendo que elementos como el error en la víctima y el perjuicio patrimonial derivado directamente de aquel, por ser tomados en cuenta invariablemente en muchas otras legislaciones como integrativos de la estafa, conformaban su “esencia” (o su estructura lógico-objetiva). Ello demuestra una clara inconsecuencia del positivismo jurídico o, mejor dicho, de los positivistas o formalistas jurídicos argentinos de principios y mediados del siglo XX. Se podría demostrar, asimismo, que esta metodología

---

(50) Al respecto, véase NÚÑEZ, *Tratado* (cit.), p. 283 y ss.; SOLER, op. cit., p. 344 y ss.

(51) Así Welzel sostiene que “dentro de la punibilidad, determinada legalmente, son aplicables las reglas jurídicas de interpretación tradicionales” (WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Juan BUSTOS RAMÍREZ y otro, 11° edic., 4° edic. castellana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 26), es decir, para este autor el juez tiene que tener en cuenta a la hora de interpretar los tipos penales, no sólo la letra de la norma, sino también “el fin y sentido de la ley” (*ibid*), el cual se puede obtener de la historia de creación de esa norma y de su conexión con otras disposiciones.

no es realista, en el sentido de que aquello que los dogmáticos (incluso los formalistas) realmente hacen cuando interpretan la parte especial del derecho penal, no es lo que el positivismo jurídico sostiene que debe hacerse, tal como lo ha puesto de manifiesto Silva Sánchez en relación con la dogmática de la parte general (52).

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

## VII. Conclusiones

Lo analizado hasta aquí permite extraer las siguientes conclusiones:

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

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

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

## VIII. Bibliografía

ATIENZA, Manuel, *El futuro de la dogmática jurídica* (1980), en <http://www.fgbueno.es/bas/pdf/bas11008.pdf>

BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355-369.

CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ª edic., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

CREUS, Carlos, BOUMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte especial*, 7ª edic., Astrea, Bs. As., 2007, t. I.

DONNA, Alberto E., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., 2ª reimpr., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2012, t. II-B.

---

(52) SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pp. 49 y 54.

- GIMBERNAT, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática penal?* (1990), en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092009/doctrina03.pdf>
- KINDHÄUSER, Urs, §263, nm. 12 y ss., en *Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nomos, Baden-Baden*, vol. 2, 3° edic., 2010.
- MANRIQUE, M. Laura, NAVARRO, Pablo, PERALTA, José, *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- NAVARRO, Pablo E., BOUZAT, Andrés, ESANDI, Luis M., *Juez y ley penal*, Alveroni, Córdoba, 2001.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2° edic., actualizada por Víctor F. REINALDI, Lerner, Córdoba, 1999.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978, t. V.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *La excusa del positivismo. La presunta superación del positivismo y del formalismo por la dogmática penal contemporánea*, Civitas, Madrid, 2007.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PAWLIK, Michael, *Das unerlabte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Köln, 1999.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. LUZÓN PEÑA y otros, Civitas, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino. Parte especial*, 4ª edic., TEA, Buenos Aires, 1987, t. IV.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Juan BUSTOS RAMÍREZ y otro, 11° edic., 4° edic. castellana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. José CEREZO MIR, Ariel, Barcelona, 1964.
- WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht Besonderer Teil 2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 34° edic., Müller, Heidelberg y otros, 2011.