



Colección Anuario Derecho Penal

CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO, LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DE TERRORISMO Y COMPLIANCE

HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ HURTADO POZO
EDITOR

THIERRY GODEL
COLABORADOR

AUTORES

Copia del original a solicitud del autor

URSULA CASSANI	LETIZIA PAOLI
BERTRAND PERRIN	THOMAS SCHRÖDER
PHILIPPE LIGER-BELAIR	RENATO VARGAS LOZANO
ELISA SCAROINA	ALESSANDRO LUPPI
JÜRGEN WESSING	JOSÉ HURTADO POZO
MERCEDES HERRERA GUERRERO	FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS	DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA



Delito de estafa en el Código Penal suizo

JOSÉ HURTADO POZO

SUMARIO: 1. Generalidades.— 2. Estafa simple (art. 146 inc. 1).— A. Aspecto objetivo.— a. Comportamiento incriminado.— a.1. Engaño.— a.1.1. Inducir en error.— a.1.1.1. Afirmaciones engañosas.— a.1.1.2. Disimulación de hechos verdaderos.— a.1.2. Confortar en el error.— a.2. Astucia.— b. Resultado.— b.1. Error.— b.2. Acto de disposición.— b.3. Perjuicio.— b.3.1. Noción.— b.3.2. Intensidad del perjuicio.— B. Aspecto subjetivo.— a. Intención.— b. Designio de enriquecimiento ilegítimo.— C. Pena y prescripción.— 3. Caso calificado (art. 146 inc. 2).— 4. Caso privilegiado (art. 146 inc. 3).— 5. Concurso.— 6. Anexo: textos legales.

ESPAÑOL

En el dominio de la delincuencia económica, se reconoce de manera amplia el papel importante que desempeña el delito de estafa. Esto se debe a la frecuencia en que las relaciones económicas implican la libertad de decidir y la confianza en la buena fe de los participantes, bases de la libertad del mercado y de la libertad contractual. La complejidad de estas relaciones repercute en la delimitación de la ilicitud de índole penal de la de orden civil. En esta perspectiva, el análisis de la regulación legal de los comportamientos fraudulentos es decisiva para esclarecer, en cierta medida, aspectos de la dependencia del derecho penal de las nociones de derecho civil y económico, de las finalidades del derecho penal con respecto a la libertad de los participantes en la vida económica, mercantil, financiera, de la protección de la buena fe de los participantes, en especial de la víctima, en las actividades económicas. La interpretación y la aplicación del art. 146, dentro de esta perspectiva, son efectuadas en base a los criterios doctrinarios dominantes en Suiza y de la jurisprudencia del Tribunal Federal.

FRANCSÉS

Dans le domaine de la criminalité économique, le rôle important joué par le crime d'escroquerie est largement reconnu. Cela est dû à la fréquence avec laquelle les relations économiques impliquent la liberté de choix et la confiance dans la bonne foi des participants, base de la liberté du marché et de la liberté contractuelle. La complexité de ces relations a des répercussions importantes sur la délimitation de l'illégalité pénale de l'illégalité civile. Dans cette perspective, l'analyse de la régulation juridique des comportements frauduleux est déterminante pour clarifier, dans une certaine mesure, les aspects de la dépendance du droit pénal à l'égard des notions de droit civil et économique, des objectifs du droit pénal en matière de liberté des participants à la vie économique, commerciale et financière, de la protection de la bonne foi des participants, notamment la victime, aux activités économiques. L'interprétation et l'application de l'art. 146, dans cette perspective, se font sur la base des critères doctrinaux en vigueur en Suisse et de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

INGLÉS

In the domain of economic crime, the important role played by the crime of fraud is widely recognized. This is due to the frequency with which economic relations imply freedom of choice and confidence in the good faith of the participants, the basis of market freedom and contractual freedom. The complexity of these relations has repercussions on the delimitation of the unlawfulness of the criminal nature of the civil order. In this perspective, the analysis of the legal regulation of fraudulent behavior is decisive for clarifying, to a certain extent, aspects of the dependence of criminal law on notions of civil and economic law, of the purposes of criminal law with respect to the freedom of participants in economic, commercial and financial life, of the protection of the good faith of participants, especially the victim, in economic activities. The interpretation and application of art. 146, within this perspective, are carried out on the basis of the doctrinal criteria prevailing in Switzerland and of the jurisprudence of the Federal Court.

1. GENERALIDADES

En general, el art. 146 no contiene ningún cambio significativo en comparación con el art. 148 modificado. Sin embargo, en el par. 1, ya no se habla de quien “explotó astutamente el error en que se encontraba una persona”, sino de quien “reforzó (*bestärken*) astutamente a una persona en su error”. El objetivo era evitar los problemas de interpretación que planteaba el art. 148 modificado, destacando el hecho de que la estafa es una infracción de comisión, excluyendo así la omisión propia (Conseil Fédéral, 1991, p. 984), y subrayando el carácter “activo” que deben tener las maniobras astuciosas (Stauffacher, 1996, p. 13). En efecto, el Tribunal Federal se mostraba cada vez más reacio a admitir que el hecho de mantener podía constituir un engaño astucioso, idóneo para explotar el error de la persona concernida, (ATF 119 IV 129).

Dos comportamientos son incriminados: por un lado, “engañar astutamente a una persona” y, por otro, “reforzarla en su error astutamente”. En ambos casos, el autor debe, mediante su acto, “determinar a la víctima a cometer actos perjudiciales para sus intereses pecuniarios o los de un tercero”. Así, la estafa, a diferencia de los delitos de sustracción, requiere la participación voluntaria de la víctima, cuya voluntad está, sin embargo, viciada por el error causado o consolidado por el acto astucioso. Este aspecto particular plantea la cuestión de si la protección penal debería beneficiar también a aquellos que, tomando precauciones

apropiadas, podrían haberse abstenido de llevar a cabo el acto perjudicial para su patrimonio (Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n. 10).

2. ESTAFA SIMPLE (ART. 146 INC. 1)

A. Aspecto objetivo

a. Comportamiento incriminado

El comportamiento motivador incriminado en el art. 146 consiste en un engaño astucioso.

a.1. Engaño

El engaño puede presentarse de dos maneras: sea que el autor induce a una persona a error, sea que refuerza el error en el que se encuentra la víctima.

a.1.1. Inducir a error

El estafador induce a la víctima a error mediante afirmaciones engañosas o la disimulación de hechos verdaderos.

a.1.1.1. Afirmaciones engañosas

Una simple afirmación engañosa basta, a pesar que el plural es empleado en la disposición legal (Corboz, I, art. 146 n.º 2).

El autor expresa una afirmación cuando “presenta un hecho de tal manera que parece convencido de su verdad” (Corboz, 2010 I, art. 146 n.º 3). Este no es el caso cuando el autor indica que el hecho es dudoso (Corboz, 2010 I, n.º 3).

Las declaraciones o alegaciones del estafador (*Vorspiegeln*) deben referirse siempre a hechos, acontecimientos objetivos y ciertos (*Tatsa-*

chen). Así, no deben tratarse de sucesos futuros e inciertos. Por ejemplo, tergiversar, engañosamente, que el precio del terreno o de las acciones de una empresa aumentarán con el fin de lograr que un comprador pague un precio excesivo. El vendedor solo manifiesta, con aires de gran confianza una opinión sobre un evento futuro, en el que el mismo no cree, pero, sin embargo, hace creer en el advenimiento de un suceso plausible¹. Incluso si él mismo no lo cree, no debe considerarse que se trata de una afirmación engañosa. Se reconoce como hechos a sucesos futuros solo cuando acaecerán necesariamente conforme a las leyes naturales, por ejemplo, la muerte de una persona. Por tanto, afirmar que no fallecerá nunca constituye teóricamente un engaño. Si esta certeza no existe, es decir, que puede o no suceder, no es posible hablar de engaño porque la afirmación expresada se refiere a una “realidad incierta” (Stratenwerth y Jenny y Bommer, 2010, art. 15 n.º 7).

No basta con una declaración relativa únicamente a una opinión, un juicio de valor (*prognosen, reine werturteile*) o en relación con la conducta de terceros². Cualquiera que venda una pequeña tienda, diciéndole al comprador que tendrá ganancias considerables en un futuro cercano, no lo engaña. Este no es el caso si el vendedor distorsiona las cifras de ventas o basa su reclamación en otro hecho específico: por ejemplo, el elevado número de clientes que frecuentan el establecimiento. Respecto al hecho de que un miembro de la Iglesia de la Cienciología venda diversos libros a una mujer, afirmando que le serán útiles para resolver sus problemas personales (pronóstico de una futura realización de hechos), el TF ha sostenido:

La virtud del material vendido a los perjudicados de resolver sus problemas personales es un hecho que puede ser objeto de una

1 ATF 89 IV 75/JdT 1963 IV 44; ATF 102 IV 86/JdT 1978 IV 103; Logoz, 1955, p. 152 y s; Graven, 1974, p. 3 ; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 7; Noll, 1983, p. 194; Donatsch, 2008, p. 197; Hafter, 1937 I, p. 260; cfr. Tiedemann, 1978, art. 263 n.º 9 y ss.

2 Graven, 1974, p. 3; NOLL, BT I, p. 194; Donatsch, 2008, p. 197 y s; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 7; cfr. Tiedemann, 1978, art. 263 n.º 13.

estafa. En efecto, una supuesta calidad, inexistente en realidad, puede ser un hecho en el sentido del art. 148 (art. 146 actual), en la medida en que es presentada como una realidad objetiva. La noción del hecho verdadero o falso tal como la concibe el lenguaje justifica esta interpretación. Una estafa puede, por tanto, concernir una cosa imposible o discutida científicamente. (ATF 119 IV 210/JdT 1995 IV 139. 140).

En ciertas circunstancias las afirmaciones presentan con mayor nitidez un carácter mixto, ya que son manifestadas como juicios de valor referidos a elementos fácticos (*gemischte Werturteile*). Un caso interesante es el de la publicidad, en el que algunos anuncios contienen a veces afirmaciones exageradas sobre los productos objeto de una promoción de ventas, afirmaciones que pueden ser consideradas por el posible cliente como afirmaciones de hecho: por ejemplo, es la mejor lavadora de Suiza³. Si no se cumplen las condiciones del artículo 146, es posible preguntarse si no sería aplicable la LCD (RS 241) en este caso⁴.

En los casos de cierta ambigüedad, resultante de las afirmaciones que son expresadas de manera confusa o cuyo objeto es un acontecimiento futuro, deben evaluarse teniendo en cuenta el contexto en el que se formularon esas afirmaciones. Es necesario tener en cuenta tanto el significado que se les puede atribuir según el lenguaje corriente y la experiencia común, como el significado que pueden tener en consideración de la persona que las expresa. La situación es diferente si las aserciones u opiniones son manifestadas por un especialista (corredor de bolsa, banquero, experto). La persona que es informada espera que estén fundadas en conocimientos fácticos. El autor debe querer además que su interlocutor las perciba como afirmaciones objetivas⁵.

3 ATF 94 IV 34/JdT 1968 IV 84; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 11.

4 Graven, 1974, p. 4: si la empresa incurre en actos de concurrencia desleal, se aplica el art. 3 lit. b) en concordancia con el art. 23 de la LCD. A diferencia de la estafa, este delito es reprimido por querrela.

5 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 9; Graven, 1974, p. 5.

Debe igualmente considerarse que, en ciertas circunstancias, hechos internos (subjetivos) pueden ser materia del engaño. Un ejemplo típico es, en el caso de una compra-venta, el hecho de si el comprador, en el momento del negocio, tiene o no la voluntad de pagar el precio pactado. En consecuencia, no se trata del futuro posible de cumplimiento de cancelar el precio, lo que depende del mismo comprador.

La ley no da ninguna indicación sobre la forma en la que pueden expresarse las declaraciones engañosas. Las más frecuentes son la oral y la escrita, pero también pueden manifestarse mediante gestos o acciones concluyentes⁶ del autor o de terceros⁷. Por ejemplo, la persona que emite un cheque confirma implícitamente la existencia del importe en cuestión; la persona que celebra un contrato expresa su voluntad de cumplirlo (ATF 86 IV 205/JdT 1961 IV 8); la persona que vende una cosa expresa su capacidad de disposición (ATF 94 IV 65/JdT 1968 IV 114). Por lo tanto, si el autor carece de fondos en su cuenta bancaria, si no tiene la voluntad de cumplir el contrato o si ha robado la cosa que está vendiendo, engaña a la víctima con actos concluyentes, que a su vez implican declaraciones falaces⁸. No es suficiente, sin embargo, que se tengan algunas impresiones de la manera de actuar de una persona para concluir que procede astutamente con algún objetivo, el hecho de que solo se puedan extraer algunas conclusiones de un determinado comportamiento no es suficiente. Así, resulta dubitativo afirmar que un cliente que abandona un restaurante no cancela astutamente la cuenta. Optar por una u otra decisión está estrechamente condicionado al contexto del comportamiento y a las convenciones sociales predominantes.

6 Donatsch, 2008, p. 198; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 13; Hafter, 1937 I, p. 260; ATF 105 IV 104/JdT 1980 IV 109.

7 ATF 105 IV 334/JdT 1981 IV 87; ATF 126 IV 116/JdT 2001 IV 48.

8 ATF 105 IV 104/JdT 1980 IV 107; ATF 111 IV 58/JdT 1985 IV 71; ATF 117 IV 142/JdT 1993 IV 147.

a.1.1.2. Disimulación de hechos verdaderos

Ocultar hechos (*unterdrückung von Tatsachen*) implica que el agente haga creer a la víctima, expresa o implícitamente, que no existe un hecho real. Aparte de los casos de silencio absoluto (neto y simple), ese engaño constituye un acto de comisión, en la medida en que, para disimular un hecho, el autor afirma falazmente la existencia de otro (por ejemplo, el autor reduce el kilometraje del medidor de un automóvil para ocultar el hecho de que es viejo, evidenciado por el gran número de kilómetros recorridos)⁹. Según Graven, “para estos casos, la referencia a la disimulación de hechos es inútil: afirmación y ocultación están indisolublemente unidas, el autor no puede sugerir que no existe un hecho cierto sin hacer creer al mismo tiempo la realidad de un hecho inexistente, y viceversa” (Graven, 1974, p. 6).

La doctrina no es unánime en cuanto a si la ocultación puede resultar de una simple omisión (*Täuschung durch Unterlassen*) o si es necesaria una comisión¹⁰. Si el silencio consiste en no responder a una pregunta, es comportamiento activo, de comisión, por acto concluyente. Por el contrario, el silencio puro y simple (fuera de toda duda) solo puede constituir un caso de omisión impropia (*unechte Unterlassung*)¹¹, y únicamente en los casos en que el autor está en una posición de garante (*garantenstellung*) (Hurtado Pozo, 2008, nm. 1301 y ss.), lo que implica que tiene el deber de informar a la víctima.

La violación de un deber legal (p. ej. arts. 426, 450 CO) o contractual (por ejemplo, en el caso de una cuenta corriente) permite aceptar una estafa por comisión por omisión sin demasiadas dificultades¹². La

9 Graven, 1974, p. 5; Noll, 1983, p. 195; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 15.

10 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 21 y autores citados. Cfr. Tiedemann, 1978, art. 263 n.º 51 y ss.

11 Noll, 1983, p. 195; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 4; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 21; cfr. Graven, 1974, p. 6; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 26 y s; Hurtado Pozo, 2008, nm. 1301 y ss.

12 Logoz, 1955, p. 152 y s; Thormann y Overbeck, 1941, art. 148 n.º 4; Germann, 1974,

existencia de esta obligación ha sido aceptada por el TF, en particular en el caso de un contratista que oculta al maestro de obra que un subcontratista —desconocido por el maestro de obra— no ha sido pagado y logra hacer creer que el pago de la suma prevista en el contrato extingue todas las deudas resultantes del mismo (ATF 105 IV 103/JdT 1980 IV 107). Al contrario, es dudoso admitirla en el marco de las reglas de la buena fe. En efecto, estas son normas generales aplicables a todas las relaciones contractuales. Ahora bien, para hablar de posición de garante, es necesario que exista entre las partes un vínculo específico que imponga a la persona que guarda silencio la obligación de hablar para descartar el error del contratante. No basta que el autor tenga un deber de confianza general o esté vinculado a la víctima por cualquier relación patrimonial.

Según la jurisprudencia, la buena fe solo puede utilizarse, como base del deber de evitar que la víctima caiga en error, en circunstancias especiales, como las relaciones contractuales a largo plazo que requieren una mayor confianza (ATF 109 Ib 55). De modo que, en el caso de una venta a crédito, el comprador no está obligado a declarar espontáneamente que su situación financiera es precaria¹³; la persona que contrata un préstamo con la intención de reembolsarlo no está obligada a proporcionar información sobre su insolvencia (ATF 86 IV 206/JdT 1961 IV 9); el cliente de un taxista o de un dentista no está obligado a revelar de *motu proprio* su insolvencia. La obligación de informar también ha sido denegada en los casos en que el acreedor exige demasiado o poca información al deudor, sin que este haya influenciado al respecto (ATF 76 IV 160/JdT 1950 IV 79) o cuando, en el momento de la conclusión de una operación bursátil, una de las partes disponga de información privilegiada (ATF 109 Ib 55). Tales actos solo pueden entrar en el ámbito de aplicación del artículo 146 en la medida en que constituyan un comportamiento mediante actos concluyentes y sean el origen del error de la víctima (Graven, 1974, p. 9; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 22).

p. 276; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 22.

13 ATF 72 IV 65/JdT 1946 IV 142; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 20.

a.1.2. Confortar en el error

La segunda alternativa prevista en el art. 146 en relación con el error ya no es, como en el antiguo artículo 148, “explotar el error de la víctima” (*ausnützen des Irrtums eines andern*), sino “reforzarla en su error” (*arglistiges bestärken in einem Irrtum*). Esta enmienda deja claro que se trata también de un comportamiento de comisión. Por lo tanto, el autor no debe limitarse a “aprovechar” el error de la víctima, sino que debe desarrollar una determinada actividad¹⁴, mediante la cual confirma o amplifica dicho error.

Una cuestión delicada es la de si es posible cometer estafa por un comportamiento de omisión; por ejemplo, guardando silencio. Sin embargo, previamente, es de destacar que el silencio no implica siempre y solo omisión, pues es frecuente que sea un aspecto de un comportamiento de comisión concluyente (*konkludenter positive Tun*): el comerciante que vende un vehículo, seriamente accidentado, que guarda silencio ante el comprador. Luego, es de considerar los casos en que el silencio carece de todo valor de explicación para plantearse la comisión de la estafa por omisión. La respuesta es afirmativa si el agente permanece en silencio cuando tiene el deber de informar (ATF 122 II 427), haciendo así que la víctima, por ejemplo, desista de realizar otras verificaciones (Corboz, 2010 I, 15). En todo caso, los ámbitos en los que puede presentarse la estafa por omisión son bastante restringidos.

a.2. Astucia

El simple engaño no es suficiente. El estafador debe actuar astuciosamente (*arglistig*)¹⁵. Al establecer este requisito adicional, el legislador ha optado por una solución de compromiso entre la concepción fran-

14 Conseil Fédéral, 1991, p. 984; Müller, 1995, p. 9; Schmid, 1995, p. 6, n.° 51; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.° 24.

15 Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.° 31; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.° 16; Graven, 1974, p. 2; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.° 7; ATF 72 IV 13/JdT 1946 IV 114; ATF 99 IV 76/JdT 1974 IV 46; ATF 78 IV 87/JdT 1952 IV 88.

cesa y la alemana. Según la legislación francesa (art. 313-1 CP-FR), el autor debe haber utilizado ciertos artificios (“maniobras fraudulentas”) para hacer más creíbles sus afirmaciones falsas. Sin embargo, basta con “adoptar una actitud activa para engañar a la víctima” (Pradel y Danti-Juan, 2007-2008, p. 563). En cuanto a la concepción alemana (art. 263 CP alemán), cualquier mentira creída por la víctima es suficiente para establecer la estafa¹⁶.

En Suiza, en principio, se afirma que si bien no es necesario para aplicar el art. 146 que el autor utilice determinadas maquinaciones para engañar a la víctima, no basta con que simplemente le haya mentado. El punto de partida de esta concepción es la observación de que el derecho penal no tiene por qué proteger a la persona que se deja engañar, cuando podría haberse protegido a sí misma, con la mínima atención que cabría esperar de ella¹⁷.

Por consiguiente, la víctima debe tomar las precauciones indispensables para desbaratar las maniobras del autor, en particular recurriendo a un control que, *in casu*, habría sido usual y fácil (ATF 135 IV 81; ATF 122 IV 246) o ignorando las declaraciones inverosímiles o manifiestamente falsas del autor (ATF 77 IV 85/JdT 1951 IV 146; ATF 92 IV 65). La índole astuciosa de un engaño debe establecerse examinando tanto el comportamiento del engañado como el del infractor (Graven, 1974, p. 9).

No es necesario para que se dé la estafa que la víctima haya sido lo más diligente y haya recurrido a todas las medidas posibles de prudencia, por lo que la cuestión no es si ha hecho todo lo que era posible para evitar ser engañada (ATF 135 IV 81; ATF 122 IV 246). La astucia solo se excluye cuando la víctima es corresponsable del daño, porque no

16 Tiedemann, 1978, art. 263 n.º 22; Kindhäuser, 2006, art. 263 n.º 50.

17 ATF 126 IV 171/JdT 2001 IV 77; ATF 122 IV 205/JdT 1997 IV 145; ATF 120 IV 133/JdT 1996 IV 98; ATF 72 IV 128/JdT 1974 IV 15; ATF 77 IV 85/JdT 1951 IV 146; ATF 92 IV 65; ATF 99 IV 78/JdT 1974 IV 46; ATF 100 IV 273/JdT 1977 IV 78; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 16; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 33.

observó las medidas de precaución básicas que eran necesarias (ATF 126 IV 165/JdT 2001 IV 77). Este principio de corresponsabilidad tiene por objeto, por tanto, incitar a las víctimas potenciales a actuar con un mínimo de cautela (ATF 128 IV 18). Para evaluar si el autor utilizó el engaño y si la víctima no tomó medidas de precaución elementales, no es suficiente preguntar cómo reaccionaría una persona razonable y experimentada ante el engaño; por el contrario, es necesario tener en cuenta la situación particular de la víctima, tal como la conoce y explota el autor. Así, una debilidad mental, la inexperiencia o la senilidad, un estado de dependencia, inferioridad o angustia son propias para determinar que la víctima no esté en condiciones de desconfiar del autor. La explotación de tales situaciones es precisamente una de las características de la astucia (ATF 120 IV 186/JdT 1996 IV 13).

Así, se ha considerado comprensible que el organizador de un concurso televisado, basado en el principio general del “juego limpio” (*fair-play*), se abstuviera de tomar medidas de vigilancia severas, que habrían impedido las maquinaciones de un participante con miras de conocer de antemano las preguntas y respuestas, especialmente, porque era necesario que establezca una atmósfera de confianza para las personas que nunca habían estado delante de una cámara. Tales medidas le habrían sido perjudiciales (ATF 126 IV 165/JdT 2001 IV 77).

Sin embargo, existe un engaño astucioso, aunque fuera posible de efectuar un control, si el autor utiliza artificios, maniobras fraudulentas (*betrügerische Machenschaften*), tales como:

- El uso de un título falso con el propósito de engañar a otros; (ATF 71 IV 207/JdT 1946 IV 85);
- el uso de etiquetas de vino falsificadas (ATF 71 IV 17);
- pedirle a un niño que reclame un billete de banco encontrado y depositado en la estación de policía;
- el acto de colocar una marca auténtica en un objeto con la intención de engañar a otros (ATF 73 IV 25);

- redactar formularios de pedido ficticios y firmarlos en nombre de los presuntos clientes para obtener pagos indebidos (ATF 78 IV 152/JdT 1952 IV 143);
- el uso de títulos académicos que en realidad carecen de valor (ATF 106 IV 360/JdT 1982 IV 111);
- el hecho de presentar una libreta de ahorros nominativa para retirar una suma de dinero del banco (ATF 116 IV 23/JdT 1991 IV 176);
- la producción de documentos de control de los empleados (tarjetas selladas) con contenido inexacto, con el fin de obtener fraudulentamente una indemnización en caso de mal tiempo (ATF 117 IV 154/JdT 1993 IV 177);
- en el marco de una acción judicial relativa a un litigio sobre el contenido de un contrato de compraventa de un bien inmueble, la presentación de listas de acreedores, de una declaración de obras de construcción y documentos justificativos, que se revelan falsos (ATF 122 IV 197/JdT 1997 IV 145);
- la utilización de billetes de banco falsos, con el fin de aprovechar las expectativas legítimas de su autenticidad (ATF 133 IV 256);
- el hecho de construir un verdadero entramado de mentiras (*ein lügengebäude errichten*), mostrando una astucia particular (ATF 74 IV 148/JdT 1948 IV 171).

La jurisprudencia reciente ha señalado que una adición de mentiras no puede considerarse sin más como una construcción engañosa. Es necesario que las mentiras muestren una particular furtividad o se superpongan de una manera tan sutil que incluso una víctima con una mentalidad crítica podría ser engañada¹⁸.

18 ATF 126 IV 171/JdT 2001 IV 77; ATF 122 II 429; ATF 120 IV 133/JdT 1996 IV 102. Contrato para la restauración de un edificio, en el que el contratista oculta a la autoridad contratante que no se ha pagado a un subcontratista y hace que parezca que el pago de la

Si el simple engaño (*lüge*) no basta, se acepta, siguiendo a la jurisprudencia, que se actúa con astucia, pero sin artificio:

- cuando la comprobación de la veracidad de las declaraciones es imposible o muy difícil (*unzumutbarkeit der Überprüfung*); así, cuando el engaño se refiere a hechos o circunstancias que la víctima no puede controlar, como el destino del producto de la venta de una publicación religiosa (ATF 72 IV 129/JdT 1947 IV 16), el origen ilícito de una cosa (ATF 87 IV 11/JdT 1961 IV 78), la falsa designación de un bien (ATF 71 IV 17/JdT 1945 IV 114), el hecho de que el prestatario haya decidido desde el principio no devolver nada¹⁹; la venta a precio de mercado de estupefacientes diluidos, que sugieren que son productos de calidad habitual, mientras que se ha mezclado un 30 % adicional de azúcar (ATF 111 IV 57/JdT 1985 IV 71); la venta de un vehículo de segunda mano cuya cifra del cuentakilómetros se ha reducido de forma muy significativa con el fin de obtener una ganancia adicional (ATF 119 IV 130);
- cuando es posible comprobar las declaraciones, pero el estafador disuade a la víctima de hacerlo (*abhalten von der Überprüfung*). Este es el caso, en particular, de una persona que, para obtener un crédito, afirma que la información que facilita está comprobada y, de este modo, disuade a sus prestamistas de verificar la exactitud de sus declaraciones;
- cuando el autor supone que la persona concernida aceptará sus declaraciones sin verificación (*keine Überprüfung erwartet*), bien porque su torpeza, inexperiencia o credulidad le llevan a confiar

suma prevista en el contrato extingue todo reclamaciones derivadas de ello. Solicitud de registro de una hipoteca legal de artesanos y empresarios por parte del subcontratista.

19 ATF 86 IV 205/JdT 1961 IV 8; ATF 73 IV 225/JdT 1948 IV 10; ATF 93 IV 14/JdT 1967 IV 54; ATF 105 IV 104/JdT 1980 IV 108; ATF 111 IV 58/JdT 1985 IV 71; Stratenwerth y Jenny, BT I, art. 15 n.º 18; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 37 y ss; Donatsch, 2008, p. 201 y s; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 9 y ss; Graven, 1974, p. 10; Corboz, 2010 I, n. 19.

especialmente en el defraudador, bien porque otras circunstancias sugieren que renunciará al control, como los costes desproporcionados o el tiempo que se pierde por la realización de una auditoría o por consideraciones comerciales (ATF 72 IV 128/JdT 1947 IV 15). El titular de una cuenta que presenta un cheque para cobrar, sabiendo no solo que no está cubierto, sino también que el funcionario no controla su cobertura, de acuerdo con las instrucciones de los servicios generales, cuando la cantidad no excede los 2,000 francos suizos (ATF 99 IV 75/JdT 1974 IV 46). Lo mismo ocurre si, al abusar de una relación de confianza en el contexto de una firma bidireccional, presenta al otro titular cartas que están fuera del alcance de la gestión corriente y habitual para que las firme sin consultarlas (ATF 118 IV 35/JdT 1994 IV 76).

En el ámbito de los contratos, el engaño respecto a la voluntad de prestar un servicio será astucioso, en particular, cuando no pueda exigirse a la persona engañada la verificación de la capacidad de ejecución; por ejemplo, en el caso de los pedidos de mercaderías de escaso valor, en los que no es necesario verificar la solvencia del comprador antes de la entrega de la mercancía contra factura²⁰. En particular, se ha considerado que, en el caso de una obligación contractual del orden de 1700 francos suizos (que en el presente caso se derivó de dos contratos de alquiler de televisores), la empresa arrendadora no estaba obligada a solicitar información adicional a la Oficina de Pagos Coactivos (*Office des Pour-suites*) y podía, simplemente, contentarse con comprobar la identidad de la parte contratante, verificar que no figuraba en su propia lista de deudores morosos y solicitar información sobre su situación financiera²¹.

Según el TF se debe retener el fraude de consumo (*la filouterie d'auberge*) y no la estafa, cuando un cliente al solicitar alojamiento, hace

20 Donatsch, 2008, p. 203 y s; Corboz, 2010 I, n. 20.

21 Sentencia del Tribunal de lo Penal de Casación del 19 de diciembre del 2003, en *RJJ*, 2003 p. 241

creer al posadero mediante actos concluyentes (por ejemplo, el pago de los depósitos y la prórroga de la estancia) que tiene capacidad y voluntad de cancelar cuando se vaya. Si tal comportamiento constituye un engaño, no es astucioso. Según los jueces federales, para hablar de astucia, la prestación de alojamiento debe haber sido obtenida mediante maniobras fraudulentas suplementarias. Concluyen afirmando, por un lado, que:

El mero engaño sobre la voluntad expresada no es astucioso en todos los casos, sino solo cuando la prueba de solvencia no es exigible o es imposible y, por lo tanto, no se puede llegar a ninguna conclusión en cuanto a la voluntad del autor de cumplirla.

Y, por otra parte, que el posadero habría podido exigir al autor una tarjeta de crédito o un preaviso para que pagara por adelantado, al menos, una parte de los gastos de alojamiento para comprobar su solvencia. Por lo tanto, el TF excluye la calificación de estafa.

Sin embargo, el TF ha considerado necesario señalar que “esta jurisprudencia no da un cheque en blanco a quienes especulan sobre la credulidad o imprevisión de las personas” y recordó que “actúa con astucia quien induce en error una persona con alegaciones falaces con la idea de que, debido a las circunstancias, el engañado no se verá obligado a verificar sus declaraciones. Sin embargo, la prueba de control de víctimas debe ser aplicada restrictivamente para evitar que cualquier engaño sea clasificado como astucioso, ya que cualquier estafador espera que la víctima no practique el control. Por el contrario, la astucia solo existe si la predicción de que no habrá control se basa en una relación particular de confianza, en un reglamento o en garantías claras y no solo en simples observaciones que permitan esperar este comportamiento (ATF 107 IV 169 y ss/JdT 1983 IV 5 y ss.). Así pues, el autor tiene motivos para creer que no habrá control si es responsable de asesorar o velar por los intereses de la víctima, ya que esta no tiene ningún motivo para desconfiar de la persona que le proporciona su protección (Corboz, 2010 I, n. 21; Donatsch, III, p. 203).

b. Resultado

b.1. Error

Con sus acciones, el autor hace que la víctima cometa un error (*irrtum*), que le llevará a cometer actos perjudiciales para sus intereses pecuniarios o los de un tercero²². Por lo tanto, el error debe ser el resultado, el producto del comportamiento astucioso del estafador. De manera similar a la instigación (Graven, 1974, p. 12; Hurtado Pozo, 2008, nm. 1143 y ss.), o al autor mediato²³, debe existir un vínculo causal (*kausalzusammenhang*) entre el engaño y el error. Poco importa que el engaño no sea la única Causa del error (Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 29). La posible incapacidad de la víctima para discernir no impide tampoco que sea engañada. De hecho, según los jueces federales, “también pueden inculcarse ideas erróneas a una persona que, como resultado de un estado mental deficiente, es incapaz de actuar razonablemente. A menudo, estas personas están particularmente expuestas al engaño”²⁴.

El error consiste en una representación inexacta o incompleta de los hechos, sin distinguir entre divergencia e ignorancia²⁵ (*verkennen, nichtkennen*). Debe relacionarse con el valor económico de las prestaciones o con la finalidad económica o social de las mismas: por ejemplo, la víctima no es consciente de que el acto que está a punto de realizar es un acto de disposición o de que el propósito humanitario señalado por el autor no existe.

22 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 27; Donatsch, 2008, p. 207 y s; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 54; cfr. Tiedemann, 1978, art. 263 n.º 77 y ss.

23 Donatsch, 2008, p. 207 y s; cfr. Hurtado Pozo, 2008, nm. 1092 y ss.

24 ATF 80 IV 156/JdT 1955 IV 15; ATF 119 IV 213/JdT 1995 IV 139; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 29; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 14; Donatsch, 2008, p. 208.

25 Graven, 1974, p. 12; Logoz, 1955, p. 154; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 28; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 56 y ss; ATF 118 IV 38/JdT 1994 IV 77.

El autor debe engañar a la víctima tratando de influir en su representación de la realidad y no tratando de cambiar la realidad misma²⁶. Así, por ejemplo, en el caso de un pasajero en un tren, deben distinguirse dos hipótesis. Quien se esconde para escapar al control de los billetes no comete fraude (sino obtención fraudulenta de servicios, de conformidad con el art. 150); al hacerlo, no actúa sobre la representación del controlador, sino sobre la realidad (se esconde). Por el contrario, comete una estafa quien, al momento en que el controlador pide a los pasajeros sus billetes, le hace creer, mediante una actitud astuciosa (por ejemplo, presentando un billete falso o destinado a otro), que dispone de un documento de viaje válido (Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 9).

Bajo la anterior regulación, el caso de la manipulación por parte del autor de una máquina (por ejemplo, una computadora) era controvertido. Finalmente, se admitió que la represión de tal comportamiento requería se estableciera un tipo legal específico. Actualmente, el art. 147 sanciona “el uso fraudulento de un ordenador” (Conseil Fédéral, 1991, p. 988).

b.2. Acto de disposición

Sobre la base de su error, el engañado debe realizar un acto de disposición patrimonial (*Vermögensdisposition*) (ATF 128 IV 255) y así disminuir directamente su patrimonio o el de un tercero, sobre el cual tiene poder de disponer. Este elemento objetivo del tipo legal requiere algunas explicaciones.

En primer lugar, el acto de disposición debe ser realizado por la persona engañada por el autor. Pero esto no es suficiente; también debe actuar libremente y no bajo coacción. Así, un falso policía que confisca mercadería para apropiársela no comete una estafa, ya que la víctima

26 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 28; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 54; Noll, 1983, p.197 y s; Donatsch, 2008, p. 208.

cree que no tiene derecho a oponerse a la comisión de este acto²⁷. En este caso, se trata de un hurto, incluso si el engañado ha entregado la mercadería al propio autor. El factor decisivo es, por tanto, el grado de libertad de que dispone la persona engañada²⁸.

En el marco de esta libertad, debe existir un vínculo motivador entre el error y el acto de disposición (ATF 128 IV 258): la víctima debe, a causa del engaño y del error que le fue provocado, haber sido empujada a realizar el acto de disposición en cuestión (Donatsch, 2008, p. 209). El comprador que paga la mercadería al vendedor mediante tarjeta de crédito, sabiendo que carece de fondos en su cuenta corriente, no incurre en estafa porque si él acepta esta forma de cancelación no es porque considera o no solvente al comprador, sino porque el pago es garantizado por la empresa emisora de la tarjeta. Falta, en consecuencia, el vínculo entre el error y el acto de disposición.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la naturaleza del acto de disposición, puede consistir tanto en un acto de comisión por parte de la víctima (entrega de dinero o de determinados bienes al defraudador, firma de un contrato por el que asume determinadas cargas, concesión de un préstamo al defraudador) (ATF 102 IV 84/JdT 1978 IV 103) como en un acto de omisión (abstenerse de ejercer el derecho a aumentar los activos o a evitar una reducción, por ejemplo, no hacer valer un derecho de crédito (ATF 96 IV 191/JdT 1972 IV 8) o rescindir un contrato²⁹). Por el contrario, no puede haber estafa si, haciéndose pasar por empleado de una gestora de inmuebles, el autor entra en un apartamento para apoderarse de objetos pertenecientes al inquilino. Aunque pone en peligro su patrimonio al permitir que el usurpador entre en su casa, la

27 Graven, 1974, p. 15; Noll, 1983, p. 135; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 32.

28 Graven, 1974, p. 15 y s; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 34; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 17.

29 Logoz, 1955, p. 154 y ss; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 35; Noll, 1983, p. 199; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 17; Noll, 1983, p. 198; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 40.

víctima no realiza un acto de disposición patrimonial. La violación de sus intereses pecuniarios se debe a la sustracción cometida por el presunto empleado que cometió el hurto (art. 139) y no al hecho de que le abrió la puerta³⁰.

El acto de disposición debe ocasionar un daño “directo” al patrimonio. El requisito de tal inmediatez resulta de la propia definición de la estafa, que implica en particular que el daño es causado por un acto de disposición del propio perjudicado (*Selbstschädigung*). El daño es ocasionado “directamente” cuando es provocado exclusivamente por el comportamiento de la víctima, sin que sea necesaria la intervención complementaria del autor³¹. Además, el acto de disposición en sí no tiene por qué llevarse a cabo necesariamente en una sola acción. Por el contrario, también es posible (especialmente en los tipos de organizaciones en las que se comparten las tareas, como las empresas, etc.) que diferentes personas lleven a cabo actos individuales de forma gradual, de los cuales solo el último da lugar a una disminución de los activos (ATF 126 IV 113/JdT 2001 IV 48).

El TF (ATF 126 IV 113/JdT 2001 IV 48) ha admitido así que el banco que, por engaño, acepta para su cobro un cheque cruzado de una persona que no es el titular legítimo, dispone directamente de los activos de terceros. Con este acto, abre el camino decisivo para el pago por parte del librado. Por el contrario, no existe un acto de disposición que cause directamente un daño cuando el daño solo es producido por un acto posterior al de la persona engañada, realizado por el autor por su propia iniciativa³². Por ejemplo, la obtención de una tarjeta de crédito engañando astuciosamente a la agencia emisora no lleva a cabo la estafa.

30 Graven, 1974, p. 14; Thormann y Overbeck, 1941, art. 148 n.º 9; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 60; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 17; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 31; Noll, 1983, p. 199; Donatsch, 2008, p. 210; cfr. Tiedemann, 1978, art. 263 n.º 96 y ss.

31 ATF 126 IV 113/JdT 2001 IV 48; ATF 128 IV 255.

32 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 31; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 64; Jenny, p. 409; Schmid, 1987, p. 143 y ss.

En efecto, obtener una tarjeta del organismo emisor mediante engaño (astucioso o no) es una cosa y el uso posterior de esa tarjeta es otra. Ahora bien, el organismo emisor no sufre daños por el mero hecho de que la tarjeta se expida a una persona insolvente o que no esté dispuesta a pagar lo adeudado, sino únicamente porque el titular, sea insolvente o no esté dispuesto a pagar lo adeudado, utiliza la tarjeta. El solo riesgo o la probabilidad de que el titular utilice la tarjeta que le ha expedido el organismo emisor, no representa todavía un daño legalmente relevante (ATF 127 IV 68/JdT 2003 IV 9).

En tercer lugar, de conformidad con la letra de la ley, la persona agraviada por el acto de disposición no tiene por qué confundirse necesariamente con la persona que lo lleva a cabo. Por lo tanto, el acto de la persona engañada puede dañar el patrimonio de un tercero (el llamado fraude triangular). En este caso, sin embargo, el art. 146 del Código Penal solo se cumple si el engañado es “responsable” o “competente” de los bienes del perjudicado y tiene la facultad de disponer de ellos (*Vermögensverfügung*) (ATF 126 IV 116/JdT 2001 IV 52). Solo bajo esta condición, se puede atribuir el comportamiento del engañado a la parte perjudicada, dándose así el elemento de lesionarse a sí mismo del delito de fraude (ATF 126 IV 116/JdT 2001 IV 48).

Cabe señalar que la competencia de facto es suficiente, ya que no es necesario un poder de disposición jurídico (ATF 126 IV 113/JdT 2001 IV 48). Por ejemplo, el representante de una persona jurídica tiene tal poder sobre el patrimonio de esta, como en el caso de un empleado bancario que entrega dinero a una persona que retira dinero de una cuenta de ahorros perteneciente a otra persona. Sin embargo, el guardián de un garaje ni siquiera tiene el poder de facto de disponer del coche cuyas llaves le han sido entregadas por el propietario. Si, por engaño, un tercero obtiene las llaves, el acto no está comprendido en el art. 146, sino en el art. 139 (hurto)³³. Del mismo modo, no comete una

33 ATF 78 IV 89 y s./JdT 1952 IV 30; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 62; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 36; Noll, 1983, p. 135; Graven, 1974, p. 14.

estafa, sino un hurto, como autor mediato, quien afirma astuciosamente a alguien (por ejemplo, a un cargador) que una cosa (por ejemplo, una maleta en el andén de una estación), en posesión de otros, le pertenece y determina a la persona engañada para que la tome y se la entregue³⁴.

Un caso delicado es el de la denominada estafa en juicio (*Prozessbetrug*), en el que una de las partes engaña al juez durante el proceso y obtiene así una decisión que causa un perjuicio pecuniario a la otra. En un primer momento, el TF rechazó la aplicación del art. 146 (art. 148 derogado), principalmente, por estimar que, mediante su decisión, el juez no comete un acto de disposición “de derechos patrimoniales que le correspondería salvaguardar, a la manera de un particular o de un representante de una comunidad pública”. Además, por considerar que “la finalidad de la represión de la estafa es proteger la libre formación de la voluntad de los sujetos de derecho privado entre sí como parte de una relación jurídica”. Ahora bien, en el caso de una estafa en juicio, la situación es diferente, ya que “el juez no tiene ninguna relación jurídica con una parte, ni actúa como representante de una de las partes” (ATF 74 IV 86/JdT 1952 IV 91). En fin, porque el juez se limita a estatuir el derecho, y esto no solo cuando rechaza una acción, condena un imputado o dicta una sentencia fijando derechos, si no aun cuando interviene en el patrimonio de las partes, directamente, a través de una sentencia constitutiva (*jugement formateur*); por ejemplo, de otorgamiento de propiedad (ATF 74 IV 86/JdT 1952 IV 91). Por lo tanto, la aplicación del art. 146 no está justificada. Esta decisión fue fuertemente criticada por la doctrina, que señaló que, si bien es cierto que el juez se limita a decir la ley, también es obvio que sus decisiones a veces implican la disposición de los bienes de otros³⁵. Finalmente, el TF cambió su jurisprudencia y consideró que el caso particular de fraude en el juicio también estaba

34 ATF 78 IV 89/JdT 1952 IV 90; cfr. ATF 105 IV 104/JdT 1980 IV 107.

35 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 36; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 63; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 19; Noll, 1983, p. 200; Germann, 1974, p. 276; Hafer, 1937 I, p. 269 y s; Graven, 1974, p. 15; cfr. Logoz, 1955, p. 156 ss; Schwander, 1964, n. 569 a.

comprendido en el ámbito de la estafa en general. Así, sostuvo que la propiedad protegida por el art. 146 no es la libre formación de la voluntad en las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado, sino exclusivamente el patrimonio (ATF 122 IV 197/JdT 1997 IV 145). Por lo tanto, es decisivo que el autor determine al juez a cometer un acto perjudicial para los intereses pecuniarios (ATF 122 IV 197/JdT 1997 IV 145). En cuanto al patrimonio de un tercero, el juez debe tener el poder de disponer de este. Pues bien, esta facultad la tiene en virtud de su competencia oficial. Del mismo modo, se considera que el daño ha sido causado directamente mediante la sentencia, incluso cuando aún no ha sido ejecutada (ATF 74 IV 146/JdT 1948 IV 165). Por último, también es necesario aceptar un vínculo entre la motivación (errónea) y el dictado de la sentencia, de modo que se reúnan todas las condiciones para hablar en esta situación de un acto de disposición de bienes en el sentido del art. 146 (ATF 122 IV 197/JdT 1997 IV 145).

b.3. Perjuicio

b.3.1. Noción

El daño patrimonial es indispensable para la consumación de la estafa. De no darse este perjuicio, solo puede haber una tentativa de estafa (Hurtado Pozo, 2008, nm. 978 y ss.). Además, debe resultar directamente del acto de disposición que el engañado realiza debido a su error, sin que sea necesario ningún otro acto delictuoso por parte del autor (ATF 126 IV 117/JdT 2001 IV 48).

De acuerdo con nuestro análisis del bien jurídico protegido, el daño en el sentido del art. 146 se define como perjuicio al patrimonio (*vermögensschaden*), entendido en términos generales como el conjunto de bienes e intereses protegidos legalmente (concepto jurídico-económico de patrimonio) (ATF 126 IV 174). Por lo tanto, existe perjuicio³⁶

36 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 52; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 20; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 83; Noll, 1983, p. 201; Donatsch, 2008, p. 212

cuando se produce una disminución del activo, un aumento del pasivo o una pérdida de beneficios debida al lucro cesante (es decir, cuando la víctima se ve privada de una ventaja económica concreta que le habría permitido aumentar su activo o disminuir su pasivo³⁷). Por lo tanto, existe un daño patrimonial en el sentido del art. 146:

- Cuando la víctima proporciona una prestación que no es debida (por ejemplo, en el caso de estafa de seguros, cuando el asegurador paga una indemnización bajo la influencia de un error causado por el autor) o que está destinada a un fin distinto del que fue indicado para obtenerla (por ejemplo, en el caso de estafa a la caridad, cuando el autor utiliza el dinero recibido para fines caritativos en satisfacer sus necesidades personales);
- cuando la víctima recibe a cambio de su prestación una contraprestación que no tiene el mismo valor económico que el prometido (por ejemplo, mercancía de menor calidad, vehículo deteriorado, cheque sin fondos).

En el caso de un comprador de buena fe de una cosa robada (*Verkauf von Diebesgut*), el daño está constituido por el hecho de que el propietario puede reivindicar la cosa (riesgo de reivindicación según el art. 934 CC). Sin embargo, este daño no se produce solo en el momento de la evicción, sino ya cuando el comprador paga el precio de venta o una parte del mismo, en la medida en que, debido al riesgo de reivindicación, el valor de la cosa es inferior al precio pagado (ATF 72 IV 11/JdT 1946 IV 167). Por lo tanto, no es decisivo que, en última instancia, la evicción no se produzca ni tampoco que vaya acompañada de una indemnización del

y s; cfr. Cfr. Tiedemann, 1978, art. 263 n.º 126 y ss; Hoyer, SK-CP-DE, §§ 263, n.º 183 y ss.

37 Graven, 1974, p. 16; Noll, BT I, p. 202 s; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 23; ATF 72 IV 128/JdT 1947 IV 13 y ss; ATF 84 IV 89; ATF 71 IV 17/JdT 1945 IV 110 y ss; ATF 73 IV 225/JdT 1948 IV 9; ATF 76 IV 233; ATF 122 IV 281/JdT 1998 IV 67; ATF 121 IV 107.

comprador. La solución es la misma cuando el objeto hurtado es fungible: incluso si el comprador inocente se convierte en propietario mediante la mezcla, puede ser atacado por el propietario original mediante una acción de compensación del daño o de enriquecimiento ilegítimo; por lo tanto, sufre daños por este riesgo³⁸.

También vale la pena mencionar la controvertida cuestión doctrinal de si hay daño patrimonial, en el caso de una venta de heroína, diluida excesivamente, al precio del “mercado usual” de la heroína diluida de manera moderada. La cuestión es si la estafa puede consistir objetivamente en inducir a la persona engañada a celebrar un contrato ilegal. Según la jurisprudencia, el daño a los intereses pecuniarios en el sentido del art. 146 solo existe si la persona engañada astutamente tiene un derecho legalmente protegido a la indemnización por el daño sufrido. No obstante, el Tribunal sostuvo que, si bien los arts. 20 y 66 CO prohíben al comprador de estupefacientes astuciosamente engañado exigir la sustitución de la mercancía o la devolución del precio pagado, el engaño astucioso del vendedor constituye, por el contrario, un acto ilícito, en el sentido del art. 41 CO, que debe ser subsanado por la persona que lo ha cometido si causa un daño (ATF 117 IV 139/JdT 1993 IV 144); por lo tanto, existe un daño material en el sentido del art. 146. Cassani señala que tal decisión revela, por un lado, la adhesión del TF a la teoría “jurídico-económica” de la propiedad y, por otro, muestra que el derecho penal no entra en conflicto con el derecho civil³⁹. La decisión penal se basa, al contrario, sobre el derecho civil, pues el art. 41 CO permite que se requiera, igualmente, la indemnización por daños y perjuicios en el contexto de una transacción ilegal, siempre que la “vileza” de una de las partes prevalezca sobre la de la otra (Becker, 1941, art. 66 CO n.º 10). Finalmente, Cassani añade que, mientras que el comprador de estupefacientes está protegido contra las estafas, el vendedor no lo está,

38 ATF 92 IV 131/JdT 1966 IV 154; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 24; Cassani, 1988, p. 87 y s.

39 Cassani, 2000, p. 297 y s. Otra opinión Niggli, 2007, Vor art. 137 n.º 44 y autores citados.

ya que “el dinero pagado por el primero es un elemento del patrimonio que se beneficia de la protección del ordenamiento jurídico, lo que no es el caso de los estupefacientes en poder del segundo” (Cassani, 2000, p. 300).

En el marco de un contrato bilateral, el daño resulta de la diferencia oculta entre el servicio prestado y el requerido por el contrato (ATF 113 Ib 170). El hecho de que el servicio recibido por la víctima sea equivalente al servicio de contrapartida prestado por ella misma no excluye, por lo tanto, la existencia de un daño: puede ser que la víctima se haya representado erróneamente una relación de valor más favorable que la equivalencia de las prestaciones (ATF 109 IV 170/JdT 1984 IV 143). Por el contrario, el daño es difícil de determinar cuando la diferencia entre el servicio debido y el servicio realmente prestado es casi inexistente, pero una de las partes obtiene algo que carece de las cualidades prometidas y deseadas por este (*vergleichende bewertung der ausgetauschten leistungen*). Para el TF, si un comerciante de vino entrega a su cliente un vino de menor calidad que el prometido, hay estafa (ATF 92 IV 130/JdT 1966 IV 153). En su opinión, la existencia del daño no depende únicamente de la desproporción objetiva entre el servicio y la contraprestación, sino, más concretamente, de la sensación de la víctima de estimarse perjudicada en sus intereses patrimoniales.

Para la doctrina, sin embargo, tal criterio debe ser delimitado de tal manera que siga siendo objetivo. La utilización de un elemento subjetivo convertiría la estafa en un delito contra la libertad de disponer del patrimonio⁴⁰ y no contra el patrimonio en sí mismo. Igual problema se plantearía si se admitiera la existencia de un daño simplemente porque la víctima fue engañada en cuanto a la finalidad de la transacción, como en el caso de que el autor vendiera un libro a un precio que correspondiera al valor real, pero dijera falsamente que la ganancia está destinada a ayudar a las personas discapacitadas.

40 Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 85; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 50; Cassani, 1988, p. 86; Noll, 1983, p. 203; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 28.

Por lo tanto, no basta con señalar, contrariamente a lo que se lee en un gran número de sentencias del TF, que el co-contratante no habría celebrado el contrato si hubiera sabido la verdad, para establecer la existencia de un daño patrimonial. Por el contrario, la doctrina favorece un criterio más objetivo y propone admitir que, si la contraprestación no es la prometida, pero corresponde objetivamente a la prestación, el acto de disposición solo es perjudicial cuando la contraprestación no es conforme a la prometida, ni es útil para el comprador, teniendo en cuenta sus fines y necesidades particulares. Sin embargo, una solución de este tipo no deja de ser cuestionable. En particular, sigue siendo necesario delimitar qué elementos deben tenerse en cuenta al determinar la utilidad de la contraprestación y en qué medida deben tenerse en cuenta las necesidades individuales de la persona afectada⁴¹. En la práctica, sin embargo, aunque se refieren a argumentos diferentes, la doctrina y la jurisprudencia a menudo llegan a las mismas soluciones⁴².

b.3.2. Intensidad del perjuicio

Sin embargo, no puede tratarse de cualquier ventaja patrimonial. Esta debe corresponder a la desventaja patrimonial que afecta a la víctima⁴³. El TF ha precisado (ATF 82 IV 90/JdT 1957 IV 7) que no es posible “admitir la existencia de daños cada vez que se comprometen los derechos pecuniarios, aunque sea mínimamente”. En efecto, mediante la estafa, el autor busca producir un desplazamiento patrimonial: los bienes que salen del patrimonio de la parte perjudicada deben, según el designio del autor, pasar a formar parte de su fortuna o de la de un tercero (Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 63). Este es el principio

41 Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 85; Graven, 1974, p. 17; Noll, 1983, p. 202.

42 ATF 72 IV 130/JdT 1947 IV 15; ATF 106 IV 31/JdT 1981 IV 44; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 52.

43 Logoz, 1955, p. 159; Hafter, 1937 I, p. 273; Graven, 1974, p. 2; Noll, 1983, p. 205; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 102 y ss; Stratenwerth, Jenny y Bommer, 2010, art. 15 n.º 63; Donatsch, 2008, p. 217 y s.

de la identidad material, ahora reconocido por la doctrina y la jurisprudencia (Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 63).

En un momento, sin embargo, el TF (ATF 84 IV 91) rechazó este principio, considerando que “el estafador no parece ser menos culpable cuando el daño que causa no corresponde a la ganancia que busca”. En este caso, por lo tanto, también había admitido una estafa y aplicado el derogado art. 148, ya que ninguna otra disposición permitiría castigar las mentiras astuciosas del autor si no hubiera actuado con la maldad exigida por el modificado art. 149 (actualmente art. 151). Este argumento, desarrollado para llenar un vacío en la disposición derogada, ha sido criticado por la doctrina, en la medida en que condujo a una violación del principio de legalidad⁴⁴. Sin embargo, en sentencias posteriores, el TF cambió de opinión y reconoció el principio de identidad material⁴⁵.

Por ejemplo, en el contexto de un contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) de un vehículo automotor, dictaminó que para que se cometa el delito de estafa, el perjuicio económico debe corresponder a la ventaja económica que implica el enriquecimiento (principio de identidad material). Así, el adquirente de un vehículo de motor, mediante un contrato *leasing*, que envía una falsa declaración de hurto a la compañía aseguradora para ser liberado del pago de las cuotas periódicas por parte del concesionario, no comete el delito de estafa, sino; a lo más, el delito de afectación astuciosa en los intereses pecuniarios de terceros a los que afecta en el sentido del art. 151 CP (ATF 134 IV 210). Cabe señalar que esta solución ya no puede dar lugar a una laguna, como ocurría en la anterior regulación, ya que, tras la revisión, en el art. 151 ya no se exige que el autor actúe por maldad.

44 Graven, 1974, p. 2; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 60; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 104.

45 Cfr. ATF 134 IV 210; ATF 119 IV 214/JdT 1995 IV 139; 103 IV 30/JdT 1978 IV 63; *Contra* ATF 122 II 430: en esta sentencia, la Primera Corte de Derecho Público persiste en rechazar el principio de la identidad material, a pesar de las últimas decisiones de la Corte de derecho penal. En la sentencia ATF 134 IV 213, esta última decide de no seguir el criterio de la Corte de Derecho Público y de mantener la nueva jurisprudencia.

En sentido similar, en caso de estafa en los préstamos (*Darlehensbetrug*), el TF ha afirmado que “solo cuando la deuda resultante del préstamo se ve comprometida y, por consiguiente, desvalorizada de manera significativa, se produce un daño pecuniario en el sentido del [art. 146]”. Además, ha sostenido que ya constituye una afectación de los intereses pecuniarios su simple puesta en peligro mediante el acto de disposición del engañado, cuando dicho acto es de tal envergadura que el engañado, si conociera la situación real, tendría que efectuar correcciones de valor o provisiones en el balance de la fortuna concernida⁴⁶. De igual forma, el TF admitió la existencia de daño aun cuando el acto engañoso que dio lugar a la obligación no haya sido (todavía) realizado. Así, la firma de un contrato de préstamo es suficiente para perjudicar a la víctima en sus intereses financieros, incluso si ella aún no lo ha ejecutado y puede solicitar su cancelación por maniobra fraudulenta (por dolo)⁴⁷.

La ilegitimidad del enriquecimiento, se deriva de la ausencia de toda pretensión jurídica del autor sobre la ventaja patrimonial y no del mero hecho de que el autor utilice el engaño para tratar de obtenerla. Así pues, los actos de justicia propia, reales o supuestos, no constituyen casos de estafa, porque el autor tiene (o cree tener) derecho al beneficio patrimonial⁴⁸. Por lo tanto, no hay designio de enriquecimiento ilegítimo y, por lo tanto, no hay estafa si, con el fin de obtener el pago de una deuda existente en su beneficio, el acreedor engaña a su deudor con afirmaciones falaces⁴⁹.

El daño debe existir en el momento del acto delictuoso (ATF 76 IV 230 y s.). Por ejemplo, en caso de un negocio contractual, el engaño astucioso puede darse en el acto de la suscripción del convenio (una de las

46 Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 93; Noll, 1983, p. 203; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 54; ATF 122 IV 281/JdT 1998 IV 67.

47 ATF 74 IV 153/JdT 1948 IV 172; ATF 100 IV 170/JdT 1975 IV 111 s; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 27.

48 ATF 85 IV 19/JdT 1959 IV 54; ATF 81 IV 28/JdT 1955 IV 105.

49 Germann, 1974, p. 279; Graven, 1974, p. 2; Schwander, 1964, n. 536 y s; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 61; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 106.

partes está decidida desde el comienzo a incumplir con la prestación que le corresponde) (*Eingehungsbetrug*), o cuando dicho contrato es cumplido después de celebrar el acto de compra de un vehículo se decide no cancelar el precio a pesar de haber recibido la mercancía (*Vertragserfüllung*).

El perjuicio no tiene que ser definitivo; basta un daño temporal (*vorübergehende Schädigung*). En efecto, la estafa en ocasión de un contrato de préstamo puede ya ser consumada en el momento de celebrarse el contrato. No es indispensable que el prestamista haya sido perjudicado porque el deudor no canceló la deuda conforme al contrato. Un perjuicio se da ya con la mera suscripción de dicho documento. Ni siquiera el reembolso efectuado de conformidad con el contrato hubiera podido evitar la pérdida de valor (ATF 76 IV 76, 77/JdT 1951 IV 137; ATF 76 IV 230; ATF 82 IV 90/JdT 1957 IV 7; ATF 84 IV 14/JdT 1958 IV 104).

Por lo tanto, tampoco importa si la víctima, mediante un buen negocio, puede recuperar el dinero perdido como acontece cuando el comprador estafado logra revender el artículo al mismo precio o a un precio más alto que el que pagó al comprarlo⁵⁰. Cabe señalar que tal situación puede, según las circunstancias, constituir una estafa sucesiva, en la medida en que la reventa del artículo por el comprador estafado causa al nuevo comprador un daño que también puede atribuirse al vendedor original. Caso similar se presenta cuando el autor, contando con declaraciones juradas falsas de valores que ha adquirido a bajo precio sin declaración, los revende a precio elevado. De modo que la estafa no solo se realiza en el momento de la reventa, sino que se repite al momento de cada reventa subsiguiente, el autor se presenta como el autor mediato de estafas sucesivas (ATF 76 IV 230 y s.).

50 ATF 76 IV 97; ATF 73 IV 227/JdT 1948 IV 53; ATF 87 IV 11/JdT 1961 IV 78; ATF 102 IV 88/JdT 1978 IV 106; ATF 105 IV 104/JdT 1980 IV 109; ATF 120 IV 135/JdT 1996 IV 104; ATF 122 II 430; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 55; Trechsel y Crameri, 2008, art. 146 n.º 26; Graven, 1974, p. 18; Noll, 1983, p. 202; Donatsch, 2008, p. 213 y s.

B. Aspecto subjetivo

a. Intención

La estafa solo puede cometerse intencionalmente (Hurtado Pozo, 2008, nm. 556 y ss.). Así pues, el autor debe ser consciente de que, con sus actos, induce a error a la víctima y que esta, motivada por este error, comete un acto perjudicial para su patrimonio. En particular, debe ser consciente de la relación causal entre sus actos fraudulentos y el error de la víctima, y entre dicho error y el acto perjudicial para el patrimonio. El autor debe tener entonces la voluntad de hacer que el engañado haga un acto de disposición perjudicial para su patrimonio; el dolo eventual es suficiente⁵¹.

b. Designio de enriquecimiento ilegítimo

Como elemento específico del aspecto subjetivo del tipo legal, la ley prevé el designio de enriquecimiento ilícito. Este concepto tiene el mismo significado que en el contexto de los delitos contra la propiedad. El autor debe actuar con el fin de obtener o procurar un beneficio económico indebido para sí mismo o para otros. Por tanto, el propósito de enriquecerse pertenece al mundo interno del estafador, entonces este no tiene que enriquecerse efectivamente para que el delito sea consumado.

Esta condición subjetiva prevista en la ley convierte la estafa en un “delito de designio” (*Absichtsdelikt*). Por lo tanto, no basta con que el autor actúe con la única intención de perjudicar el patrimonio de un tercero. El enriquecimiento debe constituir la meta final o, necesariamente, el fin intermedio del comportamiento. En ningún caso, un objetivo inoportuno o incómodo. Conforme al criterio de la equivalencia material, (*Stoffgleichheit*), es el núcleo del daño ocasionado por el acto de disposición patrimonial de la víctima.

51 ATF 92 IV 65; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 57; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 96; Donatsch, 2008, p. 217; Hurtado Pozo, 2008, n. 579 y ss.

Según el TF, el requisito del designio (*Absicht*) de enriquecimiento ilícito significa que la actitud del autor debe estar dirigida a obtener un beneficio patrimonial. Aun cuando el autor lo considere solo como posible, debe quererlo para el caso en que se produzca. En consecuencia, no basta con que se satisfaga de aceptar simplemente el enriquecimiento en caso de que se produzca o aún que se represente la ventaja patrimonial como una consecuencia indiferente o incluso indeseable de su comportamiento, con el que trata de producir un resultado completamente distinto. Con esta argumentación se acepta el dolo eventual (ATF 69 IV 80 y ss., ATF 72 IV 125 y s., ATF 105 IV 36).

Esta interpretación amplia es criticada por considerarse que resulta de una desafortunada confusión entre designio (elemento subjetivo) e intención (conciencia y voluntad), núcleo central del aspecto subjetivo del tipo legal. Ahora bien, estos dos conceptos deben distinguirse claramente: mientras que la intención se refiere a los elementos que constituyen el aspecto objetivo del tipo legal, el designio (propósito) se refiere a un hecho virtual futuro que no forma parte del tipo legal (enriquecerse). Por consiguiente, la doctrina mayoritaria⁵² sostiene que, con el término “designio” utilizado en el art. 146, el legislador no se refiere al primer grado de intención (dolo directo); por lo tanto, el designio puede adoptar todas las formas posibles de voluntad, es decir, también el dolo eventual.

En jurisprudencia repetida, el TF acepta, sin embargo, que “designio” se asemeja al “dolo directo de primer grado”. Su disponibilidad interna debe estar dirigida a la consecución del enriquecimiento. Según parte de la doctrina, el dolo eventual “solo puede aplicarse en la medida en que la evaluación no se refiera a la existencia de enriquecimiento, sino únicamente a su ilegalidad, es decir, que el infractor no esté seguro de tener derecho a la ventaja buscada” (Stratenwerth; Jenny y Bommer, 2010, art. 13 n.º 37).

52 Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 108; Donatsch, 2008, p. 217 y s.

Al analizar el caso de la persona que causa un incendio por culpa y engaña al seguro para ocultar su responsabilidad, Stratenwerth y Jenny rechazan la responsabilidad por fraude de seguros, alegando que actuó con dolo eventual para obtener un beneficio indebido (aceptación de una compensación imaginada como probable o eventual). En su opinión, no hay ningún acto que implique un desplazamiento patrimonial en este caso (Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 62).

Según una jurisprudencia reciente, no basta con que la obtención de la ventaja pecuniaria sea solo una consecuencia secundaria necesaria, quizá incluso altamente indeseable, de otro éxito buscado por el delincuente (ATF 101 IV 207). Sin embargo, la búsqueda del enriquecimiento no tiene por qué ser el motivo exclusivo de la acción; basta con que haya sido codeterminado (ATF 102 IV 83 y ss.).

Por último, destaquemos que el TF ha considerado que el designio de enriquecerse no debe ser el móvil exclusivo del autor. Basta que sea uno de los elementos que lo han impulsado a obrar (ATF 102 IV 83 y s./JdT 1977 IV 134).

C. Pena y prescripción

La estafa es castigada con pena privativa de libertad no mayor de cinco años o pena pecuniaria. La acción penal prescribe a los quince años (art. 97 al. 1 let. c) (Hurtado Pozo, 2008, nm. 1704 y ss.).

3. CASO CALIFICADO (ART. 146 INC. 2)

La noción de “oficio” (*métier*) ya se ha analizado en el contexto del hurto por oficio (art. 139, pf. 2); nos remitimos a las explicaciones dadas al respecto. Cabe recordar simplemente que la jurisprudencia adoptó en primer lugar una interpretación extensiva⁵³ del concepto de oficio, que la

53 ATF 115 IV 34/JdT 1990 IV 104: “Actúa como profesional (*fait métier*), quien comete la infracción con el designio de obtener ingresos y está dispuesto a actuar en un número indeterminado de casos o siempre que se presente la ocasión”.

doctrina consideró demasiado amplia, debido a que también incluía los casos de estafa por montos que no justificaba se imponga una pena de reclusión no menor de un año (art. 148 derogado) (Stratenwerth, 1977, p. 88). Posteriormente, el TF enmendó su jurisprudencia en la dirección deseada por la doctrina, estableciendo requisitos más restrictivos. Esta evolución confirma la dificultad de definir el concepto de “oficio” de forma abstracta y señala la necesidad de examinar los elementos concretos de cada caso *sub iudice* (Conseil Fédéral, 1991, p. 985).

Toda persona que comete estafas y que hiciera de la comisión de estafas su oficio (*métier*) podrá ser condenada a una pena privativa de libertad de hasta diez años o a una pena pecuniaria de al menos 90 días-multa (Schmid, 1995, p. 6). Esta sanción se justifica desde un punto de vista sistemático, en la medida en que corresponde a la sanción por hurto agravado por la misma circunstancia (art. 139, inc. 2). Contrariamente a lo dispuesto en el derogado art. 148.2, ya no se prevé la acumulación obligatoria de la pena privativa de libertad y de la sanción pecuniaria.

4. CASO PRIVILEGIADO (ART. 146 INC. 3)

La estafa cometida en perjuicio de allegados o de familiares (estafa doméstica) solo será reprimida por querrela. En este caso, la pena corresponde a aquella prevista para el hurto doméstico (art. 139 inc. 4).

5. CONCURSO

La cuestión de los concursos se plantea con frecuencia en relación con las disposiciones relativas a los delitos de apropiación, por ejemplo, cuando el autor se niega a devolver el objeto que se le ha confiado diciendo que le ha sido hurtado. Dado que la víctima de ambos comportamientos es la misma persona, en este caso el autor solo será castigado como responsable de un abuso de confianza (art. 138). La estafa (*Sicherungsbruch*) constituye aquí un acto posterior no punible (*straflose Nachtat, mitbestrafte Nachtat*). Por otra parte, existe concurso

real (Hurtado Pozo, 2008, nm. 1459 y ss.) entre la estafa y el hurto cuando el ladrón venda su botín a un comprador de buena fe (fraude de “uso”, *Verwertungsbruch*)⁵⁴. El autor, a través de una pluralidad de actos, daña el patrimonio de dos personas.

En el caso de quien extrae una suma de dinero de un banco utilizando una libreta de ahorros que ha robado anteriormente, las opiniones se dividen en doctrina. La solución varía según el criterio elegido para definir la noción de apropiación. Si mantenemos el criterio de la sustancia de la cosa (*substanztheorie*)⁵⁵, es de admitir que solo existe estafa. Por el contrario, si se aplica el criterio del valor de la cosa (*Sachwerttheorie*), el concurso es factible, si la estafa de uso (*Verwertungsbruch*) daña el patrimonio de un tercero (por ejemplo, el banco). El concurso es solo aparente si el perjudicado es la misma persona en la medida en que el banco no es afectado. Solo se aplica el art. 146 (estafa)⁵⁶.

La conducta del autor que, en lugar de engañar a una persona, manipula una máquina de manera a obtener un resultado inexacto que dé lugar a una transferencia de activos o a su disimulación, entra en el ámbito de aplicación del art. 147 (uso fraudulento de un ordenador), que es, por tanto, subsidiario de la estafa; si la manipulación de una máquina no es suficiente para obtener el resultado, pero si es necesario que una persona sea aún engañada, la estafa prevalece sobre el uso fraudulento de un ordenador (ATF 129 IV 32).

Quien, aunque sea insolvente o no esté dispuesto a pagar el importe adeudado, utilice una tarjeta de crédito o una tarjeta de cliente obtenida mediante engaño en detrimento del organismo emisor, incluso si ya tenía la intención de abusar de la tarjeta en el momento de su solicitud

54 ATF 72 IV 11/JdT 1946 IV 166; ATF 92 IV 129/JdT 196 IV 151; ATF 121 IV 26/JdT 1996 IV 168; Donatsch, 2008, p. 219; Graven, 1974, p. 5; Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 124; Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 68.

55 Donatsch, 2008, p. 219; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 41; ATF 72 IV 118/JdT 1947 IV 71.

56 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 68; cfr. Donatsch, 2008, p. 219 y s.

(ATF 127 IV 68/JdT 2003 IV 9), entra en el ámbito de aplicación del art. 148 del CP y no en el del art. 146 del CP.

Según el TF, el art. 149 (fraude de consumidor, *filouterie d'auberge*) es subsidiario del art. 146. Toda persona que, por ejemplo, se hace alojar en un hotel realizando los elementos constitutivos de la estafa debe ser condenada por este hecho. El delito de fraude de consumidor solo se tiene en cuenta cuando no se cumplen las condiciones establecidas en el art. 146 del CP (ATF 125 IV 124/JdT 2001 IV 6).

La jurisprudencia (ATF 82 IV 138; ATF 105 IV 247; ATF 112 IV 25) y la doctrina⁵⁷ admiten el concurso cuando el estafador comete una falsificación de documentos (art. 251, n. 1, pf. 2) para engañar a la víctima e inducirla a disponer de su patrimonio (art. 146). En efecto, existen varios bienes jurídicos (ATF 129 IV 58/JdT 2006 IV 12): la estafa es un delito contra el patrimonio, mientras que la falsificación de documentos es un delito contra la lealtad en las relaciones comerciales y contra la confianza depositada en un título con valor probatorio en las relaciones jurídicas. Los delitos son también de otra índole: la estafa es un delito material, de daño; mientras que la falsificación de títulos es un delito formal de peligro abstracto. Por lo tanto, las acciones del autor solo pueden ser totalmente reprimidas mediante la aplicación de ambas disposiciones.

El concurso es ideal (unidad de acción) cuando el autor falsifica un documento con el fin de utilizarlo para engañar a un tercero y lo utiliza para este fin; el concurso es real (pluralidad de acciones) si, en primer lugar, el autor falsifica el documento y, en segundo lugar, germina en su espíritu la idea de utilizarle para engañar a otro. Sin embargo, algunos estudiosos consideran que, si el documento falsificado se utiliza exclusivamente para la comisión de la estafa, puede ser considerado como

57 Stratenwerth y Jenny, 2003, art. 15 n.º 67; Donatsch, 2008, p. 219 y s; cfr. Schubarth y Albrecht, 1992, art. 148 n.º 127; Trechsel y Cramer, 2008, art. 146 n.º 20.

un mero acto preparatorio para la comisión de esta infracción y que no representa un peligro adicional, la falsificación es absorbida por la estafa⁵⁸.

6. ANEXO: TEXTOS LEGALES

Código Penal suizo

Art. 146.- Estafa

- 1 Quien, con el designio de procurarse para sí o para otro un enriquecimiento ilegítimo, induce a error a una persona mediante afirmaciones falsas o la disimulación de hechos verdaderos, o la reconforta astutamente en su error y la determina de esta manera a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero, será castigado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años o pena pecuniaria.
- 2 Si el autor hace profesión de la estafa, es castigado con pena privativa de libertad no mayor de diez años o pena pecuniaria.
- 3 La estafa en perjuicio de un cónyuge o de un miembro de la comunidad económica es castigada solamente por querrela de parte.

Art. 146.- Betrug

1. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.
2. Handelt der Täter gewerbsmässig, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bestraft.
3. Der Betrug zum Nachteil eines Angehörigen oder Familien-genossen wird nur auf Antrag verfolgt.

58 Boog, 2007, art. 251, n.º 105; Stratenwerth y Bommer, 2010, art. 36 n.º 59.

Art. 146.- Escroquerie

- 1 Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
- 2 Si l'auteur fait métier de l'escroquerie, la peine sera une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire de 90 jours-amende au moins.
- 3 L'escroquerie commise au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivie que sur plainte.

Art. 146.- Truffa

1. Chiunque, per procacciare a sé o ad altri un indebito profitto, inganna con astuzia una persona affermando cose false o dissimulando cose vere, oppure ne conferma subdolamente l'errore inducendola in tal modo ad atti pregiudizievoli al patrimonio proprio o altrui, è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.
2. La pena è una pena detentiva sino a dieci anni o una pena pecuniaria non inferiore a 90 aliquote giornaliere se il colpevole fa mestiere della truffa.
3. La truffa a danno di un congiunto o di un membro della comunione domestica è punita soltanto a querela di parte.

Código Penal peruano

Artículo 196.- Estafa

El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de un tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

Artículo 196-A.- Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

Artículo 197.- Casos de defraudación

La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

1. Se realiza con simulación de juicio o empleo de otro fraude procesal.
2. Se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de un tercero.
3. Si el comisionista o cualquier otro mandatario, altera en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiera hecho.
4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.