

# **Cuestiones perfunctorias entre el crimen de estelionato en el derecho brasileño y su correlación con la estafa y otras defraudaciones del derecho argentino**

Por Diego Renoldi Quaresma de Oliveira\*

## **Resumen**

El presente *paper* plantea las diferencias y similitudes entre el crimen de estelionato en el derecho brasileño y su correlación con la estafa y otras defraudaciones del derecho argentino, sus modalidades de defraudación como un ataque a la propiedad cometido mediante fraude, por el uso de ardid o engaño y en otros casos, en un abuso de confianza, figura básica para el derecho brasileño que difiere del derecho argentino.

## **Palabras Clave**

Defraudación; Perjuicio Patrimonial; Ardido; Error; *Mise-en-Scène*.

## **Introducción**

De modo de antecedente ilustrativo, desde hace mucho tiempo la defraudación demanda atención. Leyes antiguas como Los Códigos de Hammurabi (Babilonia) el Código de Manu (India) y el propio Derecho Romano ya se ocupaban de las defraudaciones. La preocupación con nuestro Código e de muchos otros, como el propio Código Penal argentino, procuran traer expresamente diversos casos de defraudaciones o varias modalidades que ella ofrece.

Dentro del Título tratante sobre “Delitos contra el patrimonio” el Capítulo VI del Código Penal brasileño se refiere a determinados crímenes como “*Estelionato e Outras Fraudes*” (art. 171- art. 179).

Como señala Magalhães Noronha<sup>1</sup>, el Código Penal brasileño deja claro el hecho de que, en este Capítulo dirigido a el “*estelionato e outras fraudes*”, que la violencia ya no es la cosa o la persona el medio de ataque a la propiedad, sino más bien el engaño, el inducir el error, perjudicando a la víctima de una manera distinta a la de "medios inseguros".

Tanto el Código Penal brasileño en este Capítulo, cuanto el Código penal argentino buscan, por supuesto, castigar la defraudación que daña la propiedad, es decir, la conducta humana que resulta en lesiones a la propiedad por engaño y no la conducta real del fraude<sup>2</sup>.

En este sentido, acrece el profesor Edgardo Donna<sup>3</sup>: “*Si la buena fe fuese el bien jurídico amparado, la consumación del delito debería producirse con la sola realización del engaño, sin necesidad de que ocasionara perjuicio patrimonial alguno, solución que resulta inaceptable desde el punto de vista legal.*”

Como figura típica central de este Capítulo insertado en el Código Penal brasileño, adoptó la nomenclatura *estelionato* ya utilizado en el Derecho Romano (*stellionatus*)<sup>4</sup>. En la legislación argentina, por otro lado, se adoptó la denominación *estafa* como veremos adelante en este estudio.

Según la figura básica de *estelionato* (o estafa en Argentina) legislada en el art. 171 del CPB, practica el crimen quien:

*“Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:”*

---

\* Maestrando en Derecho Penal en la Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. Especialista en Sociología. Profesor de Derecho y abogado criminalista en Brasil. Su último libro es *Ações Autônomas de Impugnação em Matéria Penal*, Curitiba, CRV, 2020.

<sup>1</sup> NORONHA, E. Magalhães, *Direito penal, v.2, dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio*. 25 ed. nos termos da Lei 7209/84. São Paulo. Saraiva, 1988-1991, p. 359.

<sup>2</sup> Idem, p. 360.

<sup>3</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho penal, parte especial, tomo II-b*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni, 2001, p. 265.

<sup>4</sup> NORONHA, E. Magalhães, *Direito penal, v.2, ob. cit.*, p. 360.

Para la doctrina brasileña<sup>5</sup>, *estelionato* es el hecho de que el sujeto obtiene, para sí mismo o para otros, una ventaja indebida en detrimento de los demás, induciendo o manteniendo a alguien por error, a través del artificio o cualquier otro medio fraudulento (tipo básico del art. 171, del CPB).

Es decir, innúmeras e imprevisibles son las posibilidades de defraudaciones, pero todas tienen elementos comunes que se no están presentes o el hecho es atípico o puede ser que habrá otro delito.<sup>6</sup>

A continuación, se puede clasificar como elementos del tipo de la siguiente manera: elemento subjetivo (dolo) + Medio fraudulento (artificio, ardid que conduce al error) + ventaja ilícita + lesión patrimonial = estafa.<sup>7</sup>

Así como Magalhães Noronha<sup>8</sup>, entendemos que la simple mentira es bastante para configurar el crimen, pero para los seguidores de la teoría de *mise-en-scène*, junto con la mentira, debería presentar un aparato ficticio ostentoso, sensible o visible por la víctima (*como hechos exteriores*), es decir, debe se crear una escena fraudulenta.

Por la expresión presentada por el CPB "*cualquier otro medio fraudulento*", no podemos entender de otra manera que tal expresión abarcaría perfectamente la mentira (verbal).

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia argentina argumentan que la simple mentira no clasificaría como ardid o engaño y que no bastaría para la configuración de la estafa que debe ser una defraudación acompañada de elementos externos, no vemos ninguna diferencia en este entendimiento y en la vieja teoría francesa de exigencia del *mise-en-scène*.

El Código Penal Brasileño se ha mantenido fiel a la doctrina francesa de *commencement d' exécution*<sup>9</sup>, exigiendo, para que haya resultado, el

---

<sup>5</sup> JESUS, Damásio E. *Direito penal, v.2. parte especial: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio*, 23 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 425.

<sup>6</sup> NORONHA, E. Magalhães, *Direito penal, v.2, ob. cit.*, p. 360.

<sup>7</sup> Idem, p. 360.

<sup>8</sup> Idem, p. 365-366.

<sup>9</sup> Idem, p. 379.

comienzo de la ejecución. No siendo necesario que el autor logre obtener la ventaja indebida.

Entonces, es necesario aclarar que todas estas figuras típicas y las siguientes tratadas por el Código Penal brasileño en dicho Capítulo (arts.171-179), son defraudaciones, es decir, los principios que se establecen y que rigen el delito de estafa también son aplicados a las demás modalidades siguientes.

## **2. Cotejamiento entre las legislación brasileña y argentina sobre la Estafa y el Abuso de Confianza**

El Código Penal argentino, por su vez, en el mismo sentido de la legislación brasileña, encuadra estas figuras típicas como delitos *contra la propiedad*, en los artículos 172-175 del CPA.

Dice el artículo 172:

**“ARTICULO 172.** - 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.”

Como señala el profesor Edgardo Donna<sup>10</sup>, no hay dudas de que la estafa es delito contra la propiedad, ya que no se castiga el engaño, sino el daño patrimonial que ocasiona el engaño.

La defraudación comprende una serie de delitos y el Código Penal argentino trae dos tipos básicos de defraudaciones – *estafa* y *abuso de confianza* – que se tratan en el mismo Capítulo IV del CPA (arts. 172-175), es decir, para la legislación porteña, la diferencia que reside entre ambas es el *momento* en que el autor actúa con dolo, en la estafa el engaño viene es antes de la recepción de la cosa a través de la buena fe de la víctima, es decir, la voluntad de la víctima ya es adicta al ardid o al engaño.

---

<sup>10</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho penal, parte especial*, ob. cit., p. 262.

De esta manera se presenta la jurisprudencia argentina:

“La estafa no se diferencia del hurto porque en aquella media ardid, puesto que pueden darse hurtos a través de ardidés muy ingeniosos, sino porque en la estafa la víctima efectúa la acción perjudicial voluntariamente, aunque engañada mientras que en el hurto el apoderamiento se efectúa invito dominio (Causa n. 582. Cámara Nacional de Casación Penal. Sala II, 11/03/96).

En Brasil existe una figura típica llamada de “*furto mediante fraude*” (hurto mediante fraude) que no se debe confundirse con la estafa, ya que en *hurto mediante fraude* se usa el ardid, el engaño o cualquier otra circunstancia para eliminar la vigilancia de la víctima sobre la cosa para que el autor pueda practicar el hurto (art. 155, §4º, II, del CPB).

### **3. Idoneidad del ardid o engaño y el perjuicio patrimonial indebido**

El ardid, necesita ser idóneo, es decir, debe tener el poder de producir engaño a la víctima (en concreto). Cuanto, a eso, tanto la jurisprudencia argentina cuanto la brasileña, han sostenido que la eficacia del medio empleado para la estafa debe ser suficiente para engañar.<sup>11</sup>

Así bien como la legislación brasileña sobre el tema, en Argentina no es tampoco necesario que la víctima sufra perjuicio patrimonial para que haya, al menos, tentativa.

En Argentina, la estafa, el autor se vale de engaño o ardid empleado precedentemente, es decir, con anterioridad para que la víctima entregue la cosa o haga algo que le traiga perjuicio. En *el abuso de confianza*, por otro lado, la entrega de la cosa por parte de la víctima es válida y lícita, ya que el dolo es posterior a el recibimiento de la cosa.

---

<sup>11</sup> Sobre el tema: Argentina: Cámara del Crimen de Capital, L.L, 2-466; Fallos 5-196), En Brasil: TJ-ES Apelação APL 00112782120048080014 (TJ-ES).

En resumen: en la estafa, el abuso de confianza es un engaño usado por el estafador para que la víctima le entregue la cosa, en claro dolo anterior.<sup>12</sup>

El *abuso de confianza* contenido en la ley argentina (que usa la expresión tradicional de la legislación francesa) está presente como modalidad autónoma de defraudación en las figuras del artículo 173, incisos 2º, 7º, 11, 12 y 13<sup>13</sup>.

Para Donna<sup>14</sup>, “El que abusa de esa confianza que se tiene a su respecto aprovecha las facilidades con que no cuentan la generalidad de los individuos. La confianza es, así, un vínculo particular.”

Es semejante, en parte, a la figura típica presente en el Código Penal Brasileño, llamada “*apropiação indébita*” (*apropiación indebida* en traducción libre),<sup>15</sup> con previsión en el art. 168 que presupone: la entrega voluntaria del bien por parte de la víctima (posesión y detención debe ser legítima); posesión y detención descuidada (sin vigilancia); la acción debe recaer en cosa móvil ajena, finalmente, debe haber la reversión del *animus* de posesión, así es, recibe la cosa de buena fe de la víctima, y pasa a actuar con dolo de no devolverla y procede, entonces, a actuar como si fuera su dueño.

Ahora bien, no obstante, es menester decir que para las dos legislaciones, el perjuicio producido por el autor del fraude debe ser indebido. Se la ventaja indebida por el autor es debida, es posible que habrá otro crimen.

#### **4. Análisis comparativo con los tipos penales de los artículos 172; 173, 2º e 173, 7º del CPA**

---

<sup>12</sup> TORRES NEUQUIEN, Lisandro, *Guía de estudio de penal parte especial: programa de desarrollo de la materia*. 11. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio, 2019, p. 203.

<sup>13</sup> Cfr. DONNA, Edgardo, *Derecho penal, parte especial tomo II-b*, ob. cit. p. 341.

<sup>14</sup> Idem, p. 299

<sup>15</sup> Cfr. MIRABETE, Julio Fabrinni, *Manual de direito penal*, 19. Ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 281, ensina que: “Ao contrário do que ocorre em outros países que o crime é denominado abuso de confiança, entendendo-se ser este a essência do delito, a lei brasileira definiu-o como apropriação indébita. A denominação do tipo penal que seria uma situação intermediária entre o furto e o estelionato, é a mais apropriada, posto que o abuso de confiança é uma característica apenas, aliás, não indispensável (...).” *Manual de direito penal*, 19. Ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 281. No mesmo sentido: NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, ob. cit., p.326.

Por más que el legislador argentino tenga optado por no definir el concepto de estafa optando por utilizar un sistema ejemplificativo-causídico, puédesse conceptuar el crimen de estafa como: disposición patrimonial prejudicial, producida por error, el cual ha sido logrado mediante ardid o engaño del sujeto activo, tendiente a obtener un beneficio indebido.

Así como en la legislación brasileña, el tipo básico del crimen de estafa se encuentra en el art. 172 del CPA, lleva una enumeración contenida en el elemento “o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”, eso es, la conducta de defraudar a otro usando los medios como nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, aparentar bienes etc., son sólo ejemplos.

Según Moreno<sup>16</sup> el artículo 173 enumera una serie de casos especiales de defraudación comprensiva de los diez incisos que tienen relación con la defraudación del artículo 172 que sólo habla de defraudar a otro.

Dentro de los casos de estafa, se contemplan las figuras en el art. 173 que tratan de estas situaciones: art. 173, 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8, 9º, 10º, 14, 15 y 16.

Ahora bien, como ya mencionamos, puédesse elegir los casos que presentan caracteres de abuso de confianza en general dentro del artículo 173, las figuras de los incisos 2º, 7º, 11, 12 y 13<sup>17</sup>

El inciso 2º, trata de la acción consistente en “apropiación o retención indebida, eso es, la víctima entrega la cosa voluntariamente y el delincuente abusa de la confianza de la víctima. Como el dolo es posterior es un caso de abuso de confianza (dolo posterior).

En el inciso 7º, como explica Torres Neuquién<sup>18</sup>, la figura presenta todos los caracteres de un abuso de confianza porque la víctima entregó sus bienes de bona fe y de modo lícito para el autor. En este sentido señala Donna: “se trata de un abuso de confianza y no de una estafa, pues el sujeto pasivo entrega la cosa con su voluntad libre, “no contaminada” por ningún engaño por parte del autor del delito. La relación inicial es lícita, y por tanto el consentimiento no se encuentra viciado.”

---

<sup>16</sup> Apud DONNA, Edgardo, *Derecho penal, parte especial tomo II -B*, ob., cit., p. 259.

<sup>17</sup> Idem, p. 299.

<sup>18</sup> TORRES NEUQUIEN, Lisandro, *Guía de estudio de penal parte especial*, ob. cit., p. 207.

En nuestra opinión, se incluye como modalidad autónoma de defraudación por abuso de confianza, el inciso 11, que dice trata de *Desbaratamiento de Derechos Acordados*, a ver:

“El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;”

El delito, como se puede ver, depende de la existencia de relación contractual entre la víctima y el autor de la defraudación, donde aquella concede derecho sobre el bien o pacta una obligación a favor de otra persona. Hasta aquí, es de todo lícito, por eso entendemos que es caso de abuso de confianza.

Ahora bien, después de la concesión o pacta sobre el derecho u obligación, el autor torna ese mismo derecho u obligación imposible, arruinada con otorgamiento de ulterior a otra persona de un derecho mejor.<sup>19</sup>

Cuanto a los delitos de los incisos 12 y 13 del art. 173, se puede afirmar que en el 12 el autor produce un perjuicio al cocontratante, practicando conductas de disponer, gravar y perjudicar los cocontratantes. Ya en inciso 13, el autor es autorizado a ejecutar judicialmente el inmueble que trata el tipo, pero actúa “maliciosamente” con objetivo de perjudicar la víctima. En ambas las situaciones son casos de abuso de confianza.

## **Conclusión**

No muy diferente de lo que era el trato del *stellionatus* definido por el Derecho Romano<sup>20</sup>, en síntesis, el objeto de los delitos de *estelionato e outras fraudes* (en Brasil) y la *estafa y otras defraudaciones* (en Argentina) es el patrimonio; se consuma con el daño patrimonial (es un delito de resultado

---

<sup>19</sup> TORRES NEUQUIEN, Lisandro, *Guía de estudio de penal parte especial*, ob. cit., p. 209.

<sup>20</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho penal, parte especial tomo II-b*, ob. cit., p. 257.

material) por medio del ardid, engaño o cualquier otro medio, que produzca una falsa percepción de la realidad, es decir, la víctima no sabe lo que hace.

La tentativa es admitida cuando el autor engaña la víctima, pero no logra la disposición patrimonial.

Además, se exige un elemento subjetivo del dolo, dirigido a la lesión del patrimonio. Cuanto eso, hay muchas semejanzas entre el trato de esos delitos por los dos países.

## Referencias

DONNA, Edgardo, *Derecho penal, parte especial, tomo II-b*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni, 2001, p. 262.

JESUS, Damásio E. *Direito penal, v.2. parte especial: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio*, 23 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2000.

MIRABETE, Julio Fabrinni, *Manual de direito penal*, 19. Ed. São Paulo, Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães, *Direito penal, v.2, dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio*. 25 ed. nos termos da Lei 7209/84. São Paulo. Saraiva, 1988-1991.

TORRES NEUQUIEN, Lisandro, *Guía de estudio de penal parte especial: programa de desarrollo de la materia*. 11. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio, 2019,