

UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LIMITES DEL ENGAÑO OBJETIVO EN EL DELITO DE ESTAFA EN
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO.**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. HECTOR DANIEL CHOQUE ROSALES

Asesor:

Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO

Huaraz – Ancash – Perú

2018



FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A
OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____

Teléfono: _____

E-mail: _____

D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

Tesis

Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico

Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Para optar el Título Profesional de:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Línea de Investigación (*): _____

8. Sub-línea de Investigación (*): _____

() Según resolución de aprobación del proyecto de tesis*

9. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

10. Referencia bibliográfica: _____

11. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo.

Acceso restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:



12. Originalidad del archivo digital

Por el presente deixo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.


482 19774
Firma del autor

13. Otorgamiento de una licencia CREATIVE COMMONS

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

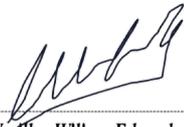
14. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Seleccione la
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:




Varillas William Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS



SECCION DE GRADOS Y TITULOS

ACTA DE SUSTENTACION, PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO
FOLIO - FDCCPP

MODALIDAD: SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las 18-00 horas del día veintiséis de mayo de dos mil dieciocho, se presentaron en el Auditorium N° 03 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", el Jurado Calificador integrado por los docentes:

Dr. ROBLES TREJO LUIS WILFREDO : **PRESIDENTE**
Mag. SANCHEZ ESPINOZA RICARDO ROBINSON : **SECRETARIO**
Dr. ROBLES BLACIDO ELMER : **VOCAL**

Con el objeto de examinar en Acto Público, la Sustentación Oral de la Tesis titulada: "LIMITES DEL ENGAÑO OBJETIVO EN EL DELITO DE ESTAFA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL PERUANO" del Bach. CHOQUE ROSALES HECTOR DANIEL, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el Bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual fue examinada en relación a la Tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO..... DIECISEIS (16).....
RESULTADO..... APROBADO POR UNANIMIDAD.....

En mérito de lo cual, el Jurado Calificador Declara APTO, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las..... 19.00horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

Dr. ROBLES TREJO LUIS WILFREDO
Presidente.

Mag. SANCHEZ ESPINOZA RICARDO ROBINSON
Secretario.

Dr. ROBLES BLACIDO ELMER
Vocal.

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por haber contribuido en mi formación profesional y permitir llegar a la cima de mis metas.

Así mismo agradezco por su gentil y valiosa colaboración a toda la plana docente, quienes con sus aportes lograron que este trabajo exista.

DEDICATORIA

*Dedico el presente trabajo a **Dios**, por darme la oportunidad de vivir esta etapa de mi vida académica y profesional.*

*A **Nélida Rosales** mi madre, fuente de inspiración en mi desarrollo profesional, quien con su apoyo y amor incondicional logró compartir mis objetivos profesionales.*

*A **Anita Villarreal**, a quien le agradezco por ser la persona que todos los días motiva mi vida y coloca con sus afectos alegría en mi corazón.*

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	12
1.2. Formulación del problema	14
1.2.1. Problema general	14
1.2.2. Problemas específicos	14
1.3. Importancia del problema	14
1.4. Justificación y viabilidad	15
1.5. Formulación de objetivos	18
1.5.1. Objetivo general	19
1.5.2. Objetivos específicos	19
1.6. Formulación de hipótesis	19
1.7. Variables	19
1.8. Metodología	20
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	21
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	21
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información	22
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información	23
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información	24
1.8.6. Validación de la hipótesis	24

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	26
2.2. Bases teóricas	28
2.2.1. Nociones Generales sobre el delito de Estafa	28
2.2.2. Cuestiones Generales sobre el engaño	35
2.2.3. Imputación Objetiva	48
2.2.4. Deberes de Protección de la Víctima	60
2.3. Definición de términos	68

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. El engaño y sus límites en el Delito de Estafa – supuesto de Imputación Objetiva resultante	71
3.2. Delimitación de los supuestos de riesgo permitido y de imputación a la víctima	77
3.3. La accesibilidad a la información veraz como elemento determinante para la imputación a la víctima	83
3.4. Tratamiento Normativo y Jurisprudencial del Delito de Estafa	85
3.5. Derecho Comparado sobre el tratamiento normativo del Delito de Estafa y sus Límites Punitivos	90

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. La víctima e Imputación Objetiva en el Delito de Estafa	102
4.2. La normativización de la Estructura Típica de la Estafa	105
4.3. La dogmática normativista en el delito de Estafa	107
4.4. Validación de la hipótesis	111
CONCLUSIONES	116
RECOMENDACIONES	118
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar los límites del engaño que se presenta dentro del delito de estafa, enfocado en el Ordenamiento Penal Peruano; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, explicativa, no experimental, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada.

La investigación ha demostrado que en estos tiempos la estafa puede describirse, como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero de ahí que surge la necesidad de determinar cuáles deben ser los límites del engaño dentro del delito de estafa.

Considero que la investigación permitirá tener un panorama más claro de cuando el engaño es determinado como una mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega del bien. Estableciendo sí, el engaño consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas. Por lo que, el engaño, no debe ser cualquiera, debe ser idóneo, lo suficiente para mantener en error a la víctima.

Palabras claves: Delito, Estafa, Engaño, Inducción en error, víctima, despojo patrimonial, idoneidad.

ABSTRACT

The objective of the investigation was to analyze the limits of the deceit that is presented within the crime of fraud, focused on the Peruvian Penal Order; for which a dogmatic, transversal, explanatory, non-experimental research was carried out, lacking temporal and spatial delimitation of the problem by the type of research carried out.

Research has shown that in these times the scam can be described, as the fact by which a person takes, as a result of an error caused by the action of the agent, a harmful patrimonial disposition, that agent intends to convert to their own benefit or from a third party there arises the need to determine what should be the limits of deception within the crime of fraud.

We have considered that the investigation will allow us to have a clearer picture of when the deception is determined as a mutation or alteration of the truth, tending to provoke or maintain the error of others, as a means of achieving the delivery of the good. Establishing yes, deception consists of a simulation or dissimulation capable of misleading one or more people. So, the deception, should not be any, should be suitable, enough to keep the victim in error.

Key words: Crime, Scam, Deception, Induction in error, victim, property spoil, suitability.

INTRODUCCIÓN

No es nada novedoso hablar hoy en día de la importancia que para el Derecho penal tiene el comportamiento de la víctima y, particularmente, para el juicio de tipicidad objetiva. Tampoco lo es que las elaboraciones teóricas de corte naturalístico que fundaban su esquema de atribución de responsabilidad en una operación meramente causal no resultan ahora ya suficientes y, por el contrario, han venido siendo progresivamente superadas a partir de construcciones dogmáticas de signo normativo que han prescindido decididamente de consideraciones de carácter puramente ontológico. De esta manera, se ha ido consolidando la premisa de que la sola causación de un resultado lesivo no dice nada sobre la relevancia jurídico-penal de un suceso, es decir, no determina aquello que expresa comunicativamente un sentido social perturbador. En otras palabras, “la causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social”. (Jakobs, 1998, p. 19)

En efecto, el pensamiento naturalista y su limitada forma de ver las cosas han venido perdiendo fuerza desde las primeras décadas del siglo pasado y actualmente es posible afirmar que ya ha sido superada para dar lugar a una dogmática de carácter normativista. De hecho, algunos autores han fijado como fecha de defunción de este modelo causalista la segunda década del siglo pasado. De acuerdo a la dogmática normativista, pues, no hay cabida para criterios fundamentados en la causalidad y las leyes de las ciencias naturales, por lo que resulta ajeno a la ciencia jurídico-penal dar primacía a la simple constatación de una relación de causa-efecto entre el comportamiento de una persona y el resultado lesivo ocasionado.

Máxime en la época de la gestación dogmática del delito de estafa eran evidentes las diferencias existentes en la doctrina en relación con este punto, disputa que, en esencia, existe hasta el día de hoy. En efecto, el debate consiste básicamente en interpretar a la estafa como un delito que exige una calificación del engaño y cierta diligencia de la víctima, o como un hecho punible que deba proteger a toda clase de víctimas, problema que en la época contemporánea se trata en el marco de la víctima dogmática y en el seno de la teoría de la imputación objetiva.

Pues conforme se ha establecido alrededor de la investigación en un sistema no alemán, sobre todo del delito de estafa nadie puede negar que el engaño necesita cierta entidad para ser típico. Tradicionalmente, en este tema los sistemas latinos han optado por el antiguo sistema francés consistente en que el engaño jurídico penal a efectos de la estafa tiene que determinarse con un muy exigente filtro normativo.

De esta manera, –según algunos– la aplicación de la victimodogmática a la estafa podría estimarse como un paso adelante, pues introduciría la responsabilidad de la víctima en el estudio de la tipicidad, y con ello se favorecería el rechazo del sistema causalista que estimaba al delito como un proceso unilateral de generación de un resultado lesivo. (Choclan, 2000, pp. 108 y ss)

Entonces, podemos decir que el único aporte que efectuaría dice relación con llamar la atención en que las posibilidades de autoprotección de la víctima podrían ser relevantes en la conceptualización de la conducta típica y, con ello, podría ser útil para delimitar los ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima, en relación con los cuales debería ponerse atención en un marco más adecuado, es decir, en el juicio de tipicidad del comportamiento (o según otra terminología: en la imputación objetiva de la conducta).

Como consideración general, tenemos que subrayar que el engaño constituye la esencia del delito de estafa, pues ofrece una ilimitada variedad de ejemplos que son fruto del ingenio y de la picaresca que se da en la vida real y que se incardina en el seno de un pacto o relación contractual preparada con fin defraudatorio (no se olvide que el popularmente conocido “cuento del tío”, a fin de cuentas, es un contrato).

Inclusive, se ha manifestado que “elemento característico del tipo objetivo de estafa –y que permite diferenciarlo de los demás delitos contra el patrimonio, puesto que le da fisonomía propia– es el engaño. Sin su concurrencia no se concibe la estafa, a tal punto que vulgarmente hasta se llega a identificar este requisito con el delito mismo”.

El titulado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

En la presente investigación analizaremos, desde una perspectiva panorámica, y amplia del derecho penal como se viene actuando y presentando los límites del Engaño Típico que deberían ser tomados en cuenta al momento de establecer una Imputación Objetiva dentro del Delito de Estafa en el Derecho Penal Peruano. Pues conforme se ha establecido alrededor de la investigación en un sistema no alemán, sobre todo del delito de estafa nadie puede negar que el engaño necesita cierta entidad para ser típico. Tradicionalmente, en este tema los sistemas latinos han optado por el antiguo sistema francés consistente en que el engaño jurídico penal a efectos de la estafa tiene que determinarse con un muy exigente filtro normativo.

Ya en la época de la gestación dogmática del delito de estafa eran evidentes las diferencias existentes en la doctrina en relación con este punto, disputa que, en esencia, existe hasta el día de hoy. En efecto, el debate consiste básicamente en interpretar a la estafa como un delito que exige una calificación del engaño y cierta diligencia de la víctima, o como un hecho punible que deba proteger a toda clase de víctimas, problema que en la época contemporánea se trata en el marco de la victimo dogmática y en el seno de la teoría de la imputación objetiva.

En este contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal; de ahí que resulte de suma

importancia relevarlas y ajustarlas a las exigencias de la sociedad moderna. Básicamente, todo sistema procesal penal reconoce dos bloques de garantías procesales: las genéricas y las específicas. Entre las primeras se encuentran el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso. Entre las segundas se incluyen aquellas garantías derivadas de las genéricas y que tienen un ámbito propio de protección: igualdad de armas, igualdad ante la ley, inmediación, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba prohibida, etcétera.

En ese sentido, la reforma del proceso penal plasmada en el Código Procesal del 2004, que implica el tránsito de un modelo con orientación inquisitiva a uno de corte acusatorio y adversarial, no solamente conlleva a cambios estructurales, funcionales y normativos en el sistema de justicia penal de una determinada sociedad; sino que implica, además, la generación de conocimiento en torno a los fundamentos, instituciones y dinámica atribuible al citado modelo procesal.

En consecuencia, parte de esta dinámica es la relación garantías constitucionales y proceso penal, implica en un primer escenario, que las garantías y los derechos constitucionales fungen como un poder jurídico de contención al ius puniendi del Estado, el cual se sirve del proceso penal a fin de aplicar una sanción al responsable de un hecho delictuoso; pero, y como segundo escenario, el mencionado poder jurídico de contención puede verse relajado o debilitado por la manipulación, por parte de los órganos públicos, de los derechos constitucionales, los cuales se convierten en marcos habilitadores -permisivos- del poder punitivo, sin presencia de límites o controles, lo cual implica el relajamiento de garantías

constitucionales en el proceso penal.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son los límites del Engaño Típico que deberían ser tomados en cuenta al momento de establecer una Imputación Objetiva del Delito de Estafa en el Derecho Penal Peruano?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿Cuáles son los beneficios de establecer los límites del Engaño Típico?
- b) ¿Existe suficiente normatividad que permita establecer los límites del engaño en el delito de estafa?
- c) ¿Habrá previsto el legislador una correcta tipificación del delito de estafa de acuerdo al tráfico económico peruano?

1.3. Importancia del problema

La presente investigación se justifica principalmente en razón de haber observado en el campo jurídico una carencia en el desarrollo de investigaciones jurídico doctrinarias destinadas a examinar cuales son los límites del engaño en el delito de estafa dentro del Ordenamiento Jurídico Penal Peruano. Ello queda traducido en la necesidad de describir con exactitud los límites del Engaño Típico que deberían ser tomados en cuenta al momento de establecer una Imputación Objetiva del Delito de Estafa en el Derecho Penal Peruano.

La problemática se acrecienta cuando vemos que ya en esta época de la gestación dogmática del delito de estafa eran evidentes las diferencias existentes en la doctrina en relación con este punto, disputa que, en esencia, existe hasta el día de hoy. En efecto, el debate consiste básicamente en interpretar a la estafa como un delito que exige una calificación del engaño y cierta diligencia de la víctima, o como un hecho punible que deba proteger a toda clase de víctimas.

En esa línea de ideas, surge la necesidad de ocuparnos de uno de los temas que ha merecido un debate jurídico social en el ámbito penal, a decir de los límites del engaño al momento de la imputación del delito de estafa.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

al cambio de paradigmas desde el Estado legalista al Estado constitucional.

El presente problema tiene un desarrollo teórico doctrinario sustentando en los límites del engaño en el delito de estafa, las mismas que justificaran la investigación y permitirá desarrollar el marco teórico. A este nivel la presente investigación se justifica porque no existe abundante literatura al respecto. Además, se presenta el estado de desarrollo de las posiciones doctrinarias en el ámbito nacional y extranjero, así como la respectiva legislación. El valor teórico, por tanto, de esta tesis radica en que contribuye a incrementar la bibliografía disponible sobre los límites del engaño y el delito de estafa.

Pues conforme se ha establecido alrededor de la investigación en un sistema

no alemán, sobre todo del delito de estafa nadie puede negar que el engaño necesita cierta entidad para ser típico. Tradicionalmente, en este tema los sistemas latinos han optado por el antiguo sistema francés consistente en que el engaño jurídico penal a efectos de la estafa tiene que determinarse con un muy exigente filtro normativo.

Ya en la época de la gestación dogmática del delito de estafa eran evidentes las diferencias existentes en la doctrina en relación con este punto, disputa que, en esencia, existe hasta el día de hoy. En efecto, el debate consiste básicamente en interpretar a la estafa como un delito que exige una calificación del engaño y cierta diligencia de la víctima, o como un hecho punible que deba proteger a toda clase de víctimas, problema que en la época contemporánea se trata en el marco de la víctima dogmática y en el seno de la teoría de la imputación objetiva.

1.4.2. Justificación práctica

La finalidad práctica de la presente investigación consistirá en determinar la relación existente entre el proceso penal y los límites al engaño punitivo al momento de tipificar el delito de estafa, a fin de establecer sus contenidos, criterios interpretativos fundados en el sistema garantista.

Además, considero que la investigación revaloriza a la importancia del estudio de los límites del engaño en el delito de estafa, para cumplir y acercarnos tal vez un poco más a elementos transcendentales dentro de nuestra legislación, en suma, a la mejora al momento de resolver cuestiones vinculadas a la presente investigación.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

El enfoque metodológico que se empleó en la presente investigación fue el del Enfoque Cualitativo, toda vez que se recogieron datos sin medición numérica, sino basados en valoraciones y apreciaciones jurídicas cuyo propósito es la descripción de los objetos que estudia y la interpretación de los mismos, tal como lo refiere Robles (2014) basados en la interpretación y la comprensión del mismo de forma holística; abordándolo desde una perspectiva teórica.

1.4.5. Justificación técnica

Se empleó en el desarrollo de la investigación el soporte técnico e informático necesario, habiendo previsto para ello una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2020.

1.4.6. Viabilidad



a. Bibliográfica: Se empleó diversas fuentes de información como: bibliográficas, hemerográficas y virtuales, los que permitió recoger y sistematizar información para la construcción del marco teórico y para justificar la validación de la hipótesis.

b. Económica: Se contó con los recursos económicos para afrontar los gastos de la investigación, los mismos que estuvieron detallados en el presupuesto; y que fueron asumidos por el responsable de la investigación.

c. Temporal: El periodo de investigación donde se desarrolló la ejecución, así como la elaboración del informe final de la tesis correspondió al año 2018.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar cuáles son los límites del Engaño Típico que deberían ser tomados en cuenta al momento de establecer una Imputación Objetiva del Delito de Estafa en el Derecho Penal Peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- a. Analizar los beneficios de establecer los límites del Engaño Típico.
- b. Determinar si existe suficiente normatividad que permita establecer los límites del engaño en el delito de estafa.

- c. Establecer si ha previsto el legislador una correcta tipificación del delito de estafa de acuerdo al tráfico económico peruano.

1.6. Formulación de hipótesis

Los Límites del Engaño Típico en el Delito de Estafa deben ser tomados a la luz de la Garantía Normativa de Veracidad, con lo cual debe de establecerse los Deberes de Veracidad del Autor frente a la Víctima y así realizar una correcta Imputación Objetiva.

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente: Delito de Estafa

Indicadores:

- Tipo Penal
- Concepción moderna
- Garantías constitucionales
- Principios constitucionales
- Elementos Objetivos
- Elementos Subjetivos

- Elementos Normativos
- Elementos Descriptivos

1.7.2. V. Dependiente: Limites al Engaño Típico

Indicadores:

- Veracidad
- Engaño Bastante
- Principio de la Victimología
- Principio de Confianza
- Principio de Autorresponsabilidad

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

a. Tipo de investigación: Corresponde a una investigación jurídica dogmática: teórica y normativa, cuya finalidad será ampliar y profundizar los conocimientos sobre los límites del engaño en el Delito de Estafa. En este tipo de investigación se evalúan las estructuras del derecho, visualizando su problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales.

b. Tipo de diseño: Corresponde a la denominada **No Experimental**. debido

a que careció de manipulación la variable independiente, además no poseerá grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad será describir el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, es decir sobre los límites al engaño punitivo en el Delito de Estafa dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.

c. Diseño General: el diseño fue **transversal**. Este diseño recolecto datos en un solo momento, en un tiempo único del hecho jurídico objeto de estudio, 2017-2018. Su propósito fue describir variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado, con la finalidad de recoger datos sobre los límites al engaño punitivo en el Delito de Estafa dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.

d. Diseño específico: Se empleó el diseño descriptivo, cuyos datos fueron utilizados con finalidad puramente descriptiva, no enfocados a una presunta relación causa-efecto. El propósito fue describir situaciones problemáticas, es decir cómo es y manifiesta determinado fenómeno. Este estudio descriptivo buscó especificar las características, aspectos, dimensiones o componentes sobre los límites al engaño punitivo en el Delito de Estafa dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano.

1.8.2. Plan de recolección de la información

1.8.2.1. Población

a. Universo Espacial: Ámbito nacional, de alcances general.

b. Universo Social: La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel

jurisprudencial.

c. Universo temporal: Correspondió al periodo del 2017-2018, espacio temporal donde se ejecutó la investigación.

1.8.2.2. Muestra

a. Tipo: No Probabilística

b. Técnica muestral: Intencional

c. Marco muestral: Doctrina, jurisprudencia y norma.

d. Unidad de análisis: Documental.

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

a. **Fichaje.** Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.

b. **Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas, se empelaron la ficha de análisis.

c. **Electrónicos.** La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación,

empelándose las fichas de registro de información.

d. **Fichas de Información Jurídica.** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente, de forma coherente y sistemática, para lo cual se empelo un programa informático como soporte técnico.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información por la naturaleza de la investigación que es teórica; comprendió en primer lugar la selección de las fuentes de información y los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio. Para la sistematización de la información de la investigación se empleó la técnica de la argumentación jurídica, a fin de justificar las proposiciones y enunciados jurídicos de forma clara, coherente y racional.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas. Este enfoque recoge recopila, analiza y comprende información explicativa, causal, argumentativa. Es uno de los enfoques más usados en las ciencias sociales y del Derecho es una de ellas. Se eligió este enfoque toda vez que nos interesa explicar, analizar una situación que tanto nos preocupa el problema del derecho al olvido digital frente la libertad de información y el derecho de protección de datos personales en el Perú.

La investigación cualitativa la define Orozco (1996) “como un proceso de indagación de un objeto al cual el investigador accede a través de interpretaciones sucesivas, con la ayuda de instrumentos y técnicas que le permiten involucrarse con el objeto para interpretarlo de la forma más integral posible” (p. 3).

1.8.6. Validación de la hipótesis

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, se empleó el método de la argumentación jurídica (Alexy, 2007). Partiendo que “los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico (doctrinal o normativo)” (Huerta, 2017, p. 386). En ese sentido, se refiere a un “razonamiento mediante el cual se intenta probar o refutar una tesis, convenciendo a alguien de la verdad o falsedad de la misma” (Ferrater Mora, 1994, p. 218).

En consecuencia, la función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las

consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse.



CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP de la UNASAM no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente, sin embargo, de otras universidades de nuestra localidad se ha podido encontrar trabajos de investigación relacionados con la presente investigación, siendo los siguientes:

Walter Edison Antachoque Velásquez (2016). “El delito de estafa y el incumplimiento contractual con dolo antecedens de la parte promotora en la venta de bienes inmuebles futuros, año 2016, Lima”. Tesis. Universidad Nacional “Norbert Wiener”. El objetivo de la investigación fue analizar y determinar los efectos El delito de estafa y el incumplimiento contractual con dolo antecedens de la parte promotora en la venta de bienes inmuebles futuros; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, cuyo diseño fue un no experimental, desarrollado en el ámbito de la jurisdicción nacional, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. La muestra estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica. La investigación ha demostrado que existe una relación directa entre los contratos y Proceso Penal, a la luz que la Constitución ha reconocido un conjunto

de derechos y principios procesales, de este conjunto de esos derechos y principios procesales, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos; los mismo que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). En esta investigación, en cuanto interesa al presente proyecto, se realiza un análisis comparativo de la legislación nacional con el Derecho Español, en la búsqueda de aportes para la optimización de la muestra. Ello, con la finalidad de tutelar a posibles víctimas en la celebración de contratos de compraventa de bienes inmuebles futuros. Asimismo, se realiza un análisis de la estructura del delito de Estafa en su forma de contrato criminalizado.

Víctor Burgos Mariños (2011). “Factores jurídico procesales inquisitivos en el código procesal penal que impiden consolidar el modelo acusatorio en el Perú”. Tesis. Universidad Nacional de Trujillo. La presente investigación ha tenido como objetivo determinar la existencia de factores jurídicos procesales inquisitivos en el texto del Código Procesal Penal que impidan la consolidación del Modelo Acusatorio en el Perú. Para realizar esta investigación se ha estudiado el Nuevo Código Procesal Penal, las sentencias casatorias, plenos jurisdiccionales, informes de seguimiento de las Cortes donde se aplica el Nuevo código Procesal Penal, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la legislación extranjera de Chile y Colombia, y los informes de seguimiento de la Reforma Procesal en América Latina, encontrándose que: a) La reforma procesal penal en el Perú, no ha sido acompañada con reformas de la Constitución y las leyes orgánicas para

adecuarlas al modelo acusatorio; b) Existen en el Código Procesal Penal normas con rezagos inquisitivos, que mantienen vigentes la cultura y prácticas del modelo mixto inquisitivo, como el predominio de la escrituralidad y el expediente, el uso de la prisión preventiva como pena anticipada, el imputado como objeto de prueba, el interrogatorio del acusado como la primera actuación probatoria del juicio oral, el orden rígido, la actuación de oficio del Juez que afectan el juicio adversarial y el derecho a la doble instancia; c) La interpretación literal de las normas XII del Código también puede afectar la consolidación del modelo acusatorio, en especial, el diseño de una investigación eficiente basado en el trabajo coordinado entre la Policía Nacional y el Ministerio Público, la oralidad en las audiencias previas al juicio oral, las salidas alternativas en etapa intermedia y el derecho a la impugnación; y, d) El artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal, establece que la interpretación de las normas del Código, deben de realizarse conforme a los principios rectores del Título Preliminar, es decir, que no debe de realizarse una interpretación literal, sino, una interpretación constitucional.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Nociones Generales del Delito de Estafa

Paredes define: El Delito de Estafa, es el uso de artificio o engaño, a fin de procurar para sí o para terceros un provecho patrimonial en perjuicio ajeno”. Sigue el mismo autor (pág. 211): (...) en la estafa hay una conducta engañosa, con ánimo de lucro, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuente del cual es un perjuicio en su

patrimonio o en el de tercero. (2000, pág. 210)

El delito de estafa consiste en el empleo de artificio o engaño, a fin de procurar para sí o para terceros un provecho patrimonial en perjuicio ajeno. Esta es una forma de defraudación, vale decir, la defraudación en el género y la estafa, una de sus modalidades típicas.

En suma, la estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que habiendo determinado un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual en un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.

Soler citado por Peña Cabrera, sostiene en el delito de estafa que: El verbo defraudar empleado en sentido propio y común de los delitos contra el patrimonio, hace referencia a un perjuicio de naturaleza patrimonial logrado por medios fraudulentos, especialmente, por medios que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquel en error acerca del significado de lo que decide. (2017, pág. 313)

Por otra, algunos autores mencionan sobre la estafa define, que lesiona, al mismo tiempo, la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico. Normalmente se espera que se cumplan las obligaciones contraídas y que sí, por ejemplo, se compra un kilo de pan sea efectivamente un kilo y, además, de pan. Pero si la sustancia o cantidad del objeto comprado no corresponde a lo pactado, se frustra una legítima expectativa que debe ser protegida de algún modo, para asegurar y garantizar un normal tráfico económico. Ahora bien aunque la finalidad político-criminal perseguida con la tipificación del delito de estafa sea

ésta, el delito como tal se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual. Este contenido patrimonial de la estafa no debe ser olvidado, para no castigar indebidamente hechos que frustran expectativas de comportamiento en el tráfico jurídico económico, pero que no producen perjuicios económicos para nadie en concreto.

2.2.1.1. Tipicidad objetiva de la estafa

Salinas señala que: La configuración de la estafa requiere la secuencia sucesiva de sus elementos o componentes; esto es, requiere primero el uso del engaño por parte del agente, acto seguido se exige que el engaño haya inducido o servido para mantener en error a la víctima y, como consecuencia de este hecho, la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprenda del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de tercero. En concreto, la figura de estafa no es la suma de aquellos componentes, sino exige un nexo causal sucesivo entre ellos, comúnmente denominado relación de causalidad ideal o motivación. Si en determinada conducta no se verifica la secuencia sucesiva de aquellos elementos, el injusto penal de estafa no aparece. Aquí no funciona el dicho matemático: el orden de los sumandos no altera la suma. Si se altera el orden sucesivo de sus elementos, la estafa no se configura. (2010, pág. 276).

Salinas advierte que: Que el injusto penal de estafan tiene componentes o elementos particulares que deben aparecer secuencialmente en la conducta desarrollada por el agente. El orden es el siguiente: 1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta; 2. Inducción a error o mantener en él; 3. Perjuicio por disposición patrimonial; 4. Obtención de provecho indebido para sí o para un

tercero. Estos elementos deben concurrir secuencialmente, de modo que el engaño idóneo y eficaz precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el agente del delito y proyectado sobre la víctima, que puede consistir en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, créditos, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante, debe provocar un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el agente del delito. Todo ello provoca el asentimiento a un desprendimiento patrimonial que se materializa con el desplazamiento de los bienes o intereses económicos de parte de la víctima, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o lesión de sus intereses económicos. Pasando aquellos bienes intereses al patrimonio del agente o a poder de un tercero, quienes se aprovechan o enriquecen indebidamente. (2010, pág. 278).

a) Sujeto Activo

Puede ser cualquier persona física que actúe de acuerdo a lo descrito por el tipo penal, con fines lucrativos. (García, 2012, p. 386)

Peña, citando a Queralt aclara que no cabe hablar de autoría mediata cuando el engañado no es titular del bien jurídico, pues, es el autor del delito "no quien es engañado, sino quien engendra el error. (Peña, 1991. P. 415)

b) Sujeto Pasivo

Puede ser, también, cualquier persona (física o colectiva) titular del bien, experimentando un perjuicio patrimonial, siendo irrelevante si fue o no objeto del

engaño.

c) Bien Jurídico

El bien jurídico que se protege en el tipo penal de estafa es el patrimonio individual. Es irrelevante que el objeto material del delito sea mueble o inmueble, puede ser cualquiera. Como anota algún sector de la doctrina, en el delito de estafa no busca la protección de la propiedad, posesión, etc., sino de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío.

Para Bajo y Otros, citado por Peña Cabrera, señalan que: No hay objeción alguna en la doctrina especializada, que el delito de estafa ataca el patrimonio de una persona, la suma de valores que se ve mermada, luego de la acción engañosa provocada por el autor, que genera el desplazamiento del acervo patrimonial a su esfera de custodia. De ningún modo, el art. 196, ha de tutelar el derecho a la verdad ni la buena fe de los agentes del mercado, en virtud de su contenido etéreo, carente de base material. (2017, pág. 317)

Al respecto, Peña-Cabrera, señala que: En ese sentido el patrimonio debe entenderse como (...) el conjunto de valores, de bienes, de derechos patrimoniales, susceptibles siempre, de ser cuantificados económicamente en el mercado, que se encuentran atribuidos a una determinada persona, en cuanto revistan una apariencia jurídica, es decir, una protección legal que no necesariamente debe lindar con estado de certeza (...). (2017, pág. 319)

d) Acción Típica

Tal como lo establece unánimemente la doctrina, la estafa es un delito contra

el patrimonio que requiere para su configuración, la consecuencia de los siguientes elementos engaño: error -disposición patrimonial, perjuicio patrimonial, provecho ilícito. Ahora bien, esta cadena de elementos desea seguir ese orden secuencial, de lo contrario no se realizaría el tipo objetivo, siendo la conducta atípica. (Cancio, 2001, p. 311)

El nexo que existe entre los elementos que configuran la estafa no es de causalidad material, sino de causalidad ideal o motivación: el engaño ha de motivar (producir) un error que induzca a realizar un acto de disposición que persiga un perjuicio. Para que exista estafa no basta que, en un hecho determinado, aparezcan todos y cada uno de sus componentes, sino que, además, ha de hallarse exactamente en la relación secuencial descrita por la ley.

2.2.1.2. Tipicidad subjetiva

El delito es absolutamente doloso, el actor tiene conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, vale decir, engañar para inducir o mantener en error a la víctima para que ésta disponga de su patrimonio. Conforme a la doctrina, en los llamados contratos civiles criminalizados, es el contrato mismo el instrumento del engaño y no precisa de ningún otro artificio satélite o coadyuvante. El agente se vale precisamente, de la confianza y buena fe que sigue la inmensa mayoría de los contratos, sin los que el tráfico jurídico se haría imposible; existe un dolo antecedente, inicial o contrayendo para conseguir el desplazamiento patrimonial a su favor.

Salinas (2010, pág. 288) ha señalado que: “Es una conducta típicamente dolosa. No es posible la comisión culposa”. Luego, agrega: El agente actúa con

conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos típicos objetivos con la finalidad de obtener un provecho ilícito. Esta última intención conduce a sostener que, aparte del dolo, en el actuar del agente se exige la presencia de otro elemento subjetivo que viene a constituir el ánimo de lucro. Este elemento subjetivo aparece de modo implícito en el tipo penal.

Si, por el contrario, el agente con su actuar no busca lucrar o, mejor dicho, no busca obtener un beneficio patrimonial indebido, el delito no aparece, así en la conducta se verifique la concurrencia de algún acto fraudulento, del error, del perjuicio ocasionado por el desprendimiento patrimonial. El ánimo de lucro al final guía u orienta el actuar del actor o agente y, por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo. Si este elemento subjetivo adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura (pág. 288)

a) Consumación de la estafa

Según Peña Cabrera (1991), que en el delito de estafa se consuma cuando existe un perjuicio patrimonial para la víctima, y, no así, cuando el agente obtiene el provecho ilícito. Refuerza esta postura Mezger, explican que la estafa se consuma cuando se ha producido el daño en un patrimonio ajeno, sin que para tal efecto sea necesario que la ventaja patrimonial a la que aspiraba el actor haya sido obtenida, por tratarse de una tendencia interna trascendente.

Salinas ha precisado que la consumación en: 39 [E]l delito de estafa se perfecciona o consuma en el mismo momento en que el agente obtiene el provecho económico indebido. Esto es, se consuma una vez que el sujeto activo incrementa su patrimonio con los bienes o servicios recibidos de parte de su víctima. El

incremento patrimonial puede traducirse en la posesión de los bienes o en el producto de los mismos al ser estos dispuestos. (2010, pág. 289)

Es posible la tentativa, en la medida que el agente realiza las maniobras conducentes a inducir o mantener en error al agraviado, obteniendo la disposición patrimonial sin llegar a hacer efectivo del patrimonio. (Choclan, 1999, p. 60)

2.2.2. Cuestiones Generales sobre el engaño

Nuestro legislador no señala de manera directa qué se entiende por estafa, menos aún qué se entiende por engaño. Este primer elemento del delito es probablemente el más complejo de conceptualizar, quizás es por esto que nuestro legislador del siglo XIX lo presenta mediante modelos casuísticos, intentando capturar su contenido mediante casos y fórmulas en la forma punitiva codificada.

Para algunos autores: “el engaño no es más que la falta a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, a efectos de presentar la realidad con un aspecto diferenciado al que en verdad tiene o posee, consistiendo éste en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee. Se hablaría en el último caso de disimulación, mientras que, en el anterior, de simulación.” (Leyton, 2014, p. 131)

Por otra parte, para otro sector de la doctrina “lo relevante a la hora de enjuiciar si una conducta determinada (falta de verdad en lo que se dice o se hace con o sin puesta en escena) es o no un engaño bastante, idóneo para estafar, es si esa conducta, ex ante considerada, genera o no el riesgo de inducir o mantener en otro

una falsa representación de la realidad que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por la persona a que se dirige el mensaje de la acción engañosa, más las circunstancias conocidas o reconocidas por el autor del engaño” (Politoffl, 2014, p. 430)

No hay un solo concepto de engaño típico, ya que cada uno depende de cómo se entiende la delimitación que el legislador le ha dado al delito de estafa. Sin duda alguna, el engaño constituye el núcleo de la estafa y es por esta razón que es fundamental conceptualizar al engaño como elemento de la tipicidad del delito.

“Como consideración general, tenemos que subrayar que el engaño constituye la esencia del delito de estafa pues ofrece una ilimitada variedad de ejemplos que son fruto del ingenio y de la picaresca que se da en la vida real y que se incardina en el seno de un pacto o relación contractual preparada con fin defraudatorio (no se olvide que el popularmente conocido “cuento del tío”, a fin de cuentas, es un contrato).” (Balmaceda, 2008, pp. 351-358)

Como ya se ha visto, existen diversos acercamientos al concepto de engaño. Su importancia se refleja en cuanta protección merece la víctima del engaño en el delito de estafa. En efecto, lo que busca todo concepto de engaño es la delimitación del ámbito de protección que brinda la norma penal. “Lo cierto es que la discusión a su respecto se ha concentrado principalmente en la definición del engaño típico, contexto en el cual lo relevante es sobre todo si la víctima crédula, torpe o negligente merece o no la protección que el tipo está llamado a proveer. Concretamente, la pregunta en sede de engaño típico es si una inveracidad simple y aun burda satisface las exigencias del concepto o si, por el contrario, este requiere una inveracidad con

cierto grado de calificación en términos de complejidad, gravedad o idoneidad general para inducir a error.” (Hernández, 2010, p. 10)

Así, la cuestión sobre qué se puede calificar como engaño típico y qué debe estar fuera de la protección de la norma penal ha sido tratada por la doctrina y jurisprudencia de distintos países. Mientras que en Alemania, en Inglaterra o en los Estados Unidos la figura de engaño no presenta mayores exigencias en este sentido la doctrina y jurisprudencia de países como España y Chile son más exigentes a la hora de calificar el engaño típico. Destaca en este sentido la situación en España, donde la exigencia de calificación incluso parece confirmada expresamente desde 1983 por la referencia legal a un “engaño bastante” para inducir a error a otro.”

Es a partir de estas ideas que se analizará en este capítulo en primer lugar, la teoría de la mise en scène (misma escena) o puesta en escena, en segundo la teoría del engaño bastante y por último la teoría de la imputación objetiva.

2.2.2.1. Nociones generales sobre la teoría de la mise en scène o puesta en escena

La llamada teoría de la mise en scène, ardid o puesta en escena, proviene del Código Penal francés, donde se regula cuatro tipos de engaño típico. Uno de ellos es las “maniobras fraudulentas”, que exigen algo más que una simple mentira para llevarse a cabo. (Balmaceda, 2008, p. 68)

En este sentido, se ha sostenido que esta es la forma en que debe entenderse el engaño en la estafa, ya que encaja de manera perfecta tanto los elementos objetivos como en los subjetivos: “el subjetivo, porque muestra mayor astucia, mayor

persistencia del deseo de hacer daño, y el objetivo, porque las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la credibilidad de la víctima y le agregan al hecho un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero que se presente”.

En definitiva, esta teoría exige apariencias externas que acompañan y aumentan la credibilidad y por tanto la capacidad del engaño. El propio autor en su definición aclara que son estas apariencias externas las que hacen más “excusable la credibilidad de la víctima”, sin embargo, el enfoque de esta teoría no es la víctima, sino directamente la conducta llevada a cabo por el autor del engaño. Esta teoría entiende que no existe un deber absoluto de veracidad en las relaciones jurídicas, por lo que no basta con una simple mentira para existir engaño típico, debe haber algo más.

2.2.2.2. Requisitos de la puesta en escena

Como su nombre lo dice, esta teoría se basa en la existencia de una externalidad, una especie de puesta en escena para realizar un engaño típico en el delito de estafa. La teoría de la mise en scène o ardid plantea que la simple mentira no es constitutiva del engaño necesario para configurar los delitos de estafa, sino que se requiere un “despliegue engañoso externo”. La puesta en escena implica “acompañar meras afirmaciones con pequeñas escenificaciones que pretenden probar su veracidad”. (Lira, 2010, p. 96)

“El ardid debe tener aptitud, idoneidad para inducir a incurrir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales. Hay eso sí quienes consideran que la naturaleza del engaño debe ser considerada con un criterio

objetivo, apreciándola frente a la situación de un hombre medio, y no de aquel que en el hecho fue embaucado”. (Garrido, 2008, p. 64)

En este caso, no basta con que el engaño se realice mediante un ardid o maquinación, ya que éste además debe ser apto o idóneo para producir el error. En este sentido es similar a lo postulado por la teoría del engaño bastante, sin embargo, el foco de atención en el caso de la mise en scène es el ardid o maquinación por el cual se realiza el engaño, no el engaño mismo. Si no existe esta externalidad o puesta en escena, es irrelevante que el engaño haya efectivamente inducido al error a la víctima, pues no se dan las características necesarias del engaño típico.

Respecto a ello podemos señalar, que una de la jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Santiago ha definido de manera centrada el engaño en la estafa de la siguiente manera: *“el delito de estafa en general es una apropiación por medios inmateriales que se fundamenta en un ardid, un montaje realizado para provocar la distorsión de la realidad en la apreciación sensorial del ofendido. El despliegue escénico realizado por el sujeto activo, está destinado a producir un error en el perjudicado quien movido por su equivocada apreciación de la realidad dispone o predispone que se disponga de su patrimonio, circunstancia que en definitiva le ocasiona un perjuicio (...) No basta para que exista el engaño exigido por el legislador, una afirmación desprovista de una inteligente actividad, llamada por algunos mise en scène, esto es, el reforzamiento mediante apariencias externas de lo que se dice o afirma. El engaño debe ser serio, creíble, verosímil”*

En este sentido, la estafa se fundamenta en el engaño y este no puede ser sino un ardid o montaje destinado a producir error en la víctima. El engaño además debe

ser serio, creíble y verosímil. En otras palabras, se realiza una calificación respecto a la idoneidad del engaño sólo desde el punto de vista de la conducta desplegada por el actor, y siempre que el engaño se haya realizado mediante un ardid o puesta en escena.

2.2.2.3. Acogida en el Derecho Iberoamericano

Esta teoría ha sido acogida por parte importante de la doctrina nacional, a pesar de criticársele metodológica, sistemática y formalmente. Por su parte la jurisprudencia española también adoptó la teoría de la puesta en escena, por lo menos hasta antes de la reforma a su Código Penal en 1983, donde se incorpora el concepto de “engaño bastante”. “Así se puede apreciar, por ejemplo, en dos sentencias tomadas al azar, dictadas el año 1981, en las que se señala que “el delito de estafa requiere para su existencia: a) una maquinación insidiosa constitutiva del engaño operativo del traspaso patrimonial, por parte del agente de la acción, que tenga la intensidad suficiente para penetrar en el campo de la ilicitud penal, mediante el encaje en la tipología; b) perjuicio patrimonial, c) relación causal entre la maquinación y el perjuicio”. (Lira, 2010, p. 96)

Como se ha dicho anteriormente esta teoría no es ajena a la crítica. Se cuestiona tanto el origen de su interpretación como su aplicación misma al momento de considerar como típica una determinada conducta. “Sistemáticamente, porque se dice que posee graves contradicciones: de un lado, sostiene que no se puede proteger a la “víctima negligente” y, de otra parte, se afirma que la aptitud del engaño se mide en atención a las características propias de la maniobra (de ser coherente, la aptitud del engaño se debería medir conforme con la diligencia de la víctima).

Formalmente, pues no existiría en nuestra legislación ninguna norma que impida castigar a la simple mentira como engaño típico. Y, por último, políticamente se afirma que el principio sobre el que se fundamenta (el de última ratio) se encuentra dirigido al legislador y no al intérprete. Es decir, debería incidir en la tipificación del engaño y no sobre el momento de su interpretación”. . (Balmaceda, 2011, p. 58)

En definitiva, la exigencia de un ardid o maquinación respecto al engaño no se condice con nuestro texto legal ni tampoco es conveniente debido a la realidad de nuestro tráfico jurídico. En la práctica, no se requiere que el engaño tenga una especial puesta en escena, basta con que el engaño haya sido suficiente para generar un error en un sujeto medianamente diligente para que estemos frente a un engaño típico.

Esto no significa que el ámbito de protección se amplíe a todos los casos posibles, incluyendo una simple mentira, sino más bien son los criterios normativos los que varían, ya no enfocándose en la forma en que se realiza el engaño mismo, sino en el sujeto pasivo de la conducta, para determinar si el engaño puede considerarse típico o no.

2.2.2.4. Teoría del Engaño bastante

“Engaño bastante” es la forma en que consagra el engaño el Código Penal español posterior a su reforma en el año 1983. A partir de este concepto se busca establecer cuál es la suficiencia del engaño para que sea típico, ya que el solo enunciado de la figura da a entender que no basta cualquier tipo de engaño, y sin embargo tampoco exige una forma de externalidad especial en la conducta. (Cancio,

2001, p. 311)

“Es por eso que hoy en día, aunque el Código Penal español exige que el engaño sea “bastante”, esta expresión no se entiende en un sentido cuantitativo, como lo hace alguna parte de la doctrina sino en uno causal, y más propiamente dicho, en el sentido de que la acción engañosa debe ser bastante para inducir a error a otro, en el caso concreto. Aquí se abandona el criterio puramente objetivo, que dominaba antiguamente, aceptándose hoy en día que la materialidad de la acción engañosa puede consistir en una simple mentira, si, según las características personales del engañado y las circunstancias del caso, se puede afirmar, ex ante, que la acción engañosa generaba el riesgo del error que padece la víctima del engaño, rechazándose de este modo el criterio de la "puesta en escena" como único distintivo del engaño de la estafa, reemplazándolo por el criterio que se denomina “mixto objetivo-subjetivo”. (Politoffl, 2014, p. 430)

Lo relevante entonces del engaño bastante es que mide la conducta ya no en términos cuantitativos, sino más bien en el sentido de la relación causal. El engaño será bastante cuando logre inducir error en la víctima. Mayer señala: “A diferencia de la tesis de la mise en scène, demandar un engaño bastante desplaza el foco del análisis, desde la representación a cargo del agente, propia de toda puesta en escena, hacia la reacción de cargo del disponente del patrimonio, pues precisamente respecto de dicha reacción el engaño ha de ser “bastante”. Desde este punto de vista, la teoría de la mise en scène desarrolla propiamente un concepto de engaño típico; la tesis del engaño bastante, en cambio, se ubica entre la conducta típica (engaño) y la reacción que esta tiene o puede tener (disposición patrimonial perjudicial determinada por error). (2014, p. 1022)

A partir de estas definiciones, se desprende que existe un tanto un factor objetivo como un factor subjetivo en el engaño para que sea bastante, esto es, típico en el contexto del delito de estafa.

2.2.2.5. Formas de Producir el engaño

En el estudio de la conducta fraudulenta en la estafa se pueden distinguir tres formas de engaño. En primer lugar, el engaño activo basado en una simulación expresa, es decir, aquella que aparenta un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz. Es la forma de engaño más común. En segundo lugar, el engaño basado en actos concluyentes, donde se aparenta un hecho ya no necesariamente con afirmaciones mendaces, sino más bien realizando conductas que lleven al engañado a un error. En tercer lugar, el engaño basado en una omisión por parte de quien está obligado a informar la verdad.

A) El engaño activo

El engaño que conlleva una simulación expresa, es la conducta activa del actor que busca generar en la víctima un error, corresponde a la forma más común de engaño. Es discutido, sin embargo, si cualquier tipo de conducta activa puede considerarse como engaño típico en el delito de estafa. En ese sentido, para quienes aceptan la teoría de la puesta en escena, el engaño requiere de una exteriorización especial de la conducta, que incluso sin necesariamente llegar a un ardid, no puede llegar jamás a ser una simple mentira. (Etcheberry, 1990, p. 442)

Según la teoría de la simple mentira, no hay disposición que restrinja el engaño llevado a cabo mediante una simple mentira para ser típico, mientras que

cumpla con las condiciones de la imputación objetiva. “La simple mentira puede constituir un engaño a efectos de la estafa. En este sentido, estimamos que al engaño se le ha dado un protagonismo extremo, ya que el debate de la distinción de ilicitudes –penal y civil– al parecer será, en definitiva, un problema de tipicidad que tendría que remediarse de acuerdo con los elementos hermenéuticos tradicionales. Necesariamente el engaño típico tiene que delimitarse en sede de imputación objetiva, declarándonos, en este sentido, dudosos en afirmar el rechazo a priori de un engaño típico que no implique una puesta en escena.

En la misma línea, se señala que el problema de la siguiente manera, “De forma más reciente y en parte como reacción ante la falta de una exigencia legal expresa de que el agente lleve a cabo, ineludiblemente, una puesta en escena o emita un engaño bastante, se ha ido extendiendo la tesis que no excluye la simple mentira como forma de engaño típico en el delito de estafa. Por el contrario, se ha sostenido que en determinados supuestos, una simple mentira bastará o será suficiente para constituir un engaño típico; en otros casos, en los que el legislador exija engaños calificados, tendrá que emitirse algo más que una simple mentira y efectuarse, en cambio, un ardid o maquinación. (Dopico, 2012, p. 12). De esta manera, la teoría de la simple mentira amplía las conductas que pueden ser consideradas como engaño típico para efectos de la estafa, a diferencia de lo que ocurre con las tesis restrictivas del engaño bastante y, sobre todo, de la *mise en scène* (misma escena).

Sin embargo, hay otros motivos aparte de la teoría de la puesta en escena para oponerse a considerar la simple mentira como forma de engaño típico. “Sobre esto en nuestro país se ha dicho que la simple mentira no es suficiente para componer una simulación. Por un lado, porque no existiría en materia penal una obligación genérica

de decir la verdad y, por otra parte, porque consentir la contingencia de castigar como fraude penal cualquier mentira en que otro haya creído, significaría ampliar excesivamente el ámbito del fraude penal en deterioro del fraude civil.” (Balmaceda, 2008, p. 351)

En este sentido, en principio la simple mentira debiese descartarse en base a los deberes de autoprotección de la víctima, ya que el sujeto pasivo que recae en error debido a una simple mentira por regla general habrá actuado de manera negligente respecto a sus deberes de autoprotección.

De esta manera, la posibilidad de subsumir como formas de engaño típico a falsificaciones burdas, se opone a una demanda general de que se ejecute un engaño bastante, a las cuales, en todo caso, puede pronosticárseles alcanzar una forma imperfecta de ejecución del delito respecto de un importante número de casos. Con todo, sostener que el engaño típico en la estafa equivalga o pueda equivaler a una “mentira”, requiere efectuar una serie de precisiones que ponen en duda las reales ventajas de tal formulación del comportamiento incriminado. A ello se agrega que una mentira, en tanto acto comunicativo, supone simplemente un hablante, que la emite, y un oyente, que recibe e interpreta el mensaje falaz de que se trate. En cambio, el comportamiento típico en la estafa va más allá de eso, perfilándose como un medio de lesión del patrimonio de otro. No por nada la doctrina penal alude al “engaño” típico y no a la “mentira” típica como comportamiento incriminado. Sólo el “engaño” típico–y no la “mentira”– es un medio de lesión del patrimonio ajeno en el delito de estafa.”

Así, si bien la simple mentira no debiese excluirse a priori por el sólo hecho

de que no consta de un ardid o externalidades especiales, para poder considerar la simple mentira como suficiente para constituir engaño típico se debe examinar en concreto la situación comunicacional.

B) EL engaño concluyente

DIEZ-PICAZO define el engaño concluyente de la siguiente manera: “Una persona realiza determinado acto o adopta un determinado comportamiento, que sin declarar abiertamente ni manifestar una voluntad, por una parte, permite presumir que tal voluntad existe y, por otra parte, permite a los demás inducir objetivamente un consentimiento contractual. La declaración de voluntad tácita es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes”. (Diez, 1983, p. 112)

El engaño concluyente, al igual que el engaño expreso, es una forma de engaño activo, que supone la realización de una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes. Lo que diferencia al primero, del segundo, dice relación con la manera en que se verifica la interacción comunicativa entre el emisor y el receptor del mensaje típicamente relevante. Mientras que en el engaño expreso la afirmación mendaz es directa o explícita, en el engaño concluyente, que algunos denominan “tácito”, la aserción del sujeto activo es indirecta o implícita, es decir, se encuentra implicada en los elementos que definen la relación negocial de que se trate y sin los cuáles esta dejaría de tener sentido o perdería su razón de ser. (Mayer, 2014, p. 1023)

En este sentido, el engaño concluyente se diferencia del engaño expreso por la falta de una afirmación mendaz. Así, el autor del engaño utiliza los elementos de la relación negocial de manera implícita para afirmar un hecho que llevará al error a la víctima. De manera que para que sea posible realizar un engaño concluyente se

requiere la existencia de elementos que configuren la relación negocial y que sean entendidos por ambas partes, tanto por el sujeto activo como por la víctima. Para establecer qué elementos definen una relación negocial y que, consecuentemente, serán concluyentemente afirmados por quienes intervienen en ella, debe tenerse en cuenta la normativa jurídica y extrajurídica que la rige, así como ciertas implicancias comunicativas de determinados actos.

C) El engaño por omisión

La distinción entre engaño por acción y engaño por omisión en la estafa implica diferenciar entre dos clases de normas, a saber, prohibiciones (de acciones) y mandatos (de acciones). Así, mientras que el engaño activo supone realizar una afirmación falsa prohibida, el engaño por omisión implica no realizar una afirmación verdadera mandada, no obstante haber sido esta posible y exigible de ejecutar. Sea en su vertiente activa u omisiva, el concepto de afirmación es constitutivo del engaño típico y, además, la base para distinguir entre acción y omisión en la estafa.

Tanto en el engaño activo como en el omisivo, la estafa conserva su carácter de delito de comunicación: en el engaño por acción el agente efectúa una comunicación (sobre hechos típicamente relevantes) mediante una afirmación mendaz; en el engaño por omisión, en cambio, no realiza una comunicación (sobre hechos típicamente relevantes) que debió y pudo llevar a cabo. En este último caso el sujeto activo es sancionado, precisamente, por no dar lugar a una comunicación que debió verificarse a través de afirmaciones verdaderas (sobre hechos típicamente relevantes) dirigidas al disponente del patrimonio. En este caso, la reprochabilidad de la conducta es la omisión del sujeto activo, que, de haber actuado como le obligaba

el ordenamiento jurídico, habría evitado el error de la víctima y su consecuente disposición patrimonial, y perjuicio.

2.2.3. Imputación Objetiva

Sánchez sostiene que: La segunda concepción, tiene como punto de partida – señala Cancio– en los años 70, a partir de Roxin, con una primera aproximación en 1962 y su desarrollo en 1970. La idea ya no será la mera “atribución de obra”, sino antes bien, el “contenido o expresión de sentido del desvalor”, de tal suerte que el cambio de “horizonte” de la imputación, conducirá a nutrir la imputación de criterios fundamentales de la tipicidad. Este entendimiento, será el de Jakobs y Frisch con matices que Cancio desarrolla (imputación “de resultado”, o “al tipo objetivo” en Roxin), y “comportamiento” o conducta en Jakobs y Frisch. (2009, págs. 46-49)

En relación a la teoría de la imputación objetiva, Villavicencio (2016) refiere que: En la actualidad, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica, es decir, en el que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante, sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultado

Sin duda alguna la teoría de la imputación objetiva se erige en la actualidad como una herramienta dogmática que permite definir cuándo un comportamiento se encuentra dentro de un espacio jurídicamente admitido y cuándo es, por el contrario, socialmente perturbador, esto es, permite establecer el verdadero sentido que tiene determinada conducta desarrollada por una persona en la sociedad. Esta teoría parte de presupuestos marcadamente distintos de los que fundamentaron los tradicionales

esquemas de imputación de corte naturalístico, que por sus carencias e insuficiencias metodológicas no pudieron superar los cuestionamientos hechos a partir desde una perspectiva social.

La imputación objetiva no es sino el producto de la normativización de la teoría del tipo, siendo actualmente concebida como una teoría general de la conducta típica. En efecto, la imputación objetiva es comprendida, en términos generales, como un mecanismo normativo dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal, prescindiendo del análisis de las causas o condiciones del resultado lesivo. En suma, de lo que se trata en el marco de la imputación objetiva es determinar a quién le pertenece un suceso o, dicho con otras palabras, quién es normativamente competente por el resultado lesivo que aquél genera.

Es precisamente este criterio normativo de la competencia el que, finalmente, fundamenta el juicio de tipicidad, en la medida en que permite determinar, más allá de los posibles y numerosos cursos causales concurrentes, quién ha sido la persona que, tras haber invadido una esfera jurídica ajena, ha infringido un deber de garante con relevancia jurídico-penal. Esto indudablemente conduce a la determinación del significado de un comportamiento, que no es sino la inevitable consecuencia de la ya aludida labor de delimitación de ámbitos de responsabilidad atribuida a la imputación objetiva. De ahí que JAKOBS conciba a la teoría de la imputación objetiva como una “teoría del significado del comportamiento”.

2.2.3.1. La Imputación a la Víctima como Institución Dogmática delimitadora de los Ámbitos de Competencia

Uno de los rasgos más característicos del desarrollo evolutivo de la dogmática

penal de las últimas décadas radica en una palmaria tendencia hacia la normativización de las distintas categorías de la teoría del delito, a partir de la función que cada elemento debe cumplir en los constructos jurídico-penales. De este modo, se ha introducido significativamente en la valoración normativa del comportamiento del autor la intervención de quien resulta afectado por el suceso lesivo, a fin de determinar si dicha actuación es o no penalmente relevante al punto de reputar como existente, antes que nada, una conducta típica. (Dopico, 20121, p. 12)

No se trata, como ya se dijo, de un fenómeno jurídico novedoso o reciente, pues la figura de la víctima ha estado presente en la doctrina y jurisprudencia penales desde hace mucho tiempo. Por lo tanto, el “redescubrimiento de la víctima “del que se habla doctrinalmente debe verse más bien como el reconocimiento de la utilidad dogmática de la imputación objetiva de cara a la relevancia típica que puede tener el comportamiento de la víctima. Esto no es sino lo que se ha dado por denominar “imputación al ámbito de responsabilidad a la víctima”, un instituto dogmático que, partiendo de la existencia de ámbitos de organización autónomos, se funda en la autorresponsabilidad de la víctima.

a) La autorresponsabilidad como fundamento de la imputación a la víctima: El principio de autorresponsabilidad comporta, como punto de partida implícito del ordenamiento jurídico, que toda persona ha de responder únicamente por sus propios actos, pues en tanto ser libre constitucionalmente consagrado, tiene la facultad y el derecho de autodeterminarse sin injerencias externas: ni de las demás personas con quien convive en la sociedad ni del Estado. Se trata, pues, de la libertad jurídicamente reconocida para optar y tomar decisiones autónomas en un marco de desarrollo individual, sin más limitaciones que las que imponen el respeto a los

derechos de las demás personas y el propio orden jurídico. Esta consideración, no obstante, no debe conducir al equívoco de pensar que estamos frente a un derecho absoluto.¹

Es indudable de que es la propia Constitución Política la que se encarga de definir la imagen de la persona como ser libre y autónomo con capacidad de autodeterminación para la toma de decisiones en el desarrollo de su propia vida. La autodeterminación, por tanto, del mismo modo en que se manifiesta cuando el ordenamiento jurídico atribuye responsabilidad a quien infringe la ley penal, resulta nuclear para el juicio de imputación al momento de delimitar ámbitos de responsabilidad individual. En el plano concreto de la imputación, la autorresponsabilidad constituye el principio que, por definición, se encarga precisamente de esa labor de delimitación de esferas de responsabilidad; una tarea que no puede ser ajena a los valores de la comunidad jurídica, entre ellos, protagónicamente, el principio de la libre determinación persona.

b) El ámbito de responsabilidad preferente de la víctima en actividades riesgosas: Actualmente es innegable la utilidad del principio de autorresponsabilidad en tanto elemento fundamental del sistema de imputación penal, destinado a la delimitación de ámbitos autónomos de organización y, por ende, a la atribución de responsabilidades en actividades arriesgadas. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad se configura precisamente a través de la adscripción de una

¹ El TC peruano ha sido más específico en cuanto a las restricciones que pueden sufrir los derechos fundamentales en general y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en particular. Vid. STC N° 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, FJ 15: “Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio (...)”

esfera personal de autoorganización a su titular, de cuya administración y consecuencias éste es y será el único responsable. Esto lleva naturalmente a proyectar este principio en dos componentes que se entrelazan para su conformación: la autonomía y la responsabilidad personal que se deriva de su ejercicio.

A esta estructuración se ha de añadir un elemento caracterizador más: al ser el titular de los bienes jurídicos el único responsable de su propia organización vital, ocupa una posición especial respecto a otros intervinientes en la actividad riesgosa o lesiva, pues sólo a ella compete su administración y cuidado; y en tanto titular de dicha esfera jurídica deberá asumir preferentemente las consecuencias lesivas que se deriven de ésta. Esta relación especial, preferente respecto a los demás, que tiene el titular con sus propios bienes –como el patrimonio, como sucede en el ámbito aquí abordado– opera particularmente en sucesos en los que también interviene un tercero.

De este modo, si el suceso en su conjunto (la interacción económica generada entre autor y víctima) puede ser atribuido al ejercicio de la libertad autoorganizativa de la víctima, se podrá afirmar, a la vez, que dicho acontecimiento se encuadra en dicha esfera de responsabilidad preferente; vale decir, se reconduce a su propio ámbito de competencia.

No obstante, la fundamental virtualidad del principio de autorresponsabilidad es la de conformar un criterio de base para el sistema de imputación, un punto de partida para la delimitación de esferas competencia y, por tanto, para la atribución preferente de responsabilidad. El ordenamiento no puede desconocer la coexistencia entre la esfera del autor y de la víctima, sino que, por el contrario, dicho vínculo interpersonal constituye el fundamento material del injusto.

En suma, se trata de “un criterio que preside toda la teoría de la imputación penal”. Pero la atribución a tal ámbito es preferente mas no siempre exclusiva, pues habrá sucesos arriesgados en los que la víctima interviene juntamente con un tercero –con prescindencia de quién ejecuta materialmente los actos que entrañan el riesgo para el bien jurídico – y en los que sí quepa establecer responsabilidad a este último por el menoscabo de la esfera jurídica del primero. Por tal motivo, su aplicación no ha de ser comprendida como absoluta o universal, sino tan sólo preferente frente a los demás. En síntesis, no se puede imputar penalmente aquello que es competencia de un tercero que administró su ámbito de organización de forma defectuosa.

2.2.3.2. La teoría de la imputación objetiva desde el ámbito del normativismo

Jescheck y Weigend, citado por Medina sostienen que: “La imputación objetiva se erige, en términos generales, en un sistema dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal que se derivaría de la sola causación de un resultado lesivo” (2011, pág. 25). Asimismo, Caro sostiene que: (...) lo que busca la imputación objetiva a través de sus diversas estructuras normativas es interpretar un determinado 42 comportamiento en su respectivo contexto social para poder así establecer si el mismo tiene un significado objetivamente delictivo. (...) (2003, pág. 26). Jakobs, por su parte, citado por Medina: “se puede afirmar que este instrumento normativo ha venido a convertirse en la actualidad en una teoría general que se ocupa de la “determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable”. Jakobs, citado por Gómez, ha denominado una “teoría del significado del comportamiento” (2007, pág. 238).

A) **El rol social como presupuesto de la imputación penal:** Kindhauser, Polaino y Corcino citado por Medina, señalan que: El punto de partida para el sistema de imputación y el ámbito social donde cualquier construcción dogmática de esa naturaleza pretende ser aplicada es necesariamente la persona autorresponsable, y, más concretamente, la posición social que esta ocupa en la realidad y que la determine a desarrollar determinado papel en la sociedad. (2011, pág. 27)

En ese sentido Polaino-Orts citado por Medina, sostiene que: Cada sujeto no es responsable de la totalidad del mundo social en que se desenvuelve, sino tan solo de una parcela muy limitada de la realidad. Es este segmento parcial el que se asigna a cada persona como miembro de la comunidad y el que están sometido enteramente a su vigilancia, de modo tal que deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas. Por ello, se afirma que el rol social desdiseñado por cada persona define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social. Caro (2003, pág. 28) refiere que: Ello resulta lógico en la medida en que es dicha posición social la que permite saber, tanto a los demás miembros de la sociedad como al propio titular del ámbito organización, que es lo que se espera socialmente que haga o deje de hacer; esto es, concretamente, define las expectativas sociales de comportamiento que habrá cumplir conforme con el papel que le corresponde desarrollar (2011, pág. 27).

B) **Consecuencias Dogmáticas:** Cancio sostiene que: (...) para el sistema de imputación resulta medular tomar como punto de partida la administración

autónoma de la esfera de organización que le corresponde a cada ciudadano en su condición de persona, y es sobre esa base que se fundamenta la imputación objetiva en tanto mecanismo de delimitación de ámbitos de responsabilidad. (2001, pág. 66)

Por su parte, Feijoo, señala que: Por consiguiente, el sistema de imputación toma como eje referencial siempre a una persona autónoma que es titular de una esfera de responsabilidad que esta administra en ejercicio de su libertad y cuyas consecuencias lesivas tendrá que asumir a título de imputación. (2002, pág. 284)

- C) Niveles de Imputación Cancio, sostiene que: (...) la imputación objetiva se divide en dos niveles: por una parte, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y por otra, situado en el ámbito de los delitos de resultado, la verificación de que el resultado lesivo producido tiene como explicación el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). En el primero de ellos se ubican las instituciones dogmáticas desarrolladas con particular énfasis por la dogmática funcionalista del profesor JAKOBS; es a través de estos conceptos que se construye el juicio de tipicidad, pues constituyen en efecto filtros normativos por los que debe atravesar el análisis de las conductas sometidas a dicho examen de tipicidad (...) (2001, pág. 98).

Por su parte, Roxin, Martínez y Mir Puig, citados por Cancio, señalan que: 46 (...) El segundo nivel de imputación, también denominado como el de realización de riesgos, presupone ya la existencia de un riesgo no permitido,

por lo que el examen radica en determinar si el resultado lesivo es precisamente la materialización de aquel riesgo creado por el autor de modo no permitido. Como manifiesta Rudolphi (1998, pág. 30) “un resultado antijurídico causado por una conducta humana, solo es imputable si esta conducta ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y si ese peligro también se ha realizado en el hecho concreto causante del resultado” (2001, pág. 71).

2.2.3.3. Concreciones de la Imputación Objetiva en el Delito de Estafa

Los institutos normativos de la imputación objetiva no vienen dados de forma aleatoria. Por el contrario, revisten cada uno diversos rasgos inherentes y despliegan, por consiguiente, sus propios efectos de acuerdo al alcance práctico en cada ámbito parcial de interacciones sociales. De ahí la necesidad de conceder a cada estructura concreta de imputación su propio espacio sistemático y, consecuentemente, su particular ámbito de aplicación práctica, pues carecería de todo sentido elaborar un esquema normativo de imputación que no distinga de modo preciso los fundamentos sobre los que se construye una determinada propuesta de atipicidad y que no defina su ámbito de aplicación práctica.

Por tal razón, en lo que sigue se esbozan unas líneas destinadas a contribuir a la fijación de los contornos de dos de las instituciones dogmáticas de la imputación objetiva con mayor incidencia práctica para el delito de estafa. Luego, se ingresa a la parte nuclear del presente trabajo, referida a las estafas y defraudaciones en el ámbito del sistema financiero. Finalmente se aborda uno de los factores normativos más decisivos para la configuración del engaño típico y, por consiguiente, del delito de

estafa, fundado en la posibilidad real de la víctima de acceder a la información necesaria para decidir sobre la disposición de su patrimonio.

2.2.3.4. Imputación Objetiva desde la óptica del engaño en el delito de estafa

La teoría de la imputación objetiva no está fuera de controversias y no es un concepto completamente unánime. Siendo así, CHOCLAN la define de la siguiente forma: “la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción, y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la Norma Penal. En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante.” (Choclan, 1999, p.60)

De esta manera, no existe entonces unanimidad en torno a lo que se entiende por “imputación objetiva”, e, incluso, todavía existen detractores de este juicio de imputación (sobre todo, desde la teoría final de la acción). Sin embargo, entendemos que la doctrina dominante considera que el punto central de atención es el del juicio de imputación objetiva del resultado, tanto desde un punto de vista general como en relación con el delito de estafa en particular, partiendo del siguiente supuesto: asegurada la relación de causalidad conforme con la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben agregarse criterios correctores de índole normativo que exigen la ejecución de un peligro por parte del autor, y que este no se encuentre cubierto por

un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.” (Balmaceda, 2011, p. 68)

Se puede entender bajo este punto de vista que la imputación objetiva se enfoca tanto en la acción misma del engaño como en su resultado, atendido a las características propias del sujeto pasivo. Por esto es relevante incluso el conocimiento que tenga el autor del engaño sobre la víctima, ya que variará de esta manera los parámetros normales que se aplican a una persona promedio dentro de la sociedad. “Cuando el sujeto activo busca de propósito la debilidad de la víctima y su credulidad por encima de la media, en ese caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según un juicio de prognosis basado en la normalidad del suceso social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor.” (Choclan, 1999, p.60)

“Ahora bien, el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credulidad, aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error.

En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación de la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.”

“En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser casual -en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma,

no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues, el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.” En definitiva, desde el punto de vista de la imputación objetiva, el engaño puede observarse desde dos perspectivas. En primer lugar, la actitud de la víctima frente al engaño y, en segundo lugar, el fin de protección de la norma. (Cancio, 2001, p.311)

Para determinar cuál es el parámetro que se aplica al sujeto al momento de exigir su deber de autocuidado se debe hacer un análisis completo de la relación entre las partes y la capacidad propia del sujeto, de esta forma “... para buscar si un riesgo cae o no dentro del ámbito del fin de protección de la norma, debería ponerse atención en los deberes de autoprotección de la víctima, los que dependen de las pautas sociales en el caso concreto y de las relaciones que existen entre el sujeto activo y el perjudicado (como la capacidad y acceso a las posibilidades de autoprotección, la existencia o no de una relación de confianza, su debilidad o fortaleza, etc.), es decir, en relación al relevante problema del engaño y su relación con el riesgo permitido.”

Siendo así, esta teoría excluye determinadas situaciones que no se ajustan al fin de protección de la norma, a pesar ser objetivamente imputables al resultado: “De acuerdo con este principio de autorresponsabilidad, la teoría ha excluido la imputación objetiva en la estafa en los siguientes casos: a) negocios de riesgo calculado o especulativos, por ejemplo la concesión de créditos sin comprobar el estado patrimonial del solicitante (que incluiría los casos de entrega de tarjetas de crédito en las mismas condiciones); b) relaciones jurídico-económicas entre

comerciantes. Se entiende que existe corresponsabilidad, pues los niveles de diligencia exigidos en este campo son mayores; c) utilización abusiva de tarjetas de crédito por su propio titular, pues siempre hay una actuación negligente del comerciante o de la entidad emisora y pueden ser fácilmente evitados con una mínima diligencia; d) casos de excesiva comodidad de la víctima, en los que hubiera podido evitar el error con el despliegue de una mínima actividad.” (Balmaceda, 2008, p. 367)

2.2.4. Deberes de Protección a la Víctima

El concepto de engaño no puede definirse desde un punto de vista unidireccional. El comportamiento de la víctima que sufre el engaño debe analizarse, ya que no todo engaño puede ser considerado típico para el delito de estafa, y los criterios para determinar su tipicidad no se encuentran exclusivamente en la conducta del autor, sino también en la actitud del sujeto pasivo. En especial en el delito de estafa, la víctima del engaño cobra una relevancia fundamental. En este caso se puede decir que se observa la credulidad o inocencia de la persona que fue engañada, en otras palabras, si el sujeto pasivo incurrió en error a causa de su comportamiento negligente o no.

La estafa necesita una intrusión en el comportamiento de la víctima, la que por error realizará la disposición patrimonial, por lo que es el propio sujeto pasivo quien realiza el perjuicio contra su patrimonio. Esta situación hace necesario que la conducta del sujeto engañado sea analizada para determinar la tipicidad del engaño. Es por esto que el delito de estafa se ha clasificado como delito de autolesión o delito de relación. La problemática que significa estudiar el propio comportamiento de la

víctima para determinar la tipicidad del delito ha sido abordada de distintas formas.

Así es como la doctrina ha estudiado los criterios que permitan determinar cuál es la diligencia debida de la víctima del engaño, y en esta materia ha llamado la atención la postura del principio victidogmático. Sin estar exenta de críticas, la postura victidogmática logró enfocar la atención en el sujeto pasivo del delito, de manera que su contribución al estudio de la figura del engaño en la estafa es especialmente relevante.

2.2.4.1. El principio victidogmático como límite a la acción penal

La llamada Victidogmática es un intento problemático, que trata de que la consideración criminológica de la víctima sea completada con una perspectiva dogmática, es decir, con una elaboración conceptual del significado del actuar de la víctima para la determinación del contenido del tipo. (Torio, 1989, p. 884)

El estudio victidogmático se enfoca particularmente en la responsabilidad que le cabe a la propia víctima respecto al delito que sufre. “Entre las propuestas que han considerado que la estructura del delito de estafa se caracteriza por presentar dos comportamientos que son candidatos a la imputación del acto de disposición perjudicial —el del «autor» y el de la «víctima»—, se encuentran las provenientes del pensamiento victimodogmático. Este último ha llamado la atención sobre lo incompleto de contemplar el delito desde una perspectiva unidireccional y ha aportado al análisis del delito un punto de vista importante, a saber, el de que la víctima no ha de verse como mera realidad sobre la que se proyecta el delito, sino como alguien que puede contribuir a su configuración e, incluso, ser responsable del mismo. (Pastor, 2004, p. 103)

Así, la victimología, ciencia que se erige con la misión de hacer respecto del sujeto pasivo lo que ya desde el siglo XIX venía realizando la criminología, analiza al ofendido desde componentes naturalistas y sociales, estudiando la posibilidad, incluso, de que unas personas sean más propensas que otras a ser víctimas de delito. Existen varios estudios victidogmáticos que abordan de distintas perspectivas la problemática de la víctima. Algunos autores realizan un análisis respecto a las posturas que pueden servir de mayor aporte para el estudio del delito de estafa. Así, los primeros estudios victimológicos al respecto se enmarcan en el elemento del error en el delito de estafa.

Bajo el criterio del “merecimiento de protección”, GIEHRING postula que el fundamento para determinar la existencia de error es la probabilidad de veracidad que la víctima le atribuye a la información del autor. De esta manera, si la víctima considera que la probabilidad de veracidad de la información entregada por el autor es muy alta, su duda debe ser considerada irrelevante y así, se debe entender que la víctima está en error. En cambio, si el sujeto pasivo considera que la probabilidad de veracidad de la información es baja, su duda es relevante y por tanto no existe el error.

Esta primera postura victidogmática aporta la idea de la duda de la víctima como posibilidad de autoprotección, y en este sentido, como un mecanismo necesario para la configuración de la estafa. Si la víctima duda, pero omite averiguar la veracidad de las afirmaciones del autor, ella será por tanto responsable de las consecuencias perjudiciales de su disposición patrimonial, no pudiendo ser amparada bajo la protección de la norma penal.

Así, este acercamiento a la problemática de los deberes de autoprotección de la víctima presenta graves problemas. En primer lugar, la duda de la víctima no puede significar que el riesgo disminuya y a la vez que la víctima acepte el riesgo. O se disminuye el riesgo o la víctima acepta el riesgo, pero no ambas. En segundo lugar, se define la necesidad de la protección de la norma penal a partir de la reacción de la víctima. En este sentido, la conducta del autor del engaño se relativiza y la tipicidad del delito queda supeditada casi exclusivamente a la reacción de la víctima. Así, “la reacción concreta de la víctima frente al engaño puede ser relevante para analizar la imputación objetiva del resultado y, por tanto, para establecer si hay o no consumación, pero no debe influir en nada en la determinación de la tipicidad del comportamiento del autor”. (Dopico, 2012, p.12)

Es decir, si la víctima efectivamente incurre en error y a causa de esto realiza una disposición patrimonial que genere un perjuicio, podemos decir que se ha producido el riesgo jurídicamente no tolerado por la norma penal en el sentido de la imputación objetiva, sin embargo, esto no debe afectar a que la conducta del actor fuese típica en primer lugar. Se puede apreciar así el primer gran problema de la postura victidogmática. El estudio casi exclusivo respecto al comportamiento de la víctima para determinar la tipicidad de la conducta omite una parte fundamental del delito, esto es, la acción del autor. (Vargas, 2001, p.204)

Posteriormente, se analiza otra propuesta, bajo el criterio de la “necesidad de protección”. Esta postura, defendida por RAIMUND HASSEMER, se presenta como un “análisis general del papel de las posibilidades de autoprotección y de la necesidad de protección en la interpretación de los tipos”, y a su vez corrige los defectos que presentaron las posturas victidogmáticas anteriores. (1981, p.223)

Este autor consideraba que el principio de subsidiariedad tenía cierta capacidad de rendimiento, pero, al tiempo, percibía que interpretar los casos de duda solamente con base en aquel principio podía conducir a soluciones insatisfactorias. En efecto, a su entender, el principio de subsidiariedad determinaba que solamente hubiera necesidad de acudir al Derecho penal si no existían medios menos lesivos que el *ius puniendi* capaces de proporcionar al bien jurídico una protección igualmente eficaz. Sin embargo, se daba cuenta de que tomar en consideración las posibilidades de autoprotección de la víctima en un sentido fáctico podía traer como consecuencia la eliminación de la interacción económica, pues la víctima siempre podía autoprotegerse más, hasta el punto de adoptar la medida más drástica, a saber, la renuncia a la interacción.

Dado que esto último era inadmisibile, este autor se veía forzado a introducir ciertos correctivos normativos. Por ello, puede decirse ya aquí que este planteamiento no se basó exclusivamente en el criterio de necesidad de protección, sino que acudió, también, a criterios externos a la idea de la subsidiariedad.

En otras palabras, esta postura comprende que la visión exclusiva desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, entendido de esa forma, no es capaz de resolver el problema de los deberes de autoprotección de la víctima, ya que se llegaba al extremo de exigir la renuncia absoluta del sujeto pasivo a la interacción, lo que es inadmisibile. El análisis sobre hasta qué punto es capaz la víctima de autoprotegerse, o hasta qué punto está obligada a hacerlo, necesariamente debe incluir elementos externos.

De esta forma debe agregar una serie de elementos para configurar los

elementos que se le exigen a la víctima para su propia protección. Es así como el autor desarrolla esta exigencia a través de la *intensidad del peligro*, concepto que nace como resultado de la *puesta en peligro general* al bien jurídico y las *posibilidades individuales de protección* de la víctima. A su entender, al titular del patrimonio le correspondían una serie de medidas de autoprotección y, por ello, la intervención penal solamente podía justificarse cuando estas hubieran sido neutralizadas desde fuera mediante un comportamiento que afectara al estado de conocimientos de la víctima. (Pastor, 2004, p. 108)

Así, en el tipo de estafa, el engaño recogía la puesta en peligro y el error, la falta de posibilidades de autoprotección y la relación funcional entre ambos determinaba la intensidad de peligro. Según este autor, cuando existían posibilidades de autoprotección, se debía excluir el error. A su entender, tales posibilidades de autoprotección debían sujetarse, por una parte, al límite de la capacidad del titular para adquirir más información y, por otra, no coincidían con las que el titular podía adoptar fácticamente. En concreto, este autor proponía distinguir entre tres posibles estados del sujeto pasivo del engaño, a saber, el de convicción subjetiva de la veracidad de las afirmaciones (sin seguridad objetiva), el de duda difusa y el de duda concreta.

En base a estos criterios, el autor excluye la posibilidad de autoprotección de la víctima en los casos donde no existiera duda concreta. Solo existiendo duda concreta, la víctima tendría posibilidades de comportamiento, de manera que en estos casos se debe atribuir una necesidad de autoprotección. En otras palabras, cuando el engaño ha sido realizado de manera tan eficaz que el sujeto pasivo ni siquiera ha dudado de su afirmación, entonces no se le sería exigible a la víctima la necesidad de

medidas de autoprotección.

La principal crítica que le cabe a esta postura, es que, al enfocarse únicamente en el estudio de los deberes de autoprotección de la víctima, se confunden los elementos del engaño y el error, de manera que la tipicidad de la conducta pesa casi exclusivamente en la negligencia de la víctima respecto a sus deberes de autoprotección. Hasta aquí las posturas mencionadas centran su estudio en el elemento del error desde la perspectiva victimodogmática, lo que se traduce en que la negligencia de la víctima en particular es la que determina que la conducta engañosa sea o no típica.

En definitiva, si bien se realizan importantes acotaciones en el ámbito de las medidas de autoprotección de la víctima en el delito de estafa, el estudio victimológico realizado respecto al elemento del error no puede bastarse a sí mismo. Sus conclusiones sin embargo pueden ser utilizadas desde otro punto de vista. “En primer lugar, la duda como hecho psicológico es importante para el juicio de imputación del resultado. En segundo lugar, la duda puede ser relevante para la definición del engaño, pero, en tal caso, se ha de entender en un sentido normativo; esto es una consecuencia de las exigencias de generalización, que determinan que no interesen las peculiaridades psicológicas del proceso de decisión de cada víctima. Con otras palabras, si se trata de establecer cuándo es necesaria la intervención penal, no es correcto basarse en el hecho psicológico de que la víctima alberga dudas concretas, sino en un concepto normativo de duda definido *ex ante*. Mezclar los planos de discusión y emplear argumentos de necesidad de intervención penal en el tratamiento de un problema de imputación objetiva del resultado no puede conducir más que a confusión. (Balmaceda, 2008, p.367)

Estas perspectivas se enfocan en la psicología del sujeto pasivo para determinar la tipicidad de la estafa a partir del elemento del error, específicamente en la posibilidad de duda que presenta la víctima. El principal problema que genera esta postura es que centra en la víctima la totalidad del examen de tipicidad del delito, sin prestar atención al engaño mismo. El mayor aporte de la victidogmática sin embargo ha sido su estudio respecto al tratamiento del engaño típico.

En definitiva, las distintas posturas provenientes de los estudios victidogmáticos han aportado en la profundidad del análisis que requiere una figura tan compleja como el engaño en la estafa. Por su especial naturaleza, es innegable que el estudio de su tipicidad no se puede agotar en la simple acción del sujeto activo, sino que es necesario delimitar la conducta de la víctima, que es en definitiva quien realiza la disposición patrimonial. De ahí que nace la problemática de los deberes de autoprotección de la víctima que ha sido tratada por la victimología. Sin embargo, los aportes realizados por estas teorías encajan de mejor manera en el contexto de la teoría de la imputación objetiva.

Como destaca algunos autores: “Son esencialmente correctas aquellas posiciones intermedias que reconocen la posible eficacia exoneradora de la responsabilidad criminal, en caso de reprochable omisión por la víctima de las medidas de autoprotección disponibles exigibles, en determinados tipos penales que explícita o implícitamente requieren una especial intensidad en el comportamiento del autor, frente al que la reacción de la víctima se muestra insuficiente.

2.1. Definición de términos

- **Delito.** - En sentido estricto, es definido como una conducta, acción u omisión típica (tipificada por la ley), antijurídica (contraria a Derecho), culpable y punible. Supone una conducta infraccional del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Alguna vez, especialmente en la tradición, se intentó establecer a través del concepto de Derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal. (Medina, 2011, p.96)
- **Delito de Estafa.** - El delito de estafa es una forma de defraudación, vale decir, la defraudación en el género y la estafa, una de sus modalidades típicas. En suma, la estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que habiendo determinado un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual en un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero. (Villavicencio, 2003, pp. 54ss.).
- **Engaño.** – No es más que la falta a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, a efectos de presentar la realidad con un aspecto diferenciado al que en verdad tiene o posee, consistiendo éste en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o

cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee. Se hablaría en el último caso de disimulación, mientras que, en el anterior, de simulación. (Coria, 2006, p. 1028).

- **Proceso penal.** - El proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva (Cerda, R. y Felices, M., 2011).
- **Las garantías.** Las garantías, precisamente, son mecanismos de protección de los intereses o de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho. En cualquier ordenamiento jurídico, las primeras garantías que se reconocen a los derechos son las institucionales, puede entenderse, desde este punto de vista, todos aquellos mecanismos de protección y tutela de los derechos encomendados a órganos institucionales como el gobierno, el legislador, la administración o los jueces, cuya finalidad es asegurar su eficacia (el cumplimiento social efectivo de los mismos) (Cerda, R. y Felices, M., 2011).
- **Garantías constitucionales del proceso penal.** - Debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, lato sensu, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado. Precisamente, esta necesidad de que el Estado vele por el respeto y la protección de los derechos fundamentales del imputado obliga a que se definan en la Constitución, en

tanto Ley Fundamental que fija las condiciones mínimas de actuación pública y privada, los límites del ejercicio del poder estatal (Coria, 2006, p. 1028).

- **Principios procesales.** - Los principios procesales son aquellas premisas máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del derecho procesal. Estos principios podemos encontrarlos en la Constitución, en la legislación ordinaria y en la jurisprudencia. Su valor como fuente del Derecho es vital a la hora de interpretar las normas escritas pues incluso la Ley Orgánica del Poder Judicial les da carácter de ley en ausencia de norma y establece la obligatoriedad de los jueces de aplicarlas e integrarlas al ordenamiento escrito (Cerde, R. y Felices, M., 2011).

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. El engaño en el delito de estafa-Supuesto de imputación objetiva resultante

Gran parte de la doctrina ha coincidido en determinar que, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa. Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado. (Vargas, 2001, p. 204)

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal. (Lira, 2010, p. 96)

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el

autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de “subjetividad” en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. (Hernández, 2010, p. 10)

Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente sujeto.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad, aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones posteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente

adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal. (Balmaceda, 2010, p. 96)

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa. Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria.

Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues “bastante” no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del

engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección. (Vargas, 2001, p. 204)

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección

y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.

Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión, esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo es suficiente para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa”. (Balmaceda, 2008, p. 351)

Como se recuerda: “El tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad”. (Vargas, 2001, p. 204)

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos -algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo. (Hernández, 2010, p. 10)

Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa “.

Por otra parte, ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credibilidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección”.

3.2. Delimitación de los supuestos de riesgo permitido y de imputación a la víctima

a) Los alcances del riesgo jurídico-penalmente permitido

Aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de permitir delinear los contornos de lo jurídicamente tolerado, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho subsistema social funcione con normalidad.

Estos supuestos, en tanto que conductas ajustadas a un “estado normal de interacción”, se mueven en un ámbito de permisión jurídico-social, por lo que evidentemente carecen de relevancia para el tipo penal. Una tal afirmación ha de mantenerse aun cuando la víctima sea quien desencadene con su propia conducta el curso lesivo; el comportamiento del autor, ajustado a los límites de lo permitido socialmente, simplemente no le es imputable objetivamente y, por lo tanto, ya no resulta necesario recurrir a la institución dogmática específica de la imputación a la víctima, la cual ciertamente se ubica en un plano sistemático posterior al del riesgo permitido en el marco de la teoría de la imputación objetiva que aquí se acoge. La imputación a la víctima, en tanto instituto dogmático específico excluyente de la tipicidad, solamente hallará cabida en la medida en que no encuentre aplicación un criterio normativo genérico, esto es, concretamente, en aquellos supuestos de extralimitación de los niveles de permisión jurídico-social (en los que, naturalmente, se reúnan los criterios generales antedichos). (Cancio, 2001, p. 368)

Dicho todo con un ejemplo: piénsese en un vendedor de relojes que le indica a su potencial comprador, a fin de lograr una venta exitosa, que el producto que ofrece es el más barato del mercado o que es el único producto original del centro comercial, alegando que los ofrecidos por sus competidores son burdas copias, oferta a la que el incauto comprador accede sin mayores indagaciones ni recaudos, adquiriendo ese producto que finalmente resulta siendo una baratija falsificada.

Aquí, sin duda, el comprador ha introducido con su absoluta falta de averiguación o búsqueda de información –la cual le era, por cierto, plenamente accesible dada la naturaleza de la relación económica – un factor causal que ha determinado que disponga de parte de su patrimonio a favor del vendedor. Sin embargo, no es necesario acudir al ámbito de responsabilidad de la víctima para solventar este caso en clave de imputación objetiva y, por ende, no sería lo dogmáticamente más exacto afirmar que al ser ella tan descuidada, el hecho se le ha de atribuir a su esfera de responsabilidad. El supuesto, antes bien, se enmarca dentro del ámbito de lo jurídico-penalmente permitido, puesto que la conducta del vendedor podría ser calificada como una simple “habilidad negocial” propia de una interacción comercial estandarizada, que permitió, ciertamente junto a la intervención del comprador, que éste realice el acto de disposición patrimonial.

Lo mismo ocurriría con el persuasivo vendedor que, con el propósito de concretar un negocio beneficioso para él, convence a la víctima de que el producto que ésta adquirió en otro centro comercial es de mala calidad o que su precio en el mercado es mucho menor al que le ofrecieron. No cabe duda que ejemplos como éstos permiten confirmar que en el tráfico comercial le corresponde a la víctima (el comprador de nuestros ejemplos) la averiguación de informaciones relacionadas

directamente con el estado jurídico y económico de su patrimonio así como con el funcionamiento del mercado, como la corrección del precio, las ofertas o el comportamiento económico de otros vendedores, etc., de modo que las denominadas “mentiras de recomendación” vertidas por el autor (el vendedor) son irrelevantes para el tipo penal de estafa.

b) La imputación a la víctima como instituto específico en el marco de la imputación objetiva

Fuera de los supuestos enmarcados en un ámbito socialmente tolerado –que, como hemos apuntado, han de resolverse en el terreno del riesgo permitido–, existen en definitiva casos en los que el comportamiento de la víctima puede acarrear la atribución del hecho a su ámbito de responsabilidad, lo que impedirá la imputación objetiva del mismo al autor y, con ello, su configuración típica. Estamos aquí frente a conductas que, si bien entrañan la presencia de un dato falso o mendaz, no pueden constituir sin más una inveracidad típicamente relevante y, por consiguiente, tampoco la existencia de responsabilidad del autor respecto del suceso, dada la intervención autorresponsable de la víctima en el mismo. (Cancio, 2001, p. 311)

Si bien en un contexto normal de interacción económica se exige al autor ciertos deberes de veracidad frente a la víctima, estos deberes, lejos de ser infinitos o ilimitados, hallan sus más palmarios límites en el incumplimiento por parte de esta última de ciertas incumbencias de autoprotección elementales en el desarrollo de dicha interacción.: en lo que importa respecto a los delitos de disposición patrimonial de la víctima realizada en estado de error, relación económica establecida libremente con el autor. Como es evidente, en tanto delitos de “participación necesaria”, “delitos de encuentro” o “delitos de relación”, las principales figuras de defraudación

patrimonial sólo pueden tener lugar en la medida en que interactúen cuando menos dos personas, una de las cuales se vale de alguna mendacidad para obtener un provecho patrimonial a costa de la otra.

No obstante, la falsedad o forma fraudulenta empleada por el autor no viene constituida por cualquier forma de engaño, sino que por el contrario debe hallarse regida por baremos de idoneidad, suficiencia y aptitud para provocar el déficit cognitivo de la víctima y, como consecuencia, el desprendimiento patrimonial que ésta finalmente lleva a cabo, de modo tal que el perjuicio irrogado ha de obedecer únicamente a razones imputables al autor y no a la propia víctima. Por tanto, el error en que incurre la víctima –y que determina finalmente el acto de disposición patrimonial perjudicial– debe responder únicamente a la falsedad maquinada por el autor y no a otros motivos ajenos a la relación entablada por las partes, tales como la falta de previsión, negligencia o exceso de confianza de la propia víctima en su actuar.

En otras palabras, para reputar como típico el engaño o argucia empleados por el autor para conseguir que la víctima se desprenda de su patrimonio, es necesario que la lesión del derecho de esta última responda a un riesgo jurídico-penalmente prohibido configurado por la conducta del autor y no por la asunción voluntaria de un riesgo al cual la propia víctima se somete inobservando manifiestamente medidas elementales de autoprotección, en cuyo caso la lesión patrimonial habrá de imputarse exclusivamente a su ámbito de responsabilidad. (Leyton, 2014, p. 131)

En efecto, en un contexto de personas imputables (capaces de apreciar los riesgos que rodean normalmente los contactos sociales de carácter negocial y de determinarse conforme a esa apreciación), no es coherente calificar de típica

cualquier forma de contribución a resultados lesivos, pues una simple vista general al entorno social en el que actualmente nos desenvolvemos demuestra que la vida cotidiana está repleta de favorecimientos a autopuestas en peligro de terceros. Piénsese en el caso de quien se arriesga a ganar dinero en apuestas informales o a adquirir a sabiendas bienes de segundo uso o de dudosa procedencia a precios muchos menores a los del mercado. Sin embargo, como se ha mencionado, la atribución jurídico-penal del suceso a la víctima sólo tendrá cabida en la medida en que no se configure en el caso concreto un instituto normativo más genérico como lo es el riesgo (jurídico-penalmente) permitido.

Esto significa que no todo suceso lesivo en el que intervenga fácticamente la víctima, ya sea por su propia voluntad o infringiendo incumbencias de autoprotección –que en suma conforman lo que JAKOBS denomina “acciones a propio riesgo”– debe configurar un supuesto de competencia de la víctima, pues este instituto se erige, desde un punto de vista sistemático, como un mecanismo normativo específico respecto de otros criterios de imputación de naturaleza más genérica. (2007, p. 238)

Explicado esto mediante otro ejemplo: no será igual el caso de quien adquiere bienes en un centro comercial formal gracias a la habilidad del vendedor, a aquel otro en que se retira fondos de una institución bancaria empleando información o documentación falsa. En el primer caso se aprecia una conducta socialmente estandarizada en la que si bien la víctima interviene activamente, se trata de una actividad que conlleva cierto riesgo económico pero que se encuentra socialmente tolerada de modo general. En otras palabras, se trata de una actividad arriesgada que precisa de la aceptación de la víctima y en la que, por ende, el riesgo permitido tiene como presupuesto el consentimiento de esta última; vale decir, “riesgo permitido y

consentimiento son congruentes”, por lo que aquí la intervención de la víctima funciona como un factor normativo en la definición de los niveles del riesgo permitido. (Cancio, 2001, p. 311)

Por su parte, en el segundo caso estamos ante comportamientos que superan los límites de lo socialmente admitido y que, consiguientemente, no se encuentran cubiertos por un riesgo permitido. Por esta razón, evidentemente, este instituto genérico no puede ser aplicado. En consecuencia, el análisis de estos comportamientos puede ser trasladado a niveles sistemáticos más específicos como el de la imputación a la víctima, el cual podría indudablemente encontrar cabida, determinando así que el suceso sea atribuido a la esfera de competencia de la víctima.

En síntesis, si se afirma la atipicidad de la conducta, bien por los alcances de un criterio normativo de carácter general (como el riesgo permitido), bien porque el suceso puede imputarse al ámbito de responsabilidad de la víctima, el engaño no podrá ser calificado como idóneo a efectos jurídico-penales y por lo tanto no podrá dar lugar a la configuración típica del delito en cuestión (ya sea el de estafa u otro estructuralmente similar). Entonces, cabe afirmar que en los delitos de relación, como es el caso paradigmático de la estafa, no podrá fundamentarse una eventual sanción penal cuando la inveracidad pudo haber sido descubierta sin especiales o insuperables dificultades por la víctima, puesto que no es jurídicamente posible en este particular terreno equiparar un estado de simple duda con uno de error, que es el que importa a efectos jurídico-penales; más aún si tales dudas pueden ser despejadas por la víctima realizando mínimos esfuerzos de autoprotección.

3.3. La accesibilidad a la información veraz como elemento

determinante para la imputación a la víctima

Una vez establecido que a la víctima) le corresponde, en atención a su posición específica en la relación económica, averiguar todo lo relacionado a los aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor, resulta evidente que esta medida de diligencia negocial solamente podrá ser exigible en tanto la víctima tenga reales posibilidades de acceder a la información que permita disipar sus dudas y, con ello, contrarrestar o inclusive neutralizar la situación de riesgo consustancial a la interacción económica.

Correlativamente, si la información necesaria para el cotejo no le fue accesible a la víctima, es lógico que no sería posible demandársele la adopción de medidas de autoprotección puesto que no tenía a su alcance la posibilidad de asegurar sus intereses patrimoniales con anterioridad a la decisión de disposición patrimonial. En tal sentido, la premisa rectora en este ámbito de definición de competencias se concreta en los siguientes términos: a la víctima, conforme a su posición concreta en la relación económica, le compete necesariamente la averiguación de la información que se encuentra normativamente a su alcance. En otras palabras, a la víctima únicamente le incumbe la averiguación de la información que le es normativamente accesible,² de modo tal que, por definición, el disponente no ha de confiar en las afirmaciones vertidas por el autor respecto de informaciones que le corresponde a aquél averiguar. (Pastor, 2004, p. 103)

Dicho de otra forma: a la víctima le compete, en principio, averiguar y conocer la información relacionada a aspectos jurídicos y económicos de la relación, así como

² Entiéndase que esta noción general se dirige a relaciones económicas estandarizadas en la que no existe un vínculo especial que genere deberes concretos de veracidad del autor frente a la víctima, como se verá a continuación en el texto.

del mercado, salvo que exista alguna razón específica que desplace dicha incumbencia al autor. Así sucede cuando la información relevante para la decisión de disposición es normativamente inaccesible para la víctima y es, en cambio, accesible para el autor, según su posición especial y la naturaleza de la relación económica, en cuyo caso a éste le compete proporcionar dicha información a aquélla antes de que realice el acto de disposición.

Piénsese por ejemplo en el ingeniero lego en Derecho que solicita la asesoría legal de un abogado para realizar una inversión inmobiliaria; en este caso, el ingeniero no podría tener acceso a la información veraz especializada de acuerdo con un esfuerzo razonable a él exigible y, de hecho, no le compete conocerla en función a su posición en la relación económica. Por el contrario, al abogado le incumbe, en atención a su posición específica en la relación económica, brindar la información necesaria para que el ingeniero disponente se desprenda de su patrimonio sin verse perjudicado. Sin duda alguna, así como toda persona vinculada normativamente a la víctima en razón de su posición especial tiene deberes de veracidad frente a ésta, igualmente de toda persona autorresponsable que se introduce libremente en una relación económica riesgosa se deriva la expectativa normativa de que obrará de forma mínimamente diligente o, cuando menos, tomando las más elementales medidas de autoprotección.

Traducido esto en términos prácticos: es irrelevante a efectos de tipicidad que la víctima haya tenido acceso a más información de la que le incumbía tener o que, por el contrario, haya accedido fácticamente a menor información de la que le correspondía adquirir; tales desniveles cognitivos, en ningún caso, comportan una modificación de los estándares normativos referidos a los deberes de información del

autor ni de las incumbencias de autoprotección de la víctima. En otras palabras, el autor, siempre que la información sea accesible a la víctima, no está obligado a sacarla de su situación de error, aun cuando fácticamente pueda hacerlo; y, de igual forma, la información de la víctima que supera los límites de su incumbencia no modifica ni reduce en modo alguno su derecho de veracidad frente al autor, ni tampoco los deberes que este último tiene conforme a su posición económica y que lo vinculan frente a la víctima. (Pastor, 2004, p. 203)

En esa línea, habrá de trasladarse al autor la responsabilidad por el acto patrimonialmente desventajoso si éste se encargó de obstaculizar a la víctima el acceso a la información verídica que normalmente estaba a su alcance y que hubiera en definitiva cambiado el rumbo de su decisión. El autor, de este modo, redefine los límites de sus deberes inicialmente configurados, tornándose con dicha obstrucción en garante de la situación potencialmente perjudicial para la víctima. Se trata, entonces, de un acto de injerencia del autor, que produce un aumento de sus deberes de veracidad y lo obliga a neutralizar el riesgo creado con dicha obstaculización antes de que la víctima se desprenda de su patrimonio. Se origina, por tanto, un deber de salvamento de una organización ajena frente a riesgos introducidos en ella por el autor. (Jakobs, 2007, p. 238)

3.4. Tratamiento Normativo y Jurisprudencial del Delito de Estafa

Este marco jurídico internacional se constituye en una de las bases para los cambios estructurales de la reforma procesal penal en marcha en nuestro país, ya que “exige la incorporación de los estándares jurídicos de respeto a los derechos, principios y garantías de los sujetos procesales” (Rosas, 2009, p. 64). Conforme se ha mencionado en el desarrollo de la presente tesis, nuestro Ordenamiento Jurídico

Penal Peruano, recoge al delito de estafa dentro de su artículo 196, la cual prescribe: “El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de 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”

Del mismo literal se puede desprender, que se hace una descripción genérica de lo que se refiere al delito de estafa, más no precisa específicamente, cuál debe ser el tratamiento especial-normativo que debería recibir la participación del engaño dentro del mismo, máxime si no existe otra ley, o ún tratamiento que nos muestre cual es la posición que ha de tomar nuestro Corte Suprema, al momento de resolver la participación del engaño en el delito de estafa. (Vargas, 2001, p. 204)

Por otra parte, ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credibilidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

En el aspecto Jurisprudencial, la Corte Suprema, a través de cada uno de los magistrados integrante de la Segunda Sala Penal Transitoria, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre los alcances del engaño dentro del delito de estafa, y extraer a partir de dicha interpretación, un precedente vinculante relacionada estrechamente al ámbito de investigación (Recurso de Nulidad 2504-2015/Lima), considerando lo

siguiente:

1. La sola constatación de un engaño, vinculado causalmente a una disposición patrimonial perjudicial, con déficit de información –error–, no implica, *per se* (por si misma), la configuración del delito de estafa. 2. Solamente existirá un engaño típico de estafa, cuando la superación del déficit de información –error– no es competencia de la víctima disponente sino del autor del hecho o suceso fáctico; esto es, cuando la víctima carece de accesibilidad normativa a la información. 3. En estos casos, el autor es garante de brindar a la víctima la información que a ésta no le competía recabar o descifrar.

La hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por ejemplo, resulta incorrecta la forma en que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito de estafa, esto es, como una mera secuencia de elementos: engaño, error, disposición patrimonial y provecho lícito, vinculados por un nexo causal. El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico-penales; si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido. (García, 2012, p. 386)

En el presente caso, sin embargo, el Tribunal de grado inferior se ha limitado a constatar la existencia de un engaño Causal, esto es, un engaño que resultó eficaz para producir un error, un perjuicio patrimonial, y un provecho ilícito. Ahora bien, si se exige que el “engaño” propio de la estafa, constituya un “riesgo típicamente

relevante” para el patrimonio, podrá llegarse a la conclusión de que hay engaños causales que son típicos y otros engaños causales que no lo son. La tipicidad del engaño, por tanto, no es cuestión de causalidad, sino de imputación objetiva. (Pastor, 2005, p. 119)

El delito de estafa protege el patrimonio, como poder jurídicamente reconocido de interacción en el mercado. De acuerdo con la configuración normativa de este mercado, en el contexto de nuestra sociedad actual, el sujeto que realiza un acto de disposición, muchas veces, no accede personalmente a toda la información que necesita para tomar sus decisiones económicas. En ese sentido, aquél que interactúa económicamente, se ve en la necesidad de confiar en otros que sí tienen acceso a esa información. Es por ello, precisamente, que mediante el tipo penal de estafa se busca garantizar un cierto grado de información veraz, para que el acto de disposición sea libre y, con ello, el patrimonio sea fuente de libertad para el titular; conservando, así, la estructura normativa del mercado.

Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? De acuerdo con la más recientemente elaborada dogmática jurídico-penal es el criterio de la accesibilidad normativa, el que permite delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que permita interactuar de forma libre en el mercado. Hay accesibilidad normativa cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla.

De otro lado, corresponde hacer una precisión respecto al delito de estafa,

cometido en el contexto de relaciones contractuales (actos jurídicos en general). Al respecto, es necesario señalar que, «lo que aisladamente considerado es una estafa, no deja de serlo si se acompaña de otros pactos válidos. Si no, se abriría una sencilla vía para la elusión de la pena: acompañar la estafa de otros actos razonables y con causa, integrándolos todos en un negocio complejo. (...) Hay sin duda estafa, en los casos de negocios vacíos o puramente aparentes que sólo encubren un fraude; pero también pueden darse estafas en el seno de una relación negocial real. (Dopico, 2012, p. 12)

La delimitación entre delito de estafa e ilícito civil, derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales, no se encuentra supeditada al elemento subjetivo; esto es, resulta incorrecto establecer una delimitación atendiendo a si el autor tenía dolo antes o después de celebrar el contrato. Esta posición resulta incorrecta, por cuanto la determinación de la relevancia penal de un comportamiento, no empieza por la esfera interna del autor. El Derecho Penal, recién se pregunta por la esfera interna –dolo, imprudencia y culpabilidad en sentido estricto– después que ha tenido lugar un comportamiento externo socialmente perturbador. En otras palabras, la delimitación entre estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva.

El engaño es un elemento que se presenta, no solamente en la estafa sino también en las relaciones contractuales civiles o de carácter mercantil. En estos casos, el operador de justicia tiene que delimitar quien es competente por la situación de error de la víctima; esto es, si incumbía a esta última agenciarse de la información normativamente accesible; o si era competencia del autor, en virtud de un deber de veracidad, brindarle a la víctima los conocimientos necesarios para su

toma de decisión respecto de la disposición de su patrimonio.

En el primer caso, no se configurará el delito de estafa, por cuanto el perjuicio patrimonial es competencia del propio disponente (competencia de la víctima); por tanto, los hechos serán ventilados en la vía extra penal que corresponda. En el segundo caso, una vez verificado que ha existido la infracción a un deber de veracidad, y la realización del riesgo en el resultado, entonces podrá imputarse la comisión del delito de estafa, atendiendo a criterios objetivos como la idoneidad del contrato, o su forma de celebración, para bloquear el acceso de la víctima a la información normativamente accesible; o para generar en aquella una razón fundada de renuncia a ciertos mecanismos de autoprotección relevantes para su toma de decisión.

3.5. Derecho Comparado sobre el tratamiento normativo del Delito de Estafa y sus Límites Punitivos

A) España

En los últimos tiempos son muchas las resoluciones judiciales, tanto de Audiencias Provinciales como del propio Tribunal Supremo, que tienen que resolver cuestiones referidas a la eventual conducta de la víctima para decidir si se cumple el requisito típico del «engaño bastante» en la estafa; y cada vez son más los planteamientos doctrinales que, haciéndose eco de esos pronunciamientos, intentan integrar este elemento en la estructura típica de la estafa. (Vargas, 2001, p. 204)

Desde este mismo momento quiero anticipar que, en mi opinión, el análisis de los deberes de autoprotección de la víctima no es una cuestión que se deba limitar a

un concreto elemento de la tipicidad de la estafa, sino que creo que es preciso poner de relieve cómo es un verdadero problema de imputación objetiva y, antes que eso, una cuestión a desarrollar en sede de bien jurídico-penal: intentaré exponer cómo el concepto personal-funcional de patrimonio permite una coherente exposición del fundamento de estos deberes.

Los hechos probados que acepta el Tribunal Supremo, que tienen relevancia a efectos de la presente investigación, son los siguientes:

- El Recurso de Casación cuestiona la concurrencia del engaño en base a la circunstancia de ser el perjudicado un experto asesor fiscal, y que conocía que las personas que él había seleccionado para llevar la contabilidad realizaban los documentos contables sin contar con los extractos bancarios justificativos de los ingresos. Es decir, pudo adoptar medidas elementales de comprobación y control como solicitar al Banco un extracto histórico de movimientos de las cuentas, sin que las especiales relaciones de amistad que los vinculaban excusen su falta de cuidado.
- Tradicionalmente se ha venido recurriendo por la dogmática penal a la idea de «autorresponsabilidad» en aquellos ámbitos en los que la víctima interviene en la actividad generadora del riesgo. Ahora bien, como certeramente han expuesto gran cantidad de autores, destacando muy particularmente la aportación a la discusión del núcleo de la idea de autorresponsabilidad se desmembra en los criterios de autonomía y de responsabilidad. Según el primero de ellos, que cuenta como fundamento con el artículo 10.1CE, a todo ciudadano le corresponde un ámbito de organización propio de su ámbito vital; mientras que, según el segundo

criterio, también le corresponde inicialmente a él la responsabilidad que se pueda derivar precisamente de su autoorganización.

- La idea de autorresponsabilidad sólo puede operar en ámbitos normativos orientados a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima: ¿los delitos patrimoniales participan de esta nota de autorresponsabilidad? Creo que, al menos en la estafa, sus peculiaridades estructurales hacen que sí se pueda predicar dicho carácter. Por otra parte, dicha interpretación puede venir propiciada desde una concepción personal-funcional del patrimonio como bien jurídico-penal. (García, 2012, p.386)

Por su parte el Tribunal Supremo, mediante expediente núm. 135/2015, de 17 de febrero, (REC: 1842/2014), Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, realiza en su Fundamento de Derecho Primero un extenso análisis del requisito de ‘engaño bastante’ del delito de estafa, citando otras tantas Sentencias del propio Tribunal, elaborando una doctrina jurisprudencial a tener en cuenta. Dice lo siguiente:

En el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP, que ello tenga lugar mediante un engaño “bastante”. Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado. (Vargas, 2001, p. 2004)

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de “subjetividad” en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. (Hernández, 2010, p. 10)

Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad

por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente sujeto.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad, aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal. En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa. (Balmaceda, 2008, p. 351)

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la

observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues “bastante” no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima. (Liria, 2010, p.96)

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito

del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.

Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión, esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo es suficiente para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa”. (Mayer, 2014, p. 1017)

Como se recuerda: “El tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal

público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad”.

No resulta procedente, por ello, renunciar en supuestos como el presente a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, se recuerda en la citada sentencia 162/2012, de 15 de marzo, “un robo sigue siendo un robo, aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas”, sin embargo, la exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa.

De ahí que, salvo supuestos excepcionales, la doctrina que ahora invoca el

recurrente sea de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos -algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo.

Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa “. Por otra parte, ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credibilidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección”.

B) Chile

Al respecto, debemos de hacer un reencuentro genérico de cómo se dio la evolución contante y el tratamiento del delito de Estafa, dentro del famoso Código Penal chileno que data de 1874 regula en su Libro II, Título IX (“Crímenes y simples delitos contra la propiedad”), párrafo 8, lo que denomina en su epígrafe “Estafas y otros engaños”. (Politoff, 2014, p. 689)

En esta materia (artículos 467 a 473) nuestro código reproduce casi textualmente el Código Penal español de 1848 y, por tanto, mantiene las deficiencias que contenía esa regulación española, lo que ha dificultado las interpretaciones que pudieran hacerse de sus normas. Desde 1874 hasta la fecha, la regulación de la estafa no ha sufrido modificaciones sustanciales² y, por tanto, se mantiene hasta hoy inalterada la estructura del Código penal español antes referido.

En efecto, el Código chileno carece de un concepto general de estafa que dé cuenta de los requisitos típicos que le son propios a esta figura delictiva. En cambio, establece un sistema exageradamente casuístico, acompañado de una figura residual que ofrece problemas de interpretación casi insolubles, todo lo cual da cuenta de la confusión del legislador en orden a entender las notas características de la estafa. Como si ello fuera poco, el legislador mecaniza en exceso la penalidad proporcionándola a la cuantía de la defraudación y coloca en el mismo párrafo de las estafas a figuras delictivas que nada tienen que ver con ésta: la destrucción de cosa embargada y de documentos, la apropiación indebida, el abuso de firma en blanco el hurto de posesión y la usura.

La figura básica de la estafa la constituye el artículo 468 del Código Penal que sanciona al: “Que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o

negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.

Esta disposición debe entenderse en relación con el artículo 473 del Código Penal Chileno, que establece una figura residual que sanciona al “que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo”. Del análisis literal de estos conceptos no se desprenden los requisitos que constituyen el núcleo de la estafa. De su simple lectura sólo se puede extraer la exigencia de un engaño y de un perjuicio, pero nada se dice sobre el elemento error y el acto de disposición patrimonial que realiza la víctima, y que es quizás la nota más característica de la estafa y que permite diferenciarla de otras figuras delictivas. Además, el código regula una serie de supuestos de estafas especiales, que sancionan las entregas fraudulentas; y las defraudaciones con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos; así como la suscripción engañosa de documento; la celebración fraudulenta de contratos aleatorios; los fraudes en el juego; artículo los que obtuvieren prestaciones improcedentes fraude en la suscripción de un contrato de promesa de compraventa de inmueble.

Por su parte el artículo 494 sanciona un supuesto de falta de estafa cuando la defraudación no excede de una unidad tributaria mensual. Se incluyen también en el párrafo otras figuras que manteniendo similitudes con la estafa parecen responder a una estructura distinta, donde al igual que en la apropiación indebida y el abuso de firma en blanco, lo esencial es el abuso de confianza: artículos que sancionan supuestos de administración fraudulenta. Por último, el artículo 471 que sanciona al que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado, es un supuesto que está más próximo a la falsedad que la estafa y parece no requerir ni el error ni el acto de disposición del sujeto pasivo. (Politoff, 2014, p. 689)

Los problemas de interpretación que genera una regulación como la expuesta son evidentes frente a cualquier supuesto de hecho habrá que determinar, sin que se ofrezcan parámetros claros al respecto, si estamos en presencia de uno de los “engaños semejantes” o de uno de los numerosos engaños especialmente sancionados en el párrafo o aquellos que no se haya expresado en los artículos anteriores”. Además, como en el párrafo se incluyen figuras que presentan una estructura típica diversa de la estafa, habrá que determinar previamente si los requisitos propios de este delito le son o no aplicables, a la circunstancia que genera también un margen de incertidumbre apreciable.

A la deficiente regulación de la estafa en el ordenamiento Jurídico Chileno, cabe agregar los problemas propios de interpretación, tanto en el derecho nacional como comparado, que genera esta figura delictiva. En efecto, la compleja configuración típica de la estafa, donde es la víctima la que se provoca un perjuicio producto de un engaño, exige que muchas de las nuevas instituciones dogmáticas de la Parte General del Derecho Penal tengan que sufrir una adaptación antes de poder ser aplicadas en este delito. La idea de que gran parte de la dogmática de la Parte General ha sido creada y desarrollada siguiendo el modelo de los delitos violentos queda patente al estudiar esta figura. Un buen ejemplo de ello lo constituyen los problemas que generan en la estafa los criterios de causalidad e imputación objetiva. La cooperación de la víctima del engaño en la producción del perjuicio obliga al intérprete a preguntarse en qué medida dicho comportamiento puede afectar la imputación del resultado a la conducta del autor. (Mayer, 2014, p. 1017)

CAPITULO IV

DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. La Víctima e Imputación Objetiva en el Delito de Estafa

Vinjoy, señala que: La imputación a la víctima, en el ámbito más amplio de la imputación objetiva de comportamientos, implica una toma de posición en torno a su ubicación sistemática, modelo dogmático al que se adscribe, y consecuencias argumentativas que importa sustentar el principio de auto-protección de raigambre constitucional, en la determinación de la responsabilidad jurídico penal (2011, pág. 400).

A) La imputación como atribución de una obra a su autor:

Aller, señala que: La imputación como atribución de una obra a su autor parte desde: (...) las ideas de Pufendorf (“Elementa...” 1660), un primer acercamiento a la imputación implicó “poner una obra en la cuenta de alguien”, tanto en lo fáctico (*imputatio facti*) como en el ámbito jurídico (*imputatio iuris*). La misma idea fue desarrollada por Kant (1797), Feuerbach (1799), Mayer (1901), Liepmann (1915), y los autores que se ubican en el origen de la segunda concepción: Larenz (1927, para el Derecho Civil) y Hönig (1930). Modernamente, es asumida por Hruschka (1974), quien distingue las *actio libera in se* (imputación ordinaria) y las *actio in sua causa* (imputación extraordinaria), y utiliza para la imputación de primer (injusto) y segundo nivel (culpabilidad), reglas de comportamiento e imputación al *urheber* (2009, págs. 122-124).

B) La imputación como determinación del sentido del desvalor (expresión de sentido típico)

Sánchez sostiene que: La segunda concepción, tiene como punto de partida –señala Cancio– en los años 70, a partir de Roxin, con una primera aproximación en 1962 y su desarrollo en 1970. La idea ya no será la mera “*atribución de obra*”, sino antes bien, el “*contenido o expresión de sentido del desvalor*”, de tal suerte que el cambio de “*horizonte*” de la imputación, conducirá a nutrir la imputación de criterios fundamentales de la tipicidad. Este entendimiento, será el de Jakobs y Frisch con matices que Cancio desarrolla (imputación “*de resultado*”, o “*al tipo objetivo*” en Roxin), y “*comportamiento*” o conducta en Jakobs y Frisch. (2009, págs. 46-49)

En relación a la teoría de la imputación objetiva, Villavicencio (2016) refiere que: En la actualidad, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica, es decir, en el que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante, sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultado.

C) La teoría de la imputación objetiva desde el ámbito del normativismo

Jescheck y Weigend, citado por Medina sostienen que: “La imputación objetiva se erige, en términos generales, en un sistema dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal que se derivaría de la sola causación de un resultado lesivo” (2011, pág. 25). Asimismo, Caro sostiene que: (...) lo que busca la imputación objetiva a través de sus diversas estructuras normativas es interpretar

un determinado comportamiento en su respectivo contexto social para poder así establecer si el mismo tiene un significado objetivamente delictivo. (...) (2003, pág. 26). Jakobs, por su parte, citado por Medina: “se puede afirmar que este instrumento normativo ha venido a convertirse en la actualidad en una teoría general que se ocupa de la “determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable”. Jakobs, citado por Gómez, ha denominado una “teoría del significado del comportamiento” (2007, pág. 238).

4.1.1. Beneficios de una Correcta Imputación Objetiva

Los Beneficios son principalmente el lograr una correcta Imputación objetiva al autor y así deslindar si el hecho es típico o no: Ha quedado validad en base a los fundamentos derivados de la discusión de resultados a nivel normativo y doctrinal, que son los siguientes:

- a.** Existe la necesidad de tener y contar con una correcta imputación objetiva del autor, aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de permitir delinear los contornos de lo jurídicamente tolerado, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho sub-sistema social funcione con normalidad.
- b.** Fuera de los supuestos enmarcados en un ámbito socialmente tolerado –que, como hemos apuntado, han de resolverse en el terreno del riesgo permitido–, existen en definitiva casos en los que el comportamiento de la víctima puede acarrear la atribución del hecho a su ámbito de responsabilidad, lo que impedirá la imputación

objetiva del mismo al autor y, con ello, su configuración típica. Estamos aquí frente a conductas que, si bien entrañan la presencia de un dato falso o mendaz, no pueden constituir sin más una inveracidad típicamente relevante y, por consiguiente, tampoco la existencia de responsabilidad del autor respecto del suceso, dada la intervención autorresponsable de la víctima en el mismo.

c. En esencia, para reputar como típico el engaño o argucia empleados por el autor para conseguir que la víctima se desprenda de su patrimonio, es necesario que la lesión del derecho de esta última responda a un riesgo jurídico-penalmente prohibido configurado por la conducta del autor y no por la asunción voluntaria de un riesgo al cual la propia víctima se somete inobservando manifiestamente medidas elementales de autoprotección, en cuyo caso la lesión patrimonial habrá de imputarse exclusivamente a su ámbito de responsabilidad. (Leyton, 2014, p. 131)

4.2. La Normativización de la Estructura Típica del Delito de Estafa

Debemos tener en cuenta que buena parte de la problemática de la estafa radica en lo que ha de entenderse por *engaño* y, por consiguiente, si este tiene la capacidad de originar un estado de *error* penalmente relevante. Así Medina (Medina Frisancho, 2011, pág. 83) sostiene que: “El engaño - previsto en los tipos de forma expresa o no- constituye, pues, el componente medular de la estafa y de las otras formas de defraudación”. Del mismo modo (Donna & De La Fuente, 2001) refieren “(...) pues si no hay ardid o engaño, aunque exista error y disposición patrimonial perjudicial, nunca puede hablarse de estafa”. Por lo tanto, se necesita de conceptos puntuales a fin de contar con directrices normativas para la determinación del sentido jurídico penalmente relevante de la conducta del autor en la relación

económica, principalmente el engaño y su consecuencia en la víctima, el error.

Actualmente la postura doctrinaria dominante sobre la determinación del engaño penalmente relevante es la teoría ecléctica objetivo - subjetiva, que es un “(...) amalgama dogmática que aparecía como una predecible necesidad de complementar las posturas objetivas, por sí solas insuficientes, con las específicas características, capacidades y conocimientos del disponente” (Medina Frisancho, 2011, pág. 86). Por un lado, la tesis objetiva señala que (...) el engaño debe medirse objetivamente antes de verificar si el autor produjo o no el error a la víctima (Medina Frisancho, 2011, pág. 85). Por otro lado la tesis subjetiva que (...) se basa en el reconocimiento de una esfera de responsabilidad de la víctima en la interacción económica que terminaba lesionando su patrimonio, de modo que a esta, conforme a la situación concreta y sus particulares conocimientos, le resulta exigible cierto grado de diligencia frente a las afirmaciones del autor (2011, pág. 85). En la doctrina extranjera han adoptado esta postura ecléctica (Caruso, 2001, pág. 109), (Donna & De La Fuente, 2001, pág. 92 ss), (Gonzales Rus, 2000, pág. 433), (Pérez Manzano, 2003, pág. 444), (Tamarit Sumalla, 1998); en la doctrina Nacional es al parecer la postura unánime, (Bramont-Arias Torres & García Cantizano, 1998, pág. 349), (Paredes Infanzón, 2000, pág. 216), Peña (2017, pág. 330), Salinas (2006, pág. 277).

Asimismo, debemos tener en cuenta también cuales son esos parámetros contraproducentes de la dogmática naturalista que aún subsisten en el delito de estafa y es que sus elementos típicos, el engaño y el error, según esta corriente es que despliegan sus efectos en un plano psicológico. (Medina Frisancho, 2011, pág. 88) Señala: (...) que son comprendidos como una suerte de fenómeno psíquico-naturalístico que, manipulando el fuero interno de la víctima, la motiva a disponer

de su patrimonio. Desde esa perspectiva, por una parte, el engaño sería el medio fraudulento utilizado por el autor para irrumpir en la psique del disponente, mientras que, por otra, el error no sería más que el resultado psíquico perseguido por el autor, esto es, un determinado estado psicológico de la víctima. A esta línea metodológica se apegan algunos autores tales como: (Bottke, 2002) quien entiende que el error es un “hecho psíquico” contrastado en la idea falsa de un hecho jurídicamente relevante, (Gonzales Rus, 2000, pág. 432) quien sostiene como una “representación mental que no responde a la realidad”; en el Perú es de igual pensamiento Peña (2008, pág. 347) concibiendo al error como un fenómeno psicológico. Esta visión naturalista no puede tener aceptación por parte de la doctrina, toda vez como señala acertadamente (Medina Frisancho, 2011, pág. 88) “(...) sólo nos introduce en un ámbito extrajurídico muchas veces inaccesible (la psique humana), sino que supone un desenfoco del problema, el cual necesita antes bien, de correctivos normativos”. Por tal razón debe adoptarse una perspectiva normativa o como refiere (Medina Frisancho, 2011, pág. 82) “(...) determinar que le incumbe al autor y que a la víctima; o lo que es lo mismo, establecer de modo objetivo que se espera normativamente de cada una de las partes que interactúan en la relación económica”, es decir que actos son de competencia del autor y cuáles son los actos de competencia de la víctima.

4.3. La Dogmática Normativista dentro de la Regulación del Delito de Estafa

Conforme se ha señalado en el desarrollo de la presente tesis, nuestro Ordenamiento Jurídico Penal Peruano, recoge al delito de estafa dentro de su artículo 196, la cual prescribe: “El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en

perjuicio de 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”, no habiendo determinado legalmente cuales son los límites y/o supuestos en los cuales el engaño dentro del delito de estafa es atribuible a la víctima.

Del mismo literal se puede desprender, que se hace una descripción genérica de lo que se refiere el delito de estafa, más no precisa específicamente, cuál debe ser el tratamiento especial-normativo que debería recibir la participación del engaño dentro del mismo, máxime si no existe otra ley, o un tratamiento que nos muestre cual es la posición que ha de tomar nuestra Corte Suprema, al momento de resolver la participación del engaño en el delito de estafa.

Por otra parte, ha de tenerse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credibilidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Dentro del tráfico económico, donde precisamente las personas se encargan de cubrir sus necesidades e intereses, mediante la creación de efectos jurídicos, se aprecia la amplia participación de los contratos, donde las partes expresan su voluntad para contratar a fin de satisfacer intereses particulares. Es ahí donde el

legislador debió haber previsto todo el supuesto en los cuales la víctima podría encontrarse de un engaño, o en su defecto evitar el mismo, dentro del delito de estafa, más aún si vemos que la sociedad en nuestra realidad, necesita de una forma de protección y precaución exhaustiva de sus derechos fundamentales.

Al respecto, durante estos últimos años, la realidad apunta, a que muchos de los ciudadanos han sido víctimas de una estafa, la cual desde la época de gestación de la dogmática exige la presencia del engaño dentro del mismo, o cierta diligencia que deberá tener la víctima; situación que nos lleva claramente a determinar que el legislador debe prever de acuerdo al tráfico económico los supuestos en el cual estamos frente a un engaño objetivo, con la finalidad de no ocasionar ningún tipo de perjuicios a los justiciables, quienes en su defecto tendrán la posibilidad de concurrir a una vía extra-penal, donde se pueda dilucidar su caso.

De lo expuesto, concuerdo con (Cancio Meliá & Espinar, 2004), Caro (2006, pág. 242), García (2008, pág. 422), (Sanchez-Vera Gómez Trelles, 2004, pág. 52) y Medina (2011, pág. 89) al señalar que: (...) tratar de resolver la problemática de las diversas figuras de estafa y de sus principales componentes típicos considerándolos como instrumentos de un proceso psicológico destinados a manipular mentalmente a la víctima no puede ser ya la imagen que actualmente han de proyectar hoy en día la estafa y defraudaciones patrimoniales [y] es que al Derecho en tanto ciencia jurídica, no le pueden interesar los fenómenos psíquicos ni mucho menos constatarlos en la mente del autor a fin de atribuirle responsabilidad penal. Del mismo modo Caro (como se citó en Medina, 2011), explica que: A partir de este entendimiento, no reviste interés jurídico-penal la representación *per se* cómo dato psíquico-naturalista, sino como un concepto estrictamente *normativo*, esto es, como aquello que la persona

debía representarse en la interrelación social concreta de acuerdo a su ámbito personal de competencia (pág. 89).

Por ello me inclino a la postura doctrinaria de Pastor (como se citó en Medina, 2011) al considerar: “que ni el engaño es un simple medio causal dirigido a provocar un efecto psíquico (el error) ni su definición depende del estado psicológico del autor o de la víctima” (pág. 90). Desde una perspectiva normativista, tanto el engaño como el error revisten otro contenido doctrinario y no son definidos como una representación mental por el cual el autor manipula el fuero interno de la víctima para que este disponga de su patrimonio. Por el contrario, como bien lo señala Jakobs (como se citó en Medina, 2011): “(...) Estos dejan de ser vistos como simples fenómenos psicológicos para ser definidos sobre una base normativa: la *competencia*. De este modo, solo aquella persona que se aparta de la posición de garante que jurídicamente lo vincula frente a otro, defrauda una expectativa social de conducta y, con ello, realiza el tipo penal (...) (pág. 91).

Esta perspectiva es asumida también por la Jurisprudencia Española, y así lo contrasta en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 9 de junio del 2003, ponente Bacigalupo al sostener que: “En la actualidad, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el error, como elemento del tipo penal del art. 248 CP (la estafa) no es sólo un fenómeno psicológico, sino que debe revestir también relevancia normativa”. Por tanto, comparto la postura de Pastor (2004, pág. 154) al señalar que: “tanto al autor como a la víctima les vienen establecidas esferas de competencia que habrán de administrar libre pero también racionalmente, sin esperar que su propio descuido o desidia sean asumidos por el otro”.

En efecto, según la doctrina actual y el cual comparto han establecido de

forma mayoritaria que: “(...) autor de estafa no es quien manipula psíquicamente al disponente, sino quien *infringe un deber jurídico de veracidad que lo obliga frente a la víctima*, al margen de la interpretación o representaciones estrictamente subjetivas que se tengan del hecho (...) Medina (2011, págs. 91-92). Como señala Jakobs (1998, pág. 21) lo determinante será “la interpretación objetiva orientada con base en el rol”. Es decir: *víctima* no será quien en un momento dado de la interrelación tuvo una representación intelectual falsa, sino quien, habiéndose organizado de forma adecuada *dispone de su patrimonio en un déficit de información imputable al autor*. Medina (2011, pág. 92). En conclusión, se puede afirmar en palabras de Jakobs (1998, pág. 35) que: “[d]el mismo modo que en el ámbito de responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo.

4.4. Validación de la hipótesis

Los argumentos que justifican la validez y coherencia de la hipótesis planteada en la investigación, son las siguientes:

Primero: Como bien se ha podido apreciar en el desarrollo de toda la tesis, en especial lo evidenciado a nivel doctrinario y normativo, si bien en un contexto normal de interacción económica se exige al autor ciertos deberes de veracidad frente a la víctima, estos deberes, lejos de ser infinitos o ilimitados, hallan sus más palmarios límites en el incumplimiento por parte de esta última de ciertas

incumbencias de autoprotección elementales en el desarrollo de dicha interacción: en lo que importa respecto a los delitos de disposición patrimonial de la víctima realizada en estado de error, relación económica establecida libremente con el autor. Como es evidente, en tanto delitos de “participación necesaria”, “delitos de encuentro” o “delitos de relación”, las principales figuras de defraudación patrimonial sólo pueden tener lugar en la medida en que interactúen cuando menos dos personas, una de las cuales se vale de alguna mendacidad para obtener un provecho patrimonial a costa de la otra.

No obstante, la falsedad o forma fraudulenta empleada por el autor no viene constituida por cualquier forma de engaño, sino que por el contrario debe hallarse regida por baremos de idoneidad, suficiencia y aptitud para provocar el déficit cognitivo de la víctima y, como consecuencia, el desprendimiento patrimonial que ésta finalmente lleva a cabo, de modo tal que el perjuicio irrogado ha de obedecer únicamente a razones imputables al autor y no a la propia víctima. Por tanto, el error en que incurre la víctima –y que determina finalmente el acto de disposición patrimonial perjudicial– debe responder únicamente a la falsedad maquinada por el autor y no a otros motivos ajenos a la relación entablada por las partes, tales como la falta de previsión, negligencia o exceso de confianza de la propia víctima en su actuar.

Segundo: En otras palabras, para reputar como típico el engaño o argucia empleados por el autor para conseguir que la víctima se desprenda de su patrimonio, es necesario que la lesión del derecho de esta última responda a un riesgo jurídico-penalmente prohibido configurado por la conducta del autor y no por la asunción voluntaria de un riesgo al cual la propia víctima se somete inobservando

manifiestamente medidas elementales de autoprotección, en cuyo caso la lesión patrimonial habrá de imputarse exclusivamente a su ámbito de responsabilidad.

En efecto, en un contexto de personas imputables (capaces de apreciar los riesgos que rodean normalmente los contactos sociales de carácter negocial y de determinarse conforme a esa apreciación), no es coherente calificar de típica cualquier forma de contribución a resultados lesivos, pues una simple vista general al entorno social en el que actualmente nos desenvolvemos demuestra que la vida cotidiana está repleta de favorecimientos a autopuestas en peligro de terceros. Piénsese en el caso de quien se arriesga a ganar dinero en apuestas informales o a adquirir a sabiendas bienes de segundo uso o de dudosa procedencia a precios muchos menores a los del mercado. Sin embargo, como se ha mencionado, la atribución jurídico-penal del suceso a la víctima sólo tendrá cabida en la medida en que no se configure en el caso concreto un instituto normativo más genérico como lo es el riesgo (jurídico-penalmente) permitido.

Esto significa que no todo suceso lesivo en el que intervenga fácticamente la víctima, ya sea por su propia voluntad o infringiendo incumbencias de autoprotección –que en suma conforman lo que JAKOBS denomina “acciones a propio riesgo”–, debe configurar un supuesto de competencia de la víctima, pues este instituto se erige, desde un punto de vista sistemático, como un mecanismo normativo específico respecto de otros criterios de imputación de naturaleza más genérica.

Tercero: Existe la necesidad de tener y contar con una correcta imputación objetiva del autor, aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites

del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de permitir delinear los contornos de lo jurídicamente tolerado, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho sub-sistema social funcione con normalidad.

Cuarto: En esencia, para reputar como típico el engaño o argucia empleados por el autor para conseguir que la víctima se desprenda de su patrimonio, es necesario que la lesión del derecho de esta última responda a un riesgo jurídico-penalmente prohibido configurado por la conducta del autor y no por la asunción voluntaria de un riesgo al cual la propia víctima se somete inobservando manifiestamente medidas elementales de autoprotección, en cuyo caso la lesión patrimonial habrá de imputarse exclusivamente a su ámbito de responsabilidad.

Quinto: Del literal normativo se puede desprender, que se hace una descripción genérica de lo que se refiere el delito de estafa, más no precisa específicamente, cuál debe ser el tratamiento especial-normativo que debería recibir la participación del engaño dentro del mismo, máxime si no existe otra ley, o un tratamiento que nos muestre cual es la posición que ha de tomar nuestra Corte Suprema, al momento de resolver la participación del engaño en el delito de estafa.

Por otra parte, ha de tenerse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la

credibilidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Sexto: Durante estos últimos años, la realidad apunta, a que muchos de los ciudadanos han sido víctimas de una estafa, la cual desde la época de gestación de la dogmática exige la presencia del engaño dentro del mismo, o cierta diligencia que deberá tener la víctima; situación que nos lleva claramente a determinar que el legislador debe prever de acuerdo al tráfico económico los supuestos en el cual estamos frente a un engaño objetivo, con la finalidad de no ocasionar ningún tipo de perjuicios a los justiciables, quienes en su defecto tendrán la posibilidad de concurrir a una vía extra-penal, donde se pueda dilucidar su caso.

V. CONCLUSIONES

1. Hemos podido establecer, que los límites del engaño típico tienen que ser tomados en cuenta al momento de establecer una imputación objetiva del delito de estafa, que son la base a la Garantía Normativa de Veracidad que si bien *en un contexto normal de interacción económica se exige al autor ciertos deberes de veracidad frente a la víctima, estos deberes, lejos de ser infinitos o ilimitados, hallan sus más palmarios límites en el incumplimiento por parte de esta última de ciertas incumbencias de autoprotección elementales en el desarrollo de dicha interacción, donde las principales figuras de defraudación patrimonial sólo pueden tener lugar en la medida en que interactúen cuando menos dos personas, una de las cuales se vale de alguna mendacidad para obtener un provecho patrimonial a costa de la otra.*
2. Se ha identificado y analizado que los beneficios son principalmente el lograr, tener y contar con una correcta imputación objetiva del autor, aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de permitir delinear los contornos de lo jurídicamente tolerado, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho sub sistema social funcione con normalidad.
3. Se determinó que, dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Penal Peruano, existe una deficiencia normativa, puesto que, la normatividad legal vigente no permite establecer con claridad cuáles son los límites al momento de configurar el engaño típico dentro del delito de estafa, habiéndose limitado a realizar una

somera descripción genérica de lo que se refiere el tipo penal.

4. Finalmente, se identificó que existe un vacío, puesto que el legislador no realizó una correcta tipificación del delito de estafa de acuerdo al tráfico económico peruano, pues al respecto, durante estos últimos años, la realidad apunta, a que muchos de los ciudadanos han sido víctimas de estafa, la cual desde la época de gestación de la dogmática exige la presencia del engaño dentro del mismo, o de cierta diligencia que deberá tener la víctima.



RECOMENDACIONES

1. A raíz, de todo lo investigado es necesario interpretar el Delito de Estafa a través de una Imputación Objetiva, mas no de una de Causalidad, ya que crearía una sobrecriminalización de las conductas que se dan en el tráfico económico peruano.
2. Modificar el Tipo Penal de Estafa, esto es cambiar la Descripción Típica del mismo quedando redactado de la siguiente manera:

Anterior: Artículo 196.- «El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de 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.»

Modificado:

Artículo 196.- «El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño *el cual debe tener la potencialidad de inducir a error a alguien con una mínima inteligencia o deber cuidado*, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.»

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angulo, P. (2007). *La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*. Lima: Jurista Editores.
- Asencio, JM. (1997). *Introducción al derecho procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bajo, M. (1993). *Manual de Derecho Penal. Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid: Ramón Areces.
- Balmaceda, G. (2011). *El delito de estafa en la jurisprudencia chilena*. Revista de Derecho Editorial.
- Balmaceda, G. (2011). *El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos*. Revista Estudios Socio-Jurídicos Editorial.
- Balmaceda, G. (2011). *Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?* Revista de Estudios de la Justicia Editorial.
- Baumann, J. (1989). *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma.
- Burgos, V. (2005). “*Principios rectores del nuevo código proceso penal*”. En Cubas, V. Doig, Y., Quispe, F. (Coordinadores). *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra.
- Caro, D. (2006) “*Las garantías constitucionales del proceso penal*” En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo II. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftunge. V.

- Cabrera, J. y Contreras, M. (2010). *El engaño típicamente relevante a título de estafa*. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial.
- Cancio, M. (2001) “*Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*”. Bosch Editorial.
- Caro, J. (2002) “*Imputación a la víctima y su efecto excluyente de la tipicidad*”.
- Choclan, J. (2002). *El delito de estafa*. España, BOSCH editores.
- Choclan, J. (1999). *Engaño bastante y deberes de autoprotección*. Revista de derecho y proceso penal. n. 2. Ed Aranzand.
- Claus, R. (2003). *Derecho procesal penal*, 25.^a ed., Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ferrajoli, L. (2003) «*Pasado y futuro del Estado de derecho*». En Carbonell, M. (ed.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (2004). “*Estado y Constitución*”. En Fioravanti, M. (coord.), El Estado moderno en Europa (pp. 13-44). Madrid: Trotta.
- Gimeno, V., Morenilla, P. Torres, A., y Días, M. (2007). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex.
- Gómez, J. (1996). *Constitución y proceso penal*. Madrid: Tecnos.

- Hernández, H. (2010) *Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa*. Revista Chilena de Derecho Editorial.
- Jakobs, G. y Cancio Mella, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*, traducción de Manuel Cancio. Madrid: Thomson – Civitas.
- Leyton, J. (2014) *Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas*.
- Lorca, A. (1986). *Derecho procesal penal*. Madrid, Tecnos.
- Lira, B. (2008.) *Las teorías de la imputación objetiva y la Mise en scene en relación con el delito de estafa*.
- Lujan, M. (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Llacsahuanga, R. (s.f.e.). “Constitución y Proceso Penal” En: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_02.pdf
- Llacsahuanga, R. y Aburto, J. (2008). “*Las declaraciones de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno*” En: Libro Homenaje al 60 Aniversario de las Declaraciones de Derechos. Lima: Colegio de Abogados de Lima.
- Mayer, L. (2014) *El engaño concluyente en el delito de estafa*. Revista Chilena de Derecho Editorial.
- Mayer, L. (2010). *La falsificación de instrumentos privados: ¿una estafa especial?* Revista de Derecho Editorial.
- Montero, J. (2008). *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Editorial Thomson – Civitas.

- Oré, A. (1999). *Manual de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Lima: Alternativas.
- Pastor, N. (2005) “*El engaño típico en el delito de estafa*”. En Kindhäuser, Urs et al, *Cuestiones actuales de Derecho Penal General y Patrimonial*, Lima: Ara Editores.
- Pastor, N. (2004). *La determinación del engaño típico*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Pérez, J. (1985). *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Peña, R (1991). *Tratado de Derecho Penal*. Parte especial, Sagitario Editorial.
- Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima_ Grijley.
- Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Ffecaat,
- Robles, L. et. al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y Jurídica*. Lima: Fecatt.
- Rosas, J. (2009). *Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957*. Lima: Jurista Editores.
- Roxin, C. (2000-2003). *Derecho Procesal Penal*. Edición en castellano. Traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisado por Julio B. J. Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Salazar, P. (2008). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: UNAM-FCE.

- San Martín, c. (2003). *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., t. I., Lima: Grijley.
- Vargas, T. (2011) "*Daño del engaño*" en documentos privados: Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados. *Rev. Derecho*.
- Villavicencio, T. (2006). "*Derecho penal-parte general*". Grijley Editorial.