



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA ESTAFA SOBRE VÍCTIMA ESTRUCTURALMENTE DÉBIL Y LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 196 - A

Ana Albújar-Mendoza

Piura, junio de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Albújar, A. (2015). *El tratamiento normativo de la estafa sobre víctima estructuralmente débil y los alcances del artículo 196 - A* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

**ANA LUCÍA ALBÚJAR MENDOZA**

**EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA ESTAFA  
SOBRE VÍCTIMA ESTRUCTURALMENTE DÉBIL Y  
LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 96 – A**



**UNIVERSIDAD DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Tesis para optar el título de abogado.**

**2015**



## **APROBACIÓN**

Tesis titulada “El tratamiento normativo de la estafa sobre víctima estructuralmente débil y los alcances del artículo 196 - A”, presentada por Ana Lucía Albújar Mendoza en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Carlos Pinedo Sandoval.

---

Director de Tesis



## **DEDICATORIA**

*A Dios por brindarme la fuerza de voluntad necesaria para alcanzar mis metas.*

*A mis padres, Gilberto y Elena, por su amor incondicional, apoyo y sacrificio.*



## **AGRADECIMIENTO**

*Al Mgr. Carlos Pinedo Sandoval, por disponer de su tiempo en el asesoramiento y revisión de la presente investigación.*



## ÍNDICE

Planteamiento de la cuestión	1
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>EL DELITO DE ESTAFA EN EL PERÚ: DESARROLLO E INTERPRETACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>5</b>
1. CUESTIONES GENERALES	5
A. La incorporación del delito de estafa en el Código Penal Peruano de 1991.....	5
B. El delito de estafa en la doctrina nacional.....	8
C. El delito de estafa en la jurisprudencia nacional.....	10
2. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN NORMATIVA.....	14
A. La influencia causalista en la interpretación del delito de estafa y sus elementos....	14
A. Problemas de la concepción naturalista del engaño.....	17
B. La Normativización de la dogmática penal.....	20
C. La importancia de la teoría de imputación objetiva en el delito de estafa.	22

## **CAPÍTULO II**

### **LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE ESTAFA: EL ENGAÑO, EL ERROR, LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL Y EL PERJUICIO**

Introducción.....	25
1. EL ENGAÑO TÍPICO EN EL DELITO DE ESTAFA.....	26
A. El injusto en el delito de estafa.....	26
B. Definición del concepto de engaño.....	29
C. La teoría de la mise en scène o puesta en escena.....	31
D. La imputación objetiva: ¿Cuándo existe engaño penalmente relevante?.....	33
E. El engaño desde la perspectiva ex – post y ex – ante.....	35
F. El engaño bastante.....	36
G. El engaño omisivo y la comisión por omisión en la estafa.....	39
H. ¿Es importante la causalidad para la delimitación del engaño típico penalmente relevante?.....	42
2. EL ERROR.....	43
A. El concepto de error en el delito de estafa.....	43
B. ¿Es necesario el error como consecuencia del engaño?....	46
3. LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL Y EL PERJUICIO EN EL DELITO DE ESTAFA.....	47
A. El acto de disposición patrimonial de la víctima en el delito de estafa.....	47
B. El perjuicio patrimonial a la víctima y el provecho obtenido por el autor.....	50

## **CAPÍTULO III**

### **IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA: EN MARCO DE SU COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN**

Introducción.....	53
1. LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA.....	54
A. Definición.....	54
B. Organización conjunta del autor y la víctima.....	57
C. La victimodogmática.....	58
D. Deberes de autoprotección.....	63
2. LA IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO Y LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA.....	66
A. Riesgo permitido.....	66
B. Prohibición de regreso.....	67

C.	Principio de confianza.....	68
3.	LA VÍCTIMA Y SU POSICIÓN EN EL DELITO DE ESTAFA.....	69
A.	El engaño típico como límite de la autorresponsabilidad de la víctima.....	69
B.	La estafa como delito de autolesión.....	70
C.	La estafa como autoría mediata tipificada.....	71

#### **CAPÍTULO IV**

	<b>UN SISTEMA DE DEBERES DE VERACIDAD: LA ACCESIBILIDAD NORMATIVA Y LA ACCESIBILIDAD FORMAL. (Posición Personal).....</b>	<b>75</b>
	Introducción.....	75
1.	EL PLANTEAMIENTO DE UN SISTEMA DE DEBERES DE VERACIDAD.....	76
A.	El engaño típico y lesión al derecho a la verdad.....	76
B.	Definición de los deberes de veracidad.....	78
C.	Redefinición de los deberes de veracidad.....	80
D.	Bloqueo al acceso de informaciones por parte del autor hacia la víctima.....	83
2.	EL SISTEMA DE DEBERES DE VERACIDAD EN LA ACCESIBILIDAD NORMATIVA Y FORMAL.....	84
A.	Los criterios de accesibilidad formal y accesibilidad normativa en las relaciones económicas.....	84
B.	¿Cuál es la información relevante que debe tener en cuenta la víctima?.....	85
C.	Los modelos de decisiones en las relaciones económicas.....	87
D.	¿Los factores emocionales influyen en las decisiones de disposición patrimonial?.....	88
E.	¿Es posible la aplicación de los sistemas de veracidad en la legislación penal peruana?.....	89

#### **CAPÍTULO V**

	<b>LA ESTAFA SOBRE VÍCTIMA DÉBIL.....</b>	<b>93</b>
	Introducción.....	93
1.	LA DEBILIDAD DE LA VÍCTIMA.....	94
A.	Concepto.....	94
B.	El incumplimiento de los deberes de autoprotección por parte de la víctima.....	95
C.	La debilidad de la víctima por su constitución. Concepto.....	97

2.	LA VÍCTIMA DÉBIL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO..	100
	A. Tipos de víctimas débiles.....	100
	B. Crítica.....	101
	C. Soluciones Normativas.....	115
	D. La importancia de la debilidad de la víctima para el Derecho Penal y su tratamiento normativo.....	119
	E. Toma de Posición.....	123
3.	¿ES NECESARIO LA CALIFICACIÓN DE DETERMINADOS ACTOS COMO ESTAFA AGRAVADA?.	129
4.	DELIMITACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 196 – A Y 186 DEL CÓDIGO PENAL.....	133
5.	LA ESTAFA Y EL HURTO CON DESTREZA: DELIMITACIÓN.....	136
	A. Caso de los incapaces.....	138
	B. Caso de las mujeres en estado de gravidez.....	139
	C. Caso de los adultos mayores de 65 años.....	139
	D. Caso de los menores de edad.....	140
6.	DERECHO COMPARADO: LA CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES EN EL DERECHO PENAL ITALIANO Y ARGENTINO.....	141
	CONCLUSIONES.....	145
	BIBLIOGRAFÍA.....	153

## **ABREVIATURAS**

<b>Art. / arts.</b>	Artículo / Artículos
<b>Dir.</b>	Director / Directores
<b>Ed.</b>	Edición
<b>Exp</b>	Expediente
<b>P.</b>	Páginas
<b>R. N.</b>	Recurso de Nulidad
<b>S. / SS.</b>	Siguiente / Siguientes
<b>STOP</b>	Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal
<b>Vol.</b>	Volumen



## **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

En el desarrollo de la dogmática penal, ha sido necesario recurrir a una interpretación normativa del delito de estafa y su estructura típica, de modo que, no se conciba éste ilícito como una consecuencia de sucesos que den como resultado un perjuicio patrimonial. Éste propósito se ha conseguido con la teoría de la imputación objetiva que ha permitido encontrar en el sistema deberes de veracidad la razón normativa para la imputación del comportamiento del autor en concordancia con la competencia por organización que cada persona ostenta en la sociedad. En consecuencia, se ha reconocido un ámbito de responsabilidad de la víctima por el cual no basta la mera constatación de la realización de la conducta ilícita dirigida hacia él o su patrimonio sino que es posible imputar al agraviado las consecuencias de la acción por motivo de su organización conjunta con el autor.

Al ser la estafa un ilícito que garantiza la estructura normativa del mercado tiene como contexto una relación económica en la cual interactúan el agente y la víctima ocupando un rol en dicha interacción asumiendo derechos, deberes e informaciones propios del ámbito económico. Sin embargo, no todos los intervinientes son iguales, logrando constatarse dichas diferencias en el momento de interactuar, siendo que el autor puede depararse con una víctima diligente o distraída. En éste sentido, las diferencias entre los intervinientes permiten en algunos casos el reforzamiento de los deberes de veracidad por parte del autor, en concreto, cuando se encuentran ante víctimas estructuralmente débiles las cuales no gozan de suficiente capacidad intelectual o cuyo carácter presenta anomalías, siendo que, dicha debilidad que presentan

dificulta sus relaciones económicas, el tomar decisiones sobre su patrimonio y disponer de aquél. En torno a éste tema, la doctrina y la jurisprudencia se ha preocupado – aunque no lo suficiente – en desarrollar y brindar soluciones que puedan resolver la problemática del tratamiento de víctimas débiles el cual abarca a los menores de edad y los incapaces.

La discusión sobre la debilidad de la víctima se pone en manifiesto principalmente en el contexto de una relación económica, por lo que, surge la interrogante de cómo debe ser el comportamiento del autor frente a ese grupo de víctimas. La respuesta a dicha pregunta ha variado, puesto que algunos consideran que la debilidad estructural que afecta al agraviado debe ser irrelevante a efectos de una interacción económica, de manera que, la conducta del agente que concurre dentro del mercado con una víctima débil debe ser la misma que se mantiene con una víctima con todas sus capacidades cognitivas en orden, en cuanto, existe otra teoría que postula un aumento de los deberes de veracidad por parte del autor que pueda suplir el déficit que padece el agraviado.

Con respecto a ésta problemática, el 19 de Agosto de 2013 fue publicada la Ley N° 30076, la cual incorpora el artículo 196 – A referente al delito de estafa agravada. Con dicha modificación la problemática planteada debe extenderse también a la interpretación de los agravantes contenidos en el artículo 196 – A y en la calificación como delito de estafa de los supuestos establecidos taxativamente en el inciso 1 de dicha disposición legal en los cuales la comisión del delito de estafa es reprimido con pena privativa de libertad mayor a la tipificada en el artículo 196 por tratarse de casos donde el sujeto pasivo del hecho delictivo presentaba algún déficit de conocimiento o debilidad tales como los menores de edad, adulto mayores e incapaces los cuales no reúnen las capacidades intelectuales y volitivas de una víctima normal, por lo que presentan una vulnerabilidad ante la inveracidad del autor dentro de una relación de interacción económica.

Conforme a lo anteriormente expuesto, el objetivo de éste trabajo es encontrar una solución normativa en base de la teoría de la imputación objetiva, dado que, está fuera de toda duda la necesidad de protección de las víctimas débiles se debe establecer si dicha protección a éste tipo de agraviado corresponde al ilícito de estafa o al delito de hurto. Asimismo, a efectos de un mejor estudio del tema en cuestión, he considerado

pertinente abarcar el análisis de la estructura típica del delito de estafa desterrando los conceptos causalistas; el criterio de imputación a la víctima y el planteamiento de un sistema de deberes de veracidad.



## CAPÍTULO I

### EL DELITO DE ESTAFA EN EL PERÚ: DESARROLLO E INTERPRETACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

#### 1. CUESTIONES GENERALES

##### A. La incorporación del delito de estafa en el Código Penal Peruano de 1991.

Con la progresiva evolución de la dogmática penal, la estafa se ha ido configurando como un ilícito que al contrario de otros delitos contra el patrimonio que representan acciones violentas contra la víctima para vencer la oposición de ésta y consiguientemente obtener el provecho patrimonial, requiere de una conducta voluntaria del sujeto pasivo basada en una representación falsa de la realidad caracterizándose así como una conducta en que es necesaria la interacción entre el autor y la víctima<sup>1</sup>. Tal como expresa, Von Hentig, la estafa es un delito que debe presentar a la víctima como colaborador ciego de su propio perjuicio patrimonial<sup>2</sup>. En consecuencia, es común en las diversas legislaciones penales europeas y latinoamericanas encontrar dicho ilícito tipificado bajo el título de “Estafa y otras defraudaciones” como un delito contra el

---

<sup>1</sup> SAUER, *Derecho Penal: Parte General*, p. 72 y ss.

<sup>2</sup> VON HENTIG, *Estudios de Psicología Criminal III, La estafa, tercera edición*, p. 19 y ss.

patrimonio o la propiedad, tal como sucede en los Códigos Penales de Argentina, México y Perú. Se debe aclarar que el término genérico de defraudación hace referencia a los delitos que representan un ataque o menoscabo ilícito a la propiedad y son cometidos utilizándose fraude, ya sea mediante engaño o abuso de confianza, siendo la estafa uno de los delitos incluidos por dicha denominación.

Conforme a esto, el 08 de Abril de 1991 se publicó el Decreto Legislativo N° 635 por el cual se promulgaba el Código Penal que actualmente se encuentra vigente incorporando una serie de delitos los cuales tenían su fuente legal en el derogado código penal de 1924.

Entre ellos, el delito de estafa, de acuerdo a la sistematización del Código Penal de 1991, tipificado en el Libro Segundo de dicho cuerpo normativo dentro de los delitos contra el patrimonio (Título V) modalidad de Estafa (Capítulo V), previsto en artículo 196° En el donde se establece que: *“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.* Asimismo, si se contempla el artículo 244 del Código Penal de 1924, el cual constituye antecedente legal de la disposición contenida en el artículo 196 del cuerpo legislativo penal actualmente vigente, se puede apreciar que mantienen semejanzas estructurales que se refieren al provecho ilícito obtenido por el autor mediante engaño que ocasiona la disposición patrimonial de la víctima, siendo las diferencias meramente literales ya que el artículo 196 contempla el delito de estafa de forma genérica sin la presencia de una lista taxativa de supuestos específicos. En cambio, el artículo 244 <sup>3</sup> estableció una serie de supuestos que al presentarse en casos concretos llevaría a cabo la comisión de la estafa tales como el uso de nombre supuestos, la utilización de falsos bienes, abuso de confianza y simulación de créditos, aunque no estableció un listado numerus clausus en sentido estricto ya que consideraba que el

---

<sup>3</sup> Código penal derogado de 1924: tipificaba el delito de estafa art. 244, en el título IV: Estafa y otras defraudaciones; de la sección sexta, de los “Delitos contra el patrimonio” : *“El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro artificio, astucia o engaño, se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, será reprimido con penitenciaría o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes.*

ilícito de estafa podía ocasionarse valiéndose de cualquier otro artificio distinto a los mencionados siempre y cuando ocasionara perjuicio a la víctima y procure un provecho ilícito al agente.

De esta manera, al observar jurisprudencia que tuvo como base el cuerpo normativo penal de año 1924, tal como la Resolución Suprema de fecha 07 de Noviembre de 1953 que afirma lo siguiente : *“Para que exista delito de estafa, es necesario que el cheque girado sin fondos no sea dado con fecha adelantada, puesto que así el acreedor sabe o debía presumir que no había engaño en cuanto a los fondos”*<sup>4</sup>, se puede concluir que ciertos supuestos de estafa bajo dicho código se encuentran tipificados actualmente como supuestos diferente a la estafa en el código penal de 1991 siendo el caso del delito de libramiento indebido ubicado en artículo 215. Es notable la influencia suiza que tuvo el código de 1924 incluso en cuando a la estafa con la diferencia que para la legislación suiza bastaba el obtener un provecho ilícito en perjuicio de un tercero sin recurrir a la enumeración de supuestos anteriormente mencionada que realiza el artículo 244<sup>5</sup>. Se debe mencionar que dicha lista de supuestos que originan la comisión del delito de estafa tiene su fuente legal el artículo 345 del código penal de 1863 el cual tipificaba dicho supuestos y otros tales como entregar una cosa en virtud de un contrato con una calidad distinta a la pactada; el uso de pesas y medidas falsas, los que defrauden haciendo suscribir con engaño algún documento, entre otros con una agravante mayor de pena privativa de libertad.

Dicho esto, el supuesto de estafa incluido en el artículo 196 de código penal de 1991 mantiene conforme a su antecesor, el hecho de que el autor a través del engaño obtiene un provecho ilícito para sí mismo siendo la víctima perjudica por su disposición patrimonial. Sin embargo, la disposición legal incorporada incluye en su tenor que la disposición realizada por el sujeto pasivo por motivo del engaño del agente se produce por la presencia de una representación falsa de la realidad tal como es el error, el cuál será objeto de un posterior análisis por la presente investigación.

Por último, en cuanto los antecedentes del artículo 196 – A, que tipifica los supuestos de estafa agravada, se podría decir que el numeral 4

---

<sup>4</sup> Resolución Suprema del 07 de Noviembre de 1953.

<sup>5</sup> HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*, 2<sup>a</sup> ed., p. 53 y ss.

del artículo 197 el cual se encuentra vigente con anterioridad a la Ley N° 30076, constituye un precedente del numeral 4 del 196 – A qué se refiere a la estafa sobre bienes inmuebles<sup>6</sup>. Con respecto, a la protección de los menores de edad, incapaces, adultos mayores de 65 años y mujeres en estado de gravidez no se puede determinar un antecedente directo en el cuerpo normativo penal de 1991. Sin embargo, el numeral 7 del artículo 189 que tipifica el ilícito de robo agravado ya incluía la protección a éste tipo de víctimas gracias a la modificación realizada por el Decreto Legislativo N° 896 publicado el 24 de Mayo de 1998. Por lo tanto, con la Ley N° 30076 dicha protección fue extendida recientemente no sólo a la estafa sino también al delito de hurto agravado tal como se puede ver en el numeral 11 del artículo 186, planteándose el debate acerca del tratamiento que deben recibir ese grupo de víctimas y su denominación como víctimas estructuralmente débiles.

## **B. El delito de estafa en la doctrina nacional**

En el ordenamiento penal vigente es común observar que el delito de estafa es objeto de estudio por reconocidos penalistas peruanos que recurren a interpretar el dispositivo legal contenido en el artículo 196, en especial haciendo un análisis de la estructura típica de dicho delito. En este contexto, se puede decir que la atención de la doctrina peruana en referencia a este delito se enfoca algunos elementos del ilícito como es el engaño y el error, llevando a la interpretación que para la comisión de la estafa es necesaria una cadena de sucesos y de componentes, es decir, se considera que debe existir una conexión entre los elementos. De esta opinión, Peña Cabrera Freyre<sup>7</sup> sostiene que el engaño ha de producir un error que induzca a realizar un acto de disposición que persiga un perjuicio. Por lo tanto para éste autor y otros penalistas que más adelante mencionaremos, para que nos encontremos ante el delito de 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 causal descrita por la ley la cual es la siguiente: El agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien, en virtud de

---

<sup>6</sup> Numeral 4 del artículo 197 establece lo siguiente : La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

(...) 4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

<sup>7</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal: parte especial, Vol. II*, págs.618-624.

ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio en tanto la conducta punible es la de defraudar por medio de ardid o engaño. Asimismo, citando a Raúl Peña Cabrera<sup>8</sup>, el delito de estafa según lo expresado en el código penal actual se inspira en la definición que lo considera como “una conducta engañosa con ánimo de lucro, propio o ajeno, que determinando un error de una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o de tercero” por lo que no basta según este autor solo inducir al error sino mantener en error al agraviado, es decir, considera que es necesaria una secuencia en relación al acto de disposición, para que se produzca la comisión del delito.

Gálvez Villegas<sup>9</sup>, afirma que no basta encadenamiento causal dado que la acción engañosa consiste en crear apariencias de lo que sucede pero debe evaluarse la idoneidad objetiva del engaño para inducir o mantener en error al engañado e inducir al acto de disposición patrimonial, de modo que se debe tener en cuenta si el engaño es objetivamente previsible para un observador imparcial colocado en la situación del autor en el momento de realizar el engaño. Coincidimos con la opinión del autor, dado que, al referirse a un “engaño típicamente relevante” debe analizarse en la valoración de éste, las circunstancias conocidas o prudentemente conocibles por la víctima, de las cuales nos referiremos después respecto a la infracción de deberes de veracidad; así mismo la relación entre autor y agraviado configura un elemento importante en el momento de determinar si la víctima tiene competencia por el hecho producido. Es decir, que no es suficiente verificar la creación de un riesgo no permitido para imputar objetivamente el delito de estafa al agente, es primordial verificar la existencia de una actuación de la víctima conlleve a cuestionar si se puede considerar como víctima o si es competente de la realización de riesgo no permitido, sí esto resulta afirmativo la conducta no será típica.<sup>10</sup>

En opinión de Bramont Arias Torres y García Cantizano, el delito de estafa alude al ataque del patrimonio realizado no mediante

---

<sup>8</sup> PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal: Parte especial: De acuerdo al nuevo código penal, Vol. II, pág.150.*

<sup>9</sup> GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, *Derecho Penal: Parte especial Vol. II, págs.978-982.*

<sup>10</sup> GÁLVEZ VILLEGAS / DELGADO TOVAR, *Derecho Penal: Parte especial Vol. II, págs.994-998.*

comportamientos o medios materiales tales como la amenaza o la violencia sino por medios intelectuales. Para éstos autores lo esencia de la estafa es incriminar el uso del engaño o de otros procedimientos semejantes que implican la existencia de una determinada maquinación del sujeto activo contra el patrimonio de otro<sup>11</sup>.

### C. El delito de estafa en la jurisprudencia nacional.

La interpretación de la estafa realizada por nuestro sistema judicial no dista mucho de los alcances doctrinales descritos en el acápite anterior, considerando al engaño como elemento principal de la estructura típica y resaltando la importancia de una conexión entre el ardid utilizado por el agente del delito, el error en que recae la víctima, la disposición patrimonial y el perjuicio.

En ese sentido se ha expresado, nuestra Corte Suprema por Ejecutoria<sup>12</sup> del 06 de mayo del 1998 al establecer que:

*“El delito de estafa consiste en el empleo de artificio o engaño a fin de procurar para sí o un tercero un provecho patrimonial en perjuicio ajeno, requiriendo para su configuración de ciertos elementos constitutivos tales como: el engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito, los mismos que deben existir en toda conducta prevista en el artículo 196 del Código Penal.”*

De igual sentido, la Resolución del 28 de Noviembre de 1997 manifiesta:

*“Para la configuración de la estafa es necesario que medie engaño, ardid o astucia a efecto que la víctima se desprenda de un determinado bien, en este caso dinero en efectivo, procurándose así el sentenciado un provecho indebido; si no se comprueba tal ánimo doloso del procesado con el fin de perjudicar al agraviado no llega configurarse el tipo penal estafa.”<sup>13</sup>*

Del mismo modo, la segunda sala penal de Piura manifiesta lo siguiente:

---

<sup>11</sup> BRAMONT – ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho Penal: Parte especial*, 2ª. ed., p. 314.

<sup>12</sup> Expediente N° 524-98-Lima, en SALINAS SICCHA Ramiro, p. 1039.

<sup>13</sup> Expediente N° 1347-97-Lima, en BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p.145.

*“Para la perpetración del delito de estafa deben mediar los presupuestos contenidos en el artículo ciento noventaséis del Código Penal.”<sup>14</sup>*

Asimismo, se brinda atención al error tal como se afirma en el Expediente N° 60-97 de Arequipa:

*“El inducir y mantener en error a los agraviados, haciéndolos creer el inculpado que tenía un cargo directivo en un Pueblo Joven, motivo por el cual le entregaron un monto de dinero como parte de pago y tramitación para obtener un lote, constituye delito de estafa”<sup>15</sup>.*

De la misma manera, el Expediente 6335-97 de la ciudad de Lima cita lo siguiente:

*“No se ha acreditado el delito ni la responsabilidad penal de los procesados, ya que la agraviada no ha sido inducida a error bajo ninguna de las modalidades típicas, toda vez que la participación de ésta en la “junta de pandero” realizada por los procesados se debió a un acto voluntario en la que no medió ningún factor que desnaturaliza su libre consentimiento”<sup>16</sup>.*

La sentencia de fecha 11 de Marzo de 2010, expedida por la Sala Penal Transitoria de la ciudad de Lima cita lo siguiente:

*“La capacidad del engaño para producir el error está en función a que la acción del autor comporte un incremento del riesgo socialmente aceptado para la producción del resultado, además que la disposición patrimonial haya obedecido al peligro generado por la conducta engañosa desplegada por el autor”<sup>17</sup>. Considerando la misma sala que “es conveniente incluir, para la medición de la trascendencia del engaño, el principio de autorresponsabilidad de la víctima, pues es ésta quien es responsable de su deber de autoprotección, y, en algunos casos, con su comportamiento*

---

<sup>14</sup> Expediente N° 1354-91-Piura, en VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p.382.

<sup>15</sup> Expediente N° 60 - 97, en VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p.382

<sup>16</sup> Expediente N° 6335- 97- Lima, en VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p.382

<sup>17</sup> Expediente N° 3115 – 07 – Lima en CARO CORIA “Lineamientos dogmáticos y jurisprudenciales del delito de estafa”, 2012, pág. 12. Disponible en internet [http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263\\_01estafa\\_ccaro.pdf](http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263_01estafa_ccaro.pdf)

*contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido (...) De este modo se advierte como innecesaria la intervención penal a aquella víctima que no se comportó de modo responsable en el cuidado de sus bienes jurídicos del que es titular, más aun cuando se trata de bienes jurídicos disponibles como el patrimonio”<sup>18</sup>.*

El dolo es un elemento del tipo subjetivo exigido por la jurisprudencia peruana en la comisión de la estafa tal como el Expediente 2821-97 de Lima expresa:

*“El delito de defraudación en su modalidad de venta de bienes en litigio, exige uno de los elementos del tipo subjetivo del tipo, siendo el accionar doloso del sujeto activo, quién deberá inducir en error al agraviado, presentándole como libre un bien sujeto a gravamen o que es objeto de un proceso judicial”<sup>19</sup>.*

El primer juzgado penal de Lima en la sentencia de fecha 20 de mayo de 1996, establece que:

*“son elementos idóneos para la configuración del injusto en el delito de estafa, el perjuicio patrimonial ocasionado con ánimo de lucro mediante engaño, ya que se sorprende la credulidad y buena fe de la agraviada al ser inducida en error por una insidia tendida en su contra”<sup>20</sup>.*

El tercer juzgado penal del Cono Norte en la ciudad de Lima afirma lo siguiente:

*“que respecto al delito de estafa, tal como está previsto en el artículo 196 del Código Penal, se debe tener en consideración que lo que se reprocha al agente es conseguir que el propio agraviado le traslade a su esfera de dominio su propio patrimonio; es decir, el aspecto objetivo de este delito requiere que el agente obtenga un provecho ilícito, para lo cual debe mantener en error al agraviado por medio engaño, astucia, ardid; es decir se requiere de una conducta*

---

<sup>18</sup> Expediente N° 3115 – 07 – Lima, en CARO CORIA “Lineamientos dogmáticos y jurisprudenciales del delito de estafa”, 2012, pág. 13. Disponible en internet [http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263\\_01estafa\\_ccaro.pdf](http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263_01estafa_ccaro.pdf)

<sup>19</sup> Expediente N° 2821- 97- Lima, en VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p.382

<sup>20</sup> Expediente N° 66-95-Lima, en BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p.97- 100.

*engañosa con ánimo de lucro propio o ajeno que determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar una disposición, consecuencia de la cual es un perjuicio en su patrimonio o de un tercero*<sup>21</sup>.

En el mismo contexto, la sala anteriormente referida manifiesta:

*“que en el caso sub judice se tiene que revisar todo lo actuado, se ha acreditado que los procesados han satisfecho las tres conductas secuenciales que este ilícito en su aspecto objetivo requiere, pues la primera de ellas que es el mantener o inducir en error al agraviado, empleando para ello el engaño, astucia u otra forma fraudulenta, se ha verificado la conexión de todos los elementos*<sup>22</sup>.

Respecto al criterio de responsabilidad de la propia víctima, la Sala Penal Nacional en la sentencia de fecha 20 de Abril de 2010 expresa que:

*“(…) consideramos que la denunciante es la única responsable del bienestar de su patrimonio por lo que no resulta idóneo que pueda acceder a entregar su dinero a cambio de la absoluta certeza de ser salvada o curada con objetos de apariencia religiosa. Más aun cuando sabemos que la denunciante cuenta con conocimientos medios aprobados por la sociedad. Así que este posible engaño no guarda las características de ser objetivo. Por lo que valoramos, la entrega de su dinero entró sólo en el ámbito exclusivo de la víctima, infringiendo sus deberes de autoprotección.*<sup>23</sup>”

En consecuencia, se puede decir que, en principio, la jurisprudencia peruana ha considerado que para tipificarse el delito de esta es necesaria que se verifique que todos los elementos de la estructura típica de dicho ilícito se hayan producido como una cadena de sucesos adoptando un criterio causalista del engaño que se presta a calificar cualquier hecho en el cual se presente una mentira o afirmación falsa como estafa. Ante esto, es imprescindible acudir a la teoría de la imputación objetiva como

---

<sup>21</sup> Expediente N° 1347-2001 - Cono Norte- Lima.

<sup>22</sup> Expediente N° 1347-2001 - Cono Norte- Lima.

<sup>23</sup> Expediente N° 197 – 09 – Lima, en CARO CORIA “Lineamientos dogmáticos y jurisprudenciales del delito de estafa”, 2012, pág. 16. Disponible en internet [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263\\_01estafa\\_ccaro.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263_01estafa_ccaro.pdf)  
Consultado : (01/02/15)

fuerza de solución para la determinación del engaño típico en el ilícito en cuestión.

## **2. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN NORMATIVA**

### **A. La influencia causalista en la interpretación del delito de estafa y sus elementos.**

El inicio del siglo XX representó para el derecho penal una intensa dependencia del plano naturalístico, ya que se hizo valer un concepto óntico de acción, que trajo como consecuencias problemas intersistemáticos. Radbruch<sup>24</sup>, desarrolló una completa teoría causal de la acción, ya que para éste autor, “el derecho penal se nutre de las conductas humanas sobre las cuales se levantan los conceptos valorativos de antijuricidad y culpabilidad”. Por ello el concepto de acción es para el penalista alemán antes mencionado es la piedra angular del sistema penal, así dentro de la multiplicidad de las conductas humanas existirá algunas calificadas como antijurídicas. Luego Von Liszt<sup>25</sup>, planteó una nueva concepción óntica de acción, pues para él, es toda modificación del mundo exterior atribuible a la conducta del ser humano. Para los causalistas, no existía diferencia entre la muerte de un hombre generada por un impacto de un rayo y la producida por los disparos que otra persona ha efectuado, puesto que en ambos casos objetivamente se trata de una simple causación. Puesto que para los seguidores de esta corriente dogmática penal la acción es una causación o no evitación de una modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.

Welzel además de pretender enmendar las fallas de la teoría causalista quiso dotar al derecho penal de un sistema que llenará los vacíos existentes. Según su propia visión, la causalidad como estructura óntica era incapaz de individualizar la conducta humana, que es lo que le interesa al derecho penal. Según éste autor, en el sistema penal es determinante el desvalor de la acción frente al resultado, con lo cual se enfrentó a nuevos planteamientos en el caso de la legítima defensa sin conocimiento objetivo de la justificante. Se pretendió hacer valer a la

---

<sup>24</sup> RADBRUCH, *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, p.38.

<sup>25</sup> VON LIZST, *La idea del fin en el derecho penal*, p. 30.

intencionalidad dentro del derecho penal como una característica inmanente a la conducta humana. Su objetivo era la superación del naturalismo y de una teoría causal que ocasionaba inconvenientes. Ésta no se logró, ya que si bien la intencionalidad de la acción logra un deslinde de la teoría causalista, esa voluntad no es un concepto propiamente jurídico sino naturalista. Por esto mismo, el concepto final de acción sigue siendo una concepción naturalística similar a la cual él se enfrentó.

Günther Jakobs<sup>26</sup>, quien desarrolló una teoría que abandonaba el plano naturalístico escapando de la intencionalidad como ingrediente del finalismo. La normativización es un concepto clave de su teoría, significa que el derecho tiene plena autonomía como subsistema social para otorgarle significado a la realidad que percibimos. Comenzó a centrarse en las relaciones del hombre con la sociedad. De modo, que al derecho penal como mecanismo de control social no le interesa una colección de bienes jurídicos sino las relaciones interpersonales, es decir la forma en que debe transcurrir la vida del hombre en la sociedad, de manera que a cada persona se le esté permitido el despliegue de sus actividades. Según su metodología funcional, el dogmático es sólo un observador de la funcionalidad del fenómeno punitivo que describe desligado a las cuestiones de legitimidad cuál es la pena y el delito. Una consecuencia lógica de su punto de vista, es que no le presta atención a los aspectos empíricos, mereciendo su posición la calificación de monista-normativa, ya que sus fundamentos son diferentes a cualquier razonamiento empírico. Para Jakobs<sup>27</sup>, es relevante la función que la pena cumple en cualquier sociedad. La principal crítica al sistema funcionalista de éste autor, consistió en que el concepto de culpabilidad era opuesto al de persona. Así mismo éste autor reconoció el problema y afirmó que lo que le interesaba era el concepto de persona que ha sido esencial para la construcción del derecho penal moderno y esto lo expone en *Sociedad, norma y persona en la teoría de un derecho penal funcional*, es decir la teoría de éste autor, no solo tiene en cuenta a la sociedad y la norma como conceptos esenciales sino también toma un tercer elemento que es el concepto normativo de persona y así concebir al sujeto de imputación

---

<sup>26</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal y realidad social*, p.39 -60.

<sup>27</sup> JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, p. 17-19.

jurídico penal destinatario de las normas no como un ente natural sino como una persona configurada socialmente<sup>28</sup>.

Actualmente, se puede ver cómo las concepciones naturalistas que han servido de sustento para las instituciones jurídicas penales van causando problemas al no ofrecer los criterios adecuados para correcta interpretación de ciertos tipos penales. Ante eso surge la urgente necesidad de interpretar los tipos penales no desde una mera visión naturalista sino desde una perspectiva normativa dejando así de lado lo fenotípico, teniendo en claro que el punto de partida para analizar un tipo penal no está en la realidad sino en la norma. La normativización no es sólo de ahora, ha estado orientada desde la teoría del delito introducida por el causalismo. Desde ese tiempo, ya se entendía que el delito necesitaba un elemento de valoración como los valores de cultura y no era una mera sumatoria de causas ya que si se consideraba así no se podían definir los elementos constitutivos del delito. El finalismo intentó plantear la normativización de la teoría del delito, pero tomó como base presupuestos ontológicos. Sin embargo, esto se cuestionó ya que este sistema conceptual no era el adecuado a las necesidades sociales de punición.

Claus Roxin<sup>29</sup> realiza una fuerte crítica al finalismo por la metodología cerrada propagada por este movimiento, en su obra *Política criminal y sistema de Derecho penal* por esta razón el propone una teoría que vincule finalidades políticos- criminales con categorías dogmáticas. Asimismo, de este modo se procura desarrollar una teoría del delito que vaya de la mano con necesidades punitivas de la sociedad en la que las normas penales encuentran su aplicación.

Ya afirmaba Jakobs<sup>30</sup>, que la interpretación de los tipos penales deben estar encaminados a la normativización puesto que un comportamiento significa depende de la semántica de la sociedad ya que la causalidad per se no significa nada, por eso es necesario que se pueda atribuir lo acontecido al ámbito de una persona (no individuo, como planteaba la teoría del finalismo). Por esa razón, se afirma que el Derecho genera por sí mismo un contexto normativo dado que no queda

---

<sup>28</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal y realidad social*, p. 39 -60

<sup>29</sup> ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p.60-83.

<sup>30</sup> JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, p.15 y ss.

pre configurado por la naturaleza. Sí se pretende que el Derecho tenga conexión con la vida diaria no puede contradecir las constataciones cotidianas consolidadas.

A través del tiempo, el acogimiento de la teoría causalista por parte de los diversos ordenamientos jurídicos parece haberse superado aunque no del todo, ya que todavía puede apreciarse ciertos vestigios naturalistas en la interpretación de algunos ilícitos, siendo el delito de estafa uno de ellos. En el Perú, la influencia causalista ha sido dejado de lado por algunos doctrinarios y cierto sector del sistema judicial pero no ha desaparecido puesto que se sigue definiendo el delito de estafa como un ilícito que debe presentar una cadena de “sucesos” o elementos (engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio) siendo que si alguno de ellos faltase la estafa no se produce y ni siquiera se le califica como una tentativa. El segundo problema que se presenta por motivo de la teoría causalista es respecto al engaño, ya que no se tiene claro qué características debe revestir el engaño que es relevante penalmente para que se configure el delito de estafa bastando para algunos la simple presencia de una mentira que así sea absurda, burda o evitable que induzca a la víctima al error y está ejerza su disposición patrimonial. El tercer problema es la concepción de que el engaño debe ser eficaz para producirse la estafa o de lo contrario el ilícito quedará en la impunidad. Para encontrar una solución a éstos problemas es preciso ir más allá de una simple verificación de producción de hechos y dar paso a la teoría de la imputación objetiva como bien se ha explicado sus orígenes anteriormente con la cual se podrá realizar un correcto juicio del comportamiento del autor analizando la creación de un riesgo penalmente prohibido, la idoneidad del engaño, la competencia de la víctima, los deberes de veracidad y la esencia de lo que realmente se protege con la tipificación de la estafa que no es posible desde la posición naturalista siendo está útil solamente para el juicio de imputación del resultado es decir el poder atribuirle la creación y realización del riesgo penalmente prohibido al agente.

#### **A. Problemas de la concepción naturalista del engaño.**

En el apartado anterior se ha podido observar que la teoría causalista no ha sido totalmente superada y todavía ejerce influencia en la doctrina y jurisprudencia de los distintos países y tal como se ha dicho antes el Perú no es la excepción. Los problemas planteados a raíz del

naturalismo en la estafa dependen en gran parte al no entender que dicho ilícito posee una estructura típica peculiar por lo que se descarta que sea sólo la concurrencia de sus elementos lo que da origen a éste delito, por lo que se necesita recurrir a un análisis particular dado que en la estafa la víctima dispone libremente de su patrimonio pero la responsabilidad por dicha disposición se le puede imputar al autor sin hacer éste utilización de medios como la violencia o coacción.

No obstante, se ha llegado a entender que el engaño capaz de producir el delito de estafa es aquél que se logra constatar que ha “causado” error en la víctima, es decir que su eficacia depende de criterios psicológicos del agraviado dejando así la tipicidad de lado lo cual dificulta la labor de interpretación del delito y del juicio de comportamiento del autor ya que entrar en la esfera subjetiva e interna del ser humano es de improbable constatación. Siguiendo a Pastor Muñoz, concordamos que ésta concepción permite que si el agente se encuentra ante una víctima cuidadosa se vea reducido el ámbito de comportamientos típicos, de modo que si el agente se encuentra frente a una víctima demasiado confiada el ámbito del riesgo no permitido será amplio.<sup>31</sup> La doctrina mayoritaria peruana<sup>32</sup> no es ajena a estos problemas por consiguiente considera que el delito de estafa se configura en la realidad concreta cuando el agente hace uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induce o mantiene en error a al sujeto pasivo con la finalidad de que éste se desprenda de su patrimonio o parte de él causándole un perjuicio y le entregue de forma voluntaria en directo beneficio o indebido de un tercero. Así mismo, éstos consideran que el delito de estafa requiere la secuencia sucesiva de sus elementos o componentes además de que es necesario que exista una disposición del

---

<sup>31</sup> Estoy de acuerdo con lo señalado por Nuria PASTOR MUÑOZ en *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo :Euro delitos de corrupción y fraude*, respecto a que el engaño en un sentido objetivo debe ser visto como la discrepancia entre lo manifestado y la realidad ya que en mi opinión, no se puede considerar que el engaño constituyente del delito de estafa es la discrepancia de lo manifestado y la representación del autor es decir el engaño no puede sujetarse de un mero concepto subjetivo o psicológico de la víctima.

<sup>32</sup> Penalistas como: BRAMONT- ARIAS TORRES, SALINAS SICCHA, PEÑA CABRERA, GARCÍA CANTIZANO, consideran que el delito de estafa se configura a través de una relación causal en la cual el error es producto del engaño y el perjuicio es resultado de la disposición patrimonial, sin detenerse en la importancia de la determinación objetiva del engaño típico al que se recurre en la configuración de la estafa.

bien en forma voluntaria, pero consecuencia del error. Por lo tanto, este desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, sesión o prestación del bien, derecho o servicios de que se trate, ya que el delito de estafa puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio, es decir es indispensable una disposición patrimonial de parte de la víctima, de lo contrario, no se configurará el delito de estafa. En primer lugar se requiere el uso del engaño por parte del agente, luego se exige que el engaño haya sido inducido o servido para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho, el sujeto pasivo se desprenda voluntariamente y en su perjuicio de su patrimonio o parte de su patrimonio en beneficio ilegítimo de un tercero. Peña Cabrera Freyre<sup>33</sup> considera que debe existir un *hecho punible como antecedente o remisión* necesaria de que la tenencia del bien provenga de la obtención de un delito, puesto que si el autor arrebató el objeto directamente de su propietario se configura en el delito de hurto, es decir para éste autor para que exista el delito de estafa es necesario que medie un engaño como antecedente, pero no hace referencia a un factor importante como ¿Cuál debe ser la naturaleza de ese engaño? ¿Causalista? No. ¿Normativista? Es lo más razonable. Estamos de acuerdo que debe existir la disposición del bien en forma voluntaria, pero no en la restricción de la estafa como una verificación de hechos. Después de lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que el término engaño en el ilícito de estafa no envuelve el significado de una simple mentira. Por consiguiente, ésta conclusión nos lleva a realizar una valoración objetiva no sólo de las características de la acción sino también las características de participación de la víctima. En este sentido, Edgardo Donna, afirma que para determinar si la víctima actuó o no, con diligencia se debe atender a las circunstancias particulares de cada caso, tomando como referencia las costumbres vigentes en el tráfico y actividad.<sup>34</sup>

Acerca del engaño en el delito de Estafa, la Jurisprudencia peruana se va alejando del criterio causalista al encontrarlo insuficiente para imputar la acción realizada al agente y en razón de esto ha manifestado:

*“que la mera causación de un acto de disposición patrimonial perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, aun cuando la causalidad puede tener importancia para el juicio de*

---

<sup>33</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal: parte especial, Vol. II*, p.618-624.

<sup>34</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal: Parte especial, Vol. II A*, p.314.

*imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento”.*<sup>35</sup>

Una afirmación necesaria realizada por el ordenamiento jurídico peruano mas no acogida por toda la jurisprudencia y doctrina produciéndose las problemáticas anteriormente mencionadas no sólo en el ámbito de la comisión activa sino excluyendo la comisión de la estafa por omisión y la posibilidad de darse una tentativa acabada o inacabada, considerando así imprescindible la teoría de la imputación objetiva en la determinación del engaño típico y en la creación y realización del riesgo penalmente prohibido.

## **B. La Normativización de la dogmática penal.**

Se ha ido perdiendo poco a poco concepción de que el delito es una producción causal, conocida psicológicamente por el autor de una lesión de un objeto material, y de esta manera no es necesaria los aspectos naturales del hecho. Actualmente, el punto de partida actual para la teoría de delito es comprender que el delito no es una realidad empírica que se manifiesta socialmente siempre de la misma manera, sino que el delito debe determinarse en base a criterios normativos vinculados a la configuración histórica de la sociedad y no una constatación de realidades empíricas.

La comisión por omisión regulada en el artículo 13 del Código Penal peruano es un ejemplo de que no es necesario imputar objetivamente un resultado desde la causalidad, en los delitos activos la jurisprudencia peruana concuerda que el delito no está compuesto por la relación de causalidad entre conducta y resultado lesivo. En el caso de la imputación subjetiva, la situación de la teoría del delito no se presenta de manera distinta puesto que no es indispensable que el autor del delito actúe con un conocimiento psicológico respecto de la lesividad de su comportamiento. Un claro ejemplo de lo dicho anteriormente es la culpa inconsciente que no necesita de un conocimiento meramente psicológico para imputación penal. La normativización de los tipos penales especiales está encaminada ya que la comprensión fenotípica de los hechos ha causado problemas, ya que la visión naturalista incluye supuestos que no deben abarcarse dejando de lado aspectos sociales de

---

<sup>35</sup> R.N N° 3115-2007- Lambayeque, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

punición que si deben tener una sanción<sup>36</sup>. En éste contexto, la normativización no tiene como punto de partida al individuo o ser humano sino la persona como una unidad íntegra tanto de derechos y deberes, por lo tanto en sus derecho incluye a la propiedad como derecho suyo excluyendo los derechos que otros procuren con existencia de esos derechos. En este sentido, Jakobs, afirma que cada persona es dueña de su ámbito jurídico naciendo así una relación negativa respecto a los demás tanto que si yo excluyo a los otros de mi esfera de organización no debo perturbar los ámbitos de organización de dichos sujetos, evitando así que mi ámbito de organización lesiones a otros ya sea por una comisión activa o una omisión que emane de mi esfera organizativa. Asimismo, se puede hablar de la vulneración de un derecho ya sea por una lesión en una organización ajena o como negación de una ayuda positiva. El análisis anterior nos conduce al concepto de conducta o riesgo no permitido que es una conducta de la autor desaprobada jurídicamente al traspasar ese comportamiento lesivo a una esfera organizativa ajena<sup>37</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que puede realizarse un comportamiento no permitido pero que sea cometido para protegerse de otros daños o también puede darse una conducta no permitida pero no es objetivamente imputada puesto que se tiene el deber de evitarlo. Citando a Bacigalupo, la normativización postula que un sujeto desde este punto de vista, no es quién puede causar o impedir un suceso sino quien resulta obligado a ello<sup>38</sup>. De la misma manera, conceptos como causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc. pierden su contenido pre-jurídico y se convierten en conceptos relativos a niveles de competencia. La distancia entre los conceptos jurídicos del sistema y la "realidad ontológica" resulta aquí máxima. Ello se percibirá con mayor nitidez en la Teoría de la Acción que se debe convertir, en realidad, en una teoría del sujeto responsable, lo que le permite no reducir el Derecho Penal a sujetos individuales, y en la Teoría de la Culpabilidad, en la que ya no se tratará de fundamentar un reproche al autor sino de asegurar el orden social considerándose de esta manera que el *Ius Puniendi* se dirige a restablecer en el plano de la comunicación la vigencia perturbadora de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de ésta. De acuerdo con lo dicho, para Jakobs, el criterio decisivo para la atribución de responsabilidad es el rol,

---

<sup>36</sup> DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, p. 45.

<sup>37</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 95.

<sup>38</sup> BACIGALUPO, *Derecho Penal: Parte General*, p. 198.

entendido éste como «un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por sujetos intercambiables»<sup>39</sup>. Sólo la defraudación de las expectativas referidas al rol que desempeña un sujeto concreto es imputable a éste, ya que, en una sociedad compleja, caracterizada por contactos total o parcialmente anónimos, sólo el recurso al rol puede hacer posible la orientación<sup>40</sup>. La teoría de la imputación objetiva es, en ese sentido, un esquema de interpretación que tiene como finalidad el reparto de responsabilidades, la delimitación de ámbitos de responsabilidad<sup>41</sup>.

El delito de estafa es un tipo penal que no debe ser una excepción en el proceso de normativización, a continuación voy a ocuparme a sustentar la imputación objetiva de éste delito desde la perspectiva normativa, y no desde un contexto descriptivo que es el “mero engaño” ya que el Derecho Penal al ser la *última ratio* no puede proteger cualquier engaño.

### **C. La importancia de la teoría de imputación objetiva en el delito de estafa.**

El garantizar una convivencia adecuada y ordenada de las personas en la sociedad, es una tarea encargada al Estado. Tarea, que la realiza teniendo como instrumento al derecho penal. Esto nos conduce a la idea que la conducta de la persona afecta *per se* a su alrededor, siendo así que los ámbitos de responsabilidad de cada persona entran en contacto. Por esto mismo, la dimensión de la conducta toma relevancia con las teorías sociales de la acción y de la imputación objetiva<sup>42</sup>. Gracias a la influencia de Roxin y principalmente de Jakobs, se ha desarrollado la teoría de la imputación objetiva, que constituye una superación del sistema de la teoría del delito basado en el concepto causal de la acción, como una consecuencia del finalismo, ya que éste con el criterio planteado no logra su objetivo de solucionar los problemas que surgen en el marco objetivo entre acción y resultado. El cambio que se introduce con la teoría de la imputación objetiva es importante ya que con el concepto causal de la acción se deberá considerar penalmente típica toda producción de un

---

<sup>39</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 97.

<sup>40</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 97.

<sup>41</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 94.

<sup>42</sup> VOSSGÄTTER GENNAT NIERMANN, *Concepto social de acción e imputación objetiva*, p.12.

resultado de peligro que haya sido causada. En palabras de Jakobs<sup>43</sup>, la imputación objetiva es el reparto de responsabilidades para establecer a quien pertenece el suceso lesivo, por haberlo creado o haber permitido que tuviera lugar. La teoría de la imputación objetiva se divide para éste autor en dos niveles: La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).<sup>44</sup>

La moderna teoría de la imputación objetiva se plasma en el ámbito del injusto, de la actual corriente de la ciencia jurídica - penal que se ha denominado funcionalismo. Se originó como consecuencia de la necesidad de corregir la relación de causalidad con criterios normativos, extendiéndose así a todo tipo objetivo de este modo se podido normativizar la conducta típica y el resultado típico. La normativización de la parte objetiva del tipo ha determinado que la teoría de la imputación objetiva no sea solamente para los delitos activos dolosos de resultado sino también para todas las formas de manifestación del delito ya sea acción, omisión o de peligros y otras manifestaciones. La imputación objetiva en los delitos de dominio es diferente de los delitos de infracción de deber. En los delitos de dominio, se debe tener en cuenta la imputación del comportamiento, es decir si la conducta riesgosa puede recaer sobre una persona como infracción del rol general del ciudadano, para esto se debe determinar cuando el riesgo permitido deja de serlo y se convierte en una acción sancionada por el ordenamiento jurídico. En este punto se debe destacar el principio de confianza, la prohibición de

---

<sup>43</sup> JAKOBS, *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, págs.267 y ss.

<sup>44</sup> En crítica a esto, GIMBERNAT ORDEIG, “lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir los criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora han deambulado por aquella- desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo, infracción del deber de cuidado, resultado típico); pues permiten fundamentar por qué todo ellos sumado no da resultado aún como resultado una conducta típica, si no concurre también- lo cual se determina como la base de consideraciones sobre lo qué es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle- la imputación objetiva”

regreso y la competencia de la víctima.<sup>45</sup> Como se sabe el principio de confianza se erige en la división del trabajo, ya que tiene su origen en la idea que los demás sujetos son responsables y se puede confiar que ellos tendrán un comportamiento adecuado al derecho, de este modo el motivo por el cual el suceso se desarrolle no depende su naturaleza sino de las personas. Por otro lado la prohibición de regreso consiste en determinar si existe irresponsabilidad penal en el autor del aporte. Para eso se acude a diferentes criterios, se excluye de responsabilidad penal a quien realiza un comportamiento cotidiano o prestación generalizada a otra persona, todo esto se pondera con límites normativos. Por este motivo, debe fijar en qué momento el riesgo creado con la actuación dentro de un estereotipo cotidiano se puede atribuir penalmente a su autor. En el ámbito de competencia del a víctima, desde un punto de vista funcional de la imputación objetiva, las consecuencias de un hecho delictivo pueden recaer sobre la víctima ya sea porque nadie resulta competente por el delito que es caso de infortunio, o porque la víctima ha infringido las incumbencias de autoprotección puede ser al realizar acciones de propia voluntad, siendo está posibilidad la que constituye competencia de la propia víctima puesto que en el caso de infortunio no se puede atribuir el hecho delictivo al agraviado. Por lo expuesto, la estafa no debe ser mero cúmulo de hechos para su comisión sino que exige que se analice sus elementos desde la perspectiva normativa y se abarque el engaño típico no como una simple afirmación falsa, lográndose que haya delito de estafa cuando el agente cree un riesgo penalmente prohibido haciéndose un juicio de comportamiento. Finalmente, realizar el juicio de atribución de resultado.

---

<sup>45</sup> GARCÍA CAVERO, *Lecciones de derecho penal: parte general*, p.343 - 347.

## **CAPÍTULO II**

### **LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE ESTAFA: EL ENGAÑO, EL ERROR, LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL Y EL PERJUICIO.**

#### **Introducción**

Tal como se ha expuesto anteriormente, la estructura típica de la estafa abarca cuatro conceptos básicos: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. La doctrina mayoritaria considera que es necesario para la configuración de éste delito que ésta cadena de elementos concurra en ese orden secuencial, de lo contrario no se realizaría el tipo objetivo, constituyéndose la conducta atípica. La concepción causalista de la estructura de estafa es resultado del acogimiento de la teoría naturalista dejando de lado el tratamiento normativo que debería otorgarse a dichas figuras jurídicas. En el presente capítulo se determinará cuál es el bien jurídico protegido por el ilícito objeto de investigación. Nuestro segundo objetivo, consiste en profundizar en el análisis del concepto de engaño tanto desde la teoría de imputación objetiva como la perspectiva causalista considerada por cierta doctrina y jurisprudencia. Nuestro tercer objetivo, es plantear el concepto de engaño que debe ser considerado relevante penalmente para la estafa. En cuarto lugar, determinaremos si la causalidad es importante para la delimitación del engaño típico. Como quinto propósito, se buscará interpretar el concepto de error tal como se debe entender en el artículo 196 del código penal. Finalmente, se tratará normativamente el sentido del acto de disposición y perjuicio patrimonial.

## **1. EL ENGAÑO TÍPICO EN EL DELITO DE ESTAFA.**

### **A. El injusto en el delito de estafa.**

A lo largo del tiempo, se han establecido distintas teorías acerca de cuál debe ser el bien protegido por la estafa, siendo el patrimonio una de las posturas mayoritariamente acogida. En segundo lugar, se considera que el injusto debe ser la afectación contra la libertad de disposición. En cuanto, al patrimonio como bien jurídico protegido es posible delinear diversos conceptos en torno a él. La primera definición que se precisa explicar es el concepto económico de patrimonio<sup>46</sup> que tuvo su origen en la jurisprudencia alemana al adoptar una perspectiva económica material siendo el patrimonio un conjunto de bienes de valor monetario de una persona y el perjuicio como un debilitar económicamente a un sujeto<sup>47</sup>. Derivándose de dicha interpretación que constituye perjuicio toda disminución del valor monetario de los bienes de una persona entendiéndose éstos como susceptibles de percepción fáctica, ocasionando problemas al establecer que juicio de valoración monetario deberían tener los bienes dejando así de lado criterios objetivos para centrarse en criterios subjetivos difícilmente de comprobar en la realidad.

Debido a la ambigüedad de ésta postura en la cual prima el poder económico sobre los derechos que pueden representar los bienes para el titular de aquellos, se da el nacimiento de una teoría mixta que plantea que el patrimonio es la suma de derechos patrimoniales de valor monetario de una persona bastando para calificar como bienes el tener apariencia jurídica, no estableciéndose como se debe aplicar dicho concepto eclético en un caso concreto constituyéndose de esta manera una crítica a la teoría mixta expuesta<sup>48</sup>. En palabras de Choclán Montalvo, la concepción mixta del patrimonio tiene la ventaja de excluir las posiciones económicas fácticas desaprobadas por el derecho, pero es insuficiente para mostrar una teoría constitucional que abarque su

---

<sup>46</sup> Dicho concepto económico de patrimonio es acogido por PEÑA CABRERA FREYRE quién afirma que el delito de estafa ataca el patrimonio de una persona entendiendo por éste como una suma de valores que se ve afectada monetariamente.

<sup>47</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 36.

<sup>48</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 38 y 39.

pertenencia al titular y su contribución a la realización de determinados fines personales<sup>49</sup>.

En tercer lugar, a raíz de la insuficiencia de las anteriores posturas doctrinales para brindar un concepto normativo con límites objetivos nace el concepto dinámico de patrimonio el cual la protección de éste no sólo debía dirigirse a su conservación sino como a su aumento de modo que el perjuicio se constituía cuando en razón del error que recae sobre la víctima si ésta ha organizado inapropiadamente sus medios financieros adquiriendo una cosa que no le iba proporcionar mayor poder patrimonial o cuando para cumplir un contrato económico el agraviado ha tomado medidas que afectan sus bienes en su valor monetario tomando en cuenta aspectos personales de la víctima, enfocando dicha postura en una frustración del fin querido por el sujeto pasivo calificándose este hecho como perjuicio estableciéndose en éste contexto dos situaciones:

1. Que el titular del patrimonio conozca la disminución de su patrimonio pero ve frustrado los fines no económicos que quería obtener con su acto de disposición.
2. Que los bienes del titular no sufran una disminución económicamente pero sus fines económicos se frustren.

Se crítica a la teoría dinámica que en el caso de los negocios gratuitos en los cuales ellos incluyen que puede haber estafa la defraudación del fin no puede ser calificada como perjuicio típico porque el engañado es consciente de su acto de disposición no oneroso no pudiéndose hablar de error y menos de merma económica injustificada<sup>50</sup>. Por último, se da origen al concepto personal de patrimonio que es una consecuencia de la teoría de la frustración del fin situando a la persona como centro de la definición de patrimonio, considerando como objeto de protección a los bienes pero en el sentido económico que representan para una persona sino como objetos que garantizan un espacio de libre desarrollo para ésta. De este modo, el perjuicio es la disminución del dominio de la persona sobre unos bienes que posibilitan las

---

<sup>49</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 61.

<sup>50</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 42 y 43.

satisfacciones de su titular ya que el bien se integra a una concreta esfera de organización patrimonial individual.

Una crítica planteada a ésta teoría es que recae en el subjetivismo, pudiéndose objetar tal como lo hace Gallego Soler, que una cosa es tener como eje de la postura al sujeto en base de elementos objetivos y otro considerar la esfera interna del sujeto como norma de orientación para la determinación de la estafa sin la presencia de límites objetivos<sup>51</sup>. La afirmación anterior nos permite deducir que no basta la constatación del engaño para originarse el perjuicio pues una cosa es la afectación a la decisión de la disposición patrimonial y otro es la imputación del perjuicio puesto que existen casos en que puede existir una instrumentalización del agente hacia la víctima para la realización de un acto de disposición no libre pero esta disposición puede ser beneficiosa para el agraviado no siendo supuesto típico de estafa y por lo tanto descartando el perjuicio<sup>52</sup>.

En consecuencia, si es que se opta por un concepto personal de patrimonio toda instrumentalización podría constituir un perjuicio ya que el engaño recaería sobre factores importante para el ámbito patrimonial de la víctima, siguiendo a Pastor Muñoz<sup>53</sup> el que el engaño influya en aspectos relevantes de la organización del sujeto no significa que la afectación de la libertad y el perjuicio sean lo mismo diferenciándose la toma de decisión de disposición patrimonial con la cristalización de un injusto producto de una conducta típica.

En cambio, si se considera a la estafa como un delito contra la libertad de disposición el injusto recae en que la víctima se ha visto reemplazada injustificadamente al realizar su acto de disposición patrimonial siendo estafa incluso sino se presenta un perjuicio o merma patrimonial presentándose una problemática referida en cuanto no habría diferencia entre el delito de estafa y los delitos que atentan contra la libertad de la persona teniéndose que establecer la misma pena en un caso como en el otro careciendo de sentido la estructura típica que singularmente presenta cada injusto.

---

<sup>51</sup> GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, p. 115 y ss.

<sup>52</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 48 - 50.

<sup>53</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 52 y 53.

En conclusión, podemos afirmar que el bien protegido por la estafa es el patrimonio desde el concepto personal de éste dejando de lado criterios subjetivos como la valoración económica y tomando como eje al sujeto con el conjunto de bienes que tiene en su poder delimitado objetivamente según esfera de organización.

## **B. Definición del concepto de engaño.**

La interpretación del término engaño en el delito de estafa ha presentado una serie de dificultades para la doctrina y la jurisprudencia no sólo nacional sino comparada. El concepto que actualmente muchos de los operadores jurídicos manejan sobre engaño es de ser una desfiguración de la realidad, es decir, como una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas siendo la acción o efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad.

Choclán Montalvo, afirma que una definición básica de engaño consiste en ser un medio típico para la inducción del sujeto pasivo hacia la disposición patrimonial<sup>54</sup>. El español Cándido Conde - Pumpido Ferreiro, refiriéndose al engaño dice: "se entiende por engaño la falta a la verdad en lo que se dice o hace, de modo que los demás se formen una representación incierta de lo que el sujeto realmente pretende".<sup>55</sup> Balmaceda Hoyos considera que el engaño contiene tres elementos: su suficiencia, su objeto y sus formas. Según este autor, cuando se habla acerca de la suficiencia del engaño la doctrina exige que se produzca determinado nivel de gravedad de naturaleza objetiva (criterios objetivo-cuantitativos); en opinión de otros doctrinarios además de esos criterios objetivos para la determinación del engaño se exige observar ciertos aspectos subjetivos de la víctima originándose así la Teoría de la *mise en scène*, la cual detallaremos más adelante<sup>56</sup>. Asimismo, el Diccionario de la Real Academia<sup>57</sup> estima por tal la "falta de verdad en lo que se dice,

---

<sup>54</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, pág. 87.

<sup>55</sup> CONDE- PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 45.

<sup>56</sup> Gustavo BALMACEDA HOYOS "Delito de estafa en la jurisprudencia chilena" en *Revista de Derecho Vol. XXIV - N° 1 - Julio 2011*, pp.59-85. Disponible en internet <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v24n1/art04.pdf>

<sup>57</sup> Diccionario de la Lengua Española. Vigésima tercera edición. Disponible en internet [www.rae.es](http://www.rae.es) (consultado: 10/02/15)

hace, cree, piensa o discurre”, y, por engañar, “dar a la mentira apariencia de verdad”.

La jurisprudencia chilena ha tratado de definir el engaño como:

*“la simulación o disimulación capaz de inducir a error, siempre importa una conducta activa de parte del agente, desde que no existe un deber jurídico de decir toda la verdad, que ligue jurídicamente a los particulares en el manejo de sus negocios.”*<sup>58</sup>

En cuanto, la Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 23 de Abril de 1997 expresa que el engaño debe ser antecedente, causante y bastante<sup>59</sup>. Según esta interpretación, el engaño debe ser previo al perjuicio patrimonial aunque no siempre será anterior al error. Por causante, se entiende que el engaño debe vincularse al perjuicio patrimonial en virtud de un nexo causal.

Por último, la jurisprudencia española utiliza el término bastante para calificar al engaño en cuanto a la idoneidad que éste debe presentar para viciar el consentimiento de la víctima. Tal como se puede apreciar la definición de engaño relevante penalmente en la estafa no es pacífica, en torno a ésta situación se plantearon inicialmente dos posturas: La teoría objetiva y la teoría subjetiva. En cuanto al primer postulado teórico, el engaño típico debe ser el eficaz para producir error en la víctima imponiéndose el criterio de eficacia sobre cualquier otra consideración. La segunda teoría, se refiere a la diligencia con que debe actuar el agraviado en cuanto a su patrimonio según sus conocimientos, planteándose un baremo generalizador del “hombre medio”, quedando fuera de toda protección brindada por la ley penal la víctima débil. Sin embargo, a raíz de las discusiones en el marco de dichas teorías planteadas anteriormente se dio origen a una teoría ecléctica que se

---

<sup>58</sup> Argumento expuesto en la STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08, citado por Gustavo BALMACEDA HOYOS en “*Delito de estafa en la jurisprudencia chilena*” en *Revista de Derecho* Vol. XXIV - N° 1 - Julio 2011, pp.59-85. Disponible en internet <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v24n1/art04.pdf>

<sup>59</sup> Expediente N° 598/1997.

denominó objetiva- subjetiva y que es la dominante actualmente en la doctrina<sup>60</sup>.

Siguiendo a Medina Frisancho<sup>61</sup>, ésta postura significó un retroceso en la determinación del engaño típico ya que por una parte en virtud de la teoría objetiva prescindía de todas las consideraciones mentales de la víctima y se centraba en la eficacia o no del engaño para producir el error. En cambio, la postura subjetiva planteaba la determinación del engaño en base del comportamiento de la víctima, límite que era incierto por la dificultad que representa adentrarse en la esfera interna del sujeto. Siguiendo a Pastor Muñoz, dicha teoría objetiva- subjetiva es criticable ya que tiene un subyacente naturalista al considerar la relevancia del engaño según su efecto típico el error, dejándose de lado engaños que podrían ser eficaces pero atípicos ya que no serían objetivamente idóneos para inducir a error al hombre medio, ni subjetivamente idóneo para inducir a error a un sujeto con las condiciones personales de la víctima<sup>62</sup>.

### C. La teoría de la mise en scène o puesta en escena

Del contexto descrito en el acápite anterior, nace la teoría de la puesta en escena, la cual teoría tiene su origen en el Código Penal francés donde se contempla cuatro clases de engaño típico: el uso de nombre falso, el uso de una cualidad falsa, el abuso de una cualidad verdadera y, finalmente, las denominadas “maniobras fraudulentas”. Las tres primeras hipótesis no distinguen demandas adicionales para los efectos de su tipicidad, bastando la mera afirmación embustera. Únicamente respecto de la última figura (las maniobras fraudulentas), que cumple el papel de ser una categoría residual, se reclama algo más que una simple mentira. Se parte de la siguiente premisa: se dice que la mentira no es un delito, porque no se debe creer fácilmente en la palabra de otro.

---

<sup>60</sup> Doctrinarios como PAREDES INFANZÓN, BRAMONT- ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, PEÑA CABRERA FREYRE, SALINAS SICCHA.

<sup>61</sup> MEDINA FRISANCHO, José Luis. *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, p. 86.

<sup>62</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 148 y ss.

En el ordenamiento jurídico chileno se ha considerado 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, es decir, según la presente teoría, el delito de estafa necesitaría de un comportamiento activo, a través de cualquier medio escrito o contextual, no siendo esencial el engaño expreso pero sí exigiría una maquinación, un conjunto de estrategias, recurriendo a una valoración declarativa del accionar del autor para cubrir la mentira y otorgarle credibilidad, incluyéndose el engaño verbal pero siempre y cuando éste revista una maquinación externa siendo difícil que el agraviado lo pueda evitar.<sup>63</sup>

Por tanto, según dicha teoría, el engaño penalmente relevante necesitan una entidad o escenificación externa que los calificaría de ilícitos, teniendo como consecuencia la restricción del concepto en engaño a una mera pre ordenación de medios, excluyendo los engaños implícitos u omisivos. En consecuencia, la puesta en escena es una teoría propia de la corriente objetiva- subjetiva que ya se ha mencionado líneas arriba, tal como explica el profesor chileno Balmaceda Hoyos, podemos decir que la estafa se configura aun cuando el autor no manifiesta expresamente el engaño pero lo declara con su comportamiento, siendo decisivo que el valor declarativo del mismo lo tiene la acción completa del autor según el punto de vista del tráfico jurídico, que debería determinarse mediante criterios objetivos respecto al tipo de negocios en el caso concreto<sup>64</sup>. Puesto que ninguna de estas teorías es suficiente para la delimitación del engaño típico surge la necesidad de interpretar el engaño desde la teoría de la imputación objetiva tal como lo detallaremos a continuación.

---

<sup>63</sup> GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz, *Fraude informático y estafa*, p.347.

<sup>64</sup> BALMACEDA-HOYOS, Gustavo y ARAYA-PAREDES, Ignacio, “*Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?*”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009, 11, (2), p.21. Disponible en internet [http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BALMACEDA%20\\_13\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BALMACEDA%20_13_.pdf). Consultado: (10/02/15)

#### **D. La imputación objetiva: ¿Cuándo existe engaño penalmente relevante?**

La teoría de la imputación objetiva ha adquirido tal relevancia que desplaza (aunque no totalmente) a la concepción naturalista que primaba tiempo atrás. Esta realidad jurisprudencial no es ajena a los tribunales peruanos quienes poco a poco van dejando de lado la concepción de la configuración del engaño en el delito de estafa como un mero hecho causalista y acogiendo el análisis del engaño desde la teoría de la imputación objetiva especialmente desde la perspectiva de la infracción de los deberes de veracidad.

De esta forma, la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres ha afirmado en el Expediente N° 1219-04 del 01 de Setiembre del 2006 lo siguiente:

*“(...) no cumpliendo con rol normativo y generando un riesgo no permitido que derivó pues su conducta engañosa hacia al agraviado, al haberlo inducido a error, pues de saber el agraviado las verdaderas características del producto no se hubiera producido la defraudación de sus expectativas.”<sup>65</sup>*

En palabras de Jakobs<sup>66</sup>, el engaño desde la perspectiva de la imputación objetiva debe interpretarse como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, ya que si se excluye dicho límite objetivo la estafa se entenderá como una cadena de hechos o sucesos orientándose en base del nexo causal, lo cual traerá más problemas que soluciones tal como se ha apreciado a lo largo de esta investigación. El punto de partida de un análisis del elemento engaño desde la perspectiva de la imputación objetiva es el ámbito de organización de cada persona, puesto que cada uno es dueño de la administración de sus bienes evitándose que los daños o lesiones que se produzcan a la misma se extiendan a las esferas organizativas de otras personas, puesto que si bien los ámbitos de organización de una u otra persona pueden relacionarse entre sí como es el caso de una relación

---

<sup>65</sup> Expediente N° 1219-04, Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres.

<sup>66</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, p. 67.

económica se espera que cada quién cumpla con su rol según su posición en dicha interacción.

Tal como Pastor Muñoz expresa que no basta la constatación de que el sujeto causó un daño lesivo a la esfera organizativa de otra persona y que pudo evitarlo sino que debe el autor quebrantado su rol, es decir, en el caso de la estafa si el autor se mantiene dentro del rol que le corresponde en la relación económica entregando a la víctimas las informaciones que ésta merece tener accesibilidad, incluso brindando información adicional que hubiera despejado el error en el agraviado pero que no eran propias de su rol informarlas<sup>67</sup>. De esta manera, no se le podría imputar el perjuicio patrimonial como consecuencia del error en la víctima por lo que no es suficiente la constatación de si se pudo evitar o no la disposición patrimonial, lo importante es si el agente cumplió con las informaciones que debía brindar de acuerdo a su rol.

En conclusión, la teoría de la imputación objetiva es la que permitirá un juicio adecuado sobre el comportamiento del autor que no se logra usando el nexo causal conducta-resultado, ya que el engaño es un simple medio causal que tenga como finalidad producir un efecto psíquico interno en la víctima, por lo tanto se debe descartar que la tipicidad del engaño dependa del estado psicológico del autor o de la víctima<sup>68</sup>.

El normativismo brinda un elemento importante para la determinación del engaño en la estafa tal como es la competencia, es decir, que un comportamiento será penalmente relevante si es que el agente defrauda una expectativa social con su conducta al infringir un deber de veracidad que él debía al agraviado, de acuerdo a las informaciones que le corresponde al sujeto activo brindar y a las informaciones que a la víctima le corresponde recibir para realizar su acto de disposición.

---

<sup>67</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 154.

<sup>68</sup> MEDINA FRISANCHO, *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, p. 90- 91.

## **E. El engaño desde la perspectiva ex – post y ex – ante.**

La determinación del engaño típicamente relevante constituye una cuestión *ex ante* dado que la relevancia típica de un engaño no puede depender “de lo que ocurra después”. Si la determinación del engaño típico es una cuestión *ex ante* se puede decir que la constatación de una relación de causalidad entre engaño y error no sirve para responder si el engaño es típico o no. La causalidad en palabras de Pastor Muñoz <sup>69</sup> sólo sirve en el juicio de imputación objetiva del resultado, esto para saber si el resultado es realización del riesgo creado por el comportamiento del autor pero no para determinar el carácter típicamente relevante de éste último.

Es importante aclarar que el criterio de causalidad no está en condiciones de responder a la pregunta de qué engaños son típicos y como ejemplo se puede recurrir a los casos de estafa por omisión, pues se considera que los requisitos de la comisión por omisión sean equivalentes a un engaño activo. Por esto en lo que se refiere a la estafa en comisión por omisión, la pregunta que debe plantearse el intérprete para saber si él autor realizó una conducta penalmente típica es si ese autor ocupaba una posición de garante que implicaba un deber de actuar en un determinado sentido.

---

<sup>69</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria: “El engaño típico en el delito de estafa” en *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial: I Jornada de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Piura 29 de octubre de 2004*, Lima: ARA Editores; Piura: Universidad de Piura, 2004. Al respecto de la causalidad, ésta autora afirma que con frecuencia la jurisprudencia española se ha conformado con constatar que un engaño ha causado error para entender que ese engaño es relevante desde la perspectiva del tipo estafa. El artículo 248 del Código penal español contempla: 1. Cometten estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2. También se consideran reos de estafa: a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro. b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo. c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

Se ha considerado los siguientes criterios para la determinación ex ante del engaño relevante: En primer lugar, se han introducido criterios normativos en el juicio de causalidad en la estafa, la existencia de un ámbito de responsabilidad de la víctima de estafa y la teoría de imputación objetiva. La perspectiva ex – post debe dejarse de lado ya que ésta establece que entre el engaño y el error existe una relación de causalidad donde el segundo es consecuencia del primero determinándose que el engaño es siempre antecedente al error descartando de esta manera la teoría de la comisión por omisión. Conde - Pumpido Ferreiro, afirma que el pretender establecer una idoneidad del engaño para provocar error y mover la voluntad del sujeto obliga a adoptar un criterio de adecuación del acto para producir el resultado querido.<sup>70</sup>

En consecuencia, el engaño no puede depender de lo que ocurra después, es decir, la configuración del delito de estafa no debe estar sujeto a lo que ocurra después considerándose si la víctima deposita su confianza o no en las afirmaciones del autor, tal como se ha explicado anteriormente la estafa no es una mera constatación de una cadena de sucesos puesto que el naturalismo no servirá para determinar si el engaño es típico o no sino que ésta debe analizarse desde el criterio ex – ante al observar cuál es la posición que el autor ostenta en la interacción económica permitiéndonos saber qué información es garante de brindarle a la víctima. De esta manera, discrepamos con lo afirmado por Paredes Infanzón<sup>71</sup>, cuando afirma que el engaño en la estafa no es cualquier engaño puesto que éste precisa ser suficientemente bastante para producir el error en la víctima. Se ha dicho que el engaño en la estafa no puede reducirse a una distorsión de la realidad o falta de verdad, en otras palabras el engaño propio de la estructura típica de la esta no puede ser una simple mentira, por lo tanto tampoco se puede decir que debe ser un engaño antecedente y capaz de producir error en el sujeto pasivo.

## **F. El engaño bastante**

En la jurisprudencia, especialmente la española y la chilena, a través del tiempo se acogió un adjetivo que calificaba como debía presentarse el engaño que configuraba la estafa estableciéndose así el

---

<sup>70</sup> CONDE – PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, p. 70 y 71.

<sup>71</sup> PAREDES INFANZÓN, *Delitos contra el patrimonio*, p. 214.

término engaño “bastante”. En el Perú, dicha situación no fue la excepción, reflejándose esto en los manuales de derecho penal como en las resoluciones judiciales. Por el calificativo bastante puede entenderse que el engaño debe ser idóneo para viciar la voluntad de la víctima, es decir, suficiente o proporcionado para la efectiva consumación del fin propuesto, con suficiente entidad para que la convivencia social lo repudie y para que actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y demás circunstancias concurrentes en el caso concreto; dicha maniobra debe revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico caso de que se trate, por lo tanto se entiende que el engaño bastante es un concepto jurídico que se define como el engaño que no puede ser fácilmente descubierto, sino que es idóneo para vencer a una persona que actúa con cautela, teniendo en cuenta las circunstancias culturales del sujeto pasivo del delito y las circunstancias del caso, según ésta definición a la persona culta y formada se le exige mayor sensibilidad para descubrir el engaño, al igual que a una persona que no esté vinculada por lazos de confianza, previamente con el autor del delito.

En nuestra opinión, el término engaño bastante es un rezago de la teoría de la *mise en scène* o puesta en escena que interpreta que éste debe tener un revestimiento externo suficiente para inducir al agraviado en error estableciendo que el engaño es la causa del error y éste depende de él remitiéndonos de ésta forma al criterio *ex – post*, por lo que debe rechazarse y dejarse de lado en la determinación del engaño penalmente relevante a efectos del delito de estafa. El engaño puede ser calificado como bastante para delimitar que cualquier engaño no tipifica el delito de estafa mas no para calificar si éste es suficiente o no para que el error se haga presente en el sujeto pasivo. Además, el engaño bastante tal como lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia se basa en un baremo generalizador tal como es el hombre medio ocasionando un problema referente a las personas más débiles pues para ellos la figura del engaño típico se ve disminuida considerablemente siendo el resultado idéntico si “una misma cantidad de engaño” se utiliza para una víctima calificada como hombre medio como con otra que es calificada como débil, por lo tanto tal como manifiesta Quintano Ripollés, patrones como el “buen

padre de familia”, la normal diligencia u otro baremo generalizador no son propios de la imputación objetiva del engaño<sup>72</sup>.

En conclusión, desde el normativismo se puede decir que el engaño es típico cuando se refiere a la creación de un riesgo no permitido y en relación con el comportamiento de la víctima el cuál se analizará cuando se vea el juicio de imputación del resultado se considera el engaño penalmente relevante si la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado según las expectativas sociales, excluyéndose de esta manera la mentira tolerada o cuando el resultado producido no se le puede imputar al autor sino al descuido de la víctima. La española Pastor Muñoz, establece que en la relación creación del riesgo no permitido y la realización del mismo es posible la presencia de dos niveles de análisis<sup>73</sup>:

- a) Determinadas deformaciones de la verdad son toleradas jurídicamente por ser socialmente útiles, siendo el caso de la habilidad negocial o exageraciones publicitarias en el tráfico comercial considerándoseles riesgos permitidos.
- b) Un engaño que puede considerarse objetivamente relevante penalmente, sin embargo pudo ser evitable por la víctima dado su responsabilidad de su esfera de organización.  
Por lo que la pregunta que se debe responder en la estafa es si el engaño existente en caso concreto es una acción socialmente adecuada, es decir, un riesgo permitido. De lo contrario, se creará un riesgo no permitido que sería penalmente relevante, observando también la conducta de la víctima no para el juicio de comportamiento del autor pero sí para la imputación del resultado, evaluándose si el riesgo no permitido creado y realizado es imputable a una infracción del rol propio del agente en la relación económica o se debe imputar a la víctima por su comportamiento, condiciones sociales o accesibilidad a la información que debía ostentar por su posición en la interacción con el autor.

---

<sup>72</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal*, p. 214.

<sup>73</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 127 y ss.

## G. El engaño omisivo y la comisión por omisión en la estafa.

Los tipos de engaños que configuran el delito de estafa son diversos tanto en sus orígenes como en su naturaleza. Sin embargo, en la presente investigación se abordará los engaños cuya ilicitud se debate tal como el engaño por omisión y su subsecuente que es el engaño implícito.

En cuanto a los engaños omisivos, la discusión doctrinal y jurisprudencial ha sido amplia siendo más difícil para el sistema judicial asumir dichas omisiones como engaño típico de la estafa, ya que, se considera que debe existir una mínima actividad del sujeto activo para que él sea quien induzca al error (lo cual nos remite a la problemática que conlleva la teoría de la eficacia del engaño para producir el error en el agraviado como engaño típico) puesto que debe haber una acción positiva de simulación u ocultación de lo que se ha omitido realizar<sup>74</sup>. Para darle un tratamiento normativo al engaño por omisión se debe desterrar la posibilidad de que el engaño deba inducir al error siendo la pregunta adecuada si el engaño existente puede inducir a la disposición patrimonial planteándose dos posturas diferentes: la teoría de los actos concluyentes o el mero silencio como engaño de la estafa.

Diez- Picazo ha definido la existencia de actos concluyentes cuando una persona adopta determinado acto sin declarar abiertamente una voluntad que por una parte permite presumir que tal voluntad existe y, por otra parte, permite inducir un consentimiento contractual siendo la declaración de voluntad tácita aquella que se realiza por medio de actos concluyentes<sup>75</sup>. Asimismo, si nos referimos al silencio, tal como Choclan Montalvo afirma que en los casos donde impera el silencio, éste se reconduce a su consideración como actos concluyentes<sup>76</sup>. En este sentido, Herzberg, entiende que la estafa es un delito con una modalidad de realización determinada, por ello, para construir la estafa por omisión debe partirse de lo que es propio de la conducta comisiva del ilícito. Dicho autor considera que sí puede existir casos de estafa por silencio pero cuando éste comporta un valor de declaración, es decir, cuando se remite a actos concluyentes<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> CONDE – PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Estafas*, p. 55 – 56.

<sup>75</sup> DIEZ - PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 2ª. ed., p. 112 y ss.

<sup>76</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 136.

<sup>77</sup> HERZBERG, *Unterlassung*, Berlín: De Gruyter, p. 136.

Un aspecto a tener en cuenta si se admite la estafa por omisión es que no debe bastar sólo la conducta omisiva por el autor sino que se le debe ser posible imputar a él dicha omisión, lo cual se derivará de su posición en la interacción económica con la víctima, dejando de lado los casos en que el autor no despejó el error en el sujeto pasivo no siéndole imputable porque no tenía el deber jurídico de impedir esa disposición patrimonial. En nuestra opinión, es dable acoger la comisión por omisión del delito de estafa considerando conforme a lo explicado anteriormente acerca que no debe excluirse los supuestos en los cuáles la víctima se encuentra en error por una percepción conducta que ha obtenido de su propio ámbito de organización o incluso por un error ocasionado por otra persona y a pesar de esto el autor que ostenta los deberes de veracidad ante el agraviado no despeja el error infringiendo una conducta que se deriva de su rol.

Jakobs<sup>78</sup>, admite que la figura jurídica de la comisión por omisión tiene que analizarse desde el rol que ostenta el agente, asimismo, descarta que se pueda configurar el ilícito de estafa con el sólo silencio dado que la estafa precisa de un acto comunicativo y el no hacer carece de algún contenido comunicativo. Por este motivo, en la jurisprudencia peruana como en la doctrina debería aceptarse la posibilidad del engaño por omisión siendo que el verbo rector del artículo 196 reconoce que es acción propia de la estafa el mantener en error configurándose de esta manera el ilícito objeto de la investigación si el autor tiene un deber jurídico derivado de su rol según la relación que ha establecido con la víctima. Los engaños implícitos están vinculados a una conducta del autor de la cual se puede deducir implícitamente que va cumplir la conducta que se espera, es decir, el agente asume un comportamiento que no se va cumplir o aparenta una situación que no es cierta.

La sentencia del 18 de Mayo de 1995 del Tribunal Supremo Español se refiere a éste tipo de engaño:

*“como formas concluyentes cuando el comportamiento tiene lugar en un contexto social cuya capacidad de cumplimiento es indudable”.*

---

<sup>78</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte general: Fundamentos y teorías de la imputación*, p. 80.

Consideramos que la categoría de engaños implícitos está vinculada con figura jurídica *facta concludentia* (actos concluyentes) relacionándose así con los engaños omisivos, de esta forma sería incoherente acoger la teoría de los engaños implícitos y rechazar la estafa por omisión. Finalmente, a efectos del artículo 13 del código penal peruano que recoge la omisión impropia se considera en primer lugar, una cláusula de equivalencia normativa por la cual la omisión debe equipararse con un hacer o una acción activa, por la cual para tipificar un delito por comisión por omisión es necesario un acto concluyente más que el silencio, en concreto en la estafa, conforme dicha cláusula no bastaría el mero silencio sino que se necesitaría (salvo que conlleve en sí mismo un acto implícito) un acto concluyente, más aun al ser un delito que se desarrolla en un contexto comunicativo y económico. En segundo lugar, se plantea la discusión dogmática acerca de lo que significa tener la calidad de garante a efectos de un hecho ilícito, pareciéndonos la más adecuada la planteada por Jakobs por la cual la posición de garante actualmente se considera como una posición de dominio de riesgos mediante asunción de éstos (siendo diferente el caso de la competencia institucional, la cual no es objeto de estudio de la presente investigación).

Sin embargo, dado que en la presente investigación analizamos la estafa desde una perspectiva normativa, es de relevancia la postura acogida por la profesora Pastor Muñoz, con respecto a la comisión por omisión del ilícito en cuestión. Para la mencionada autora, es evidente que la de que la mera no evitación que el otro no incurra en error o la no eliminación de error preexistente es fundamento sustentar la determinación del engaño típico, puesto que, en su opinión, del conocimiento que la víctima está en error no obliga al autor sacarlo del mismo ni mucho menos en el caso de que el error beneficie económicamente a quien lo conoce. Del mismo modo, la autora afirma que la preexistencia del error no es suficiente para negar definitivamente la responsabilidad del autor por el acto de disposición perjudicial realizado por el agraviado, en consecuencia, para la profesora española, una solución normativa al problema del engaño omisiva se encontraría en los deberes de veracidad y en la infracción o no de éstos por parte del agente frente a quien se encuentra en error.

En consecuencia, el debate dogmático acerca de los actos concluyentes y el silencio en la configuración del ilícito de estafa resulta irrelevante en relación a la imputación objetiva, siendo que la respuesta

normativa al engaño omisivo debe basarse si es que existen razones normativas para hacerles responsables el déficit de conocimiento de la víctima, por lo que, si la conducta engañosa no constituye una infracción del deber no se debe considerar penalmente relevante. No obstante, Pastor Muñoz señala que si el autor infringe un deber de veracidad basta la mera omisión de la información debida para afirmar la tipicidad del engaño, aun cuando no se haya producido un empeoramiento del estado de los conocimientos de la víctima.

En conclusión, las acciones u omisiones deben interpretarse desde los deberes de veracidad ya que éstos representan un vínculo normativo entre el agente y la víctima. A pesar, de que nuestra legislación penal exige una cláusula de equivalencia (que la omisión se equipare a un hacer), me parece acertado lo expresado por la profesora española acerca de los deberes de veracidad como fundamento normativo de la responsabilidad del autor, dejando de lado así, las discusiones acerca de los actos concluyentes y el valor del silencio a efecto de la estafa.<sup>79</sup>

#### **H. ¿Es importante la causalidad para la delimitación del engaño típico penalmente relevante?**

Ya hemos afirmado anteriormente los problemas que conlleva considerar al engaño como un producto causal, ahora lo que debemos preguntarnos es si la causalidad es importante en algún aspecto para la determinación del engaño típico y de la estructura típica del delito de estafa. Siguiendo a la española Pastor Muñoz<sup>80</sup>, la causalidad sería relevante en tanto sirve para constatar la verificación del riesgo en resultado pero no para el juicio de imputación del comportamiento del autor, ya que el hecho que exista un perjuicio es determinante para la atribución de responsabilidad al agente ya que en la imputación del resultado deberá tenerse en cuenta el tipo de víctima y las peculiaridades de la misma. De esta manera, en el juicio de comportamiento del autor lo que se tendrá en cuenta es el rol de la víctima y del agente en la relación económica por lo cual se necesitara acudir a la teoría de la imputación objetiva dejando de lado así a las peculiaridades de la víctima, siendo

---

<sup>79</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 222.

<sup>80</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 146 y 147.

éste el primer aspecto que se debe analizar antes de observar si el resultado es atribuible al riesgo no permitido creado<sup>81</sup>.

Por lo tanto el criterio a utilizar para la delimitación del engaño penalmente relevante es el normativo, puesto que en el caso concreto se deberá establecer si el autor infringió los deberes de veracidad que tenía con el sujeto pasivo, es decir, que no será de importancia si el engaño desde un análisis ex - post resulte ineficaz puesto que el agraviado realizó su acto de disposición sin tener en cuenta las informaciones necesarias para su acto de disposición patrimonial, asimismo la tipicidad del engaño no es afectada así éste sea eficaz ex – post. Por ende, es relevante determinar ex – ante que informaciones son relevantes para la disposición patrimonial de la víctima construyéndose el concepto de sistema de deberes de veracidad el cuál se estudiará en el próximo capítulo.

## **2. EL ERROR**

### **A. El concepto de error en el delito de estafa.**

El error en la estructura típica de la estafa ha sido objeto de discusión a lo largo del tiempo ya que su definición ha sido enmarcada por la teoría naturalista como mera consecuencia del engaño siendo el primero determinante para producir el otro. Por lo tanto, el concepto de error que en general se maneja en la doctrina y jurisprudencia peruana se basa en un estado psicológico de la víctima, es decir, una representación inexacta de la realidad que debe ser determinado por el ardid o engaño. A favor de ésta definición, Paredes Infanzón, afirma que “el error es necesario para que la persona realice el acto de disposición patrimonial por lo que dentro del ilícito de estafa la situación del error es central puesto que éste consiste en ignorancia del agraviado o crecimiento equivocado de la realidad.<sup>82</sup>” De esta misma opinión es el español Muñoz Conde, quién manifiesta “que el error es consecuencia de la acción engañosa por lo tanto se produce una suposición falsa estableciéndose una relación de causalidad entre ambos.”<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> CABRERA GUIRAO /CONTRERAS ENOS, *El engaño típicamente relevante a título de estafa: Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 50.

<sup>82</sup> PAREDES INFANZÓN, *Delitos contra el patrimonio*, p. 216.

<sup>83</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 414.

Peña Cabrera diferencia lingüísticamente los tres verbos rectores que utiliza el artículo 196 del código penal peruano siendo ardid un medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún fin ; astucia es el carácter mañoso y audaz con que se procede para alcanzar un provecho ilícito creando error en la víctima y finalmente engaño indica la falta de verdad de lo que se cree, concluyendo en que todos los anteriores términos tienen como finalidad inducir a error en la víctima<sup>84</sup>. El español Valle Muñiz, afirma que el error juega un papel fundamental doble dado que, por una parte no sólo debe ser consecuencia del engaño y de la misma forma el carácter típico del engaño va depender de su capacidad para producir error<sup>85</sup>.

En oposición a dichos conceptos causalistas del error, se debe decir que la tipicidad del engaño no depende del error y mucho menos éste depende que su causa de origen sea el engaño puesto que es relevante penalmente que el autor mantenga a la víctima en error siendo imputable ésta conducta a él por su posición jurídica aunque él no haya inducido a error a la víctima en primer lugar. Bacigalupo expresa que el error no puede equivaler a ignorancia, porque lo esencial es que el sujeto pasivo del engaño obtenga una representación falsa de la realidad, sin que resulte relevante la falta de representación de los hechos. No obstante, en opinión del autor, se puede decir que existe error cuando el agente ha ocultado los hechos verdaderos con la finalidad que no puedan ser de conocimiento de la otra parte. Por lo tanto, el error puede incidir, por un lado, es posible provocarlo incidiendo en las representaciones del agraviado sobre la realidad o incidiendo sobre la realidad a la que se refieren las representaciones de éste.<sup>86</sup>

Gómez Benítez, afirma que desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva propone que se enfoque el error más como una condición objetiva de la acción que como estado psicológico del agraviado debido a la imposibilidad de entrar en fuero interno de la víctima, siendo innecesario para la determinación de la tipicidad del engaño solamente el hecho de producir error en el sujeto pasivo pues también debe tenerse en cuenta los mecanismos de protección de la

---

<sup>84</sup> PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal: Parte especial: De acuerdo al nuevo código penal, Vol. II*, p. 284.

<sup>85</sup> VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa: Delimitación jurídico penal*, p. 189.

<sup>86</sup> BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, p. 1003.

víctima<sup>87</sup>. De esta forma, podría hablarse que el error presente en el delito de estafa debe ser invencible o si es vencible no ser exigible al sujeto su evitación remitiéndonos a víctimas como niños, incapaces, etc. En consecuencia, se debe constatar el comportamiento engañoso y el error efectivamente sufrido por el agraviado, entendido no como una mera posibilidad sino como estado, todavía dependiendo de las condiciones de la vencibilidad del error<sup>88</sup>. Por ende, cuando los mecanismos de protección de la víctima y rol en la interacción económica pueden despejar el error se presentará una insuficiencia del engaño siendo así en el caso concreto la falsa representación de la realidad un error invencible base de la disposición patrimonial del agraviado.

Debemos tener en cuenta que el límite “producir error” que se le atribuye al engaño hace alusión a una intención superficial propia de la subjetividad interna del agraviado siendo imposible para el Derecho Penal acoger esa cualidad para la determinación del engaño típico. Distinto es el caso del error y la disposición patrimonial, puesto que en ese caso es preciso que el acto de disposición se realice por el consentimiento viciado de la víctima y esto en palabras del español Choclán Montalvo, aquello sólo sucede cuando su actuación fue motivada por el error. Al respecto, estamos de acuerdo con Pastor Muñoz, cuando afirma que es evidente que la sola causación de error en la víctima no constituye un título que permita la imputación del acto de disposición patrimonial.

Consideramos que se podrá imputar el delito de estafa al autor cuando infringe un deber de veracidad que lo obliga frente a la víctima al margen de representaciones subjetivas que el agraviado tenga del hecho, dado que lo que importa es la infracción de los deberes de veracidad (en razón de la competencia del agente) y no la manipulación psíquica a la cual el agente puede recurrir. De esta manera, el ilícito de estafa no consiste en una mera desfiguración de la realidad ni en un estado psicológico sino en la infracción de un deber nacido en el contexto de una relación económica. En conclusión, el acto de disposición patrimonial del agraviado no será relevante penalmente a pesar de la

---

<sup>87</sup> José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, “Función y contenido del error en el tipo de estafa” Disponible en internet <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46270.pdf> Consultado: (24/04/15).

<sup>88</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*, p. 154.

existencia de percepciones falsas de la realidad mientras no exista una infracción de los deberes de veracidad por parte del autor.

## **B. ¿Es necesario el error como consecuencia del engaño?**

Para algunos doctrinarios peruanos tal como hemos visto en los acápites anteriores es común definir al error a partir del engaño como su antecedente y productor del mismo. En éste inciso nos dedicaremos a rebatir dicha postura dogmática tal como ya lo hemos planteado que el engaño no siempre es previo al error lo que no afecta la imputación del comportamiento del autor ni la estructura típica de la estafa. Tanto Peña Cabrera como Bramont – Arias Torres consideran que el engaño en la estafa ha de ser anterior al error y a la disposición patrimonial, de modo de que si el error se produce antes del engaño no habrá delito de estafa<sup>89</sup>. En dicho sentido, la razón de éstos argumentos naturalistas se relacionan a la exigencia de una relación causal entre la acción del autor y la falsa representación de la realidad reducción a la “inducción a realizar un acto de disposición” entendiéndose así que esa inducción requiere la provocación del autor por medio del engaño.

No obstante, el acogimiento de ésta teoría conlleva inconvenientes dogmáticos ya que negaría la estafa por omisión que es perfectamente sostenible si se analiza desde la perspectiva de la imputación objetiva, dado que aun siendo el origen del error no imputable al autor éste infringiendo sus deberes de veracidad que le correspondían con el agraviado ha mantenido a éste en el error, lo que denomina Choclán Montalvo como reforzamiento del error al producirse un incremento del riesgo realizado por la conducta jurídicamente desaprobada<sup>90</sup>. En consecuencia, es irrelevante la causalidad de reemplazo, es decir, la imputación del resultado subsiste si el autor no ha cumplido con su rol según su ámbito organizativo incluso si él en un primer momento no ha inducido a la víctima en error pero la ha mantenido en error.

Recordemos el texto del artículo 196 del código penal peruano que tipifica el delito de estafa contiene el “mantener en error al agraviado mediante engaño” como conducta que configura dicho ilícito siendo posible la admisión del engaño omisivo tal como ya se ha explicado en el

---

<sup>89</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal: parte especial*, p. 330.

<sup>90</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 155.

acápites correspondientes. Asimismo, hay que tener cuenta que a efectos de la imputación objetiva no solamente se puede imputar un resultado al que crea una situación de riesgo no permitido sino también al que aumenta dicho riesgo debiendo despejar el error según su posición en la interacción económica. Concordamos así con la afirmación de Torio al manifestar que “el fin de la norma de estafa se circunscribe a un núcleo de acciones engañosas, desaprobadas jurídicamente, que originan o incrementan el peligro de que sobrevenga, previo al error, un daño patrimonial para la víctima.”<sup>91</sup>”

### **3. LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL Y EL PERJUICIO EN EL DELITO DE ESTAFA.**

#### **A. El acto de disposición patrimonial de la víctima en el delito de estafa.**

Otro elemento esencial en la estafa es otro de los elementos básicos de la estructura típica del delito objeto de estudio de la presente investigación.. Se ha explicado que el engaño es el medio de inducción para la realización del acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, pero debe ser un engaño típico enfocado desde la teoría de la imputación objetiva, por esta razón puede presentarse casos en que el engaño es típico penalmente pero aun así el autor no ha logrado con su comportamiento que el agraviado realice la disposición patrimonial por lo que se habría configurado una tentativa respecto al engaño típico no siendo necesario que dicha tentativa sólo se refiera al acto de disposición patrimonial. De esta manera, discrepamos con las posturas que exigen que en engaño deba ser eficaz ya que en la estafa es posible la existencia de una tentativa acabada e inacabada.

Respecto al concepto de disposición patrimonial y su concepto, a lo largo del tiempo se ha considerado que Por lo tanto, el acto de disposición puede consistir tanto en una acción positiva como en una omisión (dejar de ejercer cierto derecho)<sup>92</sup>. En palabras de Choclán Montalvo<sup>93</sup>, la disposición patrimonial no debe entenderse como el elemento principal de la estafa (ya que se puede decir que el engaño es

---

<sup>91</sup> TORIO LÓPEZ, *Acción y resultado en la estafa típica procesal*, pág. 886.

<sup>92</sup> PÉREZ MANZANO/ BAJO FERNÁNDEZ/ SUÁREZ GONZÁLES, *Manual de derecho penal: parte especial: delitos patrimoniales y económicos*, p. 66.

<sup>93</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*, p. 161.

más determinante) pero si se le puede atribuir un efecto delimitador respecto a otros delitos patrimoniales como hurto por autoría mediata por lo que se le debe definir como un acto de disposición del sujeto al cumplimiento de determinados fines de su titular siendo compatible de esta forma con el concepto personal de patrimonio a la que nos hemos adherido, por ellos las motivaciones del particular para la realización del acto de disposición patrimonial considerándose éste factor en la imputación del resultado de la acción. Éste autor define el acto de disposición patrimonial como comportamiento por el cual el titular del patrimonio o del derecho de disposición sobre él, con la finalidad del cumplimiento de determinados fines, hace que el elemento patrimonial de que se trate salga de la esfera de dominio de su titular, entrando ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito<sup>94</sup>. De esta manera, se puede interpretar que el concepto que se abarca en el Derecho Penal acerca de la disposición patrimonial es más amplio que el que sostiene en Derecho Civil.

Salinas Siccha, afirma (erróneamente) que sin el acto de disposición patrimonial no se tipifica el ilícito de estafa ni siquiera en tentativa<sup>95</sup>. Peña Cabrera Freyre, afirma que lo relevante es que el objeto material del delito ingrese de forma efectiva a la custodia del agente, para lo cual el no considera necesario que dicho acto revista las formalidades que exige el derecho civil<sup>96</sup>. Bajo Fernández, considera que la disposición patrimonial no debe equipararse con el mero desplazamiento patrimonial pues también debe ser disposición cuando el sujeto por causa de error asume una obligación ocasionando una disminución de su patrimonio<sup>97</sup>. Se sostiene por algún sector de la doctrina que no es preciso que el disponente tenga facultad jurídica para realizar el acto de disposición, como no la tiene el sirviente que entrega una cosa a quien finge ser recadero de su propietario.

En consecuencia, nacen dos teorías en torno a la posibilidad de una disposición patrimonial fáctica o jurídica. La primera postura es la teoría de la situación por la cual el engañado tiene una mera relación de dominio fáctico con la cosa. De otra parte, la teoría de legitimación jurídica postula requiere un poder de disposición en sentido jurídico, es

---

<sup>94</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 161.

<sup>95</sup> SALINAS SICCHA, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 805 – 808.

<sup>96</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal: parte especial*, p. 330.

<sup>97</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, p. 1170.

decir, que la víctima sea titular jurídicamente del derecho de disposición patrimonial. En este sentido, debe aclararse que si bien es posible que el acto de disposición tenga eficacia jurídica, en la estafa lo propio es una afectación a la libertad de disposición patrimonial ya que el sujeto pasivo realiza una disposición en cumplimiento de sus fines para la satisfacción de sus necesidades, el titular realiza la disposición patrimonial por su propia voluntad aunque se encuentre en error a diferencia del hurto o el robo donde la víctima no ha querido disponer de su patrimonio.

Choclán Montalvo<sup>98</sup>, afirma que no existe estafa cuando a quién se le entrega el objeto material no puede utilizar el patrimonio por no ser el titular o por no tener del poder de disposición reconocido por el derecho por ejemplo la posesión, ya que el cumplimiento del fin que se quiere alcanzar con el acto de disposición patrimonial es esencial en la estafa. En otras palabras, es protegido por el ilícito de estafa el que está autorizado jurídicamente para destinar el patrimonio de otro para el cumplimiento de fines objetivos determinados, teniendo en cuenta que la decisión del disponente debe tener un contenido patrimonial, dejándose de lado las decisiones de la víctima que no tengan dicho propósito, ya que, lo importante es como el agraviado ha organizado su esfera patrimonial, no siendo acto de disposición propio de la estafa e imputable al autor siguiendo la teoría de la imputación objetiva el relajamiento de los deberes de autoprotección por parte de la víctima, lo cual se ha explicado en el capítulo II de la presente investigación.

En cuanto al concepto de disposición patrimonial, nos adherimos a lo manifestado por Pastor Muñoz, quien considera que en primer lugar, la decisión del disponente debe tener como contenido una organización patrimonial, de modo que no son actos de disposición las decisiones del titular que no se refieren al patrimonio, aunque indirectamente se tengan consecuencias sobre éste último. Por ende, el acto de disposición debe ser adecuado para constituir una nueva situación jurídica (por ejemplo: la transmisión de un derecho a otro, la extinción de una deuda, etc.) siendo que, de no haber mediado engaño, el Derecho habría reconocido efectos jurídicos a la decisión económico del disponente. Esto significa que la concepción de acto de disposición a la cual hacemos referencia y acogemos, presupone que el engañado tiene facultades jurídicas para disponer y libertad para realizar dicho acto en razón de los fines que

---

<sup>98</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 161.

desea alcanzar, por lo tanto, dicha disposición patrimonial ostenta un sentido objetivo en la esfera de organización patrimonial del disponente y explica las consecuencias que se han producido en éste último mediante el comportamiento del titular.<sup>99</sup>

## **B. El perjuicio patrimonial a la víctima y el provecho obtenido por el autor.**

Tal como hemos visto, el concepto personal del patrimonio que es el acogido por la presente investigación ya que considero que suple las deficiencias planteadas por la teoría económica, jurídica, mixta y dinámica al concebir el patrimonio como una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico ha demostrado que es admisible una concepción objetiva – individual de dicho bien jurídico protegido por la estafa. Por lo tanto el perjuicio, en un principio, debe definirse conforme al postulado acogido como la disminución de poder de dominio sobre unos bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades de su titular.

En este sentido, el español Antón Oneca<sup>100</sup>, afirma que “las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y los fines de los engañados”. En consecuencia, la definición de perjuicio patrimonial se orientaría no tan sólo a una disminución cuantificable económicamente valorable sino a la imposibilidad de conseguir el objetivo requerido por la víctima, por lo que se puede decir que el concepto personal de patrimonio no sólo trata la consideración económica de los bienes sino también su utilidad teniendo en cuenta el desarrollo de la personalidad del agraviado en el ámbito económico.

Por ejemplo, en el caso de una persona que desea alquilar un inmueble en la zona A porque se encuentra cerca de su trabajo y es céntrico pero el promotor de inmueble le consigue un arrendamiento en la zona B que es un lugar lejano y campestre por el mismo precio es posible decir que en éste caso se ha producido un perjuicio no valorable económicamente pero si en referencia a la frustración de fines de la víctima. En cuanto a esto, Pastor Muñoz<sup>101</sup>, establece que es posible

---

<sup>99</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 178

<sup>100</sup> ANTÓN ONECA, José. *Nueva Enciclopedia Jurídica: Tomo IX*. Calos E. Macarena (Dir.), p. 69.

<sup>101</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 81.

hablar de dos grados de personalización del patrimonio. El primer grado se produce cuando el titular ocupa una posición (teniendo en cuenta la clase de relación económica) y lo adherente a ésta en una interacción económica, en cuanto el segundo grado está vinculado a fines que los sujetos introducen en la relación económica según la posición que les corresponde en ésta y que no se encontraban contemplados en un primer momento, para lo cual la autora anteriormente mencionada considera que para dicha “desestandarización” no basta que uno de los sujetos haya manifestado verbalmente sus preferencias distintas a las planteadas en el primer grado de la relación sino que los fines personales se deben haber expresado de forma vinculante en el contexto de interacción, al no darse dicha situación lo que habrá es una relación económica estándar (primer grado de personalización) por lo que se puede deducir que para evitar el subjetivismo se debe prescindir de todo lo que no ha existido en el plano de comunicación entre el autor y el agraviado, ya que no es posible ingresar al ámbito interno del sujeto.

En conclusión, el concepto personal de patrimonio abarca sólo las circunstancias que son expresadas por los sujetos que interactúan y no las que ellos mantienen en su fuero interno. Se debe tener en cuenta que el atender a los fines que tiene cada titular con su patrimonio son límites procedimentales a dicha teoría del concepto personal de patrimonio por lo que es necesaria la introducción de fines materiales, ya que tal como dice Valle Muñoz<sup>102</sup>, no toda frustración de fines conlleva a las mismas consecuencias ya que a veces se afecta el poder de dominio y otra vez además de esto se produce un menor potencial del patrimonio, por lo que se debe considerar que en muchos casos no sólo se considera la pérdida de la utilidad como el perjuicio existente sino también el desmedro económico del patrimonio y la utilidad, posición totalmente compatible con los fines que el titular del patrimonio puede tener.

Explicado éste contexto, es el momento de brindar un concepto normativo de perjuicio de acuerdo a la teoría personal de patrimonio que acogemos, por lo tanto perjuicio constituye la frustración de los fines del titular al tener en cuenta que dichos fines son relevantes para la víctima. Tal como Pastor Muñoz<sup>103</sup>, manifiesta se puede objetar que ese concepto

---

<sup>102</sup> VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa: Delimitación jurídico penal*, p. 227.

<sup>103</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 86- 87.

puede admitir arbitrariedades pero es de consideración que lo personal no se equipara al subjetivismo, por lo tanto no es posible comparar los fines que tienen las personas con respecto a su patrimonio, es decir, los logros objetivos que desean conseguir con lo existente sólo en su fuero interno. Además, se ha explicado cuando estudiamos el injusto protegido por la estafa que el perjuicio y la toma de la decisión de disponer son conceptos diferentes por lo que no cabe plantear que la estafa es un delito contra la libertad de disposición.

En conclusión, el perjuicio patrimonial se produce cuando la utilidad que el patrimonio representa a su titular se ve disminuida no conforme a los fines que la víctima planteaba respecto a sus bienes. Al tener una perspectiva ex ante del engaño típico no podemos calificar el engaño dependiendo si éste tuvo eficacia o no, lo cual nos remite a la admisión de tentativa acabada e inacabada en el ilícito de estafa por lo que se puede decir tal como lo hace el español Choclán Montalvo<sup>104</sup>, que existe tentativa aun cuando no se ha realizado un elemento del tipo objetivo sino que comprende los estadios situados anteriormente antes de dicha realización lo cual se debe analizar en cada caso concreto por lo que no se debe limitar la tentativa en la estafa al hecho de que el agente haya realizado la conducta engañosa pero no se ha dado el acto de disposición por parte del agraviado sino que también debe admitirse la tentativa mucho antes de desplegar la acción engañosa, por ejemplo cuando se sorprende al sujeto activo que se encuentra esperando turno en una caja municipal para solicitar un préstamo suplantando la identidad de otra persona, por lo que nos referiremos a tentativa acabada si se ha realizado el comportamiento engañoso y será inacabada según actos previos a dicha acción. Por lo que la distinción entre estos dos tipos de tentativas puede establecerse con referencia a una graduación de la pena a aplicar.

---

<sup>104</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 166-167.

## **CAPÍTULO III**

### **IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA: EN MARCO DE SU COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN.**

#### **Introducción**

A lo largo del tiempo se ha llegado a concebir la estafa como un ilícito de relación, dado que el agente necesita de la “cooperación” de la víctima en cuanto al acto de disposición patrimonial. En dicho contexto, se ha considerado que además de analizar la conducta del autor debe tomarse en cuenta el comportamiento del agraviado, a efectos de su relevancia para la imputación del resultado. En consecuencia, en los últimos tiempos han atraído a la doctrina dos grupos de casos: por un lado supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. Por otro lado, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor representa la creación y realización de un riesgo no permitido dirigido al patrimonio de ésta última. Siendo así, en el presente capítulo estudiaremos que significa la imputación a la víctima y que consecuencias conlleva; del mismo modo, explicaremos la relevancia de los deberes de autoprotección especialmente en el delito en cuestión. Asimismo, se tratará el tema de la autorresponsabilidad como un límite al engaño típico. Finalmente, se dará algunos alcances acerca de las posturas que consideran a la estafa como un delito de autolesión o de autoría mediata tipificada.

## **1. LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA.**

### **A. Definición.**

Tradicionalmente, se limitaba el rol de la víctima en la comisión de un delito como sujeto pasivo del hecho ilícito, es decir, el agraviado ostentaba un papel marginal ya que sólo bastaba de la constatación de la lesión a éste o a su patrimonio. Actualmente, el panorama ha cambiado conforme se ha dejado de lado la teoría causalista y se ha acogido a la imputación objetiva, siendo así que se ha logrado reconocer la existencia de deberes de autoprotección en cada víctima y la competencia de está por algún defecto en su esfera de organización. En el marco del delito de estafa, dicha competencia por organización es de mucha importancia al presentarse el ilícito dentro de una interacción económica, lo cual se traduce a la presencia de una organización conjunta entre autor y víctima. En tal sentido, se puede afirmar que la participación del agraviado es imprescindible, siendo así considerado como un cooperador imprescindible, de esta manera se establece una dinámica entre el agente y el agraviado, caracterizándose que el primero infringe sus deberes de veracidad que tiene con la otra parte de la relación económica y el segundo como afectado por dicha infracción ocasionándose una falta de información a partir de la cual se produce una disposición patrimonial que producto del comportamiento engañoso del autor conlleva al origen de perjuicios patrimoniales. En base de las ideas expuestas, cuando pretendamos determinar si una conducta encaja o no dentro del supuesto de hecho del delito de estafa, también deberemos valorar la probable existencia de un ámbito de responsabilidad de la víctima que es un punto de análisis en la imputación del resultado. Cabe recordar que, fuera de especiales relaciones de confianza, el titular de un bien jurídico por sí mismo es competente respecto de las consecuencias dañinas que tienen su origen en la organización defectuosa de su ámbito jurídico. Un ejemplo claro que demuestra que el propio comportamiento de los agraviados pueden ser detonante del resultado lesivo, son las víctimas supersticiosas cuyo caso se explicará con más detenimiento al inicio del capítulo V y sus creencias en engaños burdos dejando de lado las medidas de autoprotección. En tal sentido, la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, el agraviado de ese comportamiento. Bajo determinadas

circunstancias, esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la víctima. Dicha competencia por organización de la víctima se encuentra relacionada con el denominado “principio de autorresponsabilidad” que consiste en el reconocimiento de libertad, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes. La necesidad de tener en cuenta el valor normativo de la autorresponsabilidad en el marco de la teoría de la imputación objetiva puede denominarse “imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima”, esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico emprende conjuntamente con otro una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico<sup>105</sup>. De esta manera, dentro de la interacción del agente y el agraviado lo que se trata de verificar es que ese contexto común de la relación económica que comparten comunique un mismo significado objetivo, puesto que, tal como afirma Medina Frisancho, se ha asentado la consideración de cuando el titular de un derecho se embarca junto con otras personas en una actividad riesgosa que posteriormente termina lesionando algún bien jurídico de aquél, el evento en su conjunto habrá de ser inexorablemente imputado a la víctima cuando se presente lo siguiente: a) la actividad lesiva permanezca hasta el final en el marco de lo organizado conjuntamente entre autor y víctima; b) la víctima reúna las condiciones necesarias para ser considerada una persona autorresponsable y c) no medie un deber de garante específico de parte del autor<sup>106</sup>. Por otro lado, dicha autorresponsabilidad, las medidas de autoprotección y la imputación al agraviado como consecuencia de su competencia por organización se predica a la víctima normalmente constituida en el delito de estafa, dejándose de lado la concepción de representarse como un mero objeto sobre el que recae la acción criminal, sino que incluso su comportamiento puede ser el detonante del resultado lesivo para su patrimonio. El expresado criterio de imputación a la víctima, implica que en primer lugar se debe realizar un juicio sobre la imputación del comportamiento del agente de este modo, luego de la infracción de la expectativa normativa podrá calificarse la creación del riesgo no permitido por parte del autor como un comportamiento objetivamente típico. En torno de la imputación objetiva, Cancio Meliá,

---

<sup>105</sup> DOMÍNGUEZ, Marcelo. “*La exclusión de la tipicidad por el comportamiento de la víctima*”. Disponible en internet [http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/art2011/dominguez\\_exclusion-tipicidad-comportamiento-victima.pdf](http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/art2011/dominguez_exclusion-tipicidad-comportamiento-victima.pdf) . Consultado: (23/03/15)

<sup>106</sup>

afirma que la explicación del suceso lesivo como consecuencia de una determinada configuración autónoma de la víctima es uno de los factores normativos que constituyen un límite de la tipicidad de la conducta del autor<sup>107</sup>. Siguiendo éste autor, la imputación a la víctima eliminaría la imputación objetiva de alguna manera, puesto que la adscripción al ámbito de responsabilidad del agraviado impidiendo que la aportación del autor signifique un ilícito, lográndose imputar a quién es responsable preferente por su configuración vital, es decir, mediante su competencia por organización al desarrollarse un suceso lesivo, dado que, el riesgo que lesiona en el caso concreto de la investigación, el patrimonio de la víctima es creación del agente y el agraviado, siendo esa interacción objetivamente constatable. De lo anterior, se puede concluir que la jurisprudencia peruana, excluye de la imputación objetiva los supuestos en los que la creación del riesgo no recae en la competencia del agente sino de las víctimas:

#### Caso del Festival de Rock:

*“Quién organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo”.*<sup>108</sup>

Asimismo, se debe reafirmar que los criterios normativos señalados por la teoría de la imputación objetiva no solo están referidos a la determinación de la tipicidad de la conducta, tal como lo manifiesta Cancio Meliá en su estudio sobre el comportamiento de la víctima acerca

---

<sup>107</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, p. 298.

<sup>108</sup> Expediente N° 4288 – 297 Ancash, de fecha 13 de Mayo de 1998.

de que la imputación a la víctima debe ser una institución dogmática incluida en el primer nivel de imputación del comportamiento, analizándose así no sólo la conducta del autor sino también la del agraviado, de modo que si el suceso realizado de modo conjunto es atribuido al ámbito de responsabilidad del agraviado no se puede decir que es típica el comportamiento del autor (dado que se excluye la tipicidad del comportamiento del autor cuando la creación y realización del riesgo permitido son imputables a la competencia de la víctima<sup>109</sup>). En tal sentido, el normativismo también ofrece reglas para precisar que, luego que se haya afirmado que la conducta es típica, en qué supuestos el resultado producido puede ser imputado a la conducta (imputación objetiva del resultado).

De lo que se trata es de explicar el resultado que se ha producido y solo podrá relacionarse el resultado con la conducta cuando esta sea su factor causal determinante, de manera que adquiere importancia el análisis cuando, a lado de la conducta típica, concurre otra explicación alterna como podría ser un accidente o la conducta de un tercero.

## **B. Organización conjunta del autor y la víctima.**

En cuanto a la responsabilidad de la víctima por el suceso lesivo debe entenderse que lo sucedido se corresponda con una organización conjunta de la parte del agraviado y el agente. Cuando nos referimos a la existencia de una organización conjunta no debe equipararse a la figura jurídica de la coautoría en la cual tanto agente como víctima realizan una aportación importante para la ejecución del hecho ilícito, puesto que las aportaciones de los que interactúan dentro de una relación económica son muchas veces de distinta relevancia, pudiendo consistir en un acto comunicativo o la realización del mismo hecho lesivo, creándose así un contexto con un mismo significado objetivo.

Cancio Meliá, expresa que el significado objetivo a la organización conjunta del autor y la víctima debe establecerse dentro de parámetros normativos, es decir, se considerarán elementos conjuntos de la organización los que se presente como un elemento inherente a la

---

<sup>109</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, p. 304.

actividad elegida por la víctima y ello en función de su autonomía asumiendo asimismo los factores de riesgos inherentes a la actividad que realiza correspondiéndose con el principio de autorresponsabilidad que cada persona ostenta, al no haber garantía normativa que algún suceso lesivo no se producirá. En consecuencia, se debe descartar de la organización conjunta cualquier intervención causal de la víctima, por ejemplo, si X facilita a Y (quién se encuentra en estado de ebriedad) un automóvil y luego en el camino Y atropella K, no se le puede imputar a X un organización conjunta por atropello así haya facilitado el automóvil. La situación cambia, cuando X además de darle el vehículo motorizado a Y, lo acompaña y sufre heridas a consecuencia de un accidente, lesiones las cuales son imputables a Y como autorresponsabilidad, puesto que acompañar a un conductor ebrio conlleva riesgos de daños corporales. Diferente es el contexto, de actividades que por sí implican riesgos sin intervención de la víctima lo cual no conlleva una organización conjunta si es que no se produce una asunción de riesgos por parte de la víctima. Siguiendo el ejemplo, si una persona se sube a un taxi y ocurre un accidente, por más que el hecho de utilizar un servicio de transporte implique riesgos estadísticos, no se puede hablar que en dicho supuesto el potencial lesivo sea imputable a la víctima quién se encuentra distanciada de alguna asunción de riesgos desde el punto de vista normativo. Es distinta la situación, que el pasajero aborda un taxi aun dándose cuenta de que el conductor se encuentra en estado de ebriedad, insiste en continuar el trayecto, estableciéndose una organización conjunta. En tal sentido, si la actividad generadora del riesgo no responde a la organización conjunta, no se podrá imputar el suceso lesivo como autorresponsabilidad de la víctima.

### **C. La victimodogmática.**

A raíz de las concepciones tradicionales que realizaban el análisis del tipo de estafa solamente desde la perspectiva del comportamiento del autor, considerando así a la víctima como un mero objeto o siendo equiparada a una cosa que sufría daños, nace la victimodogmática, que a pesar de cuestionarse algunos de sus postulados, se le debe reconocer como la propulsora del reconocimiento del ámbito de responsabilidad de la víctima. El planteamiento de la victimodogmática sostiene que algunas víctimas contribuyen dolosa o culpablemente a la propia victimización. Por lo tanto, ésta contribución debe influir en la responsabilidad penal del delincuente, incluso hasta el punto de excluirlo. En definitiva la

victimodogmática estudia si la víctima merece o no la protección del derecho penal, de no ser así, en base al principio de ultima ratio del derecho penal deberá de excluirse la sanción penal. Ésta protección del derecho penal, sólo se daría cuando disminuyan las posibilidades de autoprotección de la víctima, si la víctima puede autoprotgerse y no lo hace habría que disminuir la sanción o incluso excluirla.

También hay autores que están absolutamente en contra de la victimodogmática, tal como Claus Roxin, quién afirma que no hay base que apoye la tesis de que el legislador haya querido hacer depender el merecimiento de pena, de que la víctima adopte las medidas de autoprotección exigibles, incluso llega a comentar que el hurto sigue siendo un delito de hurto por mucho que la víctima haya sido descuidada en sus casos. Asimismo, algunos tribunales son reacios para aplicar la victimodogmática, tal como vemos en la sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 15 de Marzo de 2012 en la cual se expresa lo siguiente:

*“La denominada victimodogmática subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de la civilización que los ciudadanos han hecho dejación de la violencia punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas. Por otra parte la teoría victimodogmática no es más que una forma de rebautizar soluciones ya existentes para problemas reales, extendiéndolas desmesuradamente a supuestos injustificados. La imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria”<sup>110</sup>.*

De lo anteriormente expuesto, se puede manifestar que el principio de la victimodogmática conlleva algunos postulados contradictorios y que han provocado una crisis de sus fundamentos, sin embargo, su aportación al derecho penal ha sido esencia en cuanto a los estudios acerca de la responsabilidad de la víctima, especialmente en los delitos de relación, como es la estafa que implican un ámbito de interacción de

---

<sup>110</sup> Expediente N° 162/2012. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 21 de setiembre de 1988. Ponente: CONDE PUMPIDO – TOURÓN.

los intervinientes (agente – agraviado). En tal sentido, dicho principio permite contemplarse a la víctima como objeto sobre el cual el autor proyecta su conducta, sino como persona que puede contribuir a la configuración del delito mediante una organización conjunta con el autor e incluso tener responsabilidad de ilícito cometido, considerándose al principio de ultima ratio siendo que cuando la víctima no merece protección puesto que tiene un ámbito de responsabilidad en el delito, el estado no debe intervenir.

Al ser la estafa un delito de relación, en el cual el autor no puede consumir sin determinado comportamiento de la víctima, se ha profundizado el estudio de la responsabilidad del agraviado en éste tipo de ilícito. Jakobs, en referencia a la competencia de la víctima por lo actos que realiza, afirma que puede que la configuración de un contacto social compete no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio<sup>111</sup>. A pesar, de que la victimodogmática no es el propósito de estudio en la presente investigación, explicaré a continuación brevemente ciertos aspectos de éste postulado que fueron objeto de discusión dogmática al transcurrir el tiempo que nos conducirá al tema de interés que es la interpretación de lo que significar imputar a la víctima el acto realizado como parte de su propia responsabilidad.

El debate en torno a la victimodogmática se originó por motivo de los supuestos en los cuales el agraviado duda de la veracidad de las afirmaciones del autor, lo que se plantea es que si en éstos casos debe considerarse que existió error o que las dudas de la víctima excluyeron el elemento del error. En dicho contexto, se concibe que la solución radica en el criterio de merecimiento de protección que se basa en el hecho de que la víctima crea en alta probabilidad de la veracidad de las afirmaciones del agente, de modo que si existe una menor probabilidad de veracidad, las dudas que el agraviado tenga disminuirán el peligro del suceso lesivo y el merecimiento de protección, puesto que éste aceptaría así el riesgo de engaño. La crítica a dicha postura, se fundamenta en la necesidad de protección y no desde el merecimiento, teniendo en cuenta que la víctima debe autoprotgerse si existen dudas de la veracidad de la

---

<sup>111</sup> JAKOBS, "*La imputación objetiva en derecho penal*", p. 34.

información proporcionada por el agente. Para que la necesidad de protección penal desaparezca las dudas deben ser concretas, de modo que si el agraviado dispone a pesar de esto lo que se produciría sería una tentativa de estafa porque no se constituiría el error. En cambio, ante dudas indeterminadas podría caber el error y por ende no se prescindiría de la necesidad de protección<sup>112</sup>. Como se puede ver, estos postulados son insatisfactorios dado que, determina que el tipo proteja más a los descuidados que a los meticulosos, sin tener en cuenta las víctimas débiles y el tratamiento normativo que deben tener.

Por otro lado, al ver la problemática que plantean estas teorías, Ellmer, establece que el principio victimodogmático debe concebirse como un límite al engaño típico y no relacionado al error como lo predicaban los postulados explicados líneas arriba. En tal sentido, siguiendo a éste autor, la estafa no tiene como tarea proteger cualquier acto de confianza de quien ejerce su derecho de disposición patrimonial sino que aquella confianza debe conllevar al cumplimiento de ciertas medidas de autoprotección por parte de la víctima, siendo su incumplimiento motivo para que sea corresponsable del acto de disposición, dado que, no todo error fundamenta la corresponsabilidad para la víctima, sino tan sólo el error que se produce por negligencia, imprudencia o descuido del agraviado. Pastor Muñoz, considera que el planteamiento de Ellmer es acertado en cuanto introduce las consideraciones de necesidad de protección en el comportamiento típico de la estafa y en los límites del engaño típico, sin embargo, lo que se puede criticar es la falta de precisión en la determinación de que error puede ser evitable y cuál no<sup>113</sup>.

Más adelante, Frisch, es quien define la estafa como un delito de autolesión, puesto que el propio acto de disposición del agraviado vendría ser la fuente origen de peligro para el patrimonio. Por tanto, la autorresponsabilidad definiría en que momento el titular de sus bienes es responsable por el menoscabo de éstos y en qué supuestos no tendría responsabilidad por esa autolesión. Tal como se ha estudiado en los primeros capítulos, usualmente se considera que la estafa recae sobre

---

<sup>112</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria: “*El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa*” en Silva Sánchez, **¿Libertad económica o fraudes punibles?: Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial**, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 83-84.

<sup>113</sup> ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, p. 34

hechos, rechazándose la postura que plantea que éste ilícito abarca también los juicios de valor. De modo que, en el caso de las afirmaciones de hecho si están tiene poca probabilidad de validez la víctima no debería confiar en éstas, tal como ocurre con las exageraciones publicitarias que son producto de la habilidad negocial, que deben considerarse fuera del ámbito de estafa. Entiéndase por exageraciones publicitarias aquellas expresiones con contenido total o parcialmente comprobable, que el público reconoce como carente de todo fundamento<sup>114</sup>. En consecuencia, en el tráfico comercial se debe desconfiar o tratar como meras opiniones a las expresiones que denotan inveracidad, incorporando así a su comportamiento medidas de autoprotección, salvo que se trate de un supuesto de víctima débil cuya solución normativa es distinta.

Schmoller, propone de que el acto de disposición debe atribuirse al agraviado, dado que, éste es expresión de su libertad de actuación y por lo tanto se le deben imputar las consecuencias del mismo. Siguiendo a éste autor, el acto de disposición patrimonial no es suficiente para trasladar la responsabilidad al agente en un contexto de estafa, sino que se necesita un criterio normativo que sirva para la calificación de qué engaño son relevantes a efecto del ilícito en cuestión<sup>115</sup>. En éste contexto, se debe excluir como engaño típico a las afirmaciones del vendedor o del agente sobre la conducta de otras personas, tales como los casos de donación o que un conocido de la víctima también adquirió el producto, etc. De esta manera, podría decirse que el elemento normativo que se necesita para la determinación del engaño penalmente relevante es la existencia de los deberes de veracidad. Ya afirmaba Kindhäuser, que la estafa implica una lesión al derecho a la verdad pero no como bien jurídico protegido ya que éste es el patrimonio, sino que es el derecho cuya lesión conlleva la permanencia material al autor del acto de disposición perjudicial llevado a cabo formalmente por la víctima<sup>116</sup>. Para Pastor Muñoz, el término derecho a la verdad denomina a las expectativas de la víctima que el autor no infrinja deberes de veracidad que le impone el tipo de estafa<sup>117</sup>. En conclusión, en cuanto al engaño

---

<sup>114</sup> BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad.*, p. 281.

<sup>115</sup> SCHMOLLER, *Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung*, p. 105.

<sup>116</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*, p. 21 – 22.

<sup>117</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria: “El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa” en Silva Sánchez, **¿Libertad económica o fraudes punibles?: Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial**, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 83-84.

típico no basta comprobar la producción del error, sino que se debe analizar la competencia de informaciones que el agente debía proporcionar a la víctima (siendo que la estafa es un delito que se desarrolla en un contexto comunicativo), puesto que, se debe recordar que la concepción personal de patrimonio que acogemos en éste trabajo, denota que es el poder jurídicamente reconocido de su titular para interaccionar en el mercado y que representa el libre desarrollo de éste, de modo que la razón normativa que existe para reconocer los deberes de veracidad que ostenta el agente es mantener la estructura normativa de mercado, es decir, la funcionalidad del conjunto de bienes que tienen relevancia para el disponente.

#### **D. Deberes de autoprotección.**

Otro concepto relacionado con la imputación a la víctima, es el reconocimiento de deberes de autoprotección que los agraviados ostentan en sí mismo. En tal sentido, Por tanto, en la medida en que el error que sufre la víctima resulte evitable no puede hablarse de engaño penalmente relevante y, por consiguiente, no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa, pues típico 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. Si esos mecanismos de autodefensa no han sido normalmente activados, entonces, en ese caso, el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Ahora bien, la determinación de cuando es jurídicamente 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. Con todo, existe un margen en que le está permitido a la víctima la relajación de su deber 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. 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.

En la jurisprudencia española, éste tema ha sido tratado en diversas sentencias, por ejemplo, la STS de 3 de junio de 2003, descarta el engaño típico de la estafa en un supuesto en el que:

*“la empleada de una de las tiendas que le atendió afirma que no pidió la documentación, porque en esa época no era preciso solicitarla, y no se dio cuenta si la tarjeta correspondía a un hombre o a una mujer, porque no la examinó, limitándose a introducirla en el Terminal de la empresa que activó la tarjeta de crédito”<sup>118</sup>.*

En sentido similar se había pronunciado la STS de 2 de noviembre de 2001, respecto a la falta de comprobación en un establecimiento público de la identificación del titular de una tarjeta y la correspondencia o, al menos, cierta similitud entre la firma que consta en ella y la puesta en el ticket firmado por quien la utiliza<sup>119</sup>. En este tipo de casos, como señalaba también la STS de 3 de mayo de 2000:

*“no se cuestiona que el empleado de la tienda fue engañado, lo que se afirma es que el engaño fue propiciado por su conducta negligente y por lo tanto no fue bastante el desarrollado por el recurrente, ya que contribuyó decisivamente, en su propia victimización, la víctima con una falta de diligencia que le era claramente exigible como es comprobar la identidad del portador de la tarjeta de crédito”<sup>120</sup>.* Medina Frisancho, afirma que a partir de una perspectiva funcional se ha tratado de explicar las razones por las que un determinado suceso y, naturalmente, las consecuencias que de él se derivan sean atribuidos a la víctima<sup>121</sup>. De igual manera, Jakobs ha intentado definir tales razones normativas: primero, mediante la infracción de los deberes de autoprotección y, segundo, mediante un acto de voluntad, a saber, el consentimiento<sup>122</sup>.

Cancio Meliá, expresa que la terminología “deberes de autoprotección” está mal utilizada, puesto que, el ámbito de responsabilidad de la víctima puede ser imputable desde la existencia de

---

<sup>118</sup> Expediente N° 807/2003. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 03 de Junio de 2003.

<sup>119</sup> Expediente N° 2017/2001. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 02 de Noviembre de 2001.

<sup>120</sup> Expediente N° 738/2000. Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 03 de Mayo de 2000.

<sup>121</sup> José Luis MEDINA FRISANCHO *“La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal”*, p. 22. Disponible en internet [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110307\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf). Consultado: (29/03/15).

<sup>122</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, p. 33.

una organización conjunta con el autor, por lo tanto, no se trata de la infracción de deberes de la para la víctima, ya que el agraviado no infringe ningún deber porque ninguna norma tipifica su conducta sino de hacer valer en la imputación jurídico-penal el carácter autónomo de la conducta de la víctima. De este modo, el autor propone abandonar dicha terminología, puesto que en su opinión los deberes de autoprotección sólo resumen la lista de presupuestos bajos los cuales la interacción entre el agente y la víctima resultan imputables como responsabilidad de ésta última<sup>123</sup>. Al respecto, la doctrina se ha manifestado en contra de la existencia de deberes de autoprotección jurídicamente exigibles a la víctima. Igualmente, Pastor Muñoz se refiere a incumbencias normativas de autoprotección, en contraposición a la capacidad de autoprotgerse<sup>124</sup>. En nuestra doctrina, García Cavero prefiere referirse precisamente a incumbencias de autoprotección, ya que no se trata propiamente de deberes impuestos a la víctima, sino de criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia<sup>125</sup>. En conclusión, la imputación a la víctima tiene lugar necesariamente de modo normativo cuando la aparente víctima ha infringido determinadas incumbencias de autoprotección, esto es, cuando en pleno ejercicio de su autonomía administra su ámbito de organización de manera defectuosa su esfera de organización. Por lo tanto, se puede decir que la imputación a la víctima se erige sobre el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada ciudadano debe responder por sus propios actos<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, p. 301 y ss.

<sup>124</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 150.

<sup>125</sup> GARCÍA CAVERO, *Lecciones de derecho penal: Parte general*, p. 380.

<sup>126</sup> José Luis MEDINA FRISANCHO “*La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal*”, p. 23. Disponible en internet [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110307\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf). Consultado: (29/03/15).

## 2. LA IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO Y LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA.

### A. Riesgo permitido

Existen supuestos en los cuales a pesar que el agente ha creado un riesgo penalmente relevante, se excluye la imputación si se trata de un riesgo permitido. Roxin define el riesgo permitido como una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo<sup>127</sup>. El español Cancio Meliá, hace referencia a ésta figura jurídica cuando en el comportamiento del autor no concurre un riesgo jurídicamente relevante, por lo tanto, se puede decir que la conducta del autor se enmarca dentro de una actividad socialmente aprobada o las consecuencias de un acto riesgoso pero tolerados. El autor anteriormente citado, insiste en que el comportamiento del agraviado puede influir en el riesgo permitido, de modo que, su conducta puede contribuir a delimitar el riesgo permitido, tal como tener en cuenta sus expectativas en la actividad a realizar, especialmente en actividades de fabricación y distribución de productos por parte del autor, puesto que él debe lograr que dicho producto sea accesible a todo sujeto y de la misma manera debe respetar las reglas necesarias para esa labor con el propósito de evitar daños a los clientes<sup>128</sup>. En tal sentido, las exigencias del cuidado están constituidas por las expectativas del consumidor. Su fundamento reside en los riesgos ínsitos en toda interacción social, por más cotidiana o inofensiva que ésta parezca. Por ello, es acertado afirmar que una sociedad sin riesgos no es posible y que, sin embargo, no por tal razón se plantea siquiera la posibilidad de renunciar a ella o a la realización de algunas actividades que, aunque riesgosas, son necesarias para la convivencia y el funcionamiento de la sociedad actual<sup>129</sup>.

En suma, no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del Derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción. En consecuencia, Medina

---

<sup>127</sup> ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, p. 372.

<sup>128</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, p. 316.

<sup>129</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, p. 41.

Frisancho, considera que aquellas actividades que logren superar los límites impuestos por el propio uso social y por las ventajas que ofrecen, al no estar abarcadas por la configuración social tolerada, comportará un riesgo jurídicamente relevante, jurídicamente desaprobado o típicamente relevante. De este modo, lo socialmente adecuado a través del denominado riesgo permitido queda en buena cuenta legitimado no tanto por el Derecho como por la propia configuración de la sociedad, en atención a las posiciones jurídicas de las personas que la conforman<sup>130</sup>.

## **B. Prohibición de regreso.**

La prohibición de regreso trata de determinar la responsabilidad penal de quien realiza un comportamiento estereotipado inocuo que favorece al hecho delictivo de otro. Jakobs, sostiene que no es jurídico-socialmente congruente que el carácter delictivo de una actividad sea impuesto arbitraria y unilateralmente por el autor del hecho, aun cuando el posterior resultado lesivo producido se halle conectado causalmente con la aportación prestada por un tercero, de modo, que quién asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida<sup>131</sup>.

El ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso, esto es, la prohibición de recurrir a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo, a pesar de la no evitación, no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente. En éste grupo de casos se trata de los negocios usuales de la vida cotidiana, como entrega de bienes, realización de servicios, y especialmente de información. Y acá está el caso del taxista, dice que el taxista no responde por el delito que comete su cliente una vez llegado al punto de destino, aunque éste se lo haya anunciado durante el trayecto, por lo tanto, en los supuestos antes mencionados parece evidente que el

---

<sup>130</sup> José Luis MEDINA FRISANCHO “*La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal*”, pág. 12. Disponible en internet [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20110307\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110307_01.pdf). Consultado: (30/03/15).

<sup>131</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, págs. 30 y 77.

comportamiento del agente que cumple su rol de ciudadano, no puede ser interpretado como una provocación delictiva de autolesión. En éste sentido, Frisch, expresa que sólo si la conducta del autor muestra una incitación a una conducta arriesga de la persona que carece de conocimientos relativos al riesgo, se podría decir que es típica la conducta del primero<sup>132</sup>.

### C. Principio de confianza

Generalmente, las personas que emprenden una actividad riesgosa (lícita) les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídica. En sí, el sujeto que realiza una actividad arriesgada, en principio lícita, que quienes participan con él se van a comportar correctamente, mientras no haya indicios que no sea así. Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Ésta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros.

Al respecto, Cancio Meliá, señala que el principio de confianza trata de una modalidad general de determinación de ámbitos de responsabilidad y cuáles son los límites del riesgo permitido, ya que dicho principio viene a ser un supuesto específico de éste último. Una limitación del principio de confianza se refiere a la forma de proceder del propio sujeto a quien se dirige la imputación, de modo que si éste no ajusta su comportamiento a los niveles de riesgo permitido no podrá ser amparado por el principio de confianza. Esta precisión resulta trascendental para comprender su verdadero significado y alcances, y no concebirlo erróneamente como una forma de permisión para que las personas sean indiferentes o actúen displicentemente confiando en el

---

<sup>132</sup> Wolfgang FRISCH, citado por CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, p. 328 y ss.

cuidado de otros. Asimismo, principio de confianza despliega sus efectos en todos los contextos de interacción en que confluyen deberes plurales de actuación. En tal sentido, este principio conforma asimismo una garantía normativa del ciudadano que se comporta correctamente dentro de los límites de su posición social, en la medida en que no podrá atribuirse responsabilidad penal a quien confió de forma socialmente estandarizada en que los demás cumplirán la norma.

En conclusión, si la conducta del autor a la cual está vinculado el comportamiento de la víctima (recordemos la organización conjunta) se enmarca dentro de uno de los supuestos de exclusión de la tipicidad que hemos estudiado líneas arriba, no será necesario determinar el ámbito de responsabilidad de la víctima ya que se excluye la imputación objetiva del comportamiento del agente<sup>133</sup>.

### **3. LA VÍCTIMA Y SU POSICIÓN EN EL DELITO DE ESTAFA.**

#### **A. El engaño típico como límite de la autorresponsabilidad de la víctima.**

Tal como se ha señalado anteriormente, es común en la actualidad considerar que la víctima ostenta en sí misma un ámbito de responsabilidad. La estafa no es excepción al reconocimiento de dicho ámbito, dado que, en principio la víctima es responsable por el acto de disposición patrimonial que realiza, por lo tanto, se debe encontrar una razón normativa que permita desplazar la responsabilidad por la disposición al autor. El elemento normativo en cuestión se encuentra en los deberes de veracidad, siendo que el delito de estafa no es una mera comprobación de que si una simple mentira causó un error o no en la víctima (eficacia del engaño desde la perspectiva naturalista), sino que su importancia desde la teoría de la imputación objetiva radica en la competencia del agente en proporcionar la información correspondiente al agraviado en virtud de rol que ocupa en la relación económica, es decir, si el autor no cumple con su posición en la interacción y con los deberes inherentes a ésta como es el caso de los deberes de veracidad al no permitir el acceso de información necesaria a la víctima para que ésta

---

<sup>133</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, p. 316 y 324.

ejerza su derecho de disposición, ocurre el desplazamiento de la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima al autor. En éste contexto, se ha considerado que la responsabilidad por las consecuencias de la disposición patrimonial que en inicio le correspondería al agraviado, recaería en el agente si es que dentro de la relación económica se presenta un comportamiento engañoso que signifique una infracción de deber por parte de éste último que afecte el patrimonio como significado de poder de interacción para su titular, por lo tanto, se concluye que el ámbito de responsabilidad del agraviado no puede determinarse de manera independiente de la relación económica en la cual ocurre la conducta engañosa.

## **B. La estafa como delito de autolesión**

A lo largo del tiempo, se ha planteado que la estafa es un delito de autolesión, dado que, el acto de disposición es realizado por el agraviado voluntariamente, aunque con su voluntad viciada como consecuencia del error provocado por el agente con su conducta engañosa. Según ésta postura dogmática, se produce una autolesión, pues es la propia víctima quien decide su perjuicio. De esta manera, el peligro para el patrimonio del sujeto pasivo es el comportamiento de éste último. Frisch, quien fue el promotor de ésta teoría, expresaba que se debía analizar las fuentes de las distintas amenazas que podían afectar a los bienes jurídicos. Para éste autor, la primera fuente de menoscabos para los bienes jurídicos son las conductas de terceros sin intervención de su titular. En segundo lugar, la naturaleza podría afectar los bienes protegidos. Finalmente, el autor considera que los bienes jurídicos pueden verse amenazados por la conducta del agraviado. En consideración de esto último, Frisch sostiene que la estafa presenta la estructura de un delito de autolesión, porque el peligro para el patrimonio tenía su origen en un comportamiento del titular del bien jurídico. Por lo tanto, se distinguen dos aspectos: el material y el estructural.

El primer aspecto hace referencia al análisis si quien había perjudicado a sí mismo era responsable de la conservación de sus bienes. El segundo aspecto, no enfoca su atención en la conducta del agente, es decir la creación del riesgo no permitido y en la realización del mismo, sino que toma en consideración que dicha afectación de los bienes se ve

amenazado por el agraviado<sup>134</sup>. En mi opinión, la concepción de la estafa como delito de autolesión es válida desde la perspectiva que implica un reconocimiento a la responsabilidad de la víctima. Sin embargo, me parece insuficiente, puesto que, abarca el ilícito como una cuestión del agraviado, sin tener en cuenta que para que la víctima sea responsable de ese acto de disposición, éste debe enmarcarse en una interacción económica, es decir, en una organización conjunta de competencias de agente y víctima, observando así también los deberes de veracidad.

### C. La estafa como autoría mediata tipificada.

Es también relevante, hacer referencia a la teoría que concibe el delito de estafa como una autoría mediata tipificada, en la cual la víctima es un instrumento del autor, quién es responsable del déficit de conocimientos del agraviado y por ende, del acto de disposición que éste realiza. Kindhäuser, es el propulsor más importante de esta concepción de la instrumentalización de la víctima como elemento configurador de la estafa. En principio, el autor planteó ésta teoría teniendo en cuenta como bienes jurídicos protegidos al patrimonio y a la libertad de disposición, siendo así que el engaño penalmente relevante atenta contra la libertad del agraviado en especial a su derecho a la verdad, de modo que, el agente hace uso para sus fines personales de la libertad sustraída de la víctima. Como se puede inferir, Kindhäuser, considera a la libertad de disposición como el bien jurídico afectado, por lo que la infracción al derecho a la verdad (deberes de veracidad que nacen en marco de una interacción económica) determina el desplazamiento por la disposición patrimonial del agraviado hacia el autor.

En posteriores estudios, el autor alemán presenta nuevamente ésta teoría con ciertos cambios en cuanto al derecho a la verdad para establecer la existencia de una instrumentalización del agraviado y por ende, la responsabilidad del agente por el déficit de conocimiento de éste último y el acto de disposición<sup>135</sup>. Asimismo, se abandona la consideración de la libertad de disposición bien jurídico protegido del ilícito, estableciéndose el patrimonio como el único objeto de la agresión

---

<sup>134</sup> FRISCH, Wolfgang. *Bockelmann - FS*, 1979, p. 657 – 659.

<sup>135</sup> Urs KINDHAÜSER citado por PASTOR MUÑOZ, en “*El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa*” en Silva Sánchez, **¿Libertad económica o fraudes punibles?: Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial**, p. 80, 81 y 82.

típica, por lo tanto, el derecho a la verdad no protegería a la libertad de disposición como bien jurídico autónomo, sino el derecho cuya lesión mediante la infracción de los deberes de veracidad determina la pertenencia material al agente de la acción de ejercicio de del derecho de disposición patrimonial llevado a cabo por el propio agraviado.

Para Kindhäuser, su teoría encuentra apoyo en el artículo 263 del código penal alemán, por el cual a la víctima le debe quedar oculto el carácter perjudicial de su acto de disposición. No obstante, la consideración de la estafa como un delito de autoría mediata tipificada ha sido cuestionada principalmente con tres argumentos<sup>136</sup>:

- a) La distribución de dominio entre el actuante y no actuante es algo característico de la autoría mediata; en cambio, en el ilícito de estafa lo principal son las consideraciones de merecimiento y necesidad de protección al agraviado, de la libertad de acción del ejecutante y la delimitación de esferas de responsabilidad. Kindhäuser rebate éste argumento expresando que dicha objeción no es una crítica a la estafa como autoría mediata tipificada sino a una interpretación de la autoría mediata en general, la cual desconoce la estructuración de la figura jurídica de autoría con la imputación objetiva. El autor reafirma que las esferas de competencia por el comportamiento de otro y de libertad son las cuestiones decisivas de la autoría mediata y el hecho que se vinculen en la estafa demuestra la relación de dicho delito con la figura jurídica cuestionada.
- b) La segunda crítica cuestiona que la autoría mediata agota las cuestiones valorativas de error, ya que debe tratarse la protección del bien jurídica y no solamente la imputación de un comportamiento desaprobado de la víctima al hombre detrás. El autor alemán responde ésta objeción estableciendo que la conducta del agraviado no debe ser valorada antes que la imputación del comportamiento del agente.
- c) La tercera objeción recae sobre el argumento que el hombre detrás pueda ser penado sin más cuando haya actuado él mismo en lugar

---

<sup>136</sup> KINDHAÜSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*, trad. de Jorge Perdomo Torres, p. 21, 22 y 23.

del hombre de delante, sin embargo, no existe un delito que prohíba al autor, bajo penal, el comportamiento de la víctima. Antes bien, la provocación del error debe añadirse además precisamente a la tipicidad de la estafa. Kindhäuser, manifiesta que es irrefutable ésta posición, puesto que, la conducta de la víctima no sería punible en la estafa si el mismo autor la ejecutara y no existe delito que sancione el perjuicio patrimonial de forma global.

Asimismo, Kindhäuser explica que la autoría mediata tipificada en la estafa consiste en que el agente no interviene en la esfera personal del agraviado perjudicándole directamente su voluntad, sino que el comportamiento del autor está orientado a conducir a que la víctima menoscabe el patrimonio. Al respecto, cabe recordar la disposición que realiza el titular de sus bienes y su propia organización de su esfera patrimonial es en principio irrelevante penalmente, pero de la misma manera existen supuestos en que la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima debe desplazarse al agente. De manera, que el profesor alemán sostiene que una disposición querida por la víctima no excluye la prohibición de la creación de un riesgo no permitido cuando se funda en un error por el cual el agente es responsable en virtud del engaño<sup>137</sup>. Además, teniendo en cuenta la imputación objetiva es claro que no cualquier déficit del agraviado es suficiente para trasladar la responsabilidad por éste al agente, por lo tanto, Kindhäuser, señala que la autoría mediata en la estafa implica que la autolesión del hombre de delante presupone que éste tenga un derecho a la verdad frente al hombre detrás. De este modo, la verdad que debe ser proporcionada por el autor no debe ser relevante a efectos penales si trata de comportamientos de terceros, por ejemplo en el supuesto de una compraventa el derecho a la verdad debe abarcar la descripción correcta del rendimiento hasta donde ésta contractualmente esencial y el asesoramiento correcto que corresponde por parte del vendedor. Asimismo, Jakobs, afirma que la estafa no es sino una tipificación de autoría mediata, con actuación no dolosa del instrumento en relación con la disposición patrimonial<sup>138</sup>.

El profesor Kindhäuser, expresa que por la teoría de la imputación objetiva, sólo aquél que hace suyo un asunto inherente a la esfera de

---

<sup>137</sup> JAKOBS, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, trad. Manuel Cancio Meliá, p. 32

<sup>138</sup> JAKOBS, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, trad. Manuel Cancio Meliá, p. 35.

libertad de otro y de esa forma asume responsabilidad ajena, debe responder por el desarrollo de dicho asunto. En cuanto al perjuicio patrimonial en un contexto de autoría mediata tipificada, el problema se centra en que muchas veces se equiparan los conceptos de perjuicio y disminución patrimonial, dado que, las disminuciones de propio patrimonio realizadas por su titular son voluntarias – en principio - y no constituyen perjuicios sino gastos provechosos para otro, por lo tanto, el perjuicio patrimonial viene a ser el menoscabo no querido por el titular de los bienes. Por ende, la disposición del hombre de delante debe presentarse como no perjudicial desde su perspectiva, siendo que para el hombre detrás un desplazamiento patrimonial injustificado del hombre de delante. En consecuencia, Kindhäuser afirma que para que el acto de disposición patrimonial del hombre de delante no se presente como perjudicial, el hombre detrás debe ser responsable como autor mediato<sup>139</sup>.

En mi opinión, me parece acertada la consideración de la estafa como autoría mediata tipificada, puesto que, es coherente con la estructura típica del delito en cuestión y permite introducir en ella los deberes de veracidad y la determinación de la competencia de cada interviniente de la relación económica (agente – víctima) por sus ámbitos de organización, permitiendo así, imputar al autor el déficit de conocimientos del agraviado por la infracción de los deberes de veracidad al no otorgar la información que le corresponde a la víctima en virtud del rol o la posición de la interacción económica.

---

<sup>139</sup> KINDHAÜSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*, p. 32.

## **CAPÍTULO IV**

### **UN SISTEMA DE DEBERES DE VERACIDAD: LA ACCESIBILIDAD NORMATIVA Y LA ACCESIBILIDAD FORMAL. (Posición Personal)**

#### **Introducción**

Ante las deficiencias que presentan las teorías naturalistas en torno a la determinación del engaño típico en el delito de estafa, se ha explicado la necesidad de la teoría de la imputación objetiva para dicho propósito. En éste contexto, se intentará dar un enfoque normativo a las conductas lesivas por el agente propias del delito de estafa a partir de la concepción de los deberes de veracidad que el sujeto activo tendría con la víctima. En primer lugar, estableceremos que rol cumple el derecho a la verdad en el ilícito de estafa y las discusiones dogmáticas respecto si éste era el bien jurídico protegido. En segundo lugar, se estudiará la importancia de la accesibilidad formal y normativa respecto a la información que la víctima tendría que recibir para realizar el acto de disposición. Finalmente, plantearemos cuáles son los modelos de las decisiones económicas a tener en cuenta en la estafa.

## **1. EL PLANTEAMIENTO DE UN SISTEMA DE DEBERES DE VERACIDAD.**

### **A. El engaño típico y lesión al derecho a la verdad.**

Al analizar la estructura típica de la estafa, se puede concluir que la acción engañosa es la más discutida en la dogmática penal por lo que a través del tiempo ha sido considerada como una lesión al derecho a la verdad. El origen de ésta concepción nace en la calificación de los denominados delitos vagos en el siglo XIX que contenía a los ilícitos consistentes en una inveracidad en perjuicio de un derecho de otro. El alemán Von Feuerbach<sup>140</sup>, clasificó a la estafa como falsedades en sentido estricto al producirse el engaño sin la necesidad de alterar una cosa, es decir la estafa para éste autor consistía en el engaño antijurídico intencionado de otro a través de la comunicación de hechos falsos o la ocultación de hechos verdaderos. La crítica a este concepto se basó en que a partir de éste era difícil diferencia a la estafa con otro tipo de defraudaciones.

A raíz de su indeterminación, los delitos vagos no fueron admitidos en los diversos ordenamientos jurídicos. El problema del derecho a la verdad como bien protegido ocasionaba una serie de problemas tales como la dificultad de diferenciación entre la estafa y las falsedades. En este sentido, los españoles Salvador Cordech y Silva Sánchez, afirman que no se puede exigir un deber de veracidad a los particulares, por éste motivo el derecho a la verdad en la estafa no debía analizarse como el injusto protegido sino que su protección debería ser de una forma instrumental, de tal manera que represente el acceso a la información a la que el agraviado necesita para realizar su acto de disposición, siendo esos deberes de veracidad los que se encuentran en el agente en una determinada interacción económica<sup>141</sup>.

Dicho derecho a la verdad no debe entenderse como un derecho subjetivo que es digno de protección, ya que se debe recordar que el mero hecho de engañar no constituye delito sino son objeto de protección

---

<sup>140</sup> VON FEUERBACH, Paul Johann. *Lehrbuch des allgemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, p. 648.

<sup>141</sup> CORDECH / SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, p. 42 y ss.

los engaños cualificados atendiendo así al principio de ultima ratio del Derecho Penal, por lo tanto el derecho a la verdad debe entenderse como criterio de imputación objetiva del comportamiento del autor. Coincidimos con Pastor Muñoz, cuando establece que el término “derecho a la verdad” hace referencia a que el tratamiento en la estafa no es el propio de la teoría causalista sino que es una cuestión de competencia. Es decir, el derecho a la verdad ayuda a determinar sobre que informaciones la víctima puede acceder y que otros tipos de informaciones deben ser proporcionadas por el autor.

Se debe resaltar que el mero hecho de mentir no es delito ni pesa en los particulares en general un deber de veracidad, sino que la construcción de los deberes de veracidad debe observarse desde cuando el sujeto activo con su respectiva esfera de organización ingresa a una posición determinada en una relación económica por lo que contrae derechos y ciertos deberes no sólo materiales sino también incorporales como es la información para con la víctima que ingresa a la interacción económica para ocupar un rol determinado para lo cual necesita de cierta información a la que puede acceder fácilmente pero también requiere de otro tipo de información la cual debe ser entregada por el autor (expectativa normativa), por lo que si el agente no cumple con estos deberes de veracidad lesiona el ámbito de organización del agraviado.

El término derecho a la verdad ha sido criticado por parte de la doctrina ya que puede conducir a mal entendidos. Es por éste motivo, que Jakobs considera que es mejor hablar del derecho a que no tenga lugar un engaño, puesto que según el profesor alemán no es posible decir que existe una asistencia mutua entre las personas que interactúan sino que no se lesione la organización de otro es decir lo principal son los deberes negativo que surgen de la posición que el agente asumen en la interacción económica por lo que se debe responder por las consecuencias de esa organización defectuosa<sup>142</sup>. En conclusión, el derecho a la verdad debe ser interpretado como un derecho a un comportamiento (que es adherente a una posición en una determinada relación en éste caso económico) y no como una contraprestación es decir un derecho a algo.

---

<sup>142</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 97.

## B. Definición de los deberes de veracidad.

Los deberes de veracidad es una construcción dogmática que radica que el fundamento de que cualquier actividad realizada en sociedad necesita cierto grado de confianza para poderse llevar a cabo. Se afirma que su eliminación conllevaría estorbos insoportables en el ámbito mercantil. Por eso, la "confianza" sería propia de la experiencia, de forma que todos los comportamientos deberían orientarse a partir de las expectativas que se destinan a quienes interactúan en nuestro entorno. Así, la función de la estafa consistiría en confirmar la confianza de la información entregada. Esto, siempre y cuando los sujetos se encuentren autorizados a fundarse en dichas informaciones conforme con criterios normativos de distribución de competencias construidos sobre el rol de cada uno en la interacción patrimonial específica.

La distribución de competencias se edifica tomando como punto de partida un modelo de decisión especificado ex ante a partir de las informaciones que se consideren importantes para que la víctima pueda tomar una opción, sin tomar en consideración sus características psíquicas. Este modelo será el que se encuentre vigente en el mercado, porque estiman que el delito de estafa protegería al patrimonio como un poder jurídicamente reconocido en la interacción mercantil. Así, el engaño se normativiza a través de la infracción de un deber de veracidad por parte del autor del engaño, que es correspondiente a un derecho a la verdad de la víctima, sosteniéndose la relevancia normativa del engaño en una competencia que se imputa objetivamente<sup>143</sup>.

Según Piña Rochefort<sup>144</sup>, la "confianza" que se forma entre el agente del delito y la víctima sería propia de la experiencia, de forma que todos los comportamientos deberían orientarse a partir de las expectativas que se destinan a quienes interactúan en nuestro entorno. Por esto se puede decirse que el papel que cumple el delito de estafa es de confirmar la confianza de la información entregada siempre y cuando los sujetos se

---

<sup>143</sup> Gustavo BALMACEDA HOYOS "Delito de estafa en la jurisprudencia chilena" en *Revista de Derecho Vol. XXIV - N° 1 - Julio 2011*, pp.59-85. Disponible en internet [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000100004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000100004&script=sci_arttext). Consultado : (18/02/15)

<sup>144</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, p. 54 y ss.

encuentren autorizados a tener esas informaciones que proporcionen a la víctima tomar una opción conforme con criterios normativos de distribución de competencias construidos sobre el rol de cada uno en la interacción patrimonial específica y sin tomar en cuenta las características psíquicas.

En palabras de Jakobs, quién conoce lo que no tiene por qué conocer no puede ser obligado a utilizar dichos conocimientos, es decir, que el planteamiento de un sistema de deberes de veracidad no cumple la función de suplir el déficit de conocimientos que existe entre los sujetos de la relación económica – la denominada *asimetría informativa* por el Derecho Mercantil – sino dichos deberes de sustentan en la necesidad de una estructura normativa del mercado por lo que se deduce que dichos deberes son inherentes a la posición económica que ostenta cada persona en la interacción económica. Kindhäuser, pionero en la propuesta de los deberes de veracidad en la dogmática penal, afirma que el engaño supone el lado de la víctima la existencia de una legítima expectativa de información veraz, siendo para éste autor que cuando alguien declara falsamente, queda obligado a corregir la información defectuosa<sup>145</sup>.

Pawlik, también acoge el concepto de deberes de veracidad, en cuanto la competencia del autor, basta con la existencia de una relación de promesa relevante para la estafa, esto es, de una situación en la que la conducta del autor se pueda interpretar como una autovinculación jurídica, es decir, una asunción de una garantía de verdad en el sentido de que el autor aclara que está dispuesto a responder por la corrección de su información, de modo que su contraparte comunicativa puede conectar a ella medidas de administración patrimonial. Esta exigencia no tendría, sin embargo, nada de extraordinario, ya que como principio rige que el autor tiene que garantizar el uso correcto de los signos semánticos y con ello el contenido significativo de los mismos<sup>146</sup>.

Siguiendo a la española Pastor Muñoz quién realizó un excelente estudio acerca del tema, manifiesta que en base de esos deberes que emanan de la posición que ocupa cada sujeto en la relación económica ( sin perjuicio del concepto de redefinición de deberes de veracidad que se

---

<sup>145</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK) (Baden-Baden, Nomos 2. Aufl.)*, p. 263.

<sup>146</sup> PAWLIK, Michael. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (Köln etc., Heymanns)*, p. 148- 164.

explicará en el siguiente acápite) y de la infracción de éstos puede hablarse de estafa<sup>147</sup>, ya que el mero hecho de que un sujeto se encuentre en el tráfico comercial no determina que tenga deberes para otros que no interaccionan con él ( los únicos deberes que se podría tener son deberes de solidaridad, más del ámbito moral que jurídico). En conclusión, basta que el autor ocupe una posición dentro de esa interacción con la víctima, para que se le pueda imputar los deberes inherentes a dicho rol así él no tenga en su posesión dicha información.

### C. Redefinición de los deberes de veracidad.

La diferencia transcendental entre el modelo de Pastor Muñoz y el de los autores alemanes citados que hemos detallado el parágrafo anterior, radica en que aquel asume como regla y punto de partida la responsabilidad preferente de la víctima, que solamente presenta excepciones cuando no se le puede exigir más, lo cual nos remite a la competencia de cada sujeto en su rol dentro de la relación económica y el criterio de accesibilidad normativa. La expresión más nítida de esto se encuentra en el tratamiento de la llamada autovinculación del autor como fuente de deber de veracidad. En cambio, para Pawlik es suficiente una relación de promesa relevante para la estafa, a través de signos semánticos y con ellos el contenido significativo de cada uno de ellos, es decir, lo importante para dicho autor alemán es la actuación en el mercado. De modo, que la pretensión de que otros conecten sus disposiciones patrimoniales a la información que uno entrega a través de los signos aceptados para ello. Pastor Muñoz entiende que se trata de algo excepcional, de una “redefinición de los deberes iniciales de veracidad” por la vía de una “asunción de mayores deberes de veracidad”<sup>148</sup>. Es decir, el agente puede asumir mediante comportamiento mayores deberes de veracidad que los inherentes a su rol en la interacción económica siendo necesario la determinación de ciertos criterios normativos que estudiaremos a continuación para saber cuándo nos encontramos ante una redefinición de deberes de veracidad.

---

<sup>147</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 224.

<sup>148</sup> Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO “*Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa*” en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 37 - N° 1 - 2010, pp.9-41. Disponible en internet <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v37n1/art02.pdf> . Consultado: (19/02/15).

**a) Asunción por la víctima de un mayor riesgo de error.**

El primer criterio de redefinición de deberes de veracidad que veremos hace referencia a la renuncia de información por parte de la víctima a la cual tenía derecho por su posición en la relación económica, liberando así al autor de sus deberes de veracidad. Sin embargo, dicha renuncia por parte del agraviado a la información que le corresponde debe ser inequívoca ya sea expresamente o por actos concluyentes. Por ejemplo, si A que es chofer va a una gasolinera dispuesto a comprar lubricante para un camión de la empresa en que trabaja y solicita que le vendan 4 galones de un aceite cuyo uso es para motocicletas y no para vehículos pesados. En principio, el vendedor debería informarle el uso que debe darse a ese producto.

No obstante, si A lleva los 4 galones de lubricante a la caja y se dispone a pagar sin atender a las explicaciones del vendedor, libera a éste de los deberes de veracidad que le son inherentes ya que asume mayor riesgo de error en su ámbito organizacional. Ésta situación se diferencia del caso en que la víctima incumple sus deberes de autoprotección, por ejemplo: en una compraventa, Y que es farmacéutico tiene el deber de asesoramiento, informa por escrito a X (el agraviado) las propiedades de cierto antibiótico y las contraindicaciones del mismo, si la víctima no lee la información y aun así compra el antibiótico en cuestión que no será apropiado para él ya que debe evitarse su uso en diabético como es su caso y tal como lo dice las contraindicaciones, el autor ha cumplido con sus deberes de veracidad y el error es imputable a la víctima por su incumplimiento de sus deberes de autoprotección. Por lo que en ésta situación en concreta no hay un acto de redefinición de deberes de veracidad pues éstos han existido y se han cumplido.

**b) Asunción por el autor de mayores deberes de veracidad.**

Éste supuesto puede producirse incluso por iniciativa de la víctima cuando solicita asesoramiento del autor con la aceptación de éste último que en principio no tenía dicho deber conforme a la posición que ocupa en la relación económica. No obstante, los casos más comunes propios de éste tipo de redefinición de deberes de

veracidad suceden cuando el autor asume mayores deberes al ofrecerle a la víctima mayor información ostentando la responsabilidad por la veracidad de dicha información. Se debe tener en cuenta que el autor no asume mayores deberes de veracidad con la mera intención de proporcionarle más información de lo que le correspondía ni con la acción de manifestarle esas informaciones ya que en opinión de Pastor Muñoz, sólo se produce una mayor asunción de deberes de veracidad cuando el agente lo expresa inequívocamente produciéndose una autovinculación con la víctima, siendo en principio el autor capaz de presentarse al agraviado con capacidad para brindar esa información adicional lo cual no es suficiente, a pesar de tener la formación, por lo que debe expresar dicha asunción de manera inequívoca en la interacción económica.

En un supuesto concreto no basta que el sujeto activo se presente como abogado ante la víctima sino que actúe como tal en la interacción económica aun cuando en realidad no esté capacitado para esa conducta. Por lo tanto, la asunción de mayores deberes de veracidad del autor debe presentarse calificarse objetivamente según el contexto de la comunicación, por ejemplo si el abogado brinda su opinión a la víctima sobre un tema litigioso que no es de su especialidad legal en la oficina de su estudio existirá una forma asunción sin necesidad de un pacto escrito para que de esta manera signifique una autovinculación. De tal manera, que cuando no exista una expresión inequívoca de asunción de deberes, la víctima considerará que las afirmaciones del agente constituirán conocimientos especiales en los que el no podrá confiar normativamente tal es el caso de si un sujeto C que es ingeniero civil comenta “que ha escuchado que su vecino B es un excelente abogado puesto que gana todos los casos que patrocina”, siendo que en la realidad no es así, no se le puede imputar a C una asunción de mayores deberes de veracidad con su afirmación ya que éstos no le correspondían y sólo eran un mero conocimiento especial.

**D. Bloqueo al acceso de informaciones por parte del autor hacia la víctima.**

Puede presentarse un tercer supuesto en el cual la víctima ve obstaculizada su acceso a la información que le corresponde por conductas del agente quién impide que el agraviado posea la información a la que debe acceder. En opinión de Pastor Muñoz, dicho comportamiento del autor no infringe sus deberes iniciales ni los propios de una asunción sino un deber de veracidad que nace de su intervención en la esfera de la víctima, intervención consistente en impedirle con su inveracidad, el acceso de informaciones que en principio incumbía al agraviado averiguar, dejando así de lado las informaciones que la víctima debía acceder en principio por su rol en la interacción económica<sup>149</sup>. En consecuencia, se puede deducir que es exigible a la víctima un esfuerzo relativo para conseguir informaciones que le están normativamente accesibles por lo que no se le impone un esfuerzo ilimitado para obtenerlas, de manera que cuando el agente obstaculiza la información que el agraviado debía averiguar por su cuenta el esfuerzo de la víctima ya no es razonable y necesario.

Es decir, cuando el agraviado que a pesar del esfuerzo razonable no puede acceder a la información se produce un aumento de deberes de veracidad por parte del agente que introduce información falsa que desorienta a la víctima siendo su infracción de sus deberes veracidad el hecho de no desmentir dicha información falsa ante de la disposición patrimonial. Se debe tener en cuenta que no toda introducción de información falsa por parte del autor es un acto de bloque puesto que existen casos en que es posible que el agraviado con un esfuerzo razonable pueda disipar dichos datos falsos. Ésta situación se puede ver con claridad en las operaciones bancarias cuando se exige que se verifique la identidad de la persona que retirará dinero, siendo competencia de la entidad del sistema financiero y bancario comprobar dicha información, siendo el supuesto que si el autor hace uso de un DNI falsificado y la víctima procede con la operación económica no puede decirse que el agraviado no realizó un esfuerzo razonable en saberlo, ya que el sí lo hizo pero se vio obstaculizado por la actuación de bloqueo de

---

<sup>149</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 236.

acceso de información por parte del agente, produciéndose una desorientación imputable al autor como infracción del deber de veracidad de neutralizar las consecuencias derivadas de la información falsa antes de la disposición patrimonial.

## **2. EL SISTEMA DE DEBERES DE VERACIDAD EN LA ACCESIBILIDAD NORMATIVA Y FORMAL.**

### **A. Los criterios de accesibilidad formal y accesibilidad normativa en las relaciones económicas.**

Tal como hemos resaltado a lo largo de éste capítulo, el autor y la víctima ocupan una determinada posición económica de la cual emanan una serie de deberes de veracidad para el agente que son propios del rol que tienen en la interacción económica. Ahora debemos preguntarnos qué criterio se debe tener en cuenta para determinar dichos deberes de veracidad. Pastor Muñoz, quién ha trabajado con profundidad éste tema, considera que para lograr éste propósito necesitamos recurrir a la accesibilidad normativa<sup>150</sup>. Creemos conveniente que antes de explicar lo que significa el concepto previamente mencionado, debemos explicar qué es la accesibilidad formal.

Podemos definir que existe accesibilidad formal en una relación económica cuando la víctima puede acceder a la información que le corresponde según su rol en la relación económica pero no tiene los conocimientos especiales necesarios para entender dicha información, de manera que, el acceso a la información es puramente formal y se podría decir que es un caso de inaccesibilidad normativa. Un supuesto de inaccesibilidad formal se puede ejemplificar de la manera siguiente:

*El comprador D visita una serie de páginas web de compraventa de objetos vía online con la finalidad de adquirir una laptop empresarial de última generación. Durante su búsqueda, encuentra la oferta del vendedor E sobre un producto con las características que deseaba por un precio razonable, realizando así la compra sólo en base del modelo del producto, el precio y una foto de la laptop en cuestión. En ésta situación se presenta un caso de inaccesibilidad formal ya que el comprador no puede examinar personalmente el objeto comprado.*

---

<sup>150</sup> PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 226.

Debe tenerse en cuenta que en la interacción económica es posible que la víctima acceda fácticamente a la información, es decir, que obtenga información adicional a la que corresponde en su posición económica por medio de conocimientos especiales de otra persona. Éste supuesto anterior no es un caso de inaccesibilidad normativa, ya que, ésta se caracteriza por el hecho de que el disponente no le corresponde acceder a dicha información si consideramos su posición en la relación económica. En cambio, en el primer supuesto explicado el agraviado obtiene información que no es necesaria para su disposición patrimonial produciéndose un exceso de autoprotección que no debe significar un beneficio para el agente. En consecuencia, se puede definir la accesibilidad normativa como el conocimiento por parte de la víctima de la información que necesita para su disposición patrimonial según su posición en la interacción económica, teniendo en cuenta los conocimientos especiales necesarios.

El hecho de que el comprador no haya entendido la información normativamente accesible (por ejemplo en el caso de una compraventa de bien inmueble al no solicitar el certificado de gravámenes disponible en registros públicos, en este caso, la accesibilidad normativa existe pero el agraviado ha decidido bajo su competencia no tenerla en cuenta) o su acceso a dicha información haya sido fáctico, ya que el hecho de que la víctima haya accedido a más información de la que le correspondía acceder según su posición económica no reduce el deber de veracidad que el autor tiene con la víctima de brindarle la información que determina su relación económica. De esta manera, la información normativamente accesible se puede definir como la propia de la posición del agraviado en la relación económica a la que éste debe acceder y entenderla.

## **B. ¿Cuál es la información relevante que debe tener en cuenta la víctima?**

Para efectos del acto de disposición patrimonial que la víctima realiza hemos estudiado la necesidad del criterio de accesibilidad normativa para determinar la información que se es imprescindible para dicha disposición. En éste acápite, se explicará ciertos tipos de información que son relevantes en cuanto a la víctima y su patrimonio. Es de consideración para el acto de disposición patrimonial, el agraviado debe tener el conocimiento de los bienes que ostenta y las facultades

jurídicas que proyecta sobre ellos ya que dichos conocimientos no forman parte de la información que el autor debe brindarle a la víctima.

Por lo tanto, no se puede decir que el autor ha infringido su deber de veracidad por no sacar del error a la víctima al conocer que hará su disposición patrimonial en base de datos no verdaderos sobre su situación jurídica y económica, ya que no son de incumbencia del autor por lo que no constituyen ni una infracción ni un engaño por omisión. Y si el agente proporciona a la víctima información falsa sobre los bienes y facultades jurídicas de éste último, es claro que no puede confiar en información que es otorgada por otro cuando la incumbencia y el conocimiento de ésta es propio de su persona y no del autor. Si se produce un acto de bloqueo de información por parte del autor, la situación cambia ya que, nace un deber de veracidad del autor de despejar la información falsa que él ha introducido. Sin embargo, cuando nos referimos a información sobre aspectos económicos y jurídicos del autor, la explicación es diferente. Ya se ha comentado que se espera que la víctima realice un esfuerzo razonable para averiguar cierta información que le es pertinente tal como es la comprobación de lo dicho por el vendedor (el autor) en los registros públicos respecto a un bien inmueble o un vehículo.

En consecuencia, se puede entender que los deberes de veracidad del agente están basados en la información normativamente inaccesible que le corresponde saber a la víctima según su posición en la relación económica, es decir, es competencia del agraviado acceder a la información normativamente accesible por medio de su esfuerzo razonable. Por lo que la víctima no puede confiar en las afirmaciones realizadas por el agente acerca de información que a la primera le corresponde averiguar. En cuanto, a la información sobre aspectos jurídicos del autor, se debe aclarar que parte de dicha información es inaccesible normativamente al agraviado que incluso pese a su esfuerzo razonable no le es posible entender, salvo los casos en que ésta información se encuentre en algún sistema, fuente o registro público, no se le puede exigir en forma desproporcionada que la víctima pueda acceder a esa información, teniendo en cuenta que el acceso a la información no es lo mismo en el caso de una entidad bancaria y una persona particular.

### **C. Los modelos de decisiones en las relaciones económicas.**

La información que el disponente necesita conforme su posición en la relación económica para realizar un acto de disposición libre va depender de un modelo de decisión que ayudara a determinar que informaciones ex – ante la víctima necesitará para ejercer su derecho de disposición patrimonial. Sin embargo, dicho modelo de decisión debe plantearse en un sentido objetivo dejando de lado las peculiaridades del agraviado. Considerando que existen diversos modelos de decisiones que pueden servir como punto de partida para averiguar que informaciones son relevantes, dado que, el delito de estafa generalmente se presenta en una relación económica, entendemos que el modelo de decisión a tener en cuenta es el vigente en el mercado. La española Pastor Muñoz, considera que el modelo vigente en el mercado es el adecuado ya que protege al patrimonio como poder jurídicamente reconocido y configurado por su titular para la interacción en el mercado.

El modelo de decisión racional, se basa en que la decisión de la víctima debe estar revestida de cierta racionalidad, es decir, en informaciones respecto al contenido de la relación económica tal como el precio descartando los aspectos subjetivos del autor. Luego, se ha tratado de delimitar un modelo de decisiones teniendo en cuenta el concepto de “hecho”, postura que se originó por el artículo 263 del StGB alemán que establece que el delito de estafa debe recaer en hechos, definición que no comparte el artículo 196 del código peruano. Éste modelo plantea una crítica la cual es que los hechos no pueden ser verdaderos ni falsos, siendo que lo verdadero o falso es la afirmación sobre ellos. Dicho esto, se ha establecido una discusión dogmática en torno a los hechos internos, respecto a cómo debe tratarse los hechos internos debemos decir que se deben tener en cuenta circunstancias objetivas, de modo de que, si el autor manifiesta solvencia o voluntad de cumplimiento para calificar como veraz la información respecto a dicha solvencia es posible conocer objetivamente la situación financiera del autor o el cumplimiento mediante actos concluyentes por lo que lo importante es si en la realidad presente se dan las condiciones objetivas para la veracidad de las informaciones que el autor manifiesta respecto a él y su entorno patrimonial, siendo que la información otorgada por el autor puede ser con respecto al presente o futuro.

#### **D. ¿Los factores emocionales influyen en las decisiones de disposición patrimonial?**

Se ha esclarecido que la víctima necesita realizar un esfuerzo razonable y no desmedido para acceder a cierta información que le corresponde según su posición económica, pese a esto, es necesario que el autor brinde otras informaciones que son inaccesibles normativamente para el agraviado para que realice un acto de disposición ya que, en el ámbito de organización patrimonial existe una necesidad de confiar en informaciones elaboradas por otros. De esta manera, no toda expectativa de veracidad latente en el tráfico comercial se encuentra revestida de una garantía normativa sino sólo la que ésta inserta en una estructura normativa. Por lo tanto, los deberes civiles pueden ayudar a delimitar dicha garantía normativa desde el ámbito penal siempre y cuando se relacione con el concepto de patrimonio que incorporamos en la estafa. En éste contexto, debe considerarse que las personas al realizar sus actos de disposición patrimonial tienen en cuenta ciertos factores o informaciones emocionales. Por lo que la pregunta radica en qué medida lo emocional influye en el ejercicio de disposición patrimonial no dejando de lado la teoría de la imputación objetiva.

En consecuencia, si las informaciones emocionales son irrelevantes penalmente con respecto a la estafa, el engaño que puede versar sobre ellas también lo son. En cambio, si los factores emocionales son relevantes penalmente en el modelo decisión económica vigente se puede derivar un deber de veracidad sobre el autor respecto a dichas informaciones. Por lo que, la incorporación de los factores emocionales a la relación económica debe ser objetivamente y no como un mero objeto de valor efectivos. En tal sentido, hay que diferenciar los factores emocionales que no forman parte del contenido económico de la interacción entre autor y víctima los cuales se pueden referir a las características personales o comportamientos de un sujeto que no tiene que ver en la relación económica.

*Para ejemplificar, si A va comprar una motocicleta y el vendedor B le dice que C (que es enemigo de A) ha comprado el mismo modelo de motocicleta, si se produce un engaño sobre dicha información no será relevante penalmente ya que, el comportamiento de C no es relevante a efectos del contenido económico de la interacción entre A y B. Otra sería la situación, si es que los factores emocionales integran la relación económica, puesto que, existen objetos que por su valor*

*afectivo tienen una determinación preponderante en el precio siendo éste aspecto incorporado a la interacción económica.*

*En el supuesto que X que es guitarrista de una banda de música, acude a una tienda musical para adquirir una nueva guitarra eléctrica y el vendedor Z le muestra una guitarra que perteneció a un famoso guitarrista de una banda internacionalmente conocida, por lo que, dicha información pasa a ser relevante para X, quién desea más que nada obtener esa guitarra. En consecuencia, el factor emocional del propietario anterior de ese instrumento musical para a ser un aspecto del objeto de la relación económica, puesto que ese aspecto para X se ha convertido esencial para adquirir dicha guitarra.*

#### **E. ¿Es posible la aplicación de los sistemas de veracidad en la legislación penal peruana?**

Como se ha visto en el capítulo III, se necesita una interpretación normativa de los elementos de la estructura típica de la estafa, de modo que, el análisis de dicho ilícito se debe enfocar desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva. En éste contexto, considero pertinente comparar la tipificación actual del delito en cuestión en nuestro código penal con la existente en los cuerpos normativos penales de España, Chile y Alemania. Países en los cuales se ha promovido a los largo del tiempo el destierro de la concepción naturalista, siendo así que se ha propuesto la introducción del sistema de deberes de veracidad por parte del autor en el marco de una interacción económica, cuya infracción le es imputable al agente por la posición que ocupa en la relación económica y por ser competente por su esfera de organización.

De esta manera, el código penal peruano al tipificar la estafa de forma genérica en el artículo 196 establece lo siguiente: *“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”*. A simple vista, teniendo en cuenta sólo la literalidad del texto se puede afirmar que el delito de estafa se configura cuando el agente haciendo uso de una conducta engañosa conlleva a error (o no evita su causación) a otra persona originando que ésta en virtud de dicha representación falsa de la realidad, realice un acto de disposición que le ocasione un perjuicio patrimonial. Lo anteriormente mencionado no es tan distinto al artículo 248 del código penal español que tipifica lo siguiente: *“Cometen estafa*

*los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.*

Siendo así, que la configuración del delito de estafa según el texto normativo español se lleva a cabo mediante un comportamiento engañoso igual que lo establecido en nuestro código penal, con la diferencia que en el primero se especifica que el engaño debe ser bastante, es decir, no cualquier engaño puede ser calificado como penalmente relevante a efectos del ilícito de estafa. En mi opinión, dicha diferencia es meramente literal dado que el engaño o ardid que es propio del código penal peruano se entiende que no debe ser una simple mentira, por lo que debe ser un engaño suficiente desde la teoría de la imputación objetiva para que de origen a la estafa.

En cuanto, a la tipificación de la estafa en el código penal alemán, el artículo 263 establece lo siguiente: *“Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”.* Al comparar el artículo 196 de nuestro código penal con el artículo 263 del texto alemán podemos notar similitudes tanto en la consideración que el provecho patrimonial para el autor signifique un perjuicio patrimonial para la víctima como el hecho de mantener al agraviado en error constituye delito de estafa, lo que demuestra que el engaño omisivo o la comisión por omisión es posible y aceptado por el sistema jurídico. Por último, con respecto a los artículos 467 y 468 del código penal chileno que tipifican lo siguiente: *“El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio (...) a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.* La descripción de los supuestos que originan la estafa es la diferencia que se encuentra entre el texto peruano y los artículos mencionado, ya que mucho de esos supuestos se encuentran tipificados en nuestra legislación en el artículo 196 – A como agravantes.

Sin embargo, en ambos cuerpos normativos se considera que debe mediar una conducta engañosa, que se entiende no será una simple maquinación o mentira. En éste contexto, lo postulado por el sistema de deberes de veracidad que son propios del reconocimiento de la competencia por organización que cada persona ostenta en sí mismo y en la relación económica que interactúan, es aceptable para su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano. Tal como hemos visto la legislación española, chilena, alemana y peruana tienen diferencias pero también aspectos en común en cuanto a la estructura típica de estafa no siendo problema la concepción del engaño ex – ante y de los deberes veracidad, por tanto, es plenamente aplicable el tratamiento normativo que planteamos en ésta investigación a efectos del artículo 196.



## **CAPÍTULO V**

### **LA ESTAFA SOBRE VÍCTIMA DÉBIL**

#### **Introducción**

Se ha expuesto la importancia de la función de los deberes de veracidad en la estructura típica de la estafa como una garantía normativa que permite la determinación ex – ante de las informaciones que la víctima puede acceder normativamente según la posición que ocupa en la relación económica y qué tipo de informaciones el autor tiene el deber de veracidad de brindarle a la víctima, información la cual puede ser inaccesible normativamente para el agraviado pero que le corresponde su conocimiento, emanándose así del rol que cumple el autor en la interacción económica, un deber de veracidad con el que busca no infringir la esfera organizativa patrimonial de la víctima.

En el contexto de la relación económica que hemos tratado se debe reconocer que no todos los operadores económicos que participan en una interacción de éste tipo son iguales ya que, puede haber personas que utilizan sus deberes de autoprotección para defenderse de comportamientos engañosos por lo que recurren a la verificación de las informaciones dadas por el autor; pueden haber otras que simplemente por su ignorancia o su credulidad son más despistados y no cercioran de la información que se les brinda. Además, existen otras víctimas que por su falta de capacidad o por presentar algún déficit cognitivo no pueden realizar un acto de disposición libre. En éste capítulo, estudiaremos que protección deben tener la denominada víctima débil, especialmente, la

víctima estructuralmente débil que carece de capacidad tales como niños e incapaces enfocando nuestra atención en el tratamiento normativo que ésta debe tener en aras de la introducción del numeral 1 del artículo 196 – A.

## **1. LA DEBILIDAD DE LA VÍCTIMA**

### **A. Concepto**

El término debilidad de la víctima hace referencia a la desorientación de ésta última para ejercer su derecho de disposición patrimonial libremente. En dicho contexto, se pueden diferenciar tres grupos de víctima. En el primer grupo, se dice que la víctima ha recibido por parte del autor (en el cual recae un deber de veracidad) información falsa o a dejado de recibir la información que le corresponde según su rol en la relación económica en la cual se encuentra inserta, dado que, se ha producido una infracción de los deberes de veracidad por parte del agente se dice que el agraviado es “debilitado”. En el segundo grupo, la debilidad de la víctima se caracteriza por el hecho que el sujeto pasivo de la relación económica ha omitido sus deberes de autoprotección dando cabida fácilmente a la conducta engañosa del autor. En el tercer grupo y el más importante para el objeto de la presente investigación, la debilidad se presenta por la estructura natural de la víctima (falta de capacidad intelectual o anomalías mentales, etc.), por lo tanto es un tipo de víctima la cual no tiene las condiciones fácticas para tomar una decisión libre respecto a su patrimonio y dada su falta de capacidad cognitiva le surge la imposibilidad de protegerse con los deberes de autoprotección.

A continuación, explicaremos los dos últimos grupos de víctimas mencionados y cuál debe ser su tratamiento desde la teoría de la imputación objetiva a efecto del delito de estafa, puesto que, en el primer supuesto que ya ha sido en gran parte explicado en el capítulo anterior, podemos decir que la denominación de víctima débil es meramente formal, ya que, en virtud del incumplimiento por parte del agente de sus deberes de veracidad con el agraviado otorgándole información falsa u omitiendo información que permitirá al sujeto pasivo tomar una decisión patrimonial libre. En consecuencia, la víctima débil en éste caso, realiza un acto de disposición de su entorno patrimonial en base de información que no se ajusta a la realidad brindada por el agente o por falta de dicha información que no ha sido otorgada de manera completa, el agraviado

dispone de su patrimonio ocasionándole un perjuicio dado que su expectativas se ven frustradas por el comportamiento del autor.

**B. El incumplimiento de los deberes de autoprotección por parte de la víctima.**

Como se sabe, uno de los principios más importantes del derecho penal es el de última ratio o subsidiaridad esto es, la limitada intervención del Estado con su poder de coerción penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, sólo se debe acudir, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho, de modo que, el Derecho Penal debe ser la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible, por razón de la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a todas las situaciones sino el Estado dejaría de ser de derecho, los ciudadanos vivirían bajo la amenaza penal, la inseguridad en vez de la seguridad y el estado en vez de ser un estado de derecho se convierte así, de esta manera en un estado policía.

En la estafa, no es diferente la situación, tal como el español Choclán Montalvo, afirma que la ley penal sólo debe proteger a quién se protege a sí mismo, por lo tanto, no hay engaño típico cuando el agraviado en función de su capacidad individual podía evitar el error si hubiera recurrido a sus deberes de autoprotección, ya que, hemos establecido que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y que la protección penal se limita a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio<sup>151</sup>. En éste contexto, la protección desplegada por la víctima en la organización de sus bienes y disposición de éstos, por lo que, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo resulte evitable con una mínima diligencia no puede hablarse de engaño típico a efectos del delito de estafa, por consiguiente, no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa, pues el engaño penalmente relevante no es aquel que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del

---

<sup>151</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*, pág. 133.

patrimonio perjudicado. Si las incumbencias de autoprotección no han sido normalmente activadas, entonces, en ese caso, el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Ahora bien, la determinación de cuando es jurídicamente 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. En consecuencia, los deberes de autoprotección son abarcados en el juicio de imputación del resultado donde se atiende a la víctima y a las circunstancias del entorno de la relación económica (recordando que la determinación del engaño típico es propia del juicio objetivo del comportamiento del autor que es previo a la imputación del resultado).

En virtud de los deberes de autoprotección, debemos analizar el segundo grupo de víctimas a las que se les denomina “débiles” (cuando realmente no lo son) caracterizándose por no prestar atención a dichos deberes que permitirán su autotutela y protección en el acto de disposición patrimonial. Éste es el caso de los sujetos que al ejercer su derecho de disposición basan dicha decisión patrimonial, bajo su propio riesgo, en factores emocionales que no se encuentran insertos en la relación económica o en elementos supersticiosos. Por lo tanto, se puede decir que la calificación como débiles a éste tipo de víctimas es incorrecto, ya que, el agraviado en dicho supuesto pese que ha optado por incumplir su incumbencias de autoprotección realiza su acto de disposición patrimonial de forma libre y responsable.

En cuanto a los factores emocionales que no influyen en la interacción económica autor – víctima, hemos establecido que los comportamientos de terceras personas no deben involucrarse como aspecto del objeto de la relación económica. Si es que una persona quiera donar a una institución de beneficencia porque se le ha dicho que un actor famoso que el admira también ha hecho una donación para dicha causa no es un factor determinante para la interacción económica por lo que si el engaño típico recae en ese aspecto emocional no podrá configurarse la estafa, puesto que, de la posición que ocupa el agraviado en la relación económica se espera que tome una decisión conforme al contenido de aquélla.

En consecuencia, no se puede decir que el autor ha incumplido sus deberes de veracidad por una información que no forma parte de la

interacción, dado que, como hemos afirmado anteriormente no existe un derecho a la verdad en sí mismo ya que no todo engaño es típico, siendo que los deberes de veracidad son considerados como tal ya que la víctima y el autor tienen una posición dentro de una relación económica estándar, por lo que dichos deberes son inherentes del rol que ostentan en la interacción que mantienen. Un ejemplo claro son las exageraciones comerciales que en sí no son parte del contenido económico. Por lo tanto, las decisiones que las víctimas tomen en virtud de las informaciones que sean ajenas a la relación económica no son objeto de protección por el ilícito de estafa. Respecto a las víctimas que realizan sus actos de disposición en base a creencias supersticiosas, se puede decir que las supersticiones no son relevantes a efectos de la interacción económica ya que carecen de racionalidad propia del mercado, siendo así, que si el autor realiza una conducta engañosa en base de supersticiones no puede decirse que ha infringido sus deberes de veracidad por una información que siendo inveraz no es conforme al menos normativamente al contexto económico, puesto que, lo importante es la confianza en la información que es brindada por el agente y no una decisión basada en una ilusión. Ya afirma, Pérez Manzano, que la ausencia de idoneidad objetiva es lo que permite excluir como conductas típicas de la estafa los casos de brujerías, curanderos, chamanes o lectura de manos por parte gitanas, entre otros, lo que crea una expectativa que por ser incierta y aleatoria no debe ser valorada<sup>152</sup>.

### **C. La debilidad de la víctima por su constitución. Concepto.**

Los niños, enfermos mentales e incapaces son considerados como víctimas estructuralmente débiles ya que, carecen de la capacidad necesaria para cumplir con lo propio de su rol en la relación económica. En éste caso se define la debilidad como la falta de capacidad intelectual y volitiva, de este modo dicha víctima se encuentra en una situación más vulnerable y expuesta a una posible inveracidad por parte del autor. Paredes Infanzón afirma que el sujeto pasivo de la relación debe tener una capacidad mínima, jurídicamente reconocida con el propósito de la disposición del patrimonio, por lo que, si se trata de un enfermo mental o un menor de edad, el engaño que subsiste para la entrega del bien no es

---

<sup>152</sup> PÉREZ MANZANO / BAJO FERNÁNDEZ / SUÁREZ GONZÁLES, *Manual de derecho penal: parte especial: delitos patrimoniales y económicos*, p. 444.

propio de la estructura típica de la estafa sino del hurto<sup>153</sup>, posición que explicaremos más adelante.

En tal, sentido, podemos afirmar que no toda víctima de una acción engañosa que conlleve un desmedro patrimonial, deberá ser considerada como víctima de un delito de estafa. En el caso de las víctimas estructuralmente débiles, no se les puede exigir que tomen decisiones en razón de las medidas de autoprotección que se emanan de su rol en la relación económica que intervienen. Es decir, aun así el autor cumpla con los deberes de veracidad que se le impone, la víctima estructuralmente débil no es efectivamente libre en su organización patrimonial, por lo que las inveracidades que en un inicio no serían consideradas penalmente relevantes lo serían ante éste tipo de víctima por el déficit que presentan. En consecuencia, el análisis dogmático de la víctima estructuralmente débil fue iniciado en el derecho comparado, principalmente por sistemas jurídicos alemanes y españoles, por lo que el reconocimiento de la existencia de éste grupo de agraviados es importante, pero dicha labor deber ser normativa, es decir, desde un enfoque de la teoría de la imputación objetiva lo que urge en la legislación penal peruana luego de la incorporación del artículo 196 – A que tipifica el delito de estafa en su forma agravada que contempla como sujeto pasivo del ilícito a los menores de edad, incapaces, personas de la tercera edad y mujeres embarazadas.

Se debe resaltar que el cuerpo legislativo penal peruano en comparación con otras legislaciones latinoamericanas es el único que parece brindar una cierta protección explícitamente a éste tipo de víctimas, puesto que, el código colombiano vigente tipifica en el artículo 246 el ilícito de estafa de una forma genérica, (similar al artículo 196 de nuestro código) siendo que :

*“el que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la*

---

<sup>153</sup> PAREDES INFANZÓN, Jelio. *Delitos contra el patrimonio*, p. 216- 217.

*misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado*<sup>154</sup>”.

De la misma manera, código penal argentino vigente establece en su artículo 172 de forma general:

*“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.”*

Asimismo, los artículos 173 y 174 de dicho cuerpo normativo contiene una larga lista taxativa de supuestos agravados de estafa, entre los cuales, el inciso 2 del artículo 174 reconoce de cierta forma la categoría de víctimas débiles:

*“El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo*<sup>155</sup>”.

En cuanto al código penal de Ecuador, en su artículo 560 tipifica la estafa de forma genérica:

*“El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de cincuenta a cien sucres.*<sup>156</sup>”

---

<sup>154</sup> Código Penal Colombiano. Ley N° 599. 2000. Artículo 246. Disponible en internet [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20130808\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf)  
Consultado: (27/02/15)

<sup>155</sup> Código Penal Argentino. Ley N° 11179. 1921. Libro segundo. Título VI. Artículos 172, 173, 174. Disponible en internet <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> Consultado: (27/02/15)

<sup>156</sup> Código Penal Ecuatoriano. Título X. Capítulo V. Artículo 560. Disponible en internet <http://www.cepal.org/oig/doc/ecuart5511codigopenal.pdf> Consultado: (27/02/15)

Finalmente, el código penal chileno respecto a la estafa, contempla a su vez en el artículo 468:

“Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”<sup>157</sup>.

## **2. LA VÍCTIMA DÉBIL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.**

### **A. Tipos de víctimas débiles.**

El 04 de Abril del 2013, un grupo de congresistas presentó un proyecto de ley que modificaba el artículo 196 del Código Penal peruano actualmente vigente, que en cuyo texto tipifica el delito de estafa. Dicha modificación legislativa, buscaba incorporar ciertos supuestos como agravantes del ilícito tales como la estafa a menores de edad, ancianos, e incapaces; cuando se presenta el concurso de dos o más víctimas; existe pluralidad de víctimas; se realice con ocasión de compraventa de inmueble y vehículos motorizados, entre otros.

Ésta iniciativa legislativa fue concretada el 19 de Agosto de 2013, mediante el artículo 1 de la Ley N° 30076<sup>158</sup> que incorpora al cuerpo normativo penal peruano el artículo 196 – A de la siguiente manera:

#### *Artículo 196-A. Estafa agravada*

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

- 1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
- 2. Se realice con la participación de dos o más personas.*
- 3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.*
- 4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.*

---

<sup>157</sup> Código Penal Chileno. 1984. Título IX. Capítulo VIII. Artículo 467. Disponible en internet <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984> Consultado: (27/02/15)

<sup>158</sup> Ley N° 30076. Artículo 3. Disponible en internet <http://www.pcm.gob.pe/seguridadciudadana/wp-content/uploads/2013/08/Ley-30076-Ley-de-combate-contra-la-inseguridad-ciudadana.pdf> Consultado: (27/02/15)

5. *Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.*

Como se puede observar, el numeral 1 incluye a las víctimas que se conocen en la doctrina extranjera como víctima estructuralmente débil tales como los menores de edad, incapaces, adulto mayores considerando también (erróneamente) a las mujeres en estado de gravidez. A continuación, expondremos nuestra crítica acerca de dicha clasificación realizada por el código penal.

## **B. Crítica**

Tal como hemos expuesto anteriormente, no todos los que interactúan en la relación económica ostentando derechos y deberes que emanan de la posición que ocupan en dicha interacción, son iguales. En consecuencia, en el juicio de imputación de resultado donde se analiza la víctima y las circunstancias del caso concreto se debe utilizar un baremo individualizador y no un generalizador como algunos doctrinarios sustentan dado que, dicha concepción ocasionaría problemas en cuanto a las víctimas estructuralmente débiles. En tal sentido, se critica a Peña Cabrera Freyre al sostener que lo ideal para la estructura típica de estafa es el baremo generalizador ya que en una comunidad jurídica y organizada los individuos han de conducirse en sociedad conforme a los roles que desempeñan por lo que el comportamiento de la víctima debe evaluarse desde la perspectiva del hombre medio<sup>159</sup>.

En el supuesto, de acoger el baremo generalizador se desprotegería los sujetos más débiles, pues a ellos se les exige menor evitación del daño en cuanto a los deberes de autoprotección con ellos se evitaría un exagerado formalismo, puesto que imponer, un baremo generalizados supondría desconocer que no todos los intervinientes en una interacción económica son iguales en términos de capacidad intelectual y volitiva. Conuerdo con Quintano, cuando manifiesta que pueden presentarse burdos engaños que no pasan de ser graciosos pasatiempos ante personas cultas, pero que en el caso de personas anormalmente socializadas, menores de edad e incapaces, la acción engañosa cobra relevancia<sup>160</sup>. En

---

<sup>159</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal: parte especial*, Vol. II, p. 330.

<sup>160</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho Penal*, p. 591.

éste contexto, se ha confundido en ciertos casos la idoneidad objetiva que debe revestir el engaño y la capacidad individual de la víctima, siendo que los dos pertenecen a niveles de imputación objetiva que analizan comportamientos distintos pero complementarios, el primer nivel tal como nos hemos referido tiene que ver al juicio del comportamiento del autor donde se determina el engaño típico utilizado por el autor y la creación de un riesgo no permitido; en el segundo nivel de juicio de imputación de resultado lo que se busca es atribuir la realización de ese riesgo no permitido al comportamiento del autor considerando asimismo a la víctima, sus peculiaridades y las circunstancias concretas del caso.

En consecuencia, atendiendo al inciso 1 del artículo 196 – A que tipifica la estafa “*en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor*”, debemos preguntarnos si es correcta la clasificación de víctimas estructuralmente débiles que realiza el texto legal cuestionado. En cuanto, a los menores de edad, el Código de Niños y Adolescentes en su artículo I del Título preliminar los define de la siguiente manera: “*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad*”. Es decir, se puede decir que se considera menor de edad a todo niño o adolescente desde su concepción hasta cumplir los 18 años que es la edad que en el Perú se establece como inicio de la mayoría de edad.

Por lo tanto, se puede afirmar que todo menor de edad desde la concepción es sujeto de derechos tal como lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Civil de Niños y Adolescentes y el artículo 1 del Código Civil:

**Artículo II.- Sujeto de derechos.-**

*El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.*

**Sujeto de Derecho**

*Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.*

*La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.*

El ser capaz de poseerse a sí mismo en virtud de su autonomía y naturaleza racional y por ende, capaz de tener como suyas ciertas cosas es el concepto de persona humana. Desde un punto de vista jurídico, se dice que toda persona humana es sujeto de derechos, sin embargo, debe tenerse en cuenta lo que afirma Zegarra Mulánovich, al decir que la ciencia jurídica reacomoda la noción de persona para sus fines, tanto extensiva (hay personas que no son seres humanos individualizados), como restrictivamente (hay seres humanos que no son personas sin que por eso dejen de ser sujetos de derechos)<sup>161</sup>. Asimismo, de éste concepto se desprende que todo niño es sujeto de derechos y como éste ostenta capacidad jurídica o capacidad de goce que significa que es titular de derechos y deberes. La capacidad jurídica se puede definir como tener la capacidad de ser un potencial sujeto de derecho y obligaciones. Sin embargo, ostentar capacidad jurídica no es lo mismo de tener capacidad de obrar es decir de poder ejercer los derechos según el título que se tiene y el caso concreto, por lo que se puede deducir que una cosa es tener la capacidad de ejercer los derechos propios que emanan de la persona humana y otra cosa es el poder ejercer dicha capacidad por sí mismo.

La capacidad de obrar o capacidad de ejercicio es necesaria para poder llevar a cabo en la práctica todo tipo de negocios jurídicos con eficacia válida, siendo que la capacidad jurídica la obtienen todas las personas por el mero hecho de nacer, mientras que la capacidad de obrar, se suele obtener con la mayoría de edad, por lo que, implica dos conceptos básicos, la persona ha de poseer el conocimiento necesario para obrar y la voluntad de hacerlo. En conclusión, se puede decir que los menores de edad son titulares de derechos y deberes por el mero hecho de su nacimiento pero no tienen capacidad para que el ejercicio de ciertos derechos y facultades tenga la eficacia que corresponde que es propia de la capacidad de obrar que se adquiere a los 18 años con la mayoría de edad.

***Plena capacidad de ejercicio***

***Artículo 42.- Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.***

---

<sup>161</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Descubrir el Derecho*, p. 52.

La capacidad jurídica que el menor de edad tiene por ser sujeto de derechos desde su concepción le permite la realización de ciertas facultades y el ejercicio de algunos derechos (por sí mismo) en los que no sea necesario ostentar la capacidad de obrar para que el acto sea eficaz. No obstante, dentro de los derechos o facultades en los cuales el menor de edad se encuentra limitado a realizar por falta de capacidad de obrar se encuentra el ejercicio del derecho de disposición patrimonial<sup>162</sup>. Los menores de edad, en principio necesitan de la guarda y representación de su padres para todos los actos que les afecten, por ser sujetos necesitados de una especial protección. De este modo, podemos decir que ambas potestades son el núcleo central de la patria potestad. En otras palabras: sobre la base de su protección, el menor no emancipado sigue estando sometido, hasta la mayoría de edad, a una potestad ajena: la patria potestad. Esto significa que, en principio, el menor es dependiente y se produce la actuación directa del titular de la potestad. Dicha dependencia se manifiesta en un doble ámbito:

- Personal: Los padres ostentan la representación legal de sus hijos menores (Arts. 418, 419, 423, 448 y 449 del Código Civil<sup>163</sup>), salvo

---

<sup>162</sup>Desde un punto de vista sociológico se advierte cómo a medida que un niño crece tiende dársele una mayor autonomía (autogobierno) que inevitablemente trasciende al ámbito jurídico.

Esta realidad de gradualidad del autogobierno y autonomía del menor, ha desembocado en el desplazamiento de la tradicional consideración del menor de edad como incapaz de obrar por sí misma para pasar a concebirlo como persona con capacidad de obrar limitada y evolutiva. La postura sociológica ha sido parcialmente aceptada en España, en nuestro país en razón de nuestro código civil y el código de niños y adolescentes se mantienen ciertas restricciones en cuanto a la facultad de disposición patrimonial por parte de los menores de edad.

<sup>163</sup> Artículo 418.- Noción de Patria Potestad

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

Artículo 419.- Ejercicio conjunto de la patria potestad

La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

Artículo 423.- Deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad. Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.

(...)

**6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.**

**7.- Administrar los bienes de sus hijos.**

8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

las excepciones en que exista un régimen especial en los que se excluye tal representación.

- Patrimonial: Si bien la titularidad de los bienes que pertenecen al menor es de éste, la administración les corresponde a sus padres, salvo las excepciones que señala la ley.

Éste último ámbito es el que nos interesa en la presente investigación, siendo que los menores de edad pese a la autonomía que desde una perspectiva sociológica puedan gozar, en el plano jurídico se mantiene la restricción de la libertad de disponer de su patrimonio por su propia cuenta considerándose responsables de la administración del patrimonio, ejemplo de esto es el artículo 448 del Código Civil Peruano que establece que actos de disposición los padres pueden realizar con los bienes de su hijo en virtud de la administración que ejercen sobre éstos<sup>164</sup>. Del mismo modo, encontramos disposiciones como los artículos 455 y 456 del cuerpo normativo civil que otorgan cierto grado de libertad y autonomía a los menores de edad para aceptar liberalidades y contraer obligaciones a partir de los 16 años. Asimismo, el artículo 13 del Código de niños y adolescentes que reconoce la facultad del menor de edad de participar o iniciar una asociación sin fines de lucro con la limitación de no realizar actos de facultad de disposición.

*Artículo 13 (Código de Niños y Adolescentes)*

*A asociarse.- El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de asociarse con fines lícitos y a reunirse pacíficamente. Sólo los adolescentes podrán constituir personas jurídicas de carácter asociativo sin fines de lucro. Los niños podrán adherirse a dichas*

---

<sup>164</sup> **Autorización judicial para celebrar actos en nombre del menor**

**Artículo 448.-** Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos:

- 1.- Arrendar sus bienes por más de tres años.
- 2.- Hacer partición extrajudicial.
- 3.- Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.
- 4.- Renunciar herencias, legados o donaciones.
- 5.- Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida.
- 6.- Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.
- 7.- Dar o tomar dinero en préstamo.
- 8.- Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración.
- 9.- Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas.
- 10.- Convenir en la demanda.

*asociaciones. La capacidad civil especial de los adolescentes que integran estas personas jurídicas sólo les permite la realización de actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas, siempre que no importen disposición patrimonial. Estas asociaciones son reconocidas por los Gobiernos Locales y pueden inscribirse en los Registros Públicos por el solo mérito de la Resolución Municipal de reconocimiento.*

***Derecho del menor para aceptar bienes a título gratuito***

**Artículo 455.-** *El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres. También puede ejercer derechos estrictamente personales.*

***Autorización al menor para contraer obligaciones***

**Artículo 456.-** *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen<sup>165</sup>.*

*Cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero.*

Dentro de la interacción económica en la cual se puede presentar el ilícito de estafa es posible que la posición de la víctima éste constituida por un menor de edad, lo cual conlleva una serie de cuestiones referentes a la posibilidad del acto de disposición patrimonial que es parte de la estructura típica de estafa. Por lo tanto la pregunta que se presenta es que si se puede configurar el delito de estafa en el supuesto que el engaño vaya dirigido a un menor que no tiene facultad de disposición. Dicha problemática será respondida en el acápite siguiente.

No obstante, previamente a analizar las soluciones que la doctrina brinda acerca del tratamiento de las víctimas estructuralmente débiles en la estafa, debemos explicar algunos conceptos referidos a la incapacidad jurídica que se puede definir como la carencia de la aptitud para la

---

<sup>165</sup> **Contratos que pueden celebrar incapaces**

**Artículo 1358.-** Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria

realización del ejercicio de derechos o para adquirirlos por sí mismo. El ordenamiento jurídico peruano ha reconocido distintos tipos de incapacidades tales como:

a) Incapacidad de hecho

La ley priva a las personas físicas de la facultad de obrar por sí misma, declarándolos incapaces, fundamentándose en la falta o insuficiencia de su desarrollo mental (caso de las personas por nacer, los menores impúberes y los dementes) o la imposibilidad de poder manifestar su voluntad (caso de los sordomudos que no pueden darse a entender por ningún método), considerando que el elemento volitivo (voluntad) es básico en la formación de todo acto jurídico. En resumen, la incapacidad de hecho impide a determinadas personas ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones. Es decir, es la falta de aptitud o idoneidad que tiene una persona para ejercer por sí mismo los derechos y las obligaciones de las cual es titular siendo por falta de discernimiento (ya sea por insuficiencia de edad, insania o sordomudez). Se suple por representación: puede designarse a un tercero (tutor o curador, dependiendo del grado de incapacidad que tenga) para que realice actos en nombre y por cuenta del incapaz.

b) Incapacidad de derecho

Es aquella que impide ser titular de determinados derechos. Es siempre relativa, y está establecida expresamente por la ley. Por ejemplo, los cónyuges no pueden vender, permutar, comprar, alquilar entre sí; los padres no pueden contratar con sus hijos menores de edad que se encuentren bajo su patria potestad; el curador respecto de adquirir los bienes de su pupilo.

c) Incapacidad absoluta

El numeral 2 del artículo 219 del código civil establece que un negocio es nulo: "*Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz*". Cabe pensar en dos razones por las cuales el codificador ha optado por sancionar con nulidad absoluta el negocio en el cual intervienen un incapaz de las consecuencias de aquellos actos en los cuales hubiese intervenido. Se lograría así el verdadero propósito de la nulidad, su razón de ser; esto es, sancionar el negocio por los efectos que pueda producir, no tanto por vicios en su formación.

Por otra parte, para algunos es evidente que un incapaz absoluto no puede obligarse y responsabilizarse de algo por lo cual no siempre tiene conciencia plena, pero la falta de consentimiento no es sinónimo de incapacidad para consentir. De esta manera, el consentimiento como hecho objetivo externo y como razonamiento mental, existe -y a veces es válido- en el caso de los menores de dieciséis años. Lo que sucede es que el Derecho niega a este consentimiento la posibilidad de generar ciertos efectos válidos.

Ahora bien, ¿quiénes son los que, en razón de su incapacidad absoluta, están imposibilitados para manifestar una voluntad susceptible de dar origen a un negocio jurídico válido? El artículo 43 del Código Civil enumera taxativamente quiénes son absolutamente incapaces: los menores de dieciséis años, los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, y los sordomudos, los ciegosordos, y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Los casos de incapacidad absoluta contenidos en los tres incisos del artículo cuadragésimo tercero tienen como fundamento la edad o la salud de las personas.

En el primero de ellos de aloja la causal de la edad, mientras que los dos restantes se refieren a la salud. La edad y la salud son las únicas razones atendibles para privar a la persona de la capacidad de ejercer, por sí misma, los derechos que le atribuye el ordenamiento jurídico en tanto sujeto de derecho. En efecto, el propio inciso al mismo tiempo que prescribe la incapacidad absoluta de ejercicio en razón de la edad de la persona, establece que el menor podrá ejercer, pro sí mismo, aquellos actos determinados por la ley. A esta excepción hay que agregar la referida en el artículo 1358, que permite a los incapaces no privados de discernimiento celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. No es excepcional que un menor de edad escolar adquiera útiles de escritorio o golosinas o se movilice a su centro de estudios utilizando un medio de transporte público. Es obvio que en ambos ejemplos el menor celebra aquellos contratos a que, alude el artículo 1358 antes glosado.

En el inciso segundo se precisa que para declarar la incapacidad absoluta de ejercicio se requiere falta de discernimiento. Esta nota es relevante para el efecto de distinguirla de la incapacidad relativa,

que es aquella en la que se encuentran los que sólo adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. El caso del inciso segundo supone permanencia del estado que priva a un sujeto de discernimiento, aun cuando la dolencia sea susceptible de ulterior curación.

Es conveniente destacar que el mencionado inciso segundo, a diferencia de los que acontecía con el Código Civil de 1936, no considera que la falta de discernimiento pueda deberse sólo a enfermedad mental sino que, por el contrario, establece que dicho estado puede ser ocasionado por cualquier causa. Se considera acertado que el Código se limite a describir el estado que origina la incapacidad de la persona al estar privada de discernimiento y evite referirse a sus causas así como a calificar tal situación como una de enfermedad mental, insania o alienación. El inciso tercero se refiere no sólo a la incapacidad de los sordomudos, como lo hacía el Código abrogado, sino que introduce también los casos de los ciegosordos y los ciegomudos, siempre que en cualquiera de estas situaciones la persona no pueda expresar su voluntad de manera indubitable.

En las situaciones a que se refiere el inciso tercero no es suficiente que el juez verifique el estado de la persona para el efecto de la declaración judicial de interdicto, sino es necesario precisar en que medida tal estado incide en su vida de relación. Nota determinante para la declaración de manera indubitable.

d) Incapacidad relativa

El artículo 44 del Código Civil puntualiza que son relativamente incapaces las personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad; los retardados mentales o los que padecen deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los pródigos; los que incurren en mala gestión en sus actividades económicas, los ebrios habituales, los toxicómanos y aquellos que sufra la pena de interdicción civil. Son aquellos que señalaba el Código Civil de 1936 en sus artículos 10 y 555. Las consecuencias de la incapacidad absoluta y de la relativa son diversas.

Según lo dispone el inciso segundo del art. 219 del Código, los actos jurídicos realizados por un incapaz absoluto son nulos. Dicha

nulidad no es subsanable por la confirmación. En cambio, el acto es anulable si es ejercido por un incapaz relativo. Así lo prescribe el inciso primero del artículo 221 del Código. El inciso segundo del artículo 219 excluye de la nulidad a los contratos practicados por los incapaces no privados de discernimiento siempre que, como lo dispone el artículo 1358, se relacionen con las necesidades ordinarias de su vida diaria. De acuerdo a lo indicado en el inciso primero del artículo 44, son relativamente incapaces los mayores de dieciséis y menores dieciocho años de edad. Por su parte, el artículo 456 establece que, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 1358, el menor que tenga más dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen, expresa o tácitamente el acto, o lo ratifiquen. Si dicho acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que hubiese convertido en su provecho.

Es pertinente mencionar que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 457, los padres, si es posible, consultarán al menor que tenga más de dieciséis años los actos importantes de la administración. El numeral deja establecido que el asentimiento del menor no libera a los padres de responsabilidad.

En concordancia con lo que hemos anotado al comentar el caso descrito por el inciso segundo del art. 43 y de conformidad con lo prescrito por el artículo 571 del Código, la declaración de interdicción de los retardados mentales requiere que el juez compruebe que el incapaz no se encuentra en aptitud de dirigir sus negocios, que necesita cuidados y asistencia permanentes o que signifique una amenaza para la seguridad ajena. De verificarse que dichos criterios son aplicables al caso, el juez someterá al incapaz a curatela. El inciso tercero, bajo la genérica expresión de "deterioro mental" cubre, sin excepción, todas las circunstancias en que la persona presenta anomalías psíquicas que, en alguna medida, limitan el pleno ejercicio de sus actividades normales al impedirle expresar su libre voluntad.

Es importante anotar que la incapacidad debe declararse si es que el grado de deterioro mental afecta, o de alguna manera entraba o condiciona la libre expresión de voluntad de la persona. Es de suponer que, en esta situación, el juez ha de comprobar que la persona no es apta para manejar sus negocios y que, por tanto, necesita de un curador. El

grado de deterioro puede también determinar el que requiere de cuidado y socorro permanentes o que sea conveniente proteger a la colectividad si el incapaz demostrara peligrosidad social. Debe advertirse que, a diferencia del caso de incapacidad absoluta de ejercicio a que se contrae el inciso segundo del artículo 43 la persona que sufre de "deterioro mental" no está privada totalmente de discernimiento. Las consecuencias jurídicas de ambas situaciones son diferentes, ya que la incapacidad absoluta del privado de discernimiento origina la nulidad de los actos que practique, mientras que la incapacidad relativa es sólo causal de anulabilidad.

Dentro de la situación de incapacidad prevista en el inciso bajo comentario debe considerarse aquellas personas que, por haber llegado a edad avanzada, presentan una gradual e irreversible pérdida de su capacidad intelectual global que los priva de un discernimiento cabal. Es el caso comúnmente conocido como la "debilidad senil", una situación adquirida y privativa de la tercera edad. El inciso cuarto del art. 43, considera a la prodigalidad como causal de incapacidad relativa de ejercicio. Entiéndase como pródigo al dilapidador habitual, al que disipa sus bienes, al gastador desordenado o manirroto. O, como bien lo indica el diccionario de la Real Academia Española, al que "desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles y vanos, sin medida, orden ni razón.

En lo concerniente al sexto inciso, es decir a la de ebriedad habitual, es dable señalar que en opinión de los especialistas consultados, esta situación produce con mucha frecuencia "psicosis paranoide de celos, delirium tremens, alucinosis alcohólica, psicosis de Korsakoff, etc, cuadros clínicos, todos ellos con pérdida de discernimiento". Para la declaración de interdicción se requiere, como el propio inciso lo indica, que la ebriedad sea habitual que nos muestre a una persona adicta a las bebidas alcohólicas. La ebriedad habitual conduce a la degradación de la persona y significa, a menudo, un proceso de autodestrucción. El derecho debe tutelar el valor que representa la persona, por lo cual el fundamento esencial para la declaración de interdicción es la protección, al asistencia y el socorro permanentes que exige el ebrio habitual. La curatela que se instituye en esta situación debe tender a la rehabilitación del ser humano. El séptimo inciso del art. 44, considera a los toxicómanos como incapaces relativos. Cabe advertir que el término "toxicómano" empleado en dicho inciso se entiende según los expertos médicos consultados,

como sinónimo de "drogadicto" y se aplica a la persona que ha desarrollado fármaco dependencia severa, es decir aquella que necesita consumir alguna droga para aplacar la apetencia imperiosa de la misma. Ésta fármaco dependencia puede llevar al "toxicómano" a cometer delitos para obtener la droga. El drogadicto presenta síndromes de abstinencia, psicológica o fisiológica, cuando deja de consumir la droga y sufre daño en la salud, variable de acuerdo a la droga de consumo. Es de advertir que, tanto en el caso del ebrio habitual como del toxicómano, no se protege estrictamente el interés de los herederos forzosos y del cónyuge sino que se utiliza para designar el objeto a tutelar, la expresión familia, se debe entender por término familia en una más lata acepción, incluyendo, incluyendo dentro de ella a todos aquellos miembros del grupo familiar que dependen económicamente del incapaz. El último caso de incapacidad relativa de ejercicio es la que padece la persona por sufrir pena que lleva anexa la interdicción civil. Así lo señala el inciso octavo del art. 44. Esta incapacidad no se origina ni en la edad ni en la salud de la persona sino que encuentra fundamento en la situación de hecho en que se halla y que le impide, de facto, ejercer sus derechos por sí misma.

Ha sido necesario revisar cómo se entiende en nuestro sistema ordenamiento jurídico la incapacidad jurídica en general enfocándonos especialmente en la incapacidad absoluta y la relativa. Luego de éste análisis debemos volver a lo establecido por el inciso 1 del artículo 196 – A que es objeto de investigación de éste trabajo que consideraría como víctima estructuralmente débil las personas con discapacidad. Se debe comenzar afirmando que el término utilizado por el mencionado texto legislativo es genérico ya que no especifica si dicha discapacidad es física o mental. Partiendo de lo expuesto tenemos que subrayar que básicamente cuando hablamos de discapacidad de tipo físico nos estamos refiriendo a la ausencia o a la disminución de capacidades motoras que tiene una persona lo que supone que le sea muy complicado llevar a cabo distintas actividades de la vida rutinaria. También existe lo que se conoce como discapacidad psíquica. Está en concreto, es la que surge en un ser humano como consecuencia de que el mismo se encuentra sufriendo cuadros de esquizofrenia, trastorno bipolar o síndrome de Asperger, entre otros. Todo ello trae consigo que aquel tenga dificultades a la hora de integrarse y de comportarse en el ámbito social. Y finalmente tenemos la discapacidad mental.

Con esta denominación se hace referencia a que alguien cuenta con un desarrollo y funcionamiento mental que es inferior a la media. Por todo ello, podríamos establecer que entre las personas que poseen este tipo de discapacidad se encontrarían las que tienen síndrome de Down así como todas aquellas que por problemas en el parto, por accidentes de tráfico o por lesiones prenatales hayan visto disminuida dicha capacidad intelectual. En tal sentido, se podría decir que cuando el 196 – A se refiere a personas con discapacidad podemos hacer alusión a sujetos con discapacidad mental, física y psíquica que son considerados en la mayoría de supuestos de incapacidad absoluta y relativa contemplados en el código civil siendo así que serían personas que no pueden ejercer la plenitud de sus derechos y deberes por sí mismos careciendo así de capacidad de obrar. Asimismo, el artículo 20 del Código Penal referido a la inimputabilidad contempla casos de discapacidad en su inciso 1 tal como se observa en su texto normativo:

**Artículo 20.-** Está exento de responsabilidad penal:

*El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;(...)*

En consecuencia, la anomalía psíquica estaría catalogada como discapacidad psíquica y mental, igualmente la grave alteración de la realidad y percepción responde a ese tipo de incapacidad en la cual se podría enmarcar los casos de ebrios habituales y toxicómanos con la evaluación correspondiente de cada caso concreto. No obstante, debemos puntualizar que en el caso concreto de las personas con discapacidad física, éstas en principio, no se deben considerar como víctimas estructuralmente débil, salvo que la discapacidad física que presenten afecte su capacidad cognitiva y volitiva que fundamente el no poder disponer de su patrimonio y crear una nueva situación jurídica.

Por otra parte, al referirnos a los mayores de 65 años como posibles víctimas estructuralmente débiles hay que tener en cuenta que la doctrina comparada no los considera como tales por lo que debemos analizar si es correcto su incorporación en el inciso 1 del artículo 196 – A. Sobre el asunto, se debe explicar que a lo largo del tiempo sociológicamente se ha intentado procurar un cuidado con éste grupo de personas y su salud

mental dado que el envejecer es comúnmente entendido fisiológicamente con un progresivo decline en las funciones orgánicas y psicológicas como una pérdida de sus capacidades sensoriales y cognitivas. Evidentemente, las personas de la tercera edad requieren de una atención médica frecuente puesto que son más vulnerables a las enfermedades. No obstante, hay que reconocer que dicha etapa no ocurre de la misma manera para todos ya que las pérdidas cognitivas y mentales se pueden presentar de distinta forma en las personas, por lo tanto, existen ancianos que viven una larga vida sana hasta prácticamente su muerte. Las reflexiones anteriores nos derivan a concluir que la protección como víctima estructuralmente débil a éste grupo de personas es demasiado genérica en el sentido de que pueden haber personas mayores de 65 años con sus capacidades cognitivas estables y una sana salud mental que les permite plenamente realizar actos de disposición patrimonial, siendo responsables por sus decisiones económicas y las consecuencias que éstas conllevan. Asimismo su estable capacidad e intelectual les posibilita a este tipo de víctima el poder desplegar las incumbencias o mecanismos de autoprotección.

En nuestra opinión, deben considerarse a los mayores de 65 años como víctimas estructuralmente débiles en el caso que presenten una anomalía mental, grave alteración de conciencia o alteraciones en su percepción de la realidad que impidan a la persona ejercer su libertad de disposición y ser responsable por las decisiones económicas que realiza. Sin embargo, si la víctima es un adulto mayor que mantiene sus capacidades cognitivas dentro de la interacción económica que se encuentra debe ser tratado como una víctima normal coherente con sus medidas de autoprotección y competente por su esfera de organización en la administración de sus bienes. Volviendo la mirada hacia el numeral 1 del artículo 196 - A, ahora debemos determinar si las mujeres en estado de gravidez pueden denominarse como víctimas estructuralmente débiles a efectos de la estafa. Con respecto a esto debe considerarse que el embarazo es un estado natural de la mujer con cambios emocionales y físicos, éstos últimos son muy evidentes, pero los psicológicos adquieren mucha importancia porque pueden afectar a ciertas situaciones familiares, sociales y laborales.

Afortunadamente, dichos cambios emocionales en el embarazo están considerados normales y, lo mejor de todo, es que son temporales. A pesar de esto, el estado de gravidez no es sinónimo de enfermedad ni

significa que la mujer presenta anomalías mentales o déficit intelectual, solamente se pone en manifiesto el aspecto emocional y la sensibilidad que ésta puede presentar con motivo del embarazo. Por lo tanto, dentro de la relación económica donde la mujer en estado de gravidez debe tener un tratamiento normativo como una víctima con todas sus capacidades cognitivas y psicológicas estables, salvo que se compruebe que la mujer embarazada presente alguna incapacidad o falta de discernimiento siendo posible considerarla como víctima débil. Atendiendo a éstas consideraciones, podemos concluir que el inciso 1 del artículo 196 – A debe analizarse con detenimiento en cuanto a la consideración de los tipos de víctimas estructuralmente débiles ya que al determinar dicho aspecto luego podrá hablarse del tratamiento normativo que deben recibir respecto del ilícito de estafa. Asimismo, se puede afirmar que nos parece correcta la inclusión de los menores de edad e incapaces como víctimas estructuralmente débiles y el agravamiento del delito cuando la acción engañosa se dirija a éstas víctimas.

Como se señaló, la debilidad respecto a los adultos mayores de 65 años debería analizarse según el caso concreto, debiendo ser en principio su tratamiento como una víctima normal con todas sus capacidades plenas salvo que se presente algún déficit en sus capacidades volitivas e intelectuales. En el caso de las mujeres en estado de gravidez, se debe realizar el mismo análisis planteado anteriormente ya que la presencia de sensibilidad emocional no es suficiente para calificarla como víctima estructuralmente débiles.

### **C. Soluciones Normativas.**

#### **a) La irrelevancia normativa de la debilidad del a víctima.**

La primera solución normativa que se brinda como respuesta ante el tratamiento normativo de las víctimas estructuralmente débiles se encuentra en la negación de la relevancia que pueda tener la debilidad en la interacción económica. Como resultado de dicha postura, se nos presentan dos posibilidades de solución. En primer lugar, la víctima debería renunciar a entablar alguna relación económica y la segunda solución radica la intervención del agraviado débil en cualquier interacción económica pero sin contar con una garantía normativa, es decir, no se produciría un aumento de deberes de veracidad por parte del

agente actuando éste como si se encontrara ante una víctima normal. Dentro de ese marco, se estaría dejando la libertad de decisión de la víctima y su participación en el ámbito social sólo porque no puede cumplir con las incumbencias propias de la relación económica. Dicha solución no protegería a las víctimas débiles puesto que aquellos comportamientos engañosos que ante las víctimas normales serán burdas y no constituirían un engaño típico si serían acciones engañosas de relevancia normativa para una víctima débil pero al ser tratada con equivalencia a una víctima normal se dejarían fuera de la protección del tipo penal por ser engaños no “suficientes”. En ese contexto, lo que puede existir es un deber de solidaridad por parte del autor pero no un aumento de los deberes de veracidad, siendo la diferencia que el primer tipo de deberes los ostenta el autor frente a cualquier persona siendo que está se encuentre inserta en una relación económica o no.

En cambio, en cuanto a los deberes de veracidad sólo éstos se presentan si es que la víctima tiene una posición dentro de una interacción económica ya que eso fundamenta los deberes al acceso de información que le corresponde conforme a su esfera de organización. Pastor Muñoz, afirma que el anonimato existente en el mercado económico puede favorecer a dicha teoría dado que los sujetos que interaccionan económicamente son considerados portados de roles sin tener en cuenta las peculiaridades de la víctima por lo cual sería irrelevante la debilidad en cuestión<sup>166</sup>. Podemos criticar lo anteriormente planteado al recordar el concepto personal de patrimonio que garantiza verdadera libertad para su titular en cuanto significa desarrollo para él. Por lo que si se considera a la víctima débil como normal, las dos pueden conllevar un ámbito patrimonial pero la víctima débil carece de poder real para organizar su patrimonio conforme a sus fines. En conclusión, la primera solución es no es de utilidad normativa de acuerdo a la teoría de imputación objetiva dado que lo único que puede ocasionar es la desprotección de la víctima.

#### **b) La diferenciación según la víctima.**

Dicha solución fue planteada por Pawlik, en la cual clasificaba dos grupos de víctimas débiles. El primer grupo, hacía referencia a los

---

<sup>166</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 251.

menores de edad y enfermos mentales por lo cual se debería tener en consideración el criterio de la asunción, es decir, la víctima al carecer de poder real en su ámbito de organización patrimonial no se le puede imputar ninguna decisión de disposición por lo que el autor debe compensar dicho déficit estructural si es que desea que el sujeto pasivo de la relación económica realice un acto de disposición de lo contrario debe renunciar a entablar una interacción económica con la víctima débil. Pawlik, opina que en cuanto al segundo grupo de víctimas el criterio de asunción no es de utilidad normativa, por lo que en su opinión los deberes de veracidad no bastan para compensar la deficiencia que la víctima anormalmente socializada presenta siendo que la tarea de socialización compete al Estado.

No obstante, en razón del principio de confianza esas labores de socialización pueden ser delegadas a otras personas como deber institucional. En conclusión, para dicho autor alemán fundamentándose en ese deber institucional y en la delegación que puede realizar el estado al agente que participa en una relación económica con la víctima éste se convertiría en una especie de funcionario. Se debe tener en cuenta que el mero hecho de interactuar con la víctima no explica que el autor tenga que asumir la labor de compensar el déficit de conocimientos de la víctima, puede presentarse con la mera constatación de la debilidad un aumento de deberes de veracidad (si es que el autor actúa conforme a su rol) pero no la figura jurídica de la asunción. Respecto al segundo grupo de víctimas, se critica que ese deber institucional que postular en referencia a las víctimas anormalmente socializada se encuentre en el mismo nivel de un deber de solidaridad en el caso de peligro a la integridad física y la vida, al que él lo equipara puesto que los bienes jurídicos de protección son distintos.

Pawlik, rebate ésta crítica manifestando que el deber institucional especial sólo obliga al que sea competente conforme a la situación por lo que se exige una puesta en escena ocurriendo que la víctima no se resista a la conclusión de ese negocio. En virtud de dicha competencia institucional no es suficiente el comportamiento neutral del autor sino que debe aprovecharse de esa situación mediante la alineación de factores externos, es decir, una puesta en escena por la cual el agente asume los deberes de veracidad frente a la víctima de modo que el autor transmite el mensaje por la puesta en escena obteniendo así la confianza en la información por parte de la víctima. Siguiendo la lógica empleada

por el autor, considero que el deber que deriva de dicha competencia de organización puede fundamentarse de mejor manera si el comportamiento del agente se enmarca en la figura jurídica de la asunción<sup>167</sup>.

**c) El aumento de deberes de veracidad por parte del autor.**

Considerándose que un acto de disposición libre supone que la víctima que ocupa una determinada posición en la relación económica ha recibido la información que le corresponde según dicha posición. Esta suposición conlleva que el agente ha cumplido con el rol que ocupa dentro de la interacción económica asumiendo los deberes de veracidad que eran inherentes a dicho rol. Existen sin embargo, víctimas como niños o incapaces que presentan cierto déficit o inmadurez intelectual por lo cual no puede decirse que disponen de su patrimonio libremente siendo así que algunos han planteado que el comportamiento del autor debe significar una asunción de mayores deberes de veracidad de los que inicialmente era responsable. En consecuencia, si el objetivo es que la víctima tenga mayor libertad de disposición debería gozar de una mayor cantidad de información teniendo el agente que suplir el déficit intelectual de la víctima. Ahora, la pregunta que se nos presenta es si el mero hecho que la víctima presente un déficit, es decir, si una debilidad es suficiente para producir dicha asunción por parte del autor de mayores deberes de veracidad. En torno a dicho interrogante, Bajo Fernández expresa que la sola debilidad por sí no aumentan los deberes de veracidad que por la figura jurídica de la asunción asume el agente, de esta forma, para que la debilidad sea determinante se necesita que en la relación económica el déficit que la víctima presenta sea de conocimiento del autor<sup>168</sup>.

Lo anteriormente expuesto, derivan de lo que ya hemos mencionado al transcurso de la presente investigación acerca que el ilícito de estafa se enmarca dentro de un contexto comunicativo siendo así que los factores internos de los intervinientes en la interacción económica muchas veces quedan al margen. Torio López y Pastor Muñoz, manifiestan que debe analizarse el porqué de esa asunción de mayores deberes de veracidad con el mero interaccionar del autor con

---

<sup>167</sup> PAWLIK, *Betrug*, p. 181.

<sup>168</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, pág. 277.

una víctima estructuralmente débil<sup>169</sup>. En consecuencia, el problema de éste teoría radica en cómo fundamentar la atribución de mayores deberes de veracidad al agente, puesto que es posible que éste asuma mayores deberes de veracidad de los que inicialmente tienes no sólo con una víctima débil sino también con una víctima normal, siendo posible que en ciertos casos en los cuales el autor adapta su conducta a la debilidad de la víctima para aprovecharse de la situación puede verse como un acto de asunción, lo cual dificultaría explicar la figura jurídica de asunción en otros supuestos donde el agente cumple con sus deberes de veracidad según su posición económica. Es decir, es necesario encontrar una solución que fundamente dicha asunción de mayores deberes de veracidad en los casos de víctimas débiles si es que se quiere adoptar ésta postura como respuesta normativa al problema planteado.

#### **D. La importancia de la debilidad de la víctima para el Derecho Penal y su tratamiento normativo.**

En la búsqueda de una solución normativa, el primer paso es determinar si la debilidad de la víctima es realmente relevante para el Derecho Penal. En tal sentido, ya hemos explicado anteriormente que existe una teoría que niega la importancia de la debilidad del agraviado a efectos del tipo penal de estafa pero que plantea problemas dogmáticos dado que no reconoce que los intervinientes en un plano de interacción económica no son iguales y algunos de ellos presentan un déficit estructural por lo que no se les puede tratar como una víctima normal sin que esto signifique su desprotección.

Si se considera que la debilidad es relevante en términos normativos para el Derecho Penal, el autor ocuparía una posición distinta y el deber de suplir el déficit cognitivo o psíquico (cognoscible) de la víctima dentro de una relación económica puesto que no se encuentra ante una víctima normal, siempre y cuando se pueda apreciar que el agraviado que es débil no reúne las condiciones necesarias para ser considerado responsable de sus actos de disposición patrimonial y sus decisiones económicas.

---

<sup>169</sup> TORIO LÓPEZ, *Acción y resultado en la estafa típica procesal*, p. 39.

Si observamos el ordenamiento peruano, nos daremos cuenta que el Derecho Civil considera relevante el déficit estructural que padecen ciertas personas y por esa razón reconoce dicha debilidad a través de los artículos 43 y 44. La situación es similar en el Derecho Penal, pues éste otorga protección a las personas que presentan algún déficit psíquico o por falta de madurez psicológica no pueden llegar a la total comprensión de sus actos. La idea expuesta anteriormente, nos remite a la imputabilidad penal por la cual una persona no es responsable (penalmente) por el acto delictivo cometido.

En el contexto de una interacción económica, podemos afirmar que el agente interactúa con una persona que en cierto modo es “inimputable”, puesto que en razón de su debilidad estructural no se le puede considerar responsable de sus decisiones económicas y de las consecuencias de las mismas.

Es preciso recordar que, la inimputabilidad es una figura jurídica que es reconocida por diversos ordenamientos jurídicos. En éste contexto, el parágrafo 51 del Código Penal Alemán señala " *no hay acción punible cuando al tiempo del acto en condiciones de discernir el carácter ilícito de su acción o de obrar conforme a su propio discernimiento como consecuencia de una inconsciencia pasajera, de una perturbación morbosa de la actividad del espíritu o de una debilidad mental*". De la misma manera, el artículo 10 del Código Suizo "*no es culpable aquel que por enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia, no era, en el momento del hecho capaz de apreciar el carácter de ilícito del acto o, pudiendo apreciar de obrar según tal apreciación*". Asimismo, en el Derecho español, están citadas en el artículo 20 del Código Penal, que establece que: cualquier anomalía o alteración psíquica o un estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; y la alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que produzca una alteración grave de la conciencia de la realidad. La minoría de edad (numeral 2 del artículo 20) también es una causa de inimputabilidad. De esto deriva que la realización del injusto penal no basta para declarar al sujeto culpable.

Para Bramont Arias, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es la suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal<sup>170</sup>. En este sentido, la ausencia de anomalía psíquica o una grave alteración de la conciencia o de la percepción, posee ese mínimo de capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para afirmar su responsabilidad. Villavicencio Terreros dice al respecto que las causas de inimputabilidad que señala el código penal en su artículo 20 son la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia, la alteración de la percepción. De éste modo, el inciso 1 del artículo 20, se funda en un criterio mixto (biológico-normativo), siendo no solamente necesaria la presencia de una anomalía psíquica, sino que además ésta anomalía incapacite al sujeto de comprender la anti juridicidad de su acción y de comportamiento de acuerdo a la misma<sup>171</sup>. En palabras de García Caveró, “la inimputabilidad es una causa de exclusión de culpabilidad que se presenta cuando quién realiza el injusto penal no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal”<sup>172</sup>.

Hemos considerado conveniente abordar el tema de la inimputabilidad, dado que en el marco de una interacción económica entre el autor y una víctima débil podría decirse que sucede una situación similar. En tal sentido, ésta última no es responsable de las decisiones económicas y por ende de los actos de disposición patrimonial que realiza o pretende realizar. Al no tener responsabilidad por éstos actos ya sea por no tener la madurez psicológica suficiente y no poder disponer plenamente de sus bienes (menores de edad) o por la presencia de alguna anomalía mental, se desarrolla una situación semejante a la falta de capacidad de culpabilidad o imputación, por lo que, el agente no puede esperar que la víctima estructuralmente débil realice un acto de disposición que origine una nueva situación jurídica.

Cancio Meliá, expresa que el sistema jurídico ha establecido con las reglas relativas a la imputabilidad del autor unos criterios de responsabilidad para el comportamiento personal de un sujeto, puesto que, si el punto de partida de toda delimitación de ámbitos de responsabilidad entre víctima y autor se encuentra en atribuir un ámbito de responsabilidad preferente al titular de los bienes en virtud de ser un

---

<sup>170</sup> BRAMONT – ARIAS TORRES, *Manual de Derecho Penal: Parte general*, p. 307.

<sup>171</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal: Parte general*, p. 594.

<sup>172</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal: parte general*, pág. 526.

sujeto autónomo tendrá que tomarse en cuenta su caracterización como sujeto responsable en sí y no necesariamente las reglas del consentimiento<sup>173</sup>. Asimismo, la capacidad de obrar plena o capacidad negocial que en el Derecho Civil se adquiere a partir de la mayoría de edad es importante como punto de referencia puesto que es la aptitud que reconoce la ley a un sujeto para que realice con su voluntad actos y negocios jurídicos válidos, la cual se obtiene a los 18 años.

No obstante, el tratamiento normativo de la víctima estructuralmente débil puede enfocarse desde el ordenamiento jurídico – penal tomando como punto de partida la no responsabilidad de la víctima por las decisiones económicas. Choclán Montalvo, afirma que respecto a los supuestos de víctimas estructuralmente débiles se desarrolla una situación similar a los inimputables, en el sentido que, el error propio de la estafa sólo puede tener lugar en personas capaces de ser responsables, por ellos se configura hurto y no estafa cuando la víctima del hecho ilícito es un incapaz o menor de edad. Para dicho autor, la incapacidad natural que impide a una persona que se halla en situación corporal o psíquica entender y querer el acto de disposición que realiza, lo que puede tener lugar por la corta edad de la víctima, por una enfermedad mental o perturbación crónica transitoria, siendo que la disposición patrimonial para éste autor, no necesita de los requisitos de eficacia civil del acto jurídico, es indiferente el estado civil del sujeto mientras tenga voluntad<sup>174</sup>. Asimismo, la víctima débil dentro del ámbito de una relación económica no sería responsable de la organización de su esfera patrimonial por el déficit que les afecta que no les permite realizar un acto de disposición libre, siendo difícil exigirles haber desplegado sus incumbencias de autoprotección que una víctima normal debería conllevar en el marco de una interacción económica. En consecuencia, hemos considerado que mejor recurrir a la inimputabilidad o falta de capacidad de culpabilidad como hemos explicado líneas arriba como punto de referencia normativo para la irresponsabilidad de la víctima por sus decisiones económicas sin dejar de observar algunos aspectos de la incapacidad jurídica establecidos por la legislación civil con la finalidad de coherencia y armonía de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>173</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona: José María Bosch, 1998, p. 357.

<sup>174</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, p. 152.

## **E. Toma de Posición.**

De las reflexiones anteriores, se puede afirmar que el autor en el marco de una interacción económica con una víctima débil, se encuentra en una posición distinta a la que normalmente es propia de la relación económica estándar, puesto que, el agraviado se presenta como una víctima débil similar a un inimputable actuando como instrumento al no tener responsabilidad de las decisiones económicas. En tal sentido, debemos recordar el concepto personal de patrimonio siendo lo más relevante el significado de éste para el titular como poder de interacción para el desarrollo de la persona y la organización de su esfera patrimonial<sup>175</sup>. Por razón de la debilidad estructural de la víctima estructuralmente débil, no se puede pretender que ésta realice un acto de disposición patrimonial como consecuencia de una decisión económica de la cual no es responsable pues dicho acto de disposición no creará una nueva situación jurídica. Siendo las cosas así, resulta claro, que esto no se condice con la estructura típica de la estafa, la organización de la esfera patrimonial por parte de la víctima, las consecuencias del acto de disposición y la libertad y facultad jurídica de disponer que debe ostentar el titular. Por consiguiente, en dicho contexto no se podría decir que la conducta engañosa desplegada por el agente a una víctima no responsable de las decisiones económicas tengan como resultado una nueva situación jurídica, diferenciándose de esta manera, del caso de la víctima normal quién tiene facultad jurídica, libertad y el poder para disponer de su patrimonio en un contexto de interacción de manera responsable, siendo en éste supuesto la conducta engañosa del autor el factor para la no creación de una nueva situación jurídica.

En otras palabras, las víctimas estructuralmente débiles a las cuales se les dirige el engaño no actúan conforme a la posición de una víctima normal dentro de una interacción económica en la cual mediante un engaño penalmente relevante tome una decisión económica conforme al poder que representa el patrimonio para ella y conlleve un acto de disposición ocasionándole perjuicio, el cual será imputable al autor si es que el engaño fue típico según la teoría de la imputación objetiva, de caso contrario será imputable a la víctima ya que ésta es responsable por la organización de su patrimonio. De lo anterior, nos podemos dar cuenta

---

<sup>175</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 171.

que esto no sucede con la víctima estructuralmente débil por lo que la infracción del deber de suplir el déficit por parte del agente no daría como resultado un ilícito de estafa sino una sustracción (hurto). De este modo, sería difícilmente exigible a la víctima la observación de las medidas de autoprotección puesto que por las falta de conocimientos o déficit cognitivos no puede auto proteger su esfera patrimonial si comparamos con una víctima instruida o sin padecer de algún déficit.

Medina Frisancho, afirma que si bien no debe interpretarse que la sola carencia de conocimientos o la presencia de algún problema psíquico de la víctima puedan fundamentan en sí un incremento de los deberes jurídicos – penales del autor frente a la víctima (pues sería insostenible) por lo tanto, para que la debilidad adquiera la relevancia penal, el autor tiene que adaptar su conducta a la situación de vulnerabilidad de la víctima, puesto que sólo así podría afirmarse que el autor está ocupando una posición distinta a la que le corresponde según una relación económica estándar y, con ello, asume mayores deberes frente a la víctima que permitan suplir el déficit que ésta padece<sup>176</sup>. La afirmación anterior conlleva que la asunción del agente debe consistir en un comportamiento alejado, es decir, una desviación de su posición económica estandarizada, es éste comportamiento y la relevancia penal de la debilidad del agraviado lo que fundamenta dichos mayores deberes por parte de éste, produciéndose una redefinición de los deberes de veracidad que inicialmente ostentaba.

Al respecto, se presupone que para la asunción de mayores deberes de veracidad la debilidad en principio debería ser cognoscible. Igualmente, Medina Frisancho, opina que la situación de la víctima estructuralmente débil es similar al criterio de falta de culpabilidad o de inimputabilidad ofrece mayor seguridad en cuanto son parámetros normativos concretos establecidos por el propio ordenamiento jurídico en comparación con el criterio del consentimiento que es más flexible y subjetivo. Conforme a esta postura, el autor señala que no podrá afirmarse la responsabilidad de la víctima a efectos de imputación en la organización de su esfera de competencia patrimonial respecto a menores de edad <sup>177</sup> y sujetos con anomalías mentales, graves alteración de

---

<sup>176</sup> MEDINA FRISANCHO, *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, p. 113 - 114.

<sup>177</sup> Al respecto, el penalista Juan José GONZÁLES RUS, en *Compendio de Derecho Penal español: Parte Especial*, pág.436, manifiesta que el problema debe resolverse

conciencia o percepción de la realidad que constituya una debilidad estructural en el agraviado. En éste sentido, cuando hagamos alusión a los adultos mayores de 65 años, la calificación y por ende el tratamiento normativo como víctima estructuralmente débil depende de que dicho adulto presente algún tipo de déficit o alguna incapacidad que lo deje en una situación de vulnerabilidad (tales como los ciegosordos o sordomudos), no le permita realizar un acto de disposición libre y ser responsable por las consecuencias de éste. De caso contrario, su posición dentro de una relación económica deberá ser como la de una víctima normal. Lo mismo debe decirse en el caso de la mujer en estado de gravidez, ya que como hemos explicado anteriormente, el mismo hecho de estar embarazada no representa un déficit estructural siendo la sensibilidad emocional no motivo suficiente para calificar a dichas mujeres como víctimas estructuralmente débiles.

Al ser la estafa un ilícito en el cual la víctima manipulada por la inveracidad del autor, dispone de su patrimonio en un contexto de manifiesto error, esto es, un instrumento que carece de libertad, para los intereses del autor lo que desde la perspectiva de la víctima estructuralmente débil supone la ausencia de una víctima autorresponsable. Por consiguiente, en marco de la interacción económica en la cual puede darse el delito de estafa, la víctima estructuralmente débil contribuye “voluntariamente” en el desplazamiento de sus bienes, pero no actúa “voluntariamente” en términos de lo económicamente razonable ya que no son responsables de las decisiones económicas que asumen<sup>178</sup>. Tal como se estudió en los primeros capítulos del presente trabajo de investigación, cualquier engaño no es relevante penalmente a efectos del delito de estafa lo cual se analiza en el juicio de imputación del comportamiento del autor. En ese sentido, no toda conducta engañosa realizada por el agente es típica desde la teoría de la imputación objetiva y además en la imputación del

---

atendiendo al caso concreto, comprobándose si el menor o incapaz en general tienen el grado de madurez suficiente para conocer los hechos que le brinda la realidad y tomar decisiones acordes con el conocimiento de la misma.

<sup>178</sup>Joachim HRUSHKA, “La conducta la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción” en *Revista ADPCP Vol. LII - 1999, pág. 464* Disponible en internet [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298285.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298285.pdf). Consultado : (17/03/15)

resultado deberá observarse la competencia de la víctima y sus medidas de autoprotección. Sin embargo, esta situación se predica de las víctimas normalmente constituidas, puesto que, es difícil en el caso de una víctima estructuralmente débil exigirles dicha autorresponsabilidad por motivo del déficit que adolecen.

Por otra parte, Muñoz Conde, expresa que los mayores deberes que el autor ostenta frente a la víctima débil no son propios de la estafa, dado que no es posible que la víctima estructuralmente débil lleve a cabo un acto de disposición en sentido jurídico, no creándose una nueva situación jurídica con la validez que corresponde siendo así que no puede entenderse que exista un acto de disposición o la tentativa del ejercicio del derecho de disponer con la validez jurídica<sup>179</sup>. El desprendimiento patrimonial de la víctima estructuralmente débil no es consecuencia de la administración de la esfera autónoma de organización, la cual es asignada y llevada a cabo por el sujeto responsable. Por ésta razón es difícil apreciarse la estructura del delito de estafa en los supuestos de interacción entre autor y víctima débil.

Peña Cabrera Freyre, es de la opinión que el receptor del engaño debe ser un sujeto con capacidad de discernimiento, de modo que pueda comprender con corrección la naturaleza de los actos jurídicos. Por consiguiente, según éste autor, un agraviado que no goza de conducción volitiva suficiente, no podrá ser sujeto pasivo del delito de estafa, por lo tanto, todos aquellos casos por los cuales, un privado de discernimiento le entrega un bien mueble a quien lo determina a hacerlo, sin violencia, son constitutivos de hurto<sup>180</sup>. En tal sentido, Romero, afirma que el sujeto pasivo en el delito de estafa debe tener la posibilidad psíquica de entender sobre el objeto que se trata. Por ende, en opinión de ésta autora, los incapaces e inconscientes carecen de ésta posibilidad, en tal grado que les impide actuar con discernimiento y libertad al no tener un criterio adecuado de la realidad. De la misma manera, Romero manifiesta que la víctima débil al sufrir una alteración en la percepción de la realidad no puede actuar en forma errónea por efecto del engaño ejercido por el autor<sup>181</sup>. Respecto a esto último, concordamos que la víctima estructuralmente débil no puede actuar en forma errónea o carece de la

---

<sup>179</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*, 8ª ed., p. 278.

<sup>180</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal: parte especial*, Vol. II, p.322-323.

<sup>181</sup> ROMERO, *El delito de estafa*, p. 200.

“capacidad de equivocarse” aunque esto no se debe a la eficacia del engaño sino a la misma debilidad de la víctima que no le permite comprender el contexto económico y actuar con libertad ni desplegar sus incumbencias de autoprotección, configurándose el delito de hurto.

Finzi, en su estudio sobre estafa y fraudes, expresa que la Corte de Casación italiana excluyó el ilícito de estafa y admitió el hurto en un caso concreto en que el engañado había sido un niño, dado que:

*“La falta absoluta de discernimiento imposibilita el acto volitivo que, aunque derive del embuste, es indispensable en el fraude; para que éste exista es menester tener completamente todas las facultades necesarias a fin de determinar el intelecto y la voluntad en sus acciones especiales”<sup>182</sup>”*

Romero, manifiesta que la víctima de estafa debe ser un sujeto jurídicamente capaz, pues de lo contrario se configuraría el delito de hurto, posición a la cual nos adherimos. En tal sentido, Muñoz Conde, afirma que el sujeto pasivo ha de tener una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas, si se trata de un enfermo mental o menor de edad, en engaño que determina que una persona en esta situación entregue una cosa se considera como hurto y no como estafa.<sup>183</sup>

Asimismo, Pastor Muñoz, afirma en que hay casos en que la debilidad no es relevante para el derecho, en la medida que tal debilidad no fundamenta irresponsabilidad de las decisiones económicas. En dichos supuestos, los deberes de veracidad del autor frente a la víctima débil son los mismos que tendría frente a una víctima normal, salvo que se constate que el agente ha adaptado su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, alejándose así del comportamiento inherente a la posición que ocupa en una relación económica estándar ocupando mayores deberes de veracidad.

En mi opinión, éste sería el caso de las personas anormalmente socializadas como campesinos o turistas dentro de un ambiente que no conocen o en frente de situaciones que no son comunes para ellos, si bien no se les puede reconocer su irresponsabilidad por decisiones

---

<sup>182</sup> FRINZI, *La estafa y otros fraudes*, p. 61 y 62.

<sup>183</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 245.

económicas, en el caso que se llegue a comprobar que el autor tomó provecho del desconocimiento del campesino o turista, adaptando su comportamiento a la debilidad de la víctima, se debe decir que éste se ha alejado de su rol dentro de la interacción económica aumentando sus deberes de veracidad de los que inicialmente tenía y siendo responsable por la infracción de éstos, ya que el acto de adaptación debe interpretarse como un acto de asunción de mayores deberes de veracidad. Así en el supuesto que el autor se aprovecha del desconocimiento del campesino o extranjero, realizando una puesta en escena para convencer a las víctimas, asume por esa maquinación engañosa mayores deberes de veracidad. En caso contrario, si la debilidad no es relevante para el derecho y el agente actúa conforme a su posición en la interacción económica estándar, no podrá hablarse de una asunción de mayores deberes de veracidad, sin perjuicio de los deberes de solidaridad que no son propios de la relación económica.

Rodríguez Devesa manifiesta que el sujeto pasivo de estafa debe ostentar capacidad para disponer válidamente; el engaño determinante de un inimputable menor entregue una cosa, ha de ser en un todo equiparado al tomar o apropiarse que se requiere en el hurto pues, no siendo la astucia elemento de este delito, puede, no obstante, servir de base para calificarlo (tal como sucede en el delito de hurto con destreza)<sup>184</sup>. De la misma opinión, Quintano Ripollés, quien afirma que puede acontecer que el destinatario del engaño sea, efectivamente, un incapaz mental, o bien un niño carente de madurez para discernir lo verdadero de falso, fáciles presas, pues, de las actividades fraudulentas más groseras.<sup>185</sup>

Es importante señalar lo planteado por Antón Oneca quien expresa que la víctima débil no es capaz de conocer tampoco lo será de errar ; así, el que mediante engaño se hace entregar alguna cosa por un demente o un niño, por ejemplo, no comete estafa sino hurto. Sin embargo, éste autor cuestiona que se traslade totalmente el concepto de incapacidad del Derecho Civil al Derecho Penal<sup>186</sup>. En consecuencia, el autor propone que el requisito de la capacidad deberá determinarse en vista de las exigencias de esta figura del delito, y conforme a ella, lo decisivo será si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto el grado de madurez mental

---

<sup>184</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte Especial*, p. 455.

<sup>185</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, p. 593.

para conocer los hechos brindados a su conocimiento, y tomar resoluciones de acuerdo con ello.<sup>187</sup>

Las ideas expuestas anteriormente, nos sirven para reafirmar que la víctima débil no ser agraviado del ilícito de estafa, dado la irresponsabilidad de sus decisiones económicas en razón del déficit cognitivo que padecen, lo cual imposibilita realizar un acto de disposición libre y la creación de nueva situación jurídica. Respecto a los menores de edad, la debilidad se manifiesta no solamente en falta de comprensión de los actos lo cual fundamenta sino en su incapacidad para disponer de su patrimonio que no les permite organizar su ámbito patrimonial. En conclusión, cada caso concreto de víctima estructuralmente débil deberá analizarse teniendo en cuenta la debilidad de ésta, la irresponsabilidad por las decisiones económica al no poder ejercer con libertad y plena consciencia actos de disposición patrimonial, configurándose el delito hurto y aplicándose los artículos pertinentes a dicho ilícito. En tal sentido, los apoderamientos de los cuales fueren sujetos pasivos un menor o incapaz darían lugar al delito de hurto al no poderse apreciar un consentimiento viciado, sino sencillamente la falta de consentimiento relevante, por lo que el niño o incapaz que dispone de una cosa a favor de otro se ha convertido en un instrumento de su propio hurto<sup>188</sup>.

### **3. ¿ES NECESARIO LA CALIFICACIÓN DE DETERMINADOS ACTOS COMO ESTAFA AGRAVADA?**

Como se sabe, la incorporación al Código Penal peruano del artículo 196 – A fue mediante la Ley N° 30076 como una de las diversas medidas para frenar la inseguridad ciudadana. De esta manera, en el artículo en cuestión se enumeró cinco situaciones como supuestos de estafa agravada, siendo el primer inciso referido a víctimas débiles el analizado en profundidad por el presente estudio. No obstante, debemos incidir en la razón de la calificación de estafa agravada de los hechos tipificados en los incisos 2, 3, 4 y 5. En cuanto, los numerales 2 y 3 del 196 – A, establecen respectivamente como conducta agravada la pluralidad de agentes en el ilícito en cuestión (por ejemplo: la formación

---

<sup>187</sup> ANTÓN ONECA, *La estafa y otros engaños en el Código Penal y la jurisprudencia*, p. 110.

<sup>188</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal*, p 591.

de escuelas de manejo supuestamente autorizadas por el Ministerio de Transporte que tramitan la obtención de la licencia de conducción de manera rápida y fácil; interviniendo en la estafa, captadores, recepcionistas, el dueño de la escuela, que luego de solicitar dinero aprovechándose de las expectativas de sus víctimas (las estafan) y el agravio a una pluralidad de víctimas en el caso de las estafas masivas. En dicha línea explicativa, debemos decir que esos incisos responden más que todo a técnica legislativa, en la tarea de regular una política criminal, es decir, el conjunto de los aspectos fundamentales que según la Constitución y el Código Penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad, en consecuencia, es común encontrar tanto la pluralidad de agentes como la de víctimas en agravio tipificados como agravantes en otros tipos penales siendo factores para la determinación de la pena.

Por otro lado, los incisos 4 y 5 describen respectivamente comportamientos más específicos, tales como la comisión de estafa con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles y para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

Antes de explicar la tipificación como agravante de cada uno de éstas conductas, no hay que olvidar que el análisis en todos los supuestos de estafa que se nos presentan constituyan agravantes o no, debe partir desde la misma estructura típica de la estafa observando la teoría de la imputación objetiva siguiendo el juicio de imputación del comportamiento del autor, la determinación del engaño típico, los deberes de veracidad y la competencia de los que interactúan en la relación económica. Asimismo, el inciso 5, califica una determinada conducta no permitida que da origen al ilícito en cuestión en agravio de las personas que intervienen en el sistema bancario y las empresas del sistema financiero (bancarias y crediticias) puesto que éstas se dedican aunque no en todos los casos – a trabajar con fondos públicos o con recursos que pertenecen a otras personas, para brindar créditos dinerarios o de otra naturaleza a ciertos usuarios teniendo en cuenta las reglas impuestas por la SBS y el mercado en general. De este modo, se puede deducir que la necesidad del legislador para tipificación de dicho comportamiento como agravante radica en la especial posición económica en que se encuentran las entidades financieras que afecta la idoneidad de la inveracidad del sujeto que solicita el crédito y

determinará la medida del esfuerzo normativamente razonable que la empresa ha de realizar en el trato negocial con sus clientes.

Siguiendo a Medina Frisancho, esto significa que los elementos característicos que conforman la posición de la víctima en la concreta relación económica determinan el grado de exigencia normativa de autoprotección, de manera que cuanto más especializada sea posición jurídico – económica de la víctima, tanto más elevado será el estándar de autoprotección exigible a la misma<sup>189</sup>. De la misma opinión, es el ponente Bacigalupo Zapater en la STS del 21 de Setiembre de 1988, quién sostuvo “que el grado de diligencia que se debe exigir a la víctima de estafa se determinará mediante las pautas que socialmente se consideren adecuadas en una situación concreta.”<sup>190</sup>

No obstante, hay que indicar que tal como se encuentra redactado el acto descrito en el inciso 5, la víctima del comportamiento engañoso no sólo puede ser una entidad financiera sino el titular del crédito al que se sustraen los datos. Atendiendo éstos argumentos, queda claro que la consideración de una acción engañosa por parte del agente dirigida a la sustracción de datos con propósito de acceder a la información que contiene las tarjetas crediticias como agravante radica en que el perjuicio que puede ocasionar tanto al titular de la tarjeta como a la entidad financiera que es involucrada en el acto de disposición patrimonial afecta a la seguridad jurídica y económica del tráfico comercial.

Asimismo, se debe mencionar que la importancia de tipificar éste comportamiento no permitido radica no solo en el sujeto pasivo del ilícito sino en relevancia que ostentan instrumentos bancarios y financieros como son las tarjetas de crédito y ahorro para su titular.

Actualmente, la utilización de dinero plástico va creciendo de forma significativa, convirtiéndose en uno de los medios de pago más seguros existentes hoy en día. De esta manera, se dice que la tarjeta de crédito sirve para identificar a su titular, al que acredita para obtener una serie de prestaciones y servicios. En tal sentido, Núñez Castaño, afirma que dicho instrumento es un título de legitimación, que permite a su

---

<sup>189</sup> MEDINA FRISANCHO, José Luis *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, p. 115.

<sup>190</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 21 de setiembre de 1988. Ponente: BACIGALUPO ZAPATER.

titular del ejercicio de unos derechos derivados del contrato, que previamente ha celebrado con el emisor. Además, es un título nominativo, que designa directamente a la persona del titular quien es el único legitimado para su utilización y ya no puede cederse. Por esta razón, los abusos realizados mediante las tarjetas de créditos y ahorro califican como delito de estafa. En consecuencia, el supuesto más común es el de falsificación de tarjetas, el cual consiste en la manipulación induciendo al error sobre su autenticidad, de este modo, se introduce alteraciones que modifiquen los datos del titular o el código de tarjeta<sup>191</sup>.

Respecto al inciso 4, que califica como comportamiento agravado el engaño del agente en el contexto de una compraventa de un vehículo motorizado o inmueble podemos concluir que responde también a la seguridad de la interacción del mercado económico específicamente a la protección de los bienes de las personas siendo el caso dichos vehículos y los inmuebles dado que en la actualidad la valorización de éstos cada vez aumenta. Asimismo, se puntualiza nuevamente que el tratamiento normativo a dichos supuestos debe partir de la estructura típica de la estafa y la consideración del esfuerzo normativamente razonable que ya se ha explicado en previos acápite que la víctima constituida normalmente debe desplegar. En tal sentido, es común que en el marco de una compraventa de un bien inmueble y de vehículos motorizados, es competencia del comprador acudir a los Registros Públicos y de propiedad correspondientes con razón de obtener información accesible normativamente para poder realizar el acto de disposición patrimonial.

En conclusión, la tipificación de los comportamientos contenidos en el artículo 196 – A del cuerpo normativo penal, merece un análisis tomando en cuenta la imputación objetiva y dejando de lado la causalidad, especialmente en cuanto a las víctimas estructuralmente débiles tratadas en el inciso 1 del texto materia de investigación. Cabe recordar que el titular de un bien jurídico por sí mismo es competente respecto de las consecuencias dañinas que tienen su origen en la organización defectuosa de su ámbito jurídico. Por lo tanto, salvo en aquellos casos donde la víctima sea considerada “débil” - un niño, un adulto mayor, un deficiente mental, o un extranjero que no comprende el idioma -, los engaños burdos, tales como la venta de “auténticos” relojes

---

<sup>191</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, p. 164 – 167.

Swatch a precios irrisorios, el caso de las “pastillas adelgazantes”, etc., no podrán ser objeto de protección a través del tipo de estafa.

#### **4. DELIMITACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 196 – A Y 186 DEL CÓDIGO PENAL.**

Una de las novedades también introducidas por la Ley N° 30076 como medida para afrontar la inseguridad ciudadana es la modificación del artículo 186 del código penal que contiene el delito de hurto agravado. De esta manera, se introduce los numerales 10 y 11 al artículo mencionado, siendo el numeral 11 de interés para la presente investigación, puesto que nos corresponde delimitar los supuestos que pueden acogerse bajo dicha tipificación y en qué otros casos deberíamos remitirnos al inciso 1 del artículo 196 – A. Tal como hemos visto, la posición que tomamos acerca de la estafa sobre víctima débil toma de base el criterio de inimputabilidad siendo que los menores de edad e incapaces no pueden crear una situación jurídica nueva al realizar el acto de disposición patrimonial con la validez que corresponde siendo así que no puede entenderse que exista un acto de disposición o la tentativa del ejercicio del derecho de disponer con la validez jurídica, por lo tanto, el ilícito que se configuraría sería el de hurto y no el de estafa agravada, llegando a ser la víctima un instrumento para la sustracción.

El numeral 11 del artículo 186 establece que es hurto agravado lo siguiente: “*En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor*”. Ahora bien, debemos preguntarnos cuál es la diferencia de éste supuesto con el de la estafa de víctima débil o cómo debemos delimitar dichas situaciones.

Tal como se ha explicado líneas más arriba, los casos en los cuales en el marco de una interacción económica la víctima estructuralmente débil que puede ser un menor de edad o incapaz (mujeres en periodo de gestación y adultos mayores de 65 años también en ciertos supuestos) se deben configurar como hurto, por lo que en mi opinión se aplicaría el numeral 11 del artículo 186 que por la inferioridad del agraviado y su déficit de conocimiento cualifica como agravante. Con respecto, a las mujeres en estado de gravidez y a los adultos mayores de 65 años, se ha explicado que no se les puede considerar como víctimas estructuralmente débiles por su mera condición como es el caso de las personas con incapacidad y menores de edad que se les denomina de dicha manera por

su constitución natural y su déficit de conocimientos, por lo tanto, se debe analizar en el caso concreto de la relación económica si la gestante o el adulto mayor de 65 años presenta alguna anomalía mental, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad se le podrá calificar como inimputable y se configurará el delito de hurto agravado aplicándose el artículo 186 numeral 11.

De lo contrario, se les considerará como víctimas responsable (conforme a su competencia por organización) por la decisión económica que realicen y por el acto que ésta conlleve debiéndose aplicar el artículo 196. De igual manera se les reconocerá las incumbencias de autoprotección que se deben tener en cuenta para cualquier comportamiento, en éste caso concreto, el acto de disponer patrimonialmente.

En concordancia con las ideas anteriormente expuestas, se puede afirmar que en los supuestos abarcados por el numeral 1 del artículo 196 –A con respecto a menores de edad e incapaces debe ser de aplicación el numeral 11 del artículo 186. En cuanto, a los adultos mayores de 65 años y a las mujeres en estado de gravidez, si presentan algún déficit de conocimiento descrito en el numeral 1 del artículo 20 que especifica las causas de exclusión de responsabilidad penal, serán considerados inimputables y por lo tanto al ser estructuralmente débiles se aplicaría también el numeral 11 del artículo 186.

No obstante, si las mujeres gestantes y los adultos mayores se constituyen en el contexto de la relación económica como víctimas responsables de sus decisiones y actos, la aplicación correspondiente será del artículo 196 e incluso observando el caso en concreto podría aplicarse el numeral 1 del artículo 196 pero no por ser considerados como víctimas débiles sino tan sólo como respuesta a la técnica legislativa y a las circunstancias del caso configurándose así como estafa agravada. Sin embargo, dicho tratamiento debe reconocerles las incumbencias de autoprotección que cada persona ostenta por sí mismo y la responsabilidad por los actos que realizan y por ende de las consecuencias que éstos conllevan.

En conclusión, me parece necesaria la inclusión del numeral 11 del artículo 186, ya que, nos permite tipificar los supuestos en que mediante

un comportamiento engañoso, pero los deberes de veracidad que existen no son los correspondientes a la estafa siendo que el agraviado actúa como instrumento de la sustracción de la que es víctima. La inferioridad del agraviado sea por un déficit cognitivo o la minoría de edad es reconocido por gran parte de las legislaciones latinoamericanas tales como:

Código Penal Colombiano

**Numeral 2 del artículo 240**

Hurto agravado

*La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere:*

*(...)*

*Colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones.*

Código Penal Español

**Numeral 5 del artículo 235**

*El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:*

*(...)*

*Cuando se utilice a menores de catorce años para la comisión del delito.*

Código Penal Chileno

**Numeral 2 del artículo 456**

*En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes:*

*(...)*

*Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física*

Asimismo, nuestro código penal tipifica en el numeral 7 del artículo 189 el delito de robo agravado en agravio de menores de edad, incapaces, adultos mayor de 65 años y mujeres en estado de gravidez<sup>192</sup>. Es decir, se trata de recoger la inferioridad física y la minoría de edad en los principales ilícitos patrimoniales como estafa, hurto y robo,

---

<sup>192</sup> Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

*(...)*

7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

estableciéndose el agravio de dichas víctimas como agravante. En conclusión, siguiendo lo afirmado por Oliver Calderón, la inferioridad del agraviado debe tener transcendencia en la comisión del delito, por lo que el aprovechamiento efectivo de ella es importante<sup>193</sup>.

## **5. LA ESTAFA Y EL HURTO CON DESTREZA: DELIMITACIÓN.**

En líneas generales, podemos decir, que se configura el delito de hurto cuando el agente se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndole del lugar donde se encuentra con la finalidad de obtener un provecho económico siempre y cuando no haya utilizado violencia o amenaza contra las personas, siendo lo característico del hurto : la sustracción. En éste contexto, considero necesario abordar en ésta investigación el supuesto agravante del ilícito de hurto establecido en el numeral 2 del artículo 186 por la cual se configura dicho delito “*mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos*” a efectos de su delimitación con la estafa. Por lo tanto, si atendemos a la mera literalidad del texto, al parecer el denominado hurto con destreza se comete por la utilización de ciertos medios físicos o mecánicos, sin embargo, dicha interpretación literal resulta insuficiente. De éste modo, gran parte de la doctrina nacional ha considerado que el término destreza puede tener significado de habilidad o pericia que recae sobre alguna cosa o persona con la finalidad llevar a cabo la sustracción y se manifiesta como una característica de la acción en el momento en que se ejecutan los actos delictuosos.

De las ideas expuestas anteriormente, surge la interrogante sobre si es posible calificar como supuestos de hurto con destreza a los casos donde mediante la utilización de un engaño u ardid se obtiene la sustracción del bien.

Y si es así ¿cómo podemos diferenciar el numeral 2 del artículo 186 del artículo 196 del código penal? En primer lugar, debemos referirnos a los deberes de veracidad que son característicos del delito de estafa e inherentes a la posición que el agente ocupa en la relación económica, pertinente a su esfera de organización, de modo que, al autor le corresponde el garantizar normativamente a la víctima la veracidad de las

---

<sup>193</sup> OLIVER CALDERÓN, *Delitos contra la propiedad*, p. 459.

informaciones a las que no puede acceder por sí misma. Esa garantía es propia del tipo de estafa, del que derivan deberes de veracidad que se fundamentan en la necesidad de garantizar la estructura normativa del mercado.

Los deberes de veracidad que corresponden a un concreto interviniente en el mercado se definen en dos niveles: en primer lugar, los deberes de veracidad propios de la posición ocupada por el autor en una relación económica estándar (hay un deber de veracidad si normativamente a la víctima no le corresponde acceder a la información que necesita para su acto de disposición y, en cambio, tal acceso si le corresponde al autor); en segundo lugar, hay que analizar comportamientos del autor y de la víctima que traen como consecuencia la redefinición de los debates de veracidad (renuncia de la víctima al derecho a la verdad, asunción por el autor de mayores deberes de veracidad, bloqueo por el autor del acceso de la víctima a información normativamente accesible).

En consecuencia, podemos afirmar que la estructura del delito de hurto no posee el elemento normativo del sistema de deberes de veracidad en el sentido de garantizar la estructura del mercado y la interacción económica, por lo tanto, no se le imputa al autor de un delito de hurto agravado la infracción de deberes de veracidad por no permitir o bloquear la accesibilidad normativa de la información que a la víctima le corresponde por ser interviniente de la relación económica, dado que esto es particular de la estafa, siendo así que en la configuración del delito de hurto pueden existir deberes de veracidad pero éstos no conllevan el mismo significado objetivo que los caracteriza en el ilícito tipificado en el artículo 196.

En segundo lugar, el engaño mediante el cual se incurre en el delito de hurto con destreza, no supone una infracción a los deberes de veracidad característicos de la estafa en el cual la conducta engañosa debe ser suficiente para vencer los mecanismos de autoprotección de la víctima y el esfuerzo razonable que ésta realiza para acceder normativamente a la información que le corresponde. En cambio, en el hurto con destreza, el comportamiento engañoso del autor ésta dirigido a vencer la resistencia de la víctima con la finalidad de sustraer el bien, por lo tanto, no se busca que mediante la conducta engañosa el agraviado disponga libremente de su patrimonio (como sucede en la estafa) sino lograr la sustracción de los bienes para lo cual pueda bastar una simple mentira.

En tercer lugar, el agente en el ilícito de estafa ostenta el deber de garante por la posición que ocupa dentro de la interacción económica con la víctima y por lo tanto, es responsable por la infracción de los deberes de veracidad inherentes a su rol. En cambio, el autor del delito de hurto con destreza no tiene el deber de garante a fin de proteger el derecho a la verdad o un sistema de deberes de veracidad.

Por último, se puede afirmar que el ilícito de estafa tiene como contexto una interacción económica en la cual interviene el agente y la víctima, correspondiéndole a cada uno un rol y teniendo como base el sistema de deberes de veracidad que el autor infringe al bloquear u omitir el acceso normativo de información que le es pertinente al agraviado. Por otra parte, el hurto con destreza no tiene como base una relación económica, ya que, éste delito puede desarrollarse en cualquier otro contexto, dado que el propósito del agente es la sustracción de los bienes mediante un engaño, habilidad o medio físico que no conlleva una infracción a los deberes de veracidad propios de una posición asumida en una interacción económica.

#### **A. Caso de los incapaces**

En cuanto, al tratamiento normativo de los incapaces como víctimas estructuralmente débiles, debemos recordar que el numeral 1 del artículo 196 – A hace referencia a las personas con discapacidad. Hemos estudiado que tal como se encuentra descrita en el texto normativo dicha discapacidad puede ser física o mental. Por ende, la debilidad de la víctima tiene su fundamento, en principio, en un déficit en su constitución que no le permite realizar un acto de disposición libre, es decir como poder de interacción, por lo tanto cabría preguntarse si las personas afectadas por algún tipo de discapacidad física podrían constituirse como agraviados del tipo penal de estafa.

Es importante resaltar que no toda discapacidad física implica una alteración mental o un déficit cognitivo que impida a la persona ser responsable por sus decisiones económicas y la realización de un acto de disposición patrimonial, salvo en los casos en que dicha discapacidad física afecte el discernimiento de la persona que la padece y no permite tener una adecuada percepción de la realidad (por ejemplo: Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos). De lo contrario, es

posible que una persona con discapacidad física pero con sus facultades mentales estables sea víctima del ilícito de estafa, puede disponer de sus bienes conscientemente, es decir, comprendiendo el acto de disposición que ésta realizando. De esta manera, es aplicable el artículo 196 que tipifica el delito de estafa o el 196 – A por temas de técnica legislativa. En el caso de personas con discapacidad mental, parece correcto reconocerles como víctimas estructuralmente débiles, puesto que el déficit cognitivo o psíquico es relevante y no les permite ser responsables de sus decisiones económicas (semejante a la condición de inimputabilidad), siendo aplicable el numeral 11 del artículo 186 que se refiere al delito de hurto agravado.

### **B. Caso de las mujeres en estado de gravidez**

Tal como se ha explicado anteriormente, la calificación de las mujeres en estado de gravidez como víctimas estructuralmente débiles dependerá de su situación según el supuesto concreto, puesto que en principio, no presentan una afectación a sus capacidades intelectuales y volitivas por el mero hecho de estar embarazadas, atribuyéndoles responsabilidad por las decisiones económicas que realizan y por las consecuencias que éstas conllevan. Por ende, se configurará el delito de hurto agravado cuando éstas presenten alguna anomalía mental o déficit en sus capacidades intelectuales y volitivas, que justifique su irresponsabilidad por sus decisiones económicas. De lo contrario, será de aplicación el artículo 196 que tipifica el delito de estafa, e incluso se podrá aplicar el numeral 1 del artículo 196 – A que describe la estafa agravada. Sin embargo, la aplicación de éste último será en virtud de la técnica legislativa y no por su consideración como víctimas estructuralmente débiles.

### **C. Caso de los adultos mayores de 65 años**

En cuanto a los adultos mayores de 65 años, podemos decir que el tratamiento normativo de su debilidad a efectos del Derecho Penal es similar al supuesto de las mujeres en estado de gravidez, por lo tanto, es insuficiente calificar a éste grupo de víctimas como víctimas estructuralmente débiles solamente en razón de su edad, considerando que la legislación penal no los considera como inimputables (en sentido estricto) y por ende, no carecen de responsabilidad por su decisiones económicas. Cabe recordar que, el artículo 22 del código penal establece

la posibilidad de atenuar la pena en los delitos cometidos por adultos mayores de 65 años, constituyéndose como un supuesto de responsabilidad restringida. Sin embargo, se debe puntualizar que la legislación penal sí les reconoce a este grupo de personas un ámbito de responsabilidad. Por lo tanto, nosotros consideramos que los adultos mayores de 65 años sí pueden ser responsables por las decisiones económicas que realicen y las consecuencias que éstas conlleven, tal como hemos planteado líneas arriba, al explicar nuestra postura ante el tratamiento normativo de la estafa sobre víctima estructuralmente débil.

En principio, el adulto mayor de 65 años, podrá ser víctima de estafa aplicándose el artículo 196 o el numeral 1 del 196 – A, éste último en razón de la técnica legislativa y no por ser víctimas estructuralmente débiles. En cambio, si el adulto mayor de 65 años presenta algún déficit que le impida ejercer su libertad de disposición de forma consciente se constituirá como víctima estructuralmente débil siendo de aplicación el numeral 11 del artículo 186 referido a hurto agravado y no los tipos penales referidos a la estafa.

#### **D. Caso de los menores de edad.**

La debilidad de los menores de 18 años encuentra su fundamento en la irresponsabilidad de sus decisiones económicas originada no solamente por el incompleto desarrollo madurez intelectual sino también dada su falta de libertad de disposición patrimonial. Por consiguiente, los menores de edad por carecer de libertad para realizar un acto de disposición patrimonial, por no comprender el acto económico que realizan y las consecuencias que derivan de éste, no pueden constituirse como víctimas del ilícito de estafa y sí como instrumento del agente teniendo como resultado una sustracción.

De esta manera, se deberá aplicar el numeral 11 del artículo 186 que tipifica el delito de hurto agravado en vez del numeral 1 del 196 – A que describe una agravante de la estafa por el tipo de víctima.

Es importante mencionar que el artículo 1358 de nuestro código civil reconoce a los incapaces no privados de discernimiento como en principio, es el caso de los menores de edad, la capacidad de celebrar contratos siempre y cuando dichos contratos sean propios las necesidades que se les presenten en la vida diaria. En virtud de ese reconocimiento,

podemos afirmar que los contratos que realicen los menores de edad en razón de sus actividades ordinarias tales como la compra de una golosina, útiles escolares, juguetes, etc., se incluyen en el ámbito del riesgo permitido.

Asimismo, el artículo 456 del Código Civil permite que los mayores de 16 años puedan contraer obligaciones y renunciar a derechos siempre que sus padres autoricen o ratifiquen el acto.

En nuestra opinión, al concebirse el concepto de patrimonio como poder para la interacción, el cual se protege porque es poder para el titular sobre bienes que gozan de reconocimiento jurídico, los menores de 18 años carecen de comprensión de los actos de disposición y lo que implica el ejercicio de la capacidad de disponer de los propios bienes, por lo que si bien el Código Civil reconoce cierta capacidad de disposición a los mayores de 16 años, en dicho supuesto, debemos tener en cuenta que a pesar de esta consideración realizada por la legislación, los menores de 16 años no cuentan con plena capacidad de ejercicio lo cual limita su poder disposición patrimonial siendo que sus padres deben autorizar el acto, lo cual encuentra su razón de ser en la falta de madurez para entender el contexto de una interacción económica. Por lo tanto, en dicho supuesto se deberá analizar el caso concreto y el acto de disposición a realizarse en virtud del entendimiento del mayor de 16 años.

## **6. DERECHO COMPARADO: LA CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES EN EL DERECHO PENAL ITALIANO Y ARGENTINO**

La debilidad estructural de los menores de edad e incapaces es relevante para los diversos sistemas jurídicos, por lo que se ha tipificado como delitos ciertas conductas que afectan a las víctimas estructuralmente débiles. En dicho contexto, surge el ilícito de circunvencción de incapaces cuya objetivo es brindar protección a las denominadas víctimas estructuralmente débiles y evitar que el agente se aproveche del déficit de éstas con el fin de obtener algún beneficio.

El delito en cuestión, se encuentra recogido en el código penal italiano y argentino, en los artículos 646 y 174 (numeral 2) respectivamente:

### **Código Penal Italiano**

*“El que para procurarse a sí mismo o a otro un beneficio, abusando de las necesidades, de las pasiones o de la inexperiencia de un menor, o bien abusando del estado de enfermedad o de la deficiencia psíquica de una persona, aunque ésta no haya sido interdicta o inhabilitada, la induce a cumplir un acto que importe cualquier efecto jurídico dañoso para él o para los otros, será sancionado reclusión de dos a seis años y con multa de 80000 a 800000 liras.”*

### **Código Penal Argentino**

*“el abuso de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.*

Hemos considerado conveniente explicar brevemente éste ilícito en virtud del agraviado que es un incapaz o menor de edad, lo cual destaca la protección del Derecho Penal a la debilidad estructural de la víctima. Se han planteado dos posturas en torno a este tema. La primera teoría, considera este tipo de delito como un supuesto de estafa agravada. La segunda teoría, sostiene que dicho ilícito no regula un caso típico de defraudación, puesto que, no exige un comportamiento engañoso del autor como elemento determinante como medio comisivo sino un aprovechamiento indebido de la debilidad de la víctima que puede presentarse en distintos hechos delictivos como la usura, el hurto con destreza, etc. Lo importante para la circunvención de incapaces es el abuso de la debilidad de la víctima para obtener un provecho ilícito, configurándose el delito que corresponde en cada caso concreto.

Soler afirma que el ilícito en cuestión debería concebirse como una explotación de incapaces con finalidad de utilizarlos como instrumentos para la comisión de hechos delictivos. El mencionado autor, manifiesta que, el error es la viciosa construcción de una inteligencia real, por lo tanto, cuando en vez de un sujeto capaz de error, la víctima es un incapaz, esto es, un sujeto que decide en general erróneamente, quien explota esa deficiencia, se aprovecha de la preexistente condición defectuosa de los juicios, sin necesidad de provocarlos por medio de complicadas operaciones.<sup>194</sup>

De la misma manera, Romero Villanueva, expresa que el delito de circunvencción de incapaces exige que el sujeto pasivo se encuentre en inferioridad de condiciones para resistirse ante el influjo o la voluntad de quien lo induce a llevar a cabo lo que constituye el objeto del ilícito, por lo que cabe entender que el aspecto objetivo de la norma no exige que se compruebe fehacientemente que una persona se encontraba en estado de inconsciencia, o que se trataba de un demente, sino únicamente la comprobación de una apreciable disminución de sus capacidades psíquicas, bastando simplemente que al momento del hecho atravesase una disminución de sus facultades mentales, de tal modo que lo incapacite para preservar sus intereses.<sup>195</sup>

Núñez, manifiesta que dicho ilícito no constituye estafa, ya que, el incapaz o menor de edad no puede desplegar sus mecanismos de autoprotección en razón de su debilidad estructural, siendo que no está en juego la buena fe, ni el error de la víctima. El menor y el incapaz actúan sin ser sorprendidos y conociendo las circunstancias que rodean el hecho o pudiendo fácilmente conocerlas, pero acuciados por sus necesidades o a causa de su inexperiencia, de que se aprovecha quien consume el abuso.

Rocha Rivarola, considera que el término necesidad, debe entenderse como todo aquello que el incapaz considera indispensable, aunque en la realidad no lo sea, pudiendo estar constituido por cosas materiales (inmuebles, dinero, etc) o inmateriales (afectos, servicios,

---

<sup>194</sup> SOLER, *Derecho Penal Argentino*, p. 418.

<sup>195</sup> ROMERO VILLANUEVA, *Código Penal Comentado*, p. 757 y 758.

conocimientos) y “pasión”, como aquellos apetitos o afecciones vehementes a una cosa, especial estado que puede traducirse en entusiasmo o fogosidad y que sintetiza una intensidad de los afectos.

En el Derecho Penal peruano, no se acoge la circunvención de incapaces como delito autónomo que brinde protección a las víctimas estructuralmente débiles por su mera debilidad para cualquier finalidad delictiva, tal como se hace en las legislaciones argentinas e italiana. De esta forma, el código penal peruano protege a los menores de edad e incapaces como sujetos pasivos de diversos delitos tales como la usura y el numeral 1 del artículo 196 – A como supuesto de estafa agravada. En nuestra opinión, el tratamiento normativo de la víctima estructuralmente débil en los delitos patrimoniales debe analizarse en cada situación concreta para determinar ante qué tipo penal nos encontramos teniendo en cuenta la debilidad de la víctima que afecta su responsabilidad por las decisiones económicas.

## CONCLUSIONES

- I. Se debe rechazar las teorías causalistas y su influencia en los elementos de la estructura típica del delito de estafa, dejando de lado la interpretación que para la comisión de la estafa es necesaria una cadena de sucesos y de componentes, es decir, se considera que debe existir una conexión entre los elementos que configuran la estafa no es de causalidad material, sino de causalidad ideal o motivación.
- II. El segundo problema que se presenta por motivo de la teoría causalista es respecto al engaño, ya que no se tiene claro qué características debe revestir el engaño que es relevante penalmente para que se configure el delito de estafa bastando para algunos la simple presencia de una mentira que así sea absurda, burda o evitable que induzca a la víctima al error y está ejerza su disposición patrimonial. El tercer problema es la concepción de que el engaño debe ser eficaz para producirse la estafa o de lo contrario el ilícito quedará en la impunidad.
- III. Para encontrar una solución a éstos problemas es preciso ir más allá de una simple verificación de producción de hechos y dar paso a la teoría de la imputación objetiva como bien se ha explicado sus orígenes anteriormente con la cual se podrá realizar un correcto juicio del comportamiento del autor analizando la creación de un riesgo penalmente prohibido, la idoneidad del engaño, la competencia de la víctima, los deberes de veracidad y la esencia de lo que realmente se protege con la tipificación de la

estafa que no es posible desde la posición naturalista siendo está útil solamente para el juicio de imputación del resultado es decir el poder atribuirle la creación y realización del riesgo penalmente prohibido al agente.

- IV. Acogemos en éste trabajo que el bien protegido por la estafa es el patrimonio desde el concepto personal de éste dejando de lado criterios subjetivos como la valoración económica y tomando como eje a la persona con el conjunto de bienes que tiene en su poder delimitado objetivamente según esfera de organización. En consecuencia, ésta teoría ubica a la persona como centro de la definición de patrimonio, considerando como objeto de protección a los bienes como objetos que garantizan un espacio de libre desarrollo para ésta. De este modo, el perjuicio es la disminución del dominio de la persona sobre unos bienes que posibilitan las satisfacciones de su titular ya que el bien se integra a una concreta esfera de organización patrimonial individual.
- V. Para determinar el engaño relevante penalmente se necesita acoger la perspectiva de la imputación objetiva es el ámbito de organización de cada persona, puesto que cada uno es dueño de la administración de sus bienes evitándose que los daños o lesiones que se produzcan a la misma se extiendan a las esferas organizativas de otras personas, puesto que si bien los ámbitos de organización de una u otra persona pueden relacionarse entre sí como es el caso de una relación económica se espera que cada quién cumpla con su rol según su posición en dicha interacción.
- VI. La inveracidad se configura de modo objetivo, como discrepancia entre la realidad y lo manifestado por el autor y no como discrepancia entre la representación del autor y lo que éste manifiesta, por lo tanto, el engaño típico debe definirse como la infracción de un deber de veracidad.
- VII. En el contexto de la relación económica que hemos tratado se debe reconocer que no todos los operadores económicos que participan en una interacción de éste tipo son iguales ya que, puede haber personas que utilizan sus incumbencias de autoprotección para defenderse de comportamientos engañosos por lo que recurren a la verificación de las informaciones dadas

por el autor; pueden haber otras que simplemente por su ignorancia o su credulidad son más despistados y no cercioran de la información que se les brinda.

- VIII. El término debilidad de la víctima hace referencia a la desorientación de ésta última para ejercer su derecho de disposición patrimonial libremente. En dicho contexto, se pueden diferenciar tres grupos de víctima. En el primer grupo, se dice que la víctima ha recibido por parte del autor (en el cual recae un deber de veracidad) información falsa o a dejado de recibir la información que le corresponde según su rol en la relación económica en la cual se encuentra inserta, dado que, se ha producido una infracción de los deberes de veracidad por parte del agente se dice que el agraviado es “debilitado”. En el segundo grupo, la debilidad de la víctima se caracteriza por el hecho que el sujeto pasivo de la relación económica ha omitido sus deberes de autoprotección dando cabida fácilmente a la conducta engañosa del autor. En el tercer grupo y el más importante para el objeto de la presente investigación, la debilidad se presenta por la estructura natural de la víctima (falta de capacidad intelectual o anomalías mentales, etc.), por lo tanto es un tipo de víctima la cual no tiene las condiciones fácticas para tomar una decisión libre respecto a su patrimonio y dada su falta de capacidad cognitiva le surge la imposibilidad de protegerse con los deberes de autoprotección.
- IX. Los niños, enfermos mentales, incapaces absolutos, personas con problemas de socializados son considerados como víctimas estructuralmente débiles ya que, carecen de la capacidad necesaria para cumplir con lo propio de su rol en la relación económica. Al presentar una falta de capacidad intelectual y volitiva, éste tipo de víctima se encuentra en una situación más vulnerable y expuesta a una posible inveracidad por parte del autor. En el caso de las víctimas estructuralmente débiles, no se les puede exigir que tomen decisiones en razón de las medidas de autoprotección que se emanan de su rol en la relación económica que intervienen. Es decir, aun así el autor cumpla con los deberes de veracidad que se le impone, la víctima estructuralmente débil no es efectivamente libre en su organización patrimonial, por lo que las inveracidades que en un inicio no serían consideradas penalmente relevantes lo serían ante éste tipo de víctima por el déficit que presentan.

- X. El numeral 1 del artículo 196 – A del código penal peruano incluye a las víctimas que se conocen en la doctrina extranjera como víctima estructuralmente débil tales como los menores de edad, incapaces, e incluyendo erróneamente en dicha calificación a los adultos mayores de 65 años y las mujeres en estado de gravidez.
- XI. La primera solución normativa que se brinda como respuesta ante el tratamiento normativo de las víctimas estructuralmente débiles se encuentra en la negación de la relevancia que pueda tener la debilidad en la interacción económica. Como resultado de dicha postura, se nos presentan dos posibilidades de solución. En primer lugar, la víctima debería renunciar a entablar alguna relación económica y la segunda solución radica la intervención del agraviado débil en cualquier interacción económica pero sin contar con una garantía normativa, es decir, no se produciría un aumento de deberes de veracidad por parte del agente actuando éste como si se encontrara ante una víctima normal. Dicha solución no protegería a las víctimas débiles puesto que aquellos comportamientos engañosos que ante las víctimas normales serán burdas y no constituirían un engaño típico si serían acciones engañosas de relevancia normativa para una víctima débil pero al ser tratada con equivalencia a una víctima normal se dejarían fuera de la protección del tipo penal por ser engaños no “suficientes”.
- XII. La segunda solución radica en clasificar dos grupos de víctimas débiles. El primer grupo, hacía referencia a los menores de edad y enfermos mentales por lo cual se debería tener en consideración el criterio de la asunción, es decir, la víctima al carecer de poder real en su ámbito de organización patrimonial no se le puede imputar ninguna decisión de disposición por lo que el autor debe compensar dicho déficit intelectual si es que desea que el sujeto pasivo de la relación económica realice un acto de disposición de lo contrario debe renunciar a entablar una interacción económica con la víctima débil. Pawlik, opina que en cuanto al segundo grupo de víctimas el criterio de asunción no es de utilidad normativa, por lo que en su opinión los deberes de veracidad no bastan para compensar la deficiencia que la víctima

anormalmente socializada presenta siendo que la tarea de socialización compete al Estado.

- XIII. La tercera solución se presenta como el aumento de deberes de veracidad del autor, es decir que en el caso de víctimas como niños o incapaces que presentan cierto déficit intelectual por lo cual no puede decirse que disponen de su patrimonio libremente siendo así que algunos han planteado que el comportamiento del autor debe significar una asunción de mayores deberes de veracidad de los que inicialmente era responsable. En consecuencia, si el objetivo es que la víctima tenga mayor libertad de disposición debería gozar de una mayor cantidad de información teniendo el agente que suplir el déficit intelectual de la víctima.
- XIV. En la búsqueda de una solución normativa, el primer paso es determinar si la debilidad de la víctima es realmente relevante para el Derecho Penal. En tal sentido, ya hemos explicado anteriormente que existe una teoría que niega la importancia de la debilidad del agraviado a efectos del tipo penal de estafa pero que plantea problemas dogmáticos dado que no reconoce que los intervinientes en un plano de interacción económica no son iguales y algunos de ellos presentan déficit por lo que no se les puede tratar como una víctima normal sin que esto signifique su desprotección.
- XV. Se puede afirmar que el autor en el marco de una interacción económica con una víctima débil, se encuentra en una posición distinta a la que normalmente es propia de la relación económica estándar y por lo tanto ostenta mayores deberes de veracidad dirigidos a suplir el déficit de la víctima que se presenta como un agraviado débil inimputable actuando como instrumento al no tener responsabilidad de las decisiones económicas.
- XVI. La infracción de deberes por parte del autor en el contexto de una interacción económica con una víctima estructuralmente débil no da a lugar al delito de estafa sino al hurto.

- XVII. En el caso de los incapaces, se debe observar que el artículo en cuestión (196 – A) hace referencia a las personas con discapacidad en general incluyendo así, supuestos de incapacidad física, psíquica y mental. En efecto, consideramos que las personas con discapacidad física pueden realizar con libertad sus actos de disposición patrimonial sin necesidad que dicha incapacidad limite la comprensión de sus decisiones económicas (salvo casos concretos donde la discapacidad física no permita ejercer libremente la capacidad de disposición). De esta manera, es aplicable el artículo 196 que tipifica el delito de estafa o el 196 – A por temas de técnica legislativa. En el caso de personas con discapacidad mental, parece correcto reconocerles como víctimas estructuralmente débiles, puesto que el déficit cognitivo o psíquico es relevante y no les permite ser responsables de sus decisiones económicas (semejante a la condición de inimputabilidad), siendo aplicable el numeral 11 del artículo 186 que se refiere al delito de hurto agravado.
- XVIII. Las mujeres en estado de gravidez, en principio, no se consideran víctimas estructuralmente débiles. Por ende, se configurará el delito de hurto agravado cuando éstas presenten alguna anomalía mental o déficit en sus capacidades intelectuales y volitivas, que justifique su irresponsabilidad por sus decisiones económicas. De lo contrario, será de aplicación el artículo 196 que tipifica el delito de estafa, e incluso se podrá aplicar el numeral 1 del artículo 196 – A que describe la estafa agravada. Sin embargo, la aplicación de éste último será en virtud de la técnica legislativa y no por su consideración como víctimas estructuralmente débiles.
- XIX. Inicialmente, el adulto mayor de 65 años, podrá ser víctima de estafa aplicándose el artículo 196 o el numeral 1 del 196 – A, éste último en razón de la técnica legislativa y no por ser víctimas estructuralmente débiles. En cambio, si el adulto mayor de 65 años presenta algún déficit que le impida ejercer su libertad de disposición de forma consciente se constituirá como víctima estructuralmente débil siendo de aplicación el numeral 11 del artículo 186 referido a hurto agravado y no los tipos penales referidos a la estafa.

XX. Los menores de edad por carecer de libertad para realizar un acto de disposición patrimonial, por no comprender el acto económico que realizan y las consecuencias que derivan de éste, no pueden constituirse como víctimas del ilícito de estafa y sí como instrumento del agente teniendo como resultado una sustracción. Por ende, se deberá aplicar el numeral 11 del artículo 186 que tipifica el delito de hurto agravado en vez del numeral 1 del 196 – A que describe una agravante de la estafa por el tipo de víctima. En virtud, del artículo 1358, podemos afirmar que los contratos que realicen los menores de edad en razón de sus actividades ordinarias tales como la compra de una golosina, útiles escolares, juguetes, etc., se incluyen en el ámbito del riesgo permitido.



## BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, Las estafas y otros engaños en el código penal y en la jurisprudencia en “*Nueva Enciclopedia Jurídica*”: Tomo IX. Calos E. Macareña (Dir.) Barcelona: Francisco Seix, 1958.
- ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTIN, *Fraude y corrupción en el derecho penal europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2006.
- BACIGALUPO, *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Ara Editores. Primera Edición, 2004.
- BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, Madrid: Editorial Ramón Areces, 2004.
- BALMACEDA HOYOS, “Delito de estafa en la jurisprudencia chilena” en *Revista de Derecho Vol. XXIV - N° 1 - Julio 2011*, pp.71-72. Disponible en internet: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v24n1/art04.pdf>
- BALMACEDA HOYOS / ARAYA PAREDES, “*Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?*”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2009, Edición N° 11.
- BRAMONT – ARIAS TORRES, *Manual de Derecho Penal: parte general*, 2ª ed., Lima: Eddili, 2002.

- BRAMONT – ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho Penal: Parte especial, segunda edición*, Lima: Grijley, 1996.
- CABRERA GUIRAO / CONTRERAS ENOS, *El engaño típicamente relevante a título de estafa: Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, Santiago: Legal Publishing, 2009.
- CANCIO MELIÁ, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, *El funcionalismo en el Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), t. I, 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Barcelona: Bosch, 2001.
- CARO CORIA en “Lineamientos dogmáticos y jurisprudenciales del delito de estafa”. Disponible en internet: [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263\\_01estafa\\_ccaro.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263_01estafa_ccaro.pdf)
- CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona: Bosch, 2000.
- CONDE – PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- CORDECH / SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid: Civitas, 1999.
- DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- DIEZ - PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 2ª ed., Madrid: Tirant lo Blanch, 1983.
- DONNA, *Derecho Penal: Parte especial, Vol. II A, II B*, Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2001.
- ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlín: Duncker & Humblot, 1952.

- FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FINZI, *La estafa y otros fraudes*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961.
- GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GÁLVEZ VILLEGAS/ DELGADO TOVAR, *Derecho Penal: Parte especial Vol. II*, Lima: Jurista Editores, 2011.
- GARCÍA CAVERO, *Lecciones de derecho penal: parte general*, Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, Bogotá: Rubinzal Culzoni, 2003.
- GÓMEZ BENÍTEZ, “*Función y contenido del error en el tipo de estafa*” Disponible en internet <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46270.pdf>
- GONZÁLES RUS, *Compendio de Derecho Penal español: Parte Especial*, Madrid: Marcial Pons, 2000.
- GUTIÉRREZ FRANCES, *Fraude informático y estafa*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, “*Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa*” en *Revista Chilena de Derecho Vol. 37 - N° 1 - 2010, pp.9-41*. Disponible en internet <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v37n1/art02.pdf>
- HERZBERG, *Unterlassung*, Berlín: De Gruyter, 1975.
- HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, segunda edición*, Lima: Eddili, 1987.
- JAKOBS, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Bogotá: Universidad Externado

de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

JAKOBS, *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1995.

JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.

KINDHÄUSER, *La estafa como autoría mediata tipificada*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, trad. de Jorge Perdomo Torres, 2002.

KINDHÄUSER, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK) (Baden-Baden, Nomos 2. Aufl.)*, 2005.

MEDINA FRISANCHO, *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial: un estudio sobre el alcance de la autorresponsabilidad de la víctima en las actividades económico-financieras*, Lima: Grijley, 2011.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

OLIVER CALDERÓN, *Delitos contra la propiedad*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.

PAREDES INFANZÓN, *Delitos contra el patrimonio*, Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999.

- PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid: Marcial Pons, 2004.
- PASTOR MUÑOZ, NURIA: “El engaño típico en el delito de estafa” en *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial: I Jornada de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Piura 29 de octubre de 2004*, Lima: ARA Editores; Piura: Universidad de Piura, 2004.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: “El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa” en Silva Sánchez, *¿Libertad económica o fraudes punibles?: Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- PASTOR MUÑOZ, NURIA: “La construcción de un tipo europeo de estafa: Rasgos de la definición del comportamiento típico” en *Fraude y corrupción en el derecho penal europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2006.
- PAWLIK, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (Köln etc., Heymanns),1999.
- PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal: Parte especial: De acuerdo al nuevo código penal*”, Vol. II Lima: Ediciones Jurídicas, 1995.
- PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal: parte especial, Vol. II*, Lima: IDEMSA, 2010-2011.
- PÉREZ MANZANO / BAJO FERNÁNDEZ / SUÁREZ GONZÁLES, *Manual de derecho penal: parte especial: delitos patrimoniales y económicos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.
- PIÑA ROCHEFORT, *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Barcelona: Bosch, 2005.

- QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones, Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria, 1955.
- RADBRUCH, *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, (trad. Bustos), Buenos Aires: Nuevo Pensamiento Penal, 1975.
- REYES ALVARADO, *La Imputación Objetiva*, Colombia: Temis, 2005.
- RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español: Parte Especial*, 8ª ed., Madrid: Dykinson, 1991.
- ROMERO, *El delito de estafa*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.
- ROMERO VILLANUEVA, *Código Penal de la Nación Comentado*, 2ª ed., Buenos Lexis Nexis, 2008.
- ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, trad. Diego Luzón Peña.
- ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- SALINAS SICCHA, *Delitos contra el patrimonio*, 4ª ed., Lima: Grijley, 2010.
- SALINAS SICCHA, *Derecho Penal: Parte Especial*, Lima: Idemsa, 2005.
- SAUER, GUILLERMO. *Derecho Penal: Parte General*, Barcelona: Editorial Bosch S.A, 1956.
- SCHMOLLER, *Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung*, Berlín: Lebrbuch, 1970.
- SOLER, *Derecho Penal Argentino, Tomo IV*, Buenos Aires: Ejea, 1940.
- TORIO LÓPEZ, *Acción y resultado en la estafa típica procesal*, Salamanca: AAVV, 1982,
- VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa: Delimitación jurídico penal*. Barcelona: Bosch, 1988.

- VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal: Parte general*, Lima: Grijley, 1996.
- VON FEUERBACH, *Lehrbuch des allgemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Gießen, 1832.
- VON HENTIG, *Estudios de Psicología Criminal III, La estafa, tercera edición*, Madrid: Editorial Espasa - Calpe, 1972.
- VON LISZT, *La idea del fin en el derecho penal*, Santafé de Bogotá: Temis, 1990.
- VOSSGÄTTER GENNAT NIERMANN, *Concepto social de acción e imputación objetiva*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- WELZEL, *Estudios de derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal, causalidad y acción, derecho penal y filosofía*, Buenos Aires: Euros, 2003.
- ZEGARRA MULÁNOVICH, *Descubrir el Derecho: Nociones fundamentales de Derecho Privado y Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores, 2009.