



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

La imputación penal de la estafa desde la perspectiva de una adecuada imputación necesaria en el Perú

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Pilar Luisa CARBONEL VÍLCHEZ

ASESOR

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO

Lima, Perú

2022



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Carbonel, P. (2022). *La imputación penal de la estafa desde la perspectiva de una adecuada imputación necesaria en el Perú*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Pilar Luisa Carbonel Vílchez
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08738420
URL de ORCID	No registro
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Silfredo Jorge HUGO VIZCARDÓ
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08377880
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6996-2721
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Germán SMALL ARANA
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08105245
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Víctor Mario AMORETTI PACHAS
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08801553
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Andy Jefferson CARRIÓN ZENTENO
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41050169
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA.
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	41318295
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.2. Derecho Penal
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos Edificio: Unidad de Post Grado de Derecho País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Jesús María. Latitud: 46.91667 Longitud: 4.25
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Abril 2018 - abril 2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

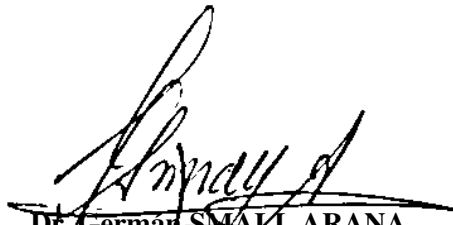
En la ciudad de Lima, a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil veintidós, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. Germán Small Arana, con la asistencia de los Profesores: Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, Dr. Víctor Mario Amoretti Pachas, Dr. Andy Jefferson Carrión Zenteno, Dr. Marcial Eloy Paucar Chappa y la postulante al Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Pilar Luisa CARBONEL VÍLCHEZ**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“LA IMPUTACIÓN PENAL DE LA ESTAFA DESDE LA PERSPECTIVA DE UNA ADECUADA IMPUTACIÓN NECESARIA EN EL PERÚ”**.

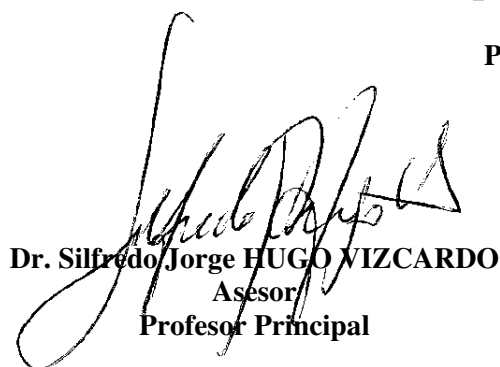
Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobada con calificación de bueno con la nota de dieciséis (16)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política a la **Mg. Pilar Luisa CARBONEL VÍLCHEZ**.

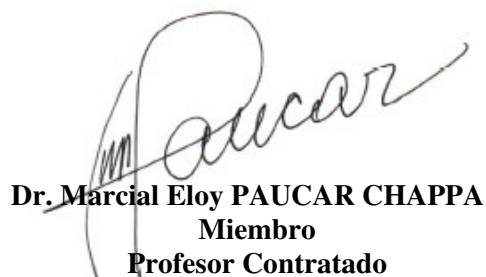
Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecinueve horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.


Dr. Germán SMALL ARANA
Presidente
Profesor Principal


Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Asesor
Profesor Principal


Dr. Víctor Mario AMORETTI PACHAS
Jurado Informante
Profesor Emérito


Dr. Andy Jefferson CARRIÓN ZENTENO
Jurado Informante
Profesor Contratado


Dr. Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA
Miembro
Profesor Contratado

Informe de Evaluación de Originalidad N° 032-2022-UPGD

1. *Facultad:* Facultad de Derecho y Ciencia Política
2. **UNIDAD DE POSGRADO**
3. **Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**
4. Dr. Francisco Miró Quesada Rada
5. **Operador :** Ing. Oscar Basilio Tambranco Quispe
6. Tesis para optar el grado académico de **Doctora en Derecho y Ciencia Política.**
7. **Autor:** PILAR CARBONEL VÍLCHEZ
8. Tesis: **“LA IMPUTACIÓN PENAL DE LA ESTAFA DESDE LA PERSPECTIVA DE UNA ADECUADA IMPUTACIÓN NECESARIA EN EL PERÚ”**
9. Fecha de Recepción de Documento : **11/05/2022**
10. Fecha de Aplicación del Programa Informático de Similitudes: **12/05/2022**
11. Software Utilizado
 - a. **TURNITIN**
12. Configuración de Programa detector de similitudes
 - a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
 - b. Excluye bibliografía
 - c. Excluye cadenas menores a 40 palabras
 - d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc,)
13. Porcentaje de similitud según programa detector de similitudes
 - a. **10% (Diez por ciento)**
14. Fuentes originales de las similitudes encontradas
 - a. https://issuu.com/derechovirtual/docs/final_derecho_penal_iv (3%)
 - b. <https://es.scribd.com/doc/297434799/Tomo-11-al-20-doc> (1%)
 - c. <http://docplayer.es/308495-El-principio-de-imputacion-necesaria-una-garantia-procesal-y-sustantiva-a-la-vez-derivada-del-diseno-de-un-sistema-penal-democratico-y-garantista.html> (<1%)
 - d. https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-18112016-115744/publico/TESE_INTEGRAL_Joao_Florencio_de_Salles_Gomes_Junior.pdf (<1%)
 - e. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9526> (<1%)

15. Observaciones

Con respecto a las fuentes originales de similitudes (todos los textos coloreados) se puede observar lo siguiente:

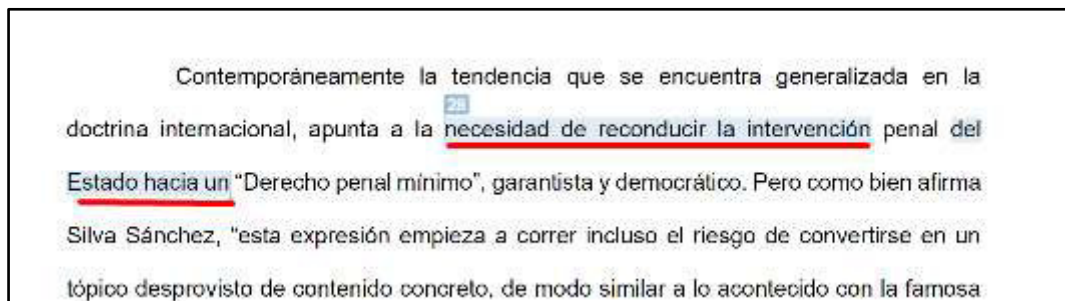


Imagen 1 – Se detectan similitud referente a normas legales, títulos, frases comunes al tema tratado, y otros que no superan el límite de 10%.

Observacion: Las similitudes no resultan significativas a la evaluación.

16. Calificación de la Originalidad

- a. Documento cumple criterios de originalidad, sin observaciones

Lima, 24 de mayo del 2022

..//OBTQ




Dr. Francisco José Miró Quesada Rada
DIRECTOR

TITULO: “LA IMPUTACIÓN PENAL DE LA ESTAFA DESDE LA PERSPECTIVA DE UNA ADECUADA IMPUTACIÓN NECESARIA EN EL PERÚ”

INTRODUCCIÓN

Modernamente concebido, el Derecho Penal se constituye en un mecanismo de control social formal, que, para intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, "necesario", puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. En tal sentido, si el Derecho Penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la exigencia de utilidad, lo que plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos. Planteamiento que incluso ha llevado a algunos, como Mauricio Martínez, a propiciar la posibilidad de la “abolición del Derecho penal”. (1990, p. 13)

En la actualidad la perspectiva en la que trabaja la dogmática penal, en cuanto a la aplicación objetiva del Derecho Penal, tiende a romper el aislamiento de la ciencia jurídica respecto de lo político y lo social. Ello es posible en la medida en que se reconoce que los puntos de partida para el conocimiento del Derecho Penal vigente requieren decisiones y se procura racionalizarlos en la medida de lo posible. Al efecto, los postulados de la política criminal sirven entonces de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del Derecho penal. En tal sentido, es posible afirmar que los puntos de vista político criminales impregnan fuertemente la construcción del sistema de conceptos de la

dogmática penal y que, por lo tanto, cada programa de política criminal tiene su sistema dogmático que funciona como instrumento adecuado a su realización.

“Es así que para implementar un adecuado sistema jurídico protector, es necesario comprender el desarrollo de los fundamentos y principios que regulan la intervención de la sociedad y el Estado frente al fenómeno de la criminalidad, regulando y limitando el *jus puniendi* estatal, a la vez que determinando y justificando la necesidad del recurso del control penal frente a hechos antisociales perniciosos; esto es, estableciendo el estudio de los diversos instrumentos y mecanismos de contenido social, económico, educativo y penal con los que se hace frente al delito, sobre todo frente a las nuevas exigencias de la sociedad globalizada y presencia de organizaciones criminales. Asimismo, es necesario atender al desarrollo de la política criminal desde una perspectiva práctica, vista como actuaciones de los agentes de la política criminal, legisladores, jueces, fiscales, policía, agentes penitenciarios, etc., así como desde la perspectiva teórica, es decir, percibiendo a la política criminal como ciencia y las relaciones que tiene con las demás ciencias sociales y penales como la dogmática penal y la criminología”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 32)

Actualmente, nuestra interacción social se desarrolla en el marco de una realidad convulsionada y sumamente peligrosa y trasgresora, donde constantemente se lesiona o pone en riesgo la diversidad de bienes jurídicos que el sistema protege. Uno de ellos es justamente el patrimonio económico de las personas, que es vulnerado por diferentes tipos de comportamientos, como en el caso de la estafa que, aunque no evidencia ribetes de violencia o daño, es, sin lugar a dudas, un comportamiento sumamente lesivo al interés patrimonial de las personas en sociedad, ya que con tal comportamiento se causa un gran daño social.

Se genera así una forma de “inseguridad ciudadana”, ligada a un sentimiento de vulnerabilidad ante la posibilidad de ser víctimas de comportamientos tan sutiles y envolventes como la estafa, en la que podemos caer cualquiera de nosotros por la habilidad y la destreza que muestran los delincuentes al propiciar el error conducente al desposeimiento patrimonial que nos puede afectar.

El incremento en la tasa de delitos defraudatorios, sobre todo en la realidad especial en la que vivimos, requiere una pronta y adecuada respuesta del Estado, tanto en la prevención como en el castigo de dichos comportamientos, para evitar de esta manera el malestar y la desconfianza en el sistema. Para ello se requiere precisamente de una actuación oportuna y eficiente de nuestro sistema judicial al momento de tipificar e imputar el delito de estafa. Surge así la necesidad de reevaluar los conceptos de imputación objetiva e imputación necesaria con respecto al tratamiento del delito de estafa.

Por ello, concepto de imputación necesaria no debe ser confundido con el de imputación objetiva. Es cierto que ambos implican atribución, pero eso no significa que sean lo mismo. La imputación objetiva es un conjunto de criterios valorativos normativos, que son estudiados por la ciencia jurídico-penal, y que ayudan a interpretar si puede o no atribuírsele a una persona un determinado comportamiento como riesgo típico. La imputación necesaria, en cambio, es estudiada por la ciencia procesal penal, y consiste en la atribución adecuada de un hecho concreto a una persona determinada para que ésta pueda defenderse negándolo o aceptándolo en cada uno de los extremos atribuidos. No obstante, es posible apreciar una interrelación entre ambos conceptos, ya que una adecuada imputación penal debe partir efectivamente del estudio adecuado del comportamiento típico, y si éste cumple con los fundamentos típicos establecidos por el Estado.

El principio de “imputación necesaria” refiere al derecho de defensa, se constituye en la condición esencial para generar la posibilidad de defenderse sobre cada uno de los extremos concretamente imputados; su omisión haría estéril el ejercicio del derecho de defensa ya que de no ser así nunca se conocería a ciencia cierta del núcleo o límites de lo que el imputado debería conocer para así poder refutar. En efecto, como queda claro, la imputación necesaria o principio-derecho de imputación correctamente formulada, como señala Julio Maier, “es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente”. (2000, p. 214)

No sólo el principio de «imputación necesaria», se imbrica con las garantías procesales de defensa y contradicción, sino también con la exigencia constitucional de la «debida motivación», pues si en la sentencia (auto) judicial no se especifica e individualiza la imputación jurídico-penal, se afecta el derecho de los justiciables de obtener una decisión fundada en Derecho, donde se explicita con todo rigor argumentativo (fáctico y jurídico), las razones por las cuales se arriba a tal o cual parecer, lo cual determina un menoscabo al derecho que tiene toda persona, de conocer con exactitud los motivos del amparo o del desamparo jurisdiccional. (Cfme. Peña Cabrera Freyre, T II, p. 154)

Por ello es que con nuestra investigación pretendemos realizar un estudio de los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva en relación con el delito de estafa como fundamento de una adecuada imputación necesaria. Pretendemos también establecer si en nuestro sistema judicial, se identifica adecuadamente la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que determina la imputación penal de la estafa, así como determinar también si la auto puesta en riesgo de la propia víctima, es relevante para la imputación penal de la estafa y si la utilización del contrato criminalizado resulta idónea, para la configuración de la estafa y su imputación. Todo ello con la finalidad de proponer las modificaciones legislativas pertinentes.

Para este efecto, hemos dividido nuestro trabajo fundamentalmente en tres partes. La primera está referida a los aspectos metodológicos, en la que identificamos la realidad problemática, definimos los problemas de investigación y las correspondientes hipótesis; precisamos los objetivos y la justificación de la investigación, así como su marco teórico y la metodología y las técnicas de investigación a utilizar. En la segunda parte nos referimos ya a la estructura teórica de la tesis, en la que en el Capítulo I, tratamos acerca de los aspectos generales de la imputación penal, tratando importantes temas teóricos relativos a las finalidades y conceptualización del Derecho penal, su instrumentalización como mecanismo de control social, la política criminal y la legitimación del control penal, el Derecho penal y su modernización y expansionismo, entre otros temas de relevancia teórica.

En el Capítulo II abordamos el estudio ya de la imputación de los delitos defraudatorios, sus aspectos conceptuales, el bien jurídico protegido y el objeto material, la naturaleza jurídica del injusto, la imputación penal causalista, la Imputación objetiva de la conducta defraudatoria, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el riesgo permitido y disminución del riesgo, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la auto puesta en riesgo. En el Capítulo III desarrollamos propiamente el estudio de la imputación del delito de estafa, apreciando sus antecedentes legislativos, su conceptualización, su tipo objetivo y subjetivo, la inducción o mantenimiento del error, la idoneidad del medio, la posibilidad del engaño omisivo, el contrato criminalizado, la consumación y tentativa, su consecuencia jurídica y las diferentes modalidades agravadas.

INDICE:

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS METODOLOGICOS

I. "PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA"

1. "Descripción de la realidad problemática"
2. "Problema general"
3. "Problemas específicos"

II. "FORMULACION DE HIPOTESIS"

1. "Hipótesis principal"
2. "Hipótesis secundarias"

III. "MATRIZ DE CONSISTENCIA"

IV. "JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN"

V. "OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN"

1. "Objetivo general"
2. "Objetivos específicos"

VI. "MARCO TEÓRICO – ESTADO DE LA CUESTIÓN"

1. "Antecedentes del problema"
 - 1.1. "Antecedentes nacionales"
 - 1.2. "Antecedentes internacionales"
2. "Principales corrientes teóricas explicativas"
3. "Marco normativo"

VII. "PROPUESTA TENTATIVA DE SOLUCIÓN PROYECTADA"

VIII. "METODOLOGÍA"

IX. "PRESUPUESTO"

X. "CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES"

SEGUNDA PARTE
ESTRUCTURA TEÓRICA DE LA TESIS

CAPÍTULO I
ASPECTOS GENERALES DE LA
IMPUTACIÓN PENAL

1. Finalidades y conceptualización del Derecho penal
2. Instrumentalización del Derecho penal como mecanismo de control social
3. La política criminal y la legitimación del control penal
4. El Derecho penal, su modernización y expansionismo
5. Carácter valorativo y finalista del Derecho penal
6. Carácter personalísimo del Derecho penal
7. Carácter represivo – preventivo del Derecho penal
8. Carácter protector de bienes jurídicos
9. Carácter represivo del Derecho penal
- 10.- Función instrumental y simbólica del Derecho penal
12. Función ética y social del Derecho penal
13. Teoría del delito y el concepto del delito
14. La imputación penal y el encuadramiento típico
15. La imputación necesaria y la imputación objetiva

CAPÍTULO II
IMPUTACIÓN DE LOS DELITOS
DEFRAUDATORIOS

1. Aspectos conceptuales
2. El bien jurídico protegido y el objeto material
3. El injusto: mínima y máxima lesividad
4. Naturaleza jurídica del injusto
5. Defraudación y estafa
6. La imputación penal causalista
 - 6.1. Tesis que se fundamentan en posiciones subjetivas
 - 6.2. Tesis que se fundamenta en posiciones objetivas
 - 6.3. Tesis mixtas o de la unión objetivo-subjetivas
7. Imputación objetiva de la conducta defraudatoria
 - 7.1. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado
 - 7.2. El riesgo permitido y disminución del riesgo
 - 7.3. Principio de confianza
 - 7.4. Prohibición de regreso
 - 7.5. Auto puesta en riesgo

CAPÍTULO III

IMPUTACIÓN DE LA ESTAFA

1. Antecedentes legislativos
2. Conceptualización
3. El tipo objetivo de la estafa
 - 3.1. Sujetos de la acción: autoría y participación
 - 3.2. Estructura típica de la estafa
 - 3.2.a) Inducción o mantenimiento del error
 - 3.2.b) Idoneidad del medio: Engaño, astucia, ardid.
 - 3.2.c) Posibilidad de un engaño omisivo

- 3.2.d) El contrato criminalizado
- 3.2.e) El negocio ilícito
- 3.2.f) Provecho patrimonial ilícito
- 4. El tipo subjetivo de la estafa
- 5. Consumación y tentativa
- 6. Consecuencia jurídica
- 7. Estafa agravada
 - 7.1. Condición personal de la víctima
 - 7.2. Multiplicidad de agentes
 - 7.3. Pluralidad de víctimas
 - 7.4. Contratación específica
 - 7.5. Acceso a datos de tarjeta de ahorro o crédito
 - 7.6. Sobre sujetos vulnerables

TERCERA PARTE

“TOMA DE POSTURA Y CONSECUENCIAS”

- 1. “Contrastación de las hipótesis: Toma de postura”
- 2. “Conclusiones”
- 3. “Propuesta de solución del problema: Recomendaciones”
- 4. “Consecuencia de la implementación de la propuesta”
- 5. “Beneficios que aporta la propuesta”

“REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS”

DESARROLLO:

I. “PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA”

1. “Presentación del tema y del problema”

Nuestra realidad actual presenta un panorama especialmente peligroso y trasgresor de los derechos fundamentales de la persona en sociedad, donde cotidianamente vemos con estupor e impotencia, la proliferación de delitos que afectan los más preciados bienes jurídicos de la persona en sociedad, entre los que se encuentra el patrimonio económico, que es objeto de atentados diversos, como hurtos, robos extorsiones, y entre otros de estafa, que si bien no constituye un acto de violencia que genere riesgo con respecto a la vida o integridad de la personas, se constituye también en un medio de afectación del bien jurídico “patrimonio”, que tiene gran incidencia en sociedad y verdaderamente causa gran daño e incremento del riesgo para tal bien jurídico.

Ante ello, con toda razón, reclamamos de nuestras instituciones penales un adecuado y efectivo control de tal criminalidad, que hoy por hoy, engrosa significativamente la estadística criminal. Así, para el logro de tal finalidad, el Estado mediante sus órganos de persecución del delito, en especial de la Fiscalía, que asume constitucionalmente la titularidad de la acción penal y el Poder Judicial, como órgano de decisión jurisdiccional, debe afinar sus mecanismos de función propiciando no sólo una adecuada y técnica legislación, sino también una adecuada imputación de las conductas delictivas, para efectivizar un correcto encuadramiento de la conducta típica para evitar errores judiciales y evidentemente también propiciar la seguridad jurídica, muy necesaria

dentro de un Estado que se precie de social y democrático, donde sus instituciones funcionen adecuadamente y con justicia.

Por ello, para propiciar un estado de equilibrio entre la seguridad jurídica y la imputación penal, es necesario reevaluar los fundamentos de la imputación objetiva como parámetro y guía de una adecuada función de imputación necesaria, que al parecer no se encuentra suficientemente desarrollada desde la perspectiva teórica en nuestro medio, por lo que es necesario abordar su adecuado estudio para constatar si efectivamente en nuestra operatividad judicial se aplican correctamente, fundamentalmente en el caso de la imputación del delito de estafa.

2. “Problema principal”

2.1. ¿”La imputación que se hace del delito de estafa en nuestra operatividad judicial, cumple con los postulados que sustentan los principios de la imputación objetiva”?

3. “Problemas secundarios”

3.1. ¿”En nuestro sistema se identifica adecuadamente la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que determina la imputación penal de la estafa”?

3.2. ¿”La auto puesta en riesgo es relevante para la imputación penal de la estafa”?

3.3. ¿”El contrato criminalizado es idóneo para la configuración de la estafa y su imputación”?

II. “FORMULACION DE HIPOTESIS”

1. “Hipótesis principal”

H. “En la imputación del delito de estafa que se hace en nuestro sistema judicial, no se utilizan adecuadamente los fundamentos que sustentan la teoría de la imputación objetiva”.

2. “Hipótesis secundarias”

H.1. “La imputación penal en el delito de estafa requiere necesariamente la identificación adecuada de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado”.

H.2. “La auto puesta en riesgo es relevante para la imputación penal de la estafa, pudiendo ser causa de atipicidad de la conducta”.

H.3. “El contrato criminalizado si puede ser idóneo para la configuración de la estafa y su imputación penal”.

III. “MATRIZ DE CONSISTENCIA”

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO PRINCIPAL	HIPÓTESIS PRINCIPAL
2.1. ¿La imputación que se hace del delito de estafa en nuestra operatividad judicial, cumple con los postulados que sustentan	1.1. “Identificar si en el sistema judicial peruano, la imputación penal del delito de estafa cumple con los postulados que sustentan	H. “En la imputación del delito de estafa que se hace en nuestro sistema judicial, no se utilizan adecuadamente los

los principios de la imputación objetiva”?	los principios de la imputación objetiva”.	fundamentos que sustentan la teoría de la imputación objetiva”.
PROBLEMAS SECUNDARIOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	
3.1. ¿”En nuestro sistema se identifica adecuadamente la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que determina la imputación penal de la estafa”? 3.2. ¿”La auto puesta en riesgo es relevante para la imputación penal de la estafa”? 3.3. ¿”El contrato criminalizado es idóneo para la configuración de la estafa y su imputación”?	2.1. “Realizar un estudio de los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva en relación con el delito de estafa”. 2.2. “Establecer si en nuestro sistema judicial, se identifica adecuadamente la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que determina la imputación penal de la estafa”. 2.3. “Determinar si la auto puesta en riesgo de la propia víctima, es relevante	H.1. “La imputación penal en el delito de estafa requiere necesariamente la identificación adecuada de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado”. H.2. “La auto puesta en riesgo es relevante para la imputación penal de la estafa, pudiendo ser causa de atipicidad de la conducta”. H.3. “El contrato criminalizado si puede ser idóneo para la

	para la imputación penal de la estafa”. 2.4. “Determinar si la utilización del contrato criminalizado resulta idónea, para la configuración de la estafa y su imputación”. 2.5. “Proponer las modificaciones legislativas pertinentes”.	configuración de la estafa y su imputación penal”.
--	--	---

IV. “JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN”

Como ya hemos tenido la oportunidad de establecer, nuestra realidad social actual denota una interacción convulsionada y sumamente peligrosa y trasgresora, donde constantemente se lesiona o pone en riesgo la diversidad de bienes jurídicos que el sistema pretende proteger. Es así que uno de estos derechos fundamentales objeto de protección penal es el patrimonio económico de las personas, que en el marco de nuestro desarrollo social se ve constantemente vulnerado por diferentes tipos de comportamientos, algunos violentos, como los robos y extorsiones; y otros, como en el caso de la estafa, que aunque no evidencia ribetes de violencia o daño, es, sin lugar a dudas, un comportamiento

sumamente lesivo al interés patrimonial de las personas ya que con tal comportamiento se causa un gran daño social.

La vigencia de estos comportamientos delictivos genera, a no dudarlo, una forma constante de “inseguridad ciudadana”, que influencia la psiquis y determina un sentimiento de suma vulnerabilidad del sujeto social, ante la posibilidad de ser víctima de comportamientos tan sutiles y envolventes como la estafa, en la que podemos caer cualquiera de nosotros por la habilidad y la destreza que muestran los delincuentes al propiciar el error conducente al desposeimiento patrimonial que nos puede afectar.

Y es que el incremento en la tasa de estos delitos que involucran comportamientos engañosos y defraudatorios, que generan daño a la economía de las personas, requiere una pronta y adecuada respuesta del Estado, tanto en la prevención como en el castigo de dichos comportamientos, para evitar de esta manera el malestar y la desconfianza en el sistema. Para ello requerimos precisamente una actuación oportuna y eficiente de nuestro sistema judicial al momento de tipificar e imputar el delito de estafa. Por ello, y para lograr una adecuada función de prevención estatal, se hace necesario reevaluar los conceptos de imputación objetiva e imputación necesaria con respecto al tratamiento del delito de estafa.

Así, es necesario afinar los mecanismos de la función fiscal y judicial, con la finalidad que se realice una adecuada imputación de las conductas delictivas, para efectivizar un correcto encuadramiento de la conducta típica para evitar errores judiciales y como consecuencia de ello, también propiciar la seguridad jurídica, muy necesaria dentro de un Estado que se precie de social y democrático, donde sus instituciones funcionen adecuadamente y con justicia.

Por ello, nuestra investigación se justifica, ya que pretendemos realizar un estudio de tipo teórico jurídico, que nos permita reevaluar los fundamentos de la imputación objetiva como soporte de una eficiente y técnica imputación necesaria, para propiciar un estado de equilibrio entre la seguridad jurídica y la imputación penal, que al parecer no se encuentra suficientemente desarrollada desde la perspectiva teórica en nuestro medio, por lo que es necesario abordar su adecuado estudio para constatar si efectivamente en nuestra operatividad judicial se aplican correctamente, fundamentalmente en el caso de la imputación del delito de estafa.

También la investigación tiene justificación de carácter práctico, puesto que implicará analizar en su dimensión pragmática, diversos casos que se han dado en nuestro orden interno, que han determinado decisiones judiciales diversas y controvertidas, sobre la temática presentada y que es objeto de investigación, denotándose con ello una muestra clara de la necesidad de un estudio profundo sobre los conceptos desarrollados en estos importantes casos sobre los fundamentos normativos de la imputación de la estafa y su adecuación a los principios de la imputación objetiva.

V. “OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN”

1. “Objetivo principal”

1.1. “Identificar si en el sistema judicial peruano, la imputación penal del delito de estafa cumple con los postulados que sustentan los principios de la imputación objetiva”.

2. “Objetivos específicos”

2.1. “Realizar un estudio de los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva en relación con el delito de estafa”.

2.2. “Establecer si en nuestro sistema judicial, se identifica adecuadamente la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que determina la imputación penal de la estafa”.

2.3. “Determinar si la auto puesta en riesgo de la propia víctima, es relevante para la imputación penal de la estafa”.

2.4. “Determinar si la utilización del contrato criminalizado resulta idónea, para la configuración de la estafa y su imputación”.

2.5. “Proponer las modificaciones legislativas pertinentes”.

VI. “MARCO TEÓRICO – ESTADO DE LA CUESTIÓN”

1. “Antecedentes del problema”

1.1. Tesis nacionales

1.1.1. TESIS TÍTULO: “LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN”

AUTOR: HESBERT BENAVENTE CHORRES

UNIVERSIDAD: UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

GRADO: MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

AÑO: LIMA 2005

RESUMEN: Manifiesta el tesista que “la comisión por omisión es una situación compleja: es comisión y es omisión. Esta figura está prevista en el artículo 13° del Código Penal, cuya ratio, se basa en un deber jurídico que el sujeto activo detenta y la realización del tipo penal mediante un hacer. Sin embargo, la figura de la comisión por omisión presenta un bajo tratamiento jurisprudencial y dogmático en el país, que, frente al texto del artículo 13° del Código Penal, presenta dificultades a la hora de establecer si se está o no ante la realización del tipo penal de hacer mediante una omisión. Estas dificultades se presentan tanto en la calificación de sujeto activo, así como, en el comportamiento típico, haciendo dificultoso la labor de los Tribunales de Justicia, específicamente al dictarse diversos pronunciamientos contradictorios o sin suficientes fundamentos normativos – valorativos, esto es, de contenido material. Frente a ello, es necesario brindar criterios nomológicos que permitan determinar si se procede o no a imputar la conducta en un tipo penal específico por la presencia de una comisión por omisión u omisión impropia”.

“En lo que respecta al trabajo de campo, el 72% de los encuestados estiman que los fallos emitidos por la Corte Suprema sobre la omisión impropia no se han basado en criterios lógicos y normativos adecuados, como puede ser la correcta aplicación de criterios de la imputación objetiva. Y esto se corresponde con el 84% de los encuestados que consideran que los operadores jurídicos no cuentan con el aparato conceptual necesario para el análisis de la omisión impropia. En lo que se refiere a las doctrinas investigadas en materia de omisión, las mismas dividen sus opiniones sobre la base del método de estudio de las categorías jurídico – penales; así tenemos: Ontologismo y el Normativismo. Y el estudio pormenorizado de éstas coadyuvó a clarificar, por un lado, la naturaleza de la omisión, y

por otro lado, el problema de investigación: la determinación de los criterios materiales adecuados para el análisis jurisprudencial de la omisión”.

CONCLUSIONES RELEVANTES: 1. “Según los datos obtenidos del trabajo de campo, así como, de las corrientes doctrinales estudiadas, se tiene que, es la imputación objetiva la que presenta una mejor gama de criterios normativos para establecer si una omisión corresponde a la realización de un tipo penal de comisión; de esta manera, se ha comprobado la hipótesis de trabajo planteada en la presente investigación. 2. En lo que respecta al trabajo de campo, el 72% de los encuestados estiman que los fallos emitidos por la Corte Suprema sobre la omisión impropia no se han basado en criterios lógicos y normativos adecuados, como puede ser la correcta aplicación de criterios de la imputación objetiva. Y esto se corresponde con el 84% de los encuestados que consideran que los operadores jurídicos no cuentan con el aparato conceptual necesario para el análisis de la omisión impropia. 3. En lo que se refiere a las doctrinas investigadas en materia de omisión, las mismas dividen sus opiniones sobre la base del método de estudio de las categorías jurídico – penales; así tenemos: Ontologismo y el Normativismo. Y el estudio pormenorizado de éstas coadyuvó a clarificar, por un lado, la naturaleza de la omisión, y por otro lado, el problema de investigación: la determinación de los criterios materiales adecuados para el análisis jurisprudencial de la omisión”.

4. “Lo ontológico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo fáctico o lo real. Los entes pueden ser reales o ideales. La 284 consideración por parte del Derecho de la realidad, objeto de su regulación, no implica, por sí misma, la vinculación del mismo a estructuras lógico– objetivas. En cambio, el normativismo establece la necesidad de que el Derecho Penal trabaje con conceptos normativos y abandone definitivamente los criterios ontológicos, lo cual encontrará su aplicación dentro de cada una de las categorías del delito. 5. Desde una perspectiva ontológica o naturalista, la

omisión es aquella modalidad del comportamiento humano (diferente a la acción, en un relación de a y no-a) que consiste en un no hacer (intransitivo) o un no hacer algo (transitivo) la cual, a mérito de un nexo de causalidad hipotética, es la causa, por la cual, el resultado no se evitó, sino que, por el contrario, se realizó, debiéndose responsabilizar a la persona porque tenía el deber jurídico o posición de garante (ya sea que la ley o el contrato lo establezca, o bien, por su relación frente al bien jurídico) de evitar el resultado. Este tipo de tendencia conduciría a justificar la mera equivalencia o correspondencia de la omisión con la acción, dado que, al ser estructuralmente diferentes, sólo cabría una semejanza entre éstas, en aras de la punibilidad de la omisión impropia y el respeto al principio de legalidad”.

6. “Desde una perspectiva normativista, la omisión no se presenta en el plano del ser, por lo que, no cabe diferenciarlo con la acción, sino que, la omisión es una valoración realizada al comportamiento del sujeto con relación a lo descrito en el tipo penal, cuyo contenido delimita el juicio de imputación objetiva del comportamiento, así como, del resultado típico, sin la necesidad de exigir un elemento especial, exclusivo y excluyente, como la posición de garante. Este tipo de tendencia justificaría el argumento que, entre acción y omisión puede darse una identidad a nivel de un determinado tipo penal. 7. Doctrinalmente, es preferible la perspectiva normativista, dado que, la omisión (relevante para el sistema penal) es el resultado de una valoración normativa cuyo referente es el material fáctico en el proceso de adscripción a un determinado tipo penal. En efecto, en el plano del ser solamente hay 285 actividades positivas, la afirmación de que algo se omitió es una valoración que un tercero realizó del obrar de una persona; tomando, para ello, el tercero un punto de referencia”.

FUENTE:

http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/LA_IMPUTACION_OBJETIVA_EN_LA_COMISION_POR_OMISION_-_TESIS.pdf

1.1.2. TESIS TÍTULO: “EL DELITO DE ESTAFA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA”.

AUTOR: VILLAR AMASIFEN, GERALDO JACOMO

UNIVERSIDAD: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÚ

GRADO: TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AÑO: 2018

RESUMEN: Manifiesta el tesista que “a situación problemática donde las penas impuestas en el delito de estafa por montos ínfimos colisionan con el principio de proporcionalidad, con ello se formuló el problema: ¿En qué casos, el Delito de Estafa carecerá del reproche penal de Pena privativa de la Libertad?, justificando la presente investigación pretendiendo estudiar la figura jurídica del delito de estafa desde la óptica del principio de Proporcionalidad a efectos de postular un nuevo tipo penal, como objetivo el Identificar los casos en que el Delito de Estafa carecerá de reproche penal de pena Privativa de Libertad y como Hipótesis que si el valor del perjuicio económico es de mínima cantidad económica en el delito de estafa, entonces carecerá de reproche penal de pena privativa de libertad. La investigación es de tipo Básico, diseño no experimental, método de investigación hipotético deductivo, técnica de una encuesta con 7 preguntas, con población de 40 fiscales, 10 jueces y 200 abogados y como muestra se tomó a 5 jueces penales, 20 fiscales

penales y 20 abogados penalistas; de la encuesta realizada se tiene como resultado trascendente que el 71.11 % de la muestra está de acuerdo con que en el delito de estafa si el valor afectado es menor a 1 RMV entonces carecerá de reproche penal, con la presente investigación se ha llegado a la conclusión de que si en el delito de estafa existe cuantía menor de 1 RMV esta se tramitaría como falta descongestionando la carga fiscal, por lo que se recomienda modificar el tipo penal de la estafa”.

En la actualidad, manifiesta, “la fiscalía comenzó a recibir diversas denuncias por el delito de estafa que se encuentra tipificado en el código penal en su artículo N° 196, pero que pasa cuando en estas denuncias son por montos mínimos por delito de estafa generando con ello una carga procesal excesiva, además de generar que el imputado sea sancionado con penas desproporcionadas en atención al daño ínfimo que han ocasionado, en razón a ello se tuvo el siguiente problema general, ¿en qué casos el delito de estafa carecerá del reproche penal de Pena Privativa de libertad?, y el siguiente Problema específico ¿Cuál es el fundamento jurídico que justifica el desmerecimiento de pena privativa de libertad del delito de estafa en casos que exista un perjuicio económico de mínima cantidad?, asimismo se plantearon los siguientes objetivos el de identificar los casos en el que el delito de estafa carecerá de reproche penal de pena privativa de libertad y la de desarrollar el fundamento jurídico que justifica el desmerecimiento de pena privativa de libertad en el delito de estafa en casos que exista un perjuicio económico de mínima cantidad, la hipótesis principal que se plasmo fue la de si el valor del perjuicio económico es de mínima cantidad económica en el delito de estafa entonces carecerá de reproche penal de pena privativa de libertad y la hipótesis específica fue si la aplicación del principio de proporcionalidad de pena justifica el desmerecimiento de pena del delito de estafa en casos que exista un perjuicio económico de mínima cantidad, para comprobar la hipótesis se realizó una encuesta que dio como resultado el que la mayoría estaba de acuerdo en que si en el delito de estafa el valor del perjuicio económico es inferior a 1RMV entonces

carecerá de merecimiento de pena privativa de libertad, comprobándose así la hipótesis, llegando a la conclusión de que si en el delito de estafa se logra establecer una cuantía de 1RMV”.

“Entonces dejara de ser delito y se procesara como falta descongestionando la carga fiscal. Para lo cual el presente trabajo se desarrollará con la siguiente estructura: En el capítulo I, se abordará el problema de investigación, los objetivos de la investigación, la justificación e importancia, así como también las limitaciones que tuvo la investigación. En el capítulo II, se desarrollará el marco teórico, en el que se abordará los antecedentes de estudios, los marcos de referencia, como el teórico, jurídico e histórico. En el capítulo III, se desarrollará el marco metodológico, siendo el estudio de tipo básico porque busca obtener nuevo conocimiento científicos, con un diseño no experimental debido a que estudiará a los fenómenos sociales tal como está sin alterarlo En el capítulo IV se desarrolla el análisis e interpretación de los resultados, a través de gráficos con los resultados obtenidos después de la encuesta realizara a 20 fiscales y 5 jueces, siendo el criterio de inclusos, los magistrados que tengan mayor antigüedad en el cargo y 20 abogados que tenga la especialidad en derecho penal. Y por último el capítulo V el de las conclusiones y recomendaciones, además de las referencias bibliográficas y anexos que fueron necesarios para el mejor desarrollo de la investigación”.

CONCLUSIONES RELEVANTES: a) “Los Magistrados del Poder Judicial y Ministerio Publico, así como los abogados de Lima Sur consideran que el delito de estafa no debería de tener reproche penal de pena privativa de libertad si el monto afectado no sobrepase la remuneración mínima vital. b) El Principio de Proporcionalidad resulta ser el fundamento jurídico más relevante que justifica el desmerecimiento de pena del delito de estafa en casos que exista un perjuicio económico de mínima cantidad. c) Finalmente como ultima conclusión señalamos que si en el delito de estafa se logra establecer una cuantía de una

remuneración mínima vital y esta se tramita como falta entonces se descongestionara la carga procesal del fiscal ya que los justiciables acudirán directamente al juzgado de paz letrado donde su caso se resolverá en audiencia única siendo que podrán obtener una sentencia mucho más célere que la del proceso común, es decir para estafas que no sobrepasen la remuneración mínima vital estas deberían ser tramitadas como faltas ayudando de esta manera a no sobrecargar al Ministerio Público con montos ínfimos".

POR ELLO ES NECESARIO: 1) "Realizar eventos académicos por parte de la Escuela del Ministerio Público con el efecto de internalizar en los representantes del Ministerio Público la figura jurídica del delito de estafa. 2) Realizar eventos académicos por parte de la escuela de Investigaciones del Poder Judicial, dirigido a los jueces para que internalicen los conocimientos del delito de estafa. 3) Realizar eventos, fórums, conferencias sobre el delito de estafa realizada por los colegios de abogados de los distintos distritos judiciales a efectos que los agremiados puedan conocer sobre la figura jurídica de la estafa. 4) Propuesta de lege ferenda: "El que realiza la conducta prevista en el artículo N° 196, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ciento veinte jornadas o con sesenta a ciento ochenta días de multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el monto estafado."

FUENTE: <http://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/AUTONOMA/625>

1.1.3. TESIS TÍTULO: "PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA ¿TIENE RESPONSABILIDAD PENAL EL TERCERO PRODUCTOR DE UN RIESGO?".

AUTOR: BRANKO SLAVKO YVANCOVICH VÁSQUEZ

UNIVERSIDAD: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ - PUCP

GRADO: MAGISTER EN DERECHO PENAL

AÑO: 2017

RESUMEN: Indica el tesista que “la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida fácilmente podrían ser el dúo que más complicaciones presenta al momento de querer fundamentar la responsabilidad penal de una persona vinculada con un hecho delictivo. Las razones no son pocas, pues al analizar los diversos casos que presenta la jurisprudencia extranjera y nacional, podrá apreciarse claramente una serie de factores individuales y diferenciadores entre ellas. Pero, la principal pregunta que surge como antecedente a este tema es ¿de qué tratan?”.

“La pregunta es absolutamente válida, pues creo que la dificultad de establecer cuándo se está en un escenario u otro es lo que ha puesto una serie de trabas metodológicas para su correcto análisis dogmático y adopción jurisprudencial. De hecho, el lector podrá encontrar en la batería de casos que acompañan estas páginas, cómo existen diversas interpretaciones, muchas veces confusas o hasta contradictorias. Los aspectos metodológicos me impiden dar un breve resumen sobre el contenido de cada una de estas figuras, pues las líneas que a ello le dedicaría no harían justicia a las más de cuarenta páginas que he destinado a esquematizar metodológicamente el contenido de la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida. No obstante, la lectura de esta primera parte dará luces tanto de la problemática como la solución propuesta”.

“En efecto, considero necesario comentar que existe un sector de la doctrina que sostiene que tanto la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida no presentan mayores diferencias y que, además, pueden ser fácilmente solucionadas con criterios de mera autopuesta en peligro excluyente de responsabilidad penal. Sin embargo, considero necesario también sostener que dicho sector no ha podido identificar las particularidades que presenta cada una de ellas tanto a nivel de imputación objetiva como de título de imputación. Desde luego, varios argumentos fuertes pueden encontrarse entre ellos; sin embargo, considero que la complejidad de estas figuras penales que he desarrollado en el presente trabajo permite fundamentar la necesidad de darles un tratamiento tanto diferenciado como especializado. La segunda parte del presente trabajo la he destinado a buscar el fundamento para la intervención penal. Personalmente, como persona que sigue el trabajo de Claus Roxin y con la debida asesoría de su discípulo y mi profesor, Raúl Pariona, he sabido incorporar en este trabajo la necesidad de encontrar, precisar y desarrollar dicho fundamento, el cual podrá ser encontrado en la teoría del poder como criterio legitimador de la intervención del Derecho Penal”.

“Finalmente, la tercera y última parte es la aplicación de la postura propuesta en el segundo capítulo, donde he aplicado a los casos tomados de la jurisprudencia extranjera mi teoría, la cual considero tanto coherente como válida. Este breve resumen está destinado a crear en el lector la curiosidad suficiente de cómo en poco más de cien páginas se puede crear una teoría que busca solucionar para un problema jurídico que cuenta con varios años de debate entre juristas de España y Alemania. Considero que lo que sorprenderá es que es posible hacerlo”.

“La trascendencia de la participación en una autopuesta en peligro y de la heteropuesta en peligro consentida en la determinación de la responsabilidad penal se presenta con

especial importancia en las lesiones directa o indirectamente producidas con la creación de una fuente de peligro para un tercero que voluntariamente se termina exponiéndose a ese riesgo. Esta situación adquiere especial relevancia cuando se entra a debatir temas importantes como i) la imputación de una conducta a título de autor o cómplice, y ii) la relevancia de la intervención de la víctima el resultado final. Tan importante ha sido la necesidad de diferenciar el contenido de ambas figuras que ha propiciado un pronunciamiento más o menos reciente del Tribunal Supremo Federal alemán en la BGHSt. 53 del 20 de noviembre de 2008, en el que busca establecer sus principales características: “El criterio decisivo para distinguir entre la intervención impune en una autopuesta en peligro o una autolesión realizada con propia responsabilidad y la –en principio típica- heterolesión es la línea que separa la autoría y la participación. Si el dominio del hecho sobre la acción que provoca la puesta en peligro o la lesión no sólo concurre en el sujeto al que se lesiona o se pone en peligro, sino al menos también en el tercero que interviene en la producción de ese daño o peligro, éste último comete Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida ¿Tiene responsabilidad penal el tercero productor de un riesgo? un hecho propio y no puede ser declarado exento de pena, en razón de la accesoriedad de la participación, aduciendo la inexistencia de un hecho principal del sujeto lesionado ... Lo mismo rige en principio para los casos de hetero- y autopuesta en peligro imprudentes. En ellos la delimitación entre auto- y heteropuesta en peligro se establece también atendiendo al dominio ejercido sobre el curso del acontecimiento, que se puede constatar ampliamente con arreglo a los mismos criterios objetivos desarrollados para el dominio del hecho en los delitos dolosos (...)”.

CONCLUSIONES RELEVANTES. “Por todo lo expuesto en el presente trabajo, considero que es necesario que los casos de participación en una autopuesta en peligro y de heteropuesta en peligro consentida deben ser analizados conforme las características del caso concreto y sobre la base criterios específicos a este tipo de conductas. Creo, también,

que con lo expuesto en el presente trabajo se da cuenta que las consecuencias de asumir tal o cual postura para resolver casos como los desarrollados aquí justifican la necesidad de diferenciar la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida. Por lo tanto, Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida ¿Tiene responsabilidad penal el tercero productor de un riesgo? aquellas posturas que recurren a criterios dogmáticos para fundamentar la impunidad del partícipe en conductas autolesivas o las que de plano descartan cualquier análisis de la responsabilidad del tercero sobre la base del consentimiento, tienen el defecto de no analizar el abanico de casos que realmente se presentan aquí”.

FUENTE:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9526/Yvancovich_V%c3%a1squez_Participaci%c3%b3n_autopuesta_peligro1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

1.2. Tesis internacionales

1.2.1. TESIS TÍTULO: “IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN Y TENTATIVA CULPOSAS”

AUTOR: CARLOS DAZA GÓMEZ

UNIVERSIDAD: UNIVERSIDAD DE SEVILLA

GRADO: DOCTOR EN DERECHO

AÑO: 2013/2014

RESUMEN: Conforme indica el tesista, “el tema de la normativización frente al método ontológico, en el moderno Derecho penal, ha causado una revolución doctrinal, básicamente con el fin de solucionar los problemas que acongojan a la sociedad moderna. Por tal razón, consideramos oportuno aprovechar esta discusión, y centrarnos exclusivamente al ámbito de la tipicidad, en concreto al tipo objetivo y ubicarnos dentro del tema: —imputación objetivall. Evitar el escrúpulo de no haber respetado el marco teórico del —géneroll, el de la introducción en este caso, que implica toda pretensión de aproximación, siquiera fragmentaria, a una temática sustancial y coherente, nos lleva a la revisión, repetida hasta la saciedad, de la obra de los clásicos, los cuales constituyen una aporía de la cual no pueden surgir propuestas teóricas capaces de comprender los fenómenos delictivos resultantes de la evolución de un siglo”.

“Sin embargo, el sendero que se abre ha de ser, por tanto, de continuidad y ruptura: continuidad para establecer las vinculaciones necesarias con las preguntas que han ocupado la atención de la relación de causalidad y la han caracterizado como disciplina; pero al mismo tiempo de ruptura, para desembarazarse sin sentimientos de culpa de las respuestas ofrecidas por los sistemas clásicos del delito y que ya no son adecuadas para la comprensión cabal de una sociedad cuya complejidad requiere de soluciones acordes a ella. Para esto, debemos aclarar que el concepto de —imputaciónll no significa aquí la atribución de la realización de un sentido cualquiera, sino la atribución de la realización de un injusto típico: —El Derecho penal no se plantea la cuestión de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino por el contrario si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. La consecuencia más clara de esta idea es que el tipo objetivo en los delitos de resultado (originalmente) lesivo no se reduce a la constatación de una relación causal, sino que en ese requisito mínimo se proyectan criterios adicionales de imputación del resultado; la cual

ha conseguido una pronta aceptación en la doctrina penal alemana, española y en últimos años en México , e igualmente aplicado en la praxis”.

“En el moderno Derecho penal ha causado una revolución doctrinal, básicamente con el fin de solucionar los problemas que acongojan a la sociedad moderna. Por tal razón, consideramos oportuno aprovechar esta discusión, y centrarnos exclusivamente al ámbito de la tipicidad, en concreto al tipo objetivo y ubicarnos dentro del tema: —imputación objetivall. Evitar el escrúpulo de no haber respetado el marco teórico del —géneroll, el de la introducción en este caso, que implica toda pretensión de aproximación, siquiera fragmentaria, a una temática sustancial y coherente, nos lleva a la revisión, repetida hasta la saciedad, de la obra de los clásicos, los cuales constituyen una aporía de la cual no pueden surgir propuestas teóricas capaces de comprender los fenómenos delictivos resultantes de la evolución de un siglo”.

CONSLUSIONES RELEVANTES: “PRIMERA: La Teoría de la imputación objetiva permite identificar los problemas centrales de la estructura general del delito, en particular a nivel de injusto, por ende, se obtiene a través de esta herramienta metodológica un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos, lo cual será de gran importancia para el desarrollo del presente trabajo. SEGUNDA: El tipo del delito culposos es, en su totalidad, idéntico al tipo objetivo del delito doloso de resultado, ya que normativamente no denota una diferencia estructural en su contenido, y es, por el contrario, una oportunidad para establecer los parámetros adecuados, esenciales del contenido objetivo del delito culposos en las diversas modalidades de intervención delictiva. TERCERA: A diferencia del sistema causalista y finalista, las cuales se basan en el nexo causal, el funcionalismo se fundamenta en un nexo de imputación, es decir, la atribución de un resultado a la conducta del autor penalmente responsable, y por ende su inclusión en el tipo objetivo. CUARTA: La función que una Teoría de la Imputación esta llamada a

desempeñar, es justamente la de reemplazar lo que tradicionalmente se ha denominado —el concepto jurídico penal de conducta con lo que podemos inferir que para el Derecho penales acción —toda causación imputable, esto es, que le sea objetivamente —con todos los elementos que el tipo objetivo requiere para su integración— imputable el resultado de la persona por su actuar”.

“QUINTA: La responsabilidad penal del autor de un delito presupone siempre su propio hecho en sentido normativo responsabilidad, autónoma e individual, entonces el mutuo acuerdo resulta innecesario para hacer responder al coautor por el hecho conjunto.

SEXTA: Las normas de participación son causas de restricción de la punibilidad.

SÉPTIMA: El deber de cuidado no es un concepto relevante en el ámbito de la imprudencia, sino un criterio general de imputación, el cual es reconocido no solo en el ámbito penal, sino también administrativo. OCTAVA: Resulta diferente el deber de cuidado

al asumido por riesgo permitido ya que el primero hace referencia a una conducta esperada, en cambio el contexto del riesgo permitido hace que lo relevante no esté basado en lo Imputación objetiva 452 que se debió o no hacer sino lo que ha hecho el autor, es crear un riesgo jurídicamente desaprobado, valorándose la conducta realizada negativamente. NOVENA: Los delitos dolosos e imprudentes no presentan diferencias en el plano objetivo, en ambos está constituido por la realización de una conducta que genera un riesgo no permitido”.

FUENTE:

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/70146/2014dazagimput.pdf;jsessionid=F1CC347271AB76011389740841595E3F?sequence=1>

1.2.2. TESIS TÍTULO: “LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS ESTADOS DE INCONCIENCIA, Y SU UBICACIÓN DOGMÁTICA EN LA TEORÍA DEL DELITO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”.

AUTOR: SANTIAGO ISRAEL BRITO MARTÍNEZ

UNIVERSIDAD: UNIVERSIDAD DE CUENCA, FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

GRADO: ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA Y LICENCIADO EN CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

AÑO: 2017

RESUMEN: Manifiesta el tesista que “la acción como categoría autónoma de la Teoría General del Delito ha generado grandes debates doctrinarios. Diferentes teorías han plasmado su punto de vista respecto a esta categoría, otorgándole un contenido muy diverso; empezando desde la Teoría Causalista, pasando por la Teoría Final, hasta llegar a los planeamientos de las teorías funcionalistas. Durante el desarrollo del contenido dogmático de la acción, las diferentes teorías han coincidido en que deben existir causales que excluyan a la misma; entre aquellas situaciones, se encuentran los movimientos reflejos, los estados de inconciencia, y la fuerza física irresistible. En este trabajo nos centramos solo en el estudio de los estados de inconciencia. En palabras de la mayoría de tratadistas penales, estas circunstancias no son absolutas, y no pueden, en todos los casos, excluir a la acción o considerarlas como causales de ausencia de acción. Es por este motivo que, en este trabajo de graduación, se ha utilizado la Imputación Objetiva del resultado para atribuir la conducta penalmente y el resultado producido en circunstancias

de plena inconciencia, por ser la teoría normativa del tipo más idónea y precisa. Además, con la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva, podemos dar una respuesta concreta, es decir, cuando estas circunstancias son causales excluyentes de la acción, cuando excluyen la tipicidad, y bajo qué supuestos se consideran a los agentes inimputables, o se les atribuye responsabilidad atenuada”.

CONCLUSIONES RELEVANTES: “La acción penal es el punto de partida de la Teoría General del Delito, y su producción y exteriorización a la realidad la convierte en el presupuesto típico presente en todas las demás categorías del delito. Es decir, la conducta penalmente relevante deriva todo el análisis posterior del delito. - La acción típica debe sustentarse en un actuar libre y voluntario de su creador. Entendida la voluntad como aquella expresión de los fines que persigue un individuo, y no únicamente como el azar desencadenado por una manifestación corporal sin finalidad. La voluntad y el querer algo, siempre van de la mano. - Al Derecho Penal solamente le interesa aquellas conductas catalogadas como penalmente relevantes, es decir aquellas que ponen en peligro o generan resultados lesivos que pueden ser previsibles y evitables. - Los resultados lesivos producidos en la óptica del delito, deben ser la expresión de una finalidad típica, no solo eventualidades producidas por la ciega causalidad. - La acción siempre va a estar provista de elementos intrínsecos según la personalidad de cada individuo. Es así, que consideramos que una conducta penalmente relevante es la manifestación de la personalidad que carga su contenido en cada ser humano a partir de su crecimiento y formación”.

“Es así, que muchos individuos actúan según el ambiente psicológico y social del medio en que se desenvuelven. - Hay que considerar que la acción tiene causas que excluyen a la misma; causas de variada índole. Debemos tener presente que los estados de inconciencia son precisamente unas de estas causas, pero que no son absolutas, es decir

no por presentarse un estado de inconciencia al cometer un ilícito se va a eximir el poder punitivo del Estado sancionar. - El estado de inconciencia es un proceso de anulación de la conciencia, es decir se presenta como aquellos episodios donde aquel que los soporta es incapaz de voluntad, y de adecuarse a lo que los mandatos implícitos contenidos en la norma penal indican. Cabe aclarar que muchos estados de inconciencia, son generados por comportamientos voluntarios del agente, que los utiliza en muchas ocasiones como un método de evasión del sistema penal. Es por estos motivos que debemos imputar aquellas decisiones precedentes a los estados de inconciencia. - En nuestra legislación es indudable que los estados de inconciencia están ubicados dogmáticamente en la categoría de la conducta penalmente relevante. Esto genera, a mi parecer, muchos conflictos al momento de administrar justicia por parte de los jueces, ya que como hemos demostrado hasta la saciedad, muchos estados de inconciencia son producto de trastornos, que médicamente pueden ser psiquiátricos o fisiológicos. - El estado hipnótico no puede ser considerado bajo ningún concepto como un verdadero estado de plena inconciencia, peor aún excluir la conducta y la tipicidad del hecho antijurídico, debido a que como hemos visto en este estado se puede controlar prácticamente todos los comportamientos, siempre y cuando el agente tenga como eje en su vida comportamientos socialmente adecuados”.

“Consideramos como un verdadero estado de inconciencia al sueño, debido a que es imposible su prevención en el momento en el que sin causa justa se van suscitar resultados dañosos. - El estado de embriaguez y la intoxicación por estupefacientes tienen muchas similitudes en cuanto al contenido del estado propiamente dicho. Sin embargo, es importante que de igual manera se utilice la Teoría de la imputación Objetiva para establecer la conducta penalmente relevante, y no solo regular sus circunstancias como parte de la imputabilidad como lo hace el COIP. Lo que debemos dejar en claro es que, en nuestro país, se analiza dogmáticamente la intoxicación por alcohol y estupefacientes desde la categoría Culpabilidad. - Creemos enfáticamente que las personas que padecen

alcoholismo y drogadicción deben ser inimputables. Esto en busca de no sancionar con una pena a un enfermo y más bien asegurar su recuperación y rehabilitación mediante medidas de seguridad que son imprescindibles por la peligrosidad que estos representan. es cierto según estudios realizados que en muchos pacientes con adicción a estos químicos en un futuro desarrollan trastornos mentales graves que generan un cambio importante en su comportamiento que se convierte, en ocasiones, en delictivo. - La imputación consiste en calificar a la acción como un hecho ilícito que debe ser atribuido a su único agente. No es el objetivo atribuir tal hecho a personas que no han intervenido con conciencia y voluntad en la relación causal del delito. - No cabe duda que la Imputación Objetiva del resultado es la única concepción doctrinaria que formula aspectos normativos al momento de imputar”.

FUENTE:

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/27501/1/Monograf%C3%ADa.pdf>

1.2.3. TESIS TÍTULO: “IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN Y TENTATIVA CULPOSAS”.

AUTOR: DAZA GÓMEZ, CARLOS JUAN MANUEL

UNIVERSIDAD: UNIVERSIDAD DE SEVILLA. DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS CRIMINALES

GRADO: TESIS DOCTORAL

AÑO: 2014

RESUMEN: Manifiesta el tesista que “el Código Penal español vigente, así como el Código Penal Federal mexicano con respecto al tema de la participación, coautoría y tentativa culposa, no se ocupan expresamente de su regulación, sino que sólo contienen la posibilidad de subsunción de hechos de realización dolosa, lo que conlleva, desde nuestra perspectiva, a crear impunidad, ya que -como veremos- existen infinidad de ejemplos que expresan la posibilidad de que estas tres figuras de la participación, coautoría y tentativa, sean susceptibles de ser calificadas como culposas. 1. Un ejemplo es aquel en que dos jóvenes van en un vehículo de motor, siendo así que el que conduce es el propietario y sabe que su acompañante nunca ha conducido ni sabe manejar vehículos de motor. Debido a que ha bebido mucho y a que en tales condiciones no puede manejar, induce a su acompañante para que él acceda, como un favor, a manejar el vehículo, previendo que no tenía licencia de conducir y que además carecía de conocimientos básicos para la conducción de un vehículo. No obstante, lo anterior, el acompañante accedió a conducir, dejándole muy claro al propietario que no tenía la menor idea sobre cómo llevar a cabo la conducción de dicho vehículo. El resultado es que, en una avenida de alta velocidad, como consecuencia de su desconocimiento total de como conducir un vehículo, choca con otro automóvil causándole la muerte, lesiones y daño en propiedad ajena a las personas que iban en dicho automóvil. 2. Dos médicos de guardia de un hospital federal en la Ciudad de México reciben a una mujer a las 4:00 am, que presenta fiebre, dolor y un malestar general derivado de un embarazo de un producto de 5 meses de gestación; los doctores la pasan a un cubículo donde ambos realizan conjuntamente la consulta: primero con preguntas, luego toman la temperatura de ella, posteriormente, colocan el estetoscopio en el vientre y con estos datos básicos determinan que el producto está muerto y que eso es lo que le ocasiona el estado de malestar general a la mujer”.

“Le dan medicamento con la finalidad de bajar la temperatura, estabilizar a la mujer y también para preparar el procedimiento para sacar el producto muerto. La mujer decide ir

a su casa, una vez que ya le habían dado medicamento y la mala noticia sobre la muerte de su producto. En el camino, a causa del medicamento que le administraron, se pone en grave situación de salud, por lo que el esposo decide llevarla a otra clínica, con médicos particulares, donde le practican adecuadamente los estudios de química sanguínea, ultrasonido, electrocardiograma, resultando que el producto estaba vivo y que el medicamento que le habían suministrado los dos médicos del hospital federal le iba a producir como resultado, la muerte del producto y de ella. La intervención de los médicos particulares evito que la negligencia de los dos médicos produjera como resultado la muerte del producto y la madre. 3. En México es muy común que existan personas que se dedican a ayudar a los conductores de vehículos de motor, también conocidos como ¿franeleros¿, cuya principal actividad radica en dar instrucciones de aparcamiento a cambio de una propina. Es el caso que un ¿franelero¿ le dio indicaciones a la conductora de un vehículo de motor, con señas y en voz alta. Le dijo: ¿viene¿, ¿viene¿, ¿viene¿, sin percatarse que un niño bajaba de otro automóvil y exactamente caminaba por atrás del vehículo de la señora que se está estacionándolo, atropellándole ésta con el vehículo y causándole la muerte instantánea al menor. Podemos observar que en el sistema actual, en que predomina el concepto de culpa bajo el sistema unitario, la conductora sería la única responsable, quedando sin responsabilidad alguna el ¿franelero?”.

4. “Una mujer sumamente hermosa se sube a un carro deportivo propiedad de su amigo, mayor de edad y titular de permiso para conducir, al cual le dice: ¿si vas a exceso de velocidad y le ganas a los demás vehículos, al llegar te voy a dejar que me hagas lo que quieras¿; ante esta oportunidad, el conductor del vehículo de motor, inducido de este modo por la joven que le acompaña, acelera perdiendo el control y causando daño en propiedad ajena, lesiones y homicidio a los ocupantes de otro vehículo. Aunque la bella mujer sea inductora del hecho a título culposo, de acuerdo a nuestra legislación penal vigente, no sería responsable penalmente por no estar prevista la inducción culposa. Los anteriores

ejemplos abren una reflexión para determinar si pueden existir formas imperfectas de ejecución (tentativa) a título culposo. En el supuesto anteriormente expuesto de los doctores del hospital federal, quienes conjuntamente realizaron un diagnóstico incumpliendo el deber objetivo de cuidado, toda vez que su actuar fue carente de las normas básicas para determinar el tratamiento y el estado de salud de la madre y el producto, ocasionando con su conducta una puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados; teniendo la obligación de haber realizado los estudios necesarios para determinar el estado de salud en el que se encontraba la madre y el producto. ¿Puede existir la coautoría culposa? Sostenemos que sí debe ser regulada legislativamente esta figura, desde un ámbito subjetivo y objetivo, al igual que sucede en la esfera de los delitos dolosos. Por último: ¿existe la participación culposa? En la culpa hay una decisión común a realizar un hecho”.

“En el ámbito subjetivo de la culpa, consta el conocimiento de las circunstancias del peligro para el bien jurídico tutelado: en otras palabras, dos o más sujetos pueden concertar la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado; y ello sin que afecte al resultado. Mientras que, en la parte objetiva de la culpa, dos o más personas realizan conjuntamente el incremento del riesgo en forma directa sobre el bien jurídico tutelado, dejando muy claro que estos dos o más sujetos tienen el mismo deber respecto del contenido y alcance de la norma; por lo que la suma de la conducta de cada uno de los intervinientes incrementa el riesgo sobre el bien tutelado. Aunque la doctrina y las legislaciones vigentes no contemplan estas tres figuras a título culposo, el presente trabajo toma como método de estudio un sistema normativo, no al extremo de JAKOBS, pero sí con un matiz ecléctico, con la finalidad de postular que en base a supuestos de hecho unidos a criterios dogmáticos es posible sostener que sí son susceptibles de apreciar y de ser reguladas normativamente las hipótesis de tentativa, coautoría y participación culposas. Pensamos que quien se diste de ser un penalista debe tener en sus manos tanto el polvo de los

expedientes como el de los libros, unir eso que sostienen ¿la teoría é il capitano e la prattica sono il Soldati?, palabras de LEONARDO. Que sostienen nuestra perspectiva de vida de unir teoría y praxis, praxis y teoría. Sentenció Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA: ¿los libros ilustres no se han escrito con fines utópicos, sino en vista de construcciones técnicas que aspiran a cobrar vigencia en la realidad?”.

FUENTE:

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/70146/2014dazagimput.pdf?sequence=1>

2. “Principales corrientes teóricas explicativas”

Para la realización de nuestro estudio, necesariamente se requerirán los fundamentos teóricos que aporta la política criminal como disciplina científica, entendida como el cúmulo de conocimientos teóricos que serán de mucha utilidad para nuestro trabajo de investigación del origen de la necesidad fáctica de la creación del delito en estudio. En este sentido, sus fundamentos teóricos permitirán conocer el conjunto de criterios empleados o a emplear por el Estado, en el tratamiento de la criminalidad ya que cada ordenamiento jurídico-penal responde a una determinada orientación político-criminal y expresa una determinada política criminal.

De esta manera “la política criminal propugna modelos de regulación y adopta decisiones sobre ellas, en una constante revisión de las posibilidades de mejora de la justicia penal, sobre la base de los resultados que aporta la criminología y la crítica del sistema punitivo vigente. Si se utiliza el modelo -demasiado simplificado, pero gráfico- de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de norma, otra de hecho y una tercera de valor, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política criminal como valor. Se trata de un planteamiento sin duda excesivamente esquemático y posiblemente

incorrecto si se entiende al pie de la letra, puesto que ninguna disciplina que estudie el Derecho penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un tiempo norma, hecho y valor; pero puede resultar pedagógico si, hecha esta advertencia, se pretende únicamente señalar que cada una de las tres dimensiones del Derecho indicadas constituye el centro de interés respectivo de las tres disciplinas que estudian al Derecho penal” (Mir Puig, 1996, p. 17).

En igual sentido, el aporte de conocimientos teóricos que presenta la teoría del delito es fundamental, ya que de lo que se trata es poner en cuestión la técnica jurídica utilizada por el legislador al realizar la tipificación del delito de incumplimiento de deberes funcionales. Sus lineamientos teóricos nos permitirán realizar el estudio dogmático del delito objeto de tratamiento, desde la perspectiva de la determinación del comportamiento típico, la antijuricidad de la acción y fundamentalmente la culpabilidad que expresa el sujeto de la acción; lo que permitirá a su vez sentar las bases de una adecuada imputación objetiva.

Y es que, de conformidad con lo establecido por Villa Stein, “la teoría general del delito comprende un conjunto de proposiciones sistemáticas organizadas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del hecho punible. Es un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuente del delito como conducta humana compleja e inaceptablemente transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa. La teoría del delito desde luego, no obstante su carácter abstracto, persigue como toda teoría que se precie de tal, una finalidad práctica consistente en facilitar la determinación precisa del universo de conductas que son cierta e inconfundiblemente contrarias al orden jurídico social, cuantificar la intensidad de la contrariedad y aplicar con enérgica prudencia la contingencia sancionadora que el estado liberal y democrático de derecho, tribunales de

justicia mediante, considere oportuno y necesario conforme determinada racionalidad política criminal” (2014, p. 241).

Sus fundamentos y especial los aportes de Claus Roxin en cuanto a las bases fundamentales de la imputación objetiva, serán de necesario aporte para estructurar y fundamentar nuestra investigación, dentro de una perspectiva funcionalista.

“La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. La ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también una finalidad práctica. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por lo tanto, fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal” (Bacigalupo 1989, p. 67)

Contemporáneamente la tendencia que se encuentra generalizada en la doctrina internacional, apunta a la necesidad de reconducir la intervención penal del Estado hacia un “Derecho penal mínimo”, garantista y democrático. Pero como bien afirma Silva Sánchez, “esta expresión empieza a correr incluso el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto, de modo similar a lo acontecido con la famosa –y deformada- frase de Radbruch relativa a la sustitución del Derecho penal por algo mejor que éste. En efecto, poco parece importar, a este respecto, que no se tenga muy claro donde se hallan los límites de tal Derecho penal mínimo, que, en puridad, según algunas interpretaciones del mismo, conceptualmente tampoco se halla muy lejos de las propuestas que, entre otros, realizara Beccaria hace dos siglos” (2006, p. 1-2).

Desde un análisis político-criminal “puede inferirse, también un creciente protagonismo de la intervención del Derecho Penal que poco tiene que ver con la proclamada <<intervención mínima>> de éste. Me refiero al inequívoco proceso neocriminalizador que se observa en el ámbito de lo que la Criminología denomina <<delincuencia expresiva>>: medio ambiente, calidad de vida, ordenación del territorio, patrimonio artístico, histórico y cultural, salud pública, actividad socioeconómica y empresarial, mercado y consumidores, etc.” (García Pablos de Molina 2009, p. 167). “De modo que mientras el <<núcleo duro>> del viejo Derecho Penal de siempre sigue orientándose a una Política Criminal de mínima intervención –y, desde luego, no renuncia a su impronta garantista-, se observa un movimiento neocriminalizador de signo contrario, inspirado por el principio de máxima intervención, cuando se trata de proteger con figuras y técnicas de nuevo cuño, ciertos intereses y bienes jurídicos, por lo general supraindividuales, que emergen en la realidad contemporánea (Loc. cit.).

Esta realidad permite la identificación, en el interior de la doctrina general, de un movimiento de “modernización del Derecho penal”, que se denota en esencia, como un fenómeno cuantitativo expansivo de la parte especial del derecho penal formal, que tiene que ver con un evidente incremento del catálogo delictivo en la legislación comparada, la sobre criminalización de delitos tradicionales y la ampliación de la imputación penal.

No estamos de acuerdo con estas posturas maximistas y por el contrario nos pronunciamos por la inclusión de criterios minimistas a la hora de generar Derecho penal. Es cierto que la función punitiva es propia del Estado, pero participamos de la corriente que adscribe la criminalización a principios de necesidad y de última ratio. Por ello en nuestra investigación pretendemos estudiar si estos principios se han cumplido al tipificar el delito de estafa.

3. “marco normativo”

Básicamente nuestro estudio se ha de sustentar en los fundamentos de la imputación objetiva aplicadas al tipo penal de estafa tipificado en el Código Penal:

Art. 196. Estafa genérica

Art. 196-A. Estafa agravada

Art. 197. Defraudación.

VII. “PROPUESTA TENTATIVA DE SOLUCIÓN PROYECTADA”

Como ya dejamos expresado, nuestra investigación, tiene por finalidad realizar un estudio de tipo dogmático teórico, de los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva en relación con el delito de estafa como fundamento de una adecuada imputación necesaria. Pretendemos con ello establecer si en nuestro sistema judicial, se identifica adecuadamente la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que determina la imputación penal de la estafa, así como determinar también si la auto puesta en riesgo de la propia víctima, es relevante para la imputación penal de la estafa y si la utilización del contrato criminalizado resulta idónea, para la configuración de la estafa y su imputación. Todo ello con la finalidad de proponer las modificaciones legislativas pertinentes.

“Es así que teniendo en perspectiva los objetivos planteados como premisa de nuestra investigación, nuestro trabajo se fundamenta principalmente en la necesidad de reorientar y afianzar, el conocimiento teórico de la evolución y la realidad actual de la respuesta jurídico penal, que en nuestro país se hace con respecto a la estafa, basada en los más modernos principios penales orientados a la protección de los fundamentales derechos de la persona humana y de la sociedad en general; para orientar la labor de la

docencia, la producción legislativa, el conocimiento de la doctrina y la interpretación judicial, que por la trascendencia del tema en estudio, requiere una necesaria profundidad, para establecer un mejor conocimiento por parte de discentes, docentes y operadores legislativos y judiciales”.

En tal sentido, al final de nuestro trabajo de investigación pretendemos demostrar que la imputación del delito de estafa que se hace en nuestro sistema judicial, adolece de los fundamentos que sustentan la teoría de la imputación objetiva, por lo que propondremos los ajustes necesarios en nuestra normatividad y en el contexto de la interpretación judicial.

Asimismo, propondremos las medidas y acciones necesarias para que en nuestra operatividad judicial se afiance la debida apreciación del riesgo jurídicamente desaprobado en la imputación de la estafa, como presupuesto de una adecuada respuesta punitiva; así como determinar el grado de relevancia de la propia auto puesta en riesgo de la víctima, como causal de atipicidad de la estafa; así como la imputación correcta en el caso de la instrumentalización del contrato criminalizado, como sustento idóneo para la imputación penal de la estafa.

“Por ello, los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial, dando a conocer los logros de nuestro trabajo de investigación a efecto de determinar el necesario debate jurídico, que permita la posibilidad del mejoramiento de nuestra legislación y el aporte de nuevos conocimientos teóricos y de legislación comparada”.

VIII. “METODOLOGÍA”

De conformidad con lo dispuesto por la Res. de Decanato N° 027-D-FD-2020, que aprueba la nueva “Directiva sobre los lineamientos metodológicos para la elaboración de la tesis para la obtención del grado de magister y doctor en derecho”, nuestra tesis es de tipo: “Tesis jurídica-normativa” (no exegética).

“Se utilizarán los siguientes métodos”:

- a) “El método comparativo, con la finalidad de establecer las identidades, similitudes y diferencias entre el delito en estudio, con respecto a nuestro país y aquellos en los que se tipifiquen formas delictivas similares”.
- b) “El análisis y síntesis, que permitirá apreciar las relaciones internas y externas del ilícito a fin de apreciar sus elementos constitutivos”.
- c) “El método descriptivo-explicativo, que será aplicado a los fenómenos socio jurídicos observables del delito en estudio”.
- d) “El método inductivo-deductivo, a fin de manejar adecuada y objetivamente la información que se recopile para fundamentar la investigación”.

“Utilizaremos las siguientes técnicas de recolección de datos”:

- a) “Observación. Sobre la realidad y los sucesos sociales y jurídicos, relevantes con respecto a los problemas de investigación”.
- b) “Fichaje de libros y revistas especializadas en la materia de investigación”.
- c) “Búsqueda en internet, que permitirá la recolección de datos bibliográficos, doctrina internacional y derecho comparado”.

IX. “PRESUPUESTO”

CONCEPTO DE GASTO	COSTO
1. "Movilidad"	S/ 300.00
2. "Adquisición de material bibliográfico"	S/ 400.00
3. "Fotocopias"	S/ 250.00
4. "Materiales de oficina diversos"	S/ 450.00
5. "Papelería en general"	S/ 500.00
6. "Apoyo secretarial"	S/ 800.00
TOTAL	S/ 2,700.00

X. "CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES"

Actividades	abril.	mayo	junio	julio	agosto	Setiem noviem
1. Elaboración y Aprobación del Proyecto.	X	X				
2. Organización e Implementación			X			

3. Ejecución			X	X		
a) Reajuste				X		
b) Elaboración de Instrumentos				X		
c) Administración de Instrumentos				X	X	
d) Procesamiento de Datos.					X	
e) Análisis e Interpretación					X	
4. Control y Evaluación					X	
5. Informe Final						X
6. Sustentación						X

SEGUNDA PARTE

“ESTRUCTURA TEÓRICA DE LA TESIS”

CAPÍTULO I

“ASPECTOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN PENAL “

1. “Finalidades y conceptualización del Derecho penal”

Históricamente el Derecho penal surge ante la necesidad de establecer sobre las personas, ámbitos de control sobre la base de la amenaza de una sanción, que inicialmente era de lo más draconiana e incluso mortal, para luego en el transcurso del tiempo irse humanizando y buscándole finalidades orientadas a la consecución de fines preventivos y protectores. En la actualidad se le asigna justamente al Derecho penal fines preventivos, protectores y resocializadores (en ese sentido se pronuncia el Título Preliminar de nuestro Código Penal arts. I y IX).

Apreciado el Derecho penal en su contexto teórico, contemporáneamente se le entiende como un “conjunto normativo punitivo”, que tiene por finalidad ulterior la determinación de la “materia prohibida” (es decir los delitos) y las “consecuencias jurídicas” (constituidas por las penas y las medidas de seguridad). De esta manera, “desde un punto de vista estático y formal, puede afirmarse que el Derecho penal es un conjunto de normas jurídico-públicas que definen ciertas conductas como delito y asocian a las mismas penas y medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas”. (García Pablos de Molina 2009, p. 11)

“Cuando se trata de formular el concepto de derecho penal, de dar una definición del mismo y de fijar sus límites, lo primero que conviene aclarar, para evitar equívocos, es que con frecuencia se utiliza dicha expresión en diversos sentidos: normalmente se designa con ella al derecho penal objetivo, pero a veces se alude al <<Derecho penal subjetivo>>. y si en unas ocasiones se emplea el término como equivalente a sector o rama del ordenamiento jurídico, en otras se hace referencia a la disciplina científica del derecho penal y no al objeto de dicha ciencia”. (Luzón Peña 2016, p. 59)

“En sentido formal, es decir, sin entrar a examinar las tareas y funciones materiales que le incumben, el derecho penal es una rama, parcela o sector del derecho u ordenamiento jurídico general; concretamente, el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad, y también en algunos casos sanciones criminales a personas jurídicas. según algunos autores (p. ej. Carrara o Quintano), para que esta definición usual de derecho penal resulte completa, hay que añadirle la nota de que la aplicación de tales normas ha de realizarse judicialmente en un proceso criminal; ello es correcto, pero sólo en un determinado ámbito histórico y cultural: el de los actuales sistemas de estados de [...]” (loc. cit.).

De esta manera, si tenemos en vista una perspectiva amplia de un concepto general, el Derecho penal observamos que éste está constituido por una conjunción de normas que tienen por finalidad la de definir las conductas consideradas “prohibidas”, que se constituyen como “infracciones criminales o delictivas” y que contraen como consecuencias “penas o medidas de seguridad”. En tal sentido, según lo aprecia García Pablos de Molina, “el Derecho penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el

estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), procurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (2009, p. 11).

Es por esta razón que el profesor Roxin sostiene que, “el Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad, las que se constituyen el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el derecho penal en el sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones <pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos>, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad (por ello es que se propugna acuñar el nombre de: derecho penal y de medidas” (T. I, 1979, p. 41).

Y es que “dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del derecho público. no pertenecen al derecho penal, sino al derecho público en sentido estricto, aquellos preceptos que conminan la conducta anti normativa con otras sanciones distintas de las del derecho punitivo. así el derecho disciplinario de diversos status profesionales (por ejemplo, de los funcionarios) no es Derecho penal, porque el castigo disciplinario de infracciones no es una pena en el sentido estricto. Igualmente, el derecho de las contravenciones, regulado en nuestra normatividad mediante decreto supremo no 005-2000-in, de fecha 25 de mayo del 2000 (código administrativo de contravenciones de

policía), cuyas disposiciones en parte son similares a las del Derecho penal, tampoco son derecho penal, ya que sus tipos sólo permiten el castigo con sanciones administrativas, que en nuestro caso pueden ser: decomiso, multa, pago reparatorio y servicios a la comunidad” (Hugo Vizcardo 2016, p. 39).

De conformidad con lo dicho, el Derecho penal trata fundamentalmente las conductas prohibidas, conminadas con la amenaza de una pena; se ocupa por tanto como bien indica Roxin, del “objeto propiamente dicho, de la <<materia>> de la justicia penal y se denomina por ello también <<derecho penal material>>. este derecho penal material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados, que sólo junto con el derecho penal regulan legalmente todo el campo de la justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el derecho procesal penal, el derecho de la medición de la pena, el derecho penitenciario, el derecho penal juvenil y la criminología” (1997, p. 44).

1.1. “La óptica objetiva y subjetiva del Derecho penal”

Desde una óptica teórica nos es posible distinguir dos perspectivas del Derecho penal, a saber; el Derecho penal desde su perspectiva subjetiva y el Derecho penal desde su perspectiva objetiva. De esta manera, desde su perspectiva subjetiva, ha de entenderse al Derecho penal como el ‘derecho de castigar’ (ius puniendi); aunque es necesario precisar que contemporáneamente ya no se concibe como derecho, sino como “potestad punitiva”. De esta manera se aprecia al “ius puniendi” como la faculta del Estado para determinar normativamente lo injusto y a proceder a sancionarlo con penas o medidas de seguridad. En tal sentido, se entiende como el “poder jurídico” que permite al Estado crear

y aplicar el Derecho penal objetivo (ello, desde la perspectiva de la “criminalidad primaria” y la “criminalidad secundaria”).

“En esta noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho penal. por otro lado, en sentido objetivo, el Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado, que determinan los delitos y las penas. esta noción contiene el fundamento del derecho penal positivo” (Hugo Vizcardo 2016, p. 42). Por esta razón es que Von Liszt lo definía como el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (1929, T. I, p. 5).

En relación a lo dicho, es posible entender al Derecho penal como el conjunto de normas jurídicas que vinculan al delito, como comportamiento humano trasgresor, con penas o medidas de seguridad, que el Estado instituye y aplica como consecuencia jurídica de su comisión. Pero el Derecho penal no se concentra o encasilla en nociones estrictamente normativas, es posible apreciar que su influencia abarca también otros aspectos fundamentales, que indudablemente se correlacionan con mecanismos sociales de control y la estructuración de normas y reglas, para la aplicación de las “consecuencias jurídicas” que tengan lugar ante la infracción de las mismas. En tal sentido el Derecho penal asume así una incidencia fundamental tanto en el “ordenamiento social” como en el “ordenamiento jurídico”.

2. “Instrumentalización del Derecho penal como mecanismo de control social”

No cabe duda que la libertad es uno de los derechos humanos más fundamentales de la persona en sociedad, que asegura su desarrollo y bienestar, pero su vigencia no puede ser absoluta ni omnipotente y sabido es que “todos tenemos derecho a la libertad

hasta donde comienza la libertad del otro”; por lo que el Estado, con la finalidad de imponer un “orden jurídico”, asume la función de reconducir las conductas de los sujetos sociales, interviniendo punitivamente en cuanto se produzcan atentados o daños o puesta en peligro de los derechos más importantes de las personas.

Así, “la simple contemplación de cualquier realidad social pone claramente de manifiesto que las colectividades humanas (igual, o más incluso, que cualquier otra comunidad de seres vivos -ya que el hombre, a diferencia de los animales, posee una inteligencia muy desarrollada-), son básicamente plurales y conflictivas. ello se debe a que las mismas se integran por miembros muy distintos entre sí e imperfectos. precisamente por ello, la convivencia entre los seres humanos es fuente de continuos conflictos (individuales y sociales) que surgen desde el mismo momento en que los integrantes del grupo social expresan sus deseos, frustraciones y agresividad (sentimientos latentes en toda persona) realizando conductas que lesionan los derechos de otros componentes del grupo” (Zugaldía Espinar 1993, p. 28).

Por lo dicho es que atendiendo a una concepción teórica actual y contemporánea, es posible afirmar que el Derecho penal asume hoy en día una fundamental función de “control social”, porque indudablemente forma parte indisoluble de los “mecanismos sociales”, que tienen como objeto preponderante el obtener determinados “comportamientos individuales” en las relaciones intersubjetivas de las personas en su vida social.

De esta manera “el control social comprende aquellos mecanismos y modelos socio culturales, mediante los cuales el estado ejerce su dominio sobre los individuos que componen una sociedad dada, buscando superar las tensiones o controversias que los puedan aquejar, tratando así de erradicar los elementos conflictivos potenciales que puedan amenazar los intereses comunes, propiciando una mejor convivencia social”

(Bacigalupo 1989, p. 1). “Efectivamente, a través de los sistemas de control social se imponen límites al comportamiento de los integrantes del grupo social para permitir el buen funcionamiento de las relaciones sociales y mantener sus formas de vida (política y económica) y su cultura” (Zugaldía Espinar 1993, p. 29). Entendido así, el control social es “el conjunto de los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones. en otras palabras, el control social es el conjunto de medios o instrumentos utilizados en una sociedad para asegurarse un orden social determinado” (López Barja de Quiroga 2004, p. 24).

Cierto es que, si bien estos precitados “mecanismos sociales” buscan corregir o superar las tensiones y conflictos antagónicos entre los individuos que componen una sociedad determinada, coincidimos con Felipe Villavicencio, que “no siempre se les puede atribuir sólo esta finalidad, pues también pueden servir como instrumentos de opresión o sometimiento por parte de los grupos que detentan el poder”. (1990, p 21) “El control social se constituye así en una condición esencial de la vida de relación social, pues asegura el cumplimiento de las expectativas estatales de controlar, orientar y planificar la vida en común. de ello se deduce que el control social influencia los límites de la libertad humana en sociedad y es también un instrumento de enculturación y socialización de sus miembros. desde esta perspectiva no hay alternativa al control social, lo que ha llevado a decir a Muñoz Conde, que es inimaginable una sociedad sin control social”. (Bustos Ramírez 1986, p. 11)

“El control social se representa así, con una cobertura muy amplia generando una diversa influencia en la población. puede estar oculto o disimulado (normas educativas, terapéuticas, religiosas, de familia, costumbres, etc., pero otras veces se presenta explícito

(sistema penal). se pueden diferenciar así formas de control social formal e informal” (Frister 2011, p. 132).

1.2.a) “El control social informal”

El denominado así “control social informal”, se constituye en un “mecanismo natural de regulación social”, pues asume directa incidencia sobre la vida de los sujetos en su relación social, pretendiendo no crear conflictos que puedan perturbarla; pero lamentablemente ello no es suficiente, ya que la realidad nos demuestra un margen muy limitado de efectividad, puesto que solo manifiesta su eficacia en relación “directamente proporcional” a la “adaptación social” de los individuos en sus relaciones sociales, y a la debida “internalización”, que ellos hagan de estos “mecanismos” y la forma como aceptan lo que la sociedad les ha de imponer a lo largo de su existencia, que podrían ser por ejemplo relacionadas a normas socio-familiares, educativas, terapéuticas, políticas, artísticas, etc.

Al respecto, Hassemer y Muñoz conde agregan que, “también en relación con los sistemas de reacción frente a la criminalidad hay que tener en cuenta que estos no son siempre los que oficialmente se prevén en las leyes y que, por diversas razones, la respuesta al delito no es siempre la pena (o las medidas de seguridad), sino que hay otras formas de solución del conflicto, a veces más eficaces, que las penales oficialmente previstas. la criminología tiene que ocuparse también del estudio de esas otras formas de reacción social de carácter no formal y de su incidencia en el control de la criminalidad y en las personas implicadas en un conflicto criminal (efecto intimidatorio, tratamiento penitenciario, resocialización, etc.)” (2012, p. 24-25).

“Este control social denominado también natural, está llamado a constituirse en la primera y más importante barrera de contención al que el estado debería acudir en su lucha contra la criminalidad, pero que lamentablemente no muestra en nuestro país un adecuado nivel de éxito, por la inexistencia de una adecuada política prevencionista y la desidia de las autoridades políticas, que no invierten en el afianzamiento de la educación, la retoma de valores, la unión familiar, el control de los contenidos televisivos e informativos, etc.” (Hugo Vizcardo 2016, p. 46).

1.2.b) “El control social formal”

Por su parte, el denominado “control social formal”, a diferencia del ya referido “control social informal”, se constituye en una especie de “mecanismo artificial de regulación social”, ya que su aplicación se ha de materializar sólo cuando los “mecanismos informales” fracasan, y se hace necesario la intervención de un control coercitivo-punitivo que imponga la composición social. Justamente se entiende que ello se logra mediante la intervención del sistema penal, entendido como una forma de “control social punitivo institucionalizado” (que primariamente requiere la selección del comportamiento desviado o prohibido, y la determinación de la consecuencia jurídica aplicable ante la trasgresión de esos márgenes de contención obligatorios).

De conformidad con lo referido, el profesor Zugaldía espínar afirma que “desde un punto de vista sociológico, puede afirmarse que el derecho penal constituye un instrumento de control social a través del cual el estado intenta encauzar los comportamientos individuales en la vida en sociedad procurando que los componentes del grupo social interioricen sus normas y asuman los modelos de conducta que las mismas encierran (socialización), mediante el procedimiento de conminar con sanciones (penas) ciertos hechos (delitos) intolerables para la convivencia” (1993, p. 29).

Es justamente que para el logro de estas finalidades, el Estado pone en funcionamiento “agencias y operadores de control penal”, como son la policía, jueces, fiscales, procuradores, etc., y viabiliza la operatividad institucional mediante medios normativos específicos, como el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal, diferentes leyes orgánicas, etc., adicionando a ello los medios logísticos, económicos, administrativos, etc. necesarios para el desempeño de la función de control punitivo.

” Aparece así una aparente posición onnipotente del Estado, que en aras de una pretendida <<teoría de la seguridad nacional>>, lo podría llevar al extremo totalitario de implementar el Derecho penal como instrumento de opresión y respuesta ante situaciones políticas apremiantes, lo que nos introduciría en los aspectos más oscuros y negativos del derecho punitivo. por ello se hace necesaria la determinación de los límites de la potestad punitiva del estado, mediante el respeto de los principios constitucionales que orientas al derecho penal. Esta posible situación anómala, ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de desaparecer el Derecho penal (tesis abolicionista). posición doctrinaria, que se ve matizada con la aparición de tendencias que postulan la vigencia de un derecho penal mínimo (minimización del Derecho penal). Este ‘Derecho penal mínimo’, como así lo refrendó Ferrajoli, es una nueva técnica de tutela de derechos fundamentales, que se basa en un planteamiento utilitarista, orientado a la minimización de la violencia en la sociedad, respetando primordialmente las garantías individuales”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 48)

“Por sistema penal se entiende, in extensu, al conjunto de instituciones estatales que intervienen en la creación y aplicación de las normas penales en sociedad. El sistema penal es entonces, la parte del control social institucionalizado, que contiene

un efecto punitivo. Para su funcionamiento, dispone de distintas agencias, como la institución policial, el poder judicial y la administración penitenciaria, que se encuentran delimitados por medios normativos como leyes orgánicas, código penal, código procesal penal, código de ejecución penal, entre otras” (Villavicencio 1990, p. 23).

En esta perspectiva es de entenderse que el “sistema penal” evidencia su “necesidad y razón de ser” social, aunque también es cierto que su “deslegitimación” es patente y muy acentuada, y en tal sentido el profesor Zugaldía, expresa que “los sistemas penales latinoamericanos presentan características negativas, como la utilización de la violencia abierta (detenciones arbitrarias, ejecuciones sin proceso, apremios ilegales, etc.) sectorización (funcionamiento asimétrico, descoordinado de las parcelas del control social penal), burocratización (separación de funciones con contradicción de discursos y actitudes, lo que da por resultado una compartimentalización del sistema penal) y corrupción (actuaciones de los operadores con fines de lucro)” (1993, p. 51). Lo cierto es que nuestro sistema punitivo contemporáneo no se salva de las anotadas críticas y observaciones.

Así, en el contexto de nuestro sistema penal, podemos identificar los siguientes sub sistemas: “El Sub Sistema Policial”, “el Sub Sistema judicial”, que se encuentra compuesto por “el Ministerio Público” y “el Poder Judicial”, y, por último, el “Sub Sistema penitenciario”; cada uno de ellos con sus propias características, carencias y limitaciones.

3. “La política criminal y la legitimación del control penal”

Junto a la Ciencia jurídico-penal, entendida como “Dogmática jurídica”, y la “Criminología”, existe también la “Política Criminal” (cuyos orígenes se remontan al

movimiento encabezado por Franz Von Liszt). En un primer sentido, consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia. Se refiere pues, al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Es de observarse que cada ordenamiento jurídico-penal responde a una determinada orientación político-criminal y expresa una concreta política criminal. En el caso peruano, el diseño político criminal esbozado por la Constitución es el logro de un sistema punitivo humanitario, garantista, preventivo y resocializador.

De esta manera se entiende que la Política Criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica. “Pero a menudo se habla de Política Criminal en otro sentido, como una rama del saber que tiene por objeto de estudio la política criminal efectivamente seguida por el Derecho penal o que éste debería expresar. En este otro sentido, la Política Criminal puede verse también como una disciplina que se ocupa del Derecho Penal desde un prisma distinto, y complementario, al de la Dogmática jurídica y la Criminología como Sociología del Derecho penal”. (Binder 2011, p. 137)

“Superados los planteamientos positivistas, surge en el desarrollo de la ciencia penal, la determinación de que la aplicación del Derecho penal, o sea la perspectiva en la que trabaja la dogmática penal, tiende a romper el aislamiento de la ciencia jurídica respecto de lo político y lo social. Ello es posible en la medida en que se reconoce que los puntos de partida, para el conocimiento del Derecho penal vigente, requieren decisiones y se procura racionalizarlos en la medida de lo posible. Los postulados de la política criminal sirven entonces de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del Derecho penal. Los problemas teóricos implicados en la nueva delimitación de lo jurídico no han sido todavía agotados ni mucho menos. De todos modos es posible afirmar que los puntos de vista político-criminales impregnan fuertemente la construcción del sistema de conceptos de la dogmática penal y que, por lo tanto, cada

programa de política criminal, tiene su sistema dogmático que funciona como instrumento adecuado para su realización” (Roxin 1979, p.17).

No cabe duda que la “política criminal” propugna diversos modelos de regulación y de esta manera adopta decisiones cruciales sobre ellas, propiciando constantemente la posibilidad de una constante revisión de las posibilidades de cambio y mejora de la justicia penal, sobre la base de los resultados que aporta la criminología y la crítica del sistema punitivo vigente. Así, “si se utiliza el modelo -demasiado simplificado, pero gráfico- de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de norma, otra de hecho y una tercera de valor, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política criminal como valor. Se trata de un planteamiento sin duda excesivamente esquemático y posiblemente incorrecto si se entiende al pie de la letra, puesto que ninguna disciplina que estudie el Derecho penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un tiempo norma, hecho y valor; pero puede resultar pedagógico si, hecha esta advertencia, se pretende únicamente señalar que cada una de las tres dimensiones del Derecho indicadas constituye el centro de interés respectivo de las tres disciplinas que estudian al Derecho penal” (Mir Puig, 1996, p. 17).

Sobre el tema propuesto, merece especial referencia la posición asumida por Jakobs, cuyos lineamientos doctrinarios fundamentan el actual desarrollo del pensamiento penal alemán, que se encuadra en el marco de la “teoría sistémica”. Así, la “teoría de la prevención-integración”, creada por Jakobs se sustenta sobre la base de que el Derecho es un “instrumento de estabilización del sistema social, orientador de las acciones y de la institucionalización de las expectativas”. “Para Jakobs, el delito es una amenaza a la integridad y a la estabilidad social en cuanto representa la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Entiende a la pena como integración-prevención en el sentido que

su función primaria es ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad (prevención positiva) de manera que la prevención especial, es decir, la reeducación del sujeto no es la función principal sino apenas un efecto posible y esperable producido por la pena”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 179 - 180)

“El discípulo de Welzel reelabora las diversas categorías del delito: en relación a la teoría de la culpabilidad, entiende que la capacidad del sujeto de haber actuado diversamente a como lo ha hecho no aparece más en la base del juicio de culpabilidad y su lugar es ocupado por la afirmación que la actuación del sujeto y su situación se adecuan a un tipo normativo de sujeto actuante y de situación en presencia de lo cual la conciencia social y el ordenamiento no están más dispuestos a reaccionar sólo cognoscitivamente ante las violaciones de expectativas legales, sino que reaccionan normativamente contraponiendo la pena” (Loc. cit.)

4. “El Derecho penal, su modernización y expansionismo”

La realidad contemporánea actual determina inconfundiblemente que, para que el Derecho penal se legitime socialmente y a la vez legitime su intervención punitiva, con sus evidentes y “graves consecuencias”, en la solución de los conflictos sociales que involucran la afectación de fundamentales bienes jurídicos, ha de ser absolutamente e indiscutiblemente imprescindible y necesario, puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión innecesaria de derechos humanos y sociales fundamentales.

“Si el Derecho penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la exigencia de utilidad, lo que

plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos. Planteamiento que incluso ha llevado a algunos, a propiciar la posibilidad de la <<abolición del derecho penal>> (por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal)". (Martínez Sánchez 1990, p. 13)

Visto así de esta manera la cuestión, indudablemente nos es posible afirmar que teniendo en perspectiva la vigencia de una sociedad donde prime el "estado social y democrático", el Derecho penal se ha de legitimar solo en cuanto sea un efectivo instrumento de prevención para evitar la realización de los "hechos punibles". Por ello es válido y pertinente arribar a la conclusión de que el Derecho penal, como último recurso, deviene en ilegítimo si se manifiesta inútil o innecesario para poder alcanzar los fines de protección y prevención de bienes jurídicos.

Por este motivo, la necesidad de orientar la "intervención punitiva" del Estado hacia un Derecho penal mínimo, en el sentido de propugnar la "minimización" de la respuesta jurídico-punitiva, siempre violenta contra el delito, constituye una afirmación que, a fuerza de ser repetida por todos los sectores doctrinales, empieza a correr el riesgo de convertirse en un "tópico desprovisto de contenido concreto". "Pero, existe consenso en torno a la idea de que el derecho penal debe ser la última ratio (el último recurso) de la política del estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. el denominado derecho penal mínimo no significa que no deba haber derecho penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del estado. es ésta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un 'derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho Penal'. Esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. debemos, pues, contentarnos con aspirar al derecho penal mínimo, esto

es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos”. (Zugaldía Espinar 1993, p. 131).

Por lo tanto, “en el debate actual, acerca del destino del derecho Penal, hay que atender al mismo fundamento del jus puniendi, el mismo que según indica el autor, presupone la necesidad del derecho penal en la sociedad actual, de manera tal que, si el derecho penal no fuese necesario, entonces no habría manera de fundamentarlo materialmente. si bien las tesis mayoritarias sostienen la necesidad del derecho penal, la discusión comienza al momento de precisar cuál es esa función social imprescindible. podría decirse que, en esencia, las posiciones doctrinales discurren entre dos líneas de pensamiento. por un lado, está la corriente mayoritaria que entiende que el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, entendidos éstos como situaciones fácticas valoradas positivamente; o, la vigencia de las expectativas normativas defraudadas por los hechos socialmente perturbadores. con independencia de esta discusión sobre la legitimidad del derecho penal, el hecho es que ambas posturas, pese a sus diferencias, consideran necesaria la existencia del derecho penal en la sociedad actual”. (García Caveró 2008, p. 72-73)

“Bienes jurídicos, son todos aquellos valores fundamentales imprescindibles tanto para el individuo como para la comunidad, necesarios para el desarrollo de su personalidad y para garantizar el proceso participativo de los individuos en los diversos procesos sociales, esto quiere decir, la garantía de una vida comunitaria de pleno desarrollo personal revestida por un ambiente de libertad”. (Peña Cabrera Freyre 2009, p. 31)

“Sin pretender por nuestra parte, intentar vislumbrar el futuro del derecho penal (si acaso lo tuviere), hay que apreciar su desarrollo en las últimas décadas a efecto de determinar su adecuación a las modernas sociedades de riesgo y las nuevas tecnologías (avances genéticos, energías, internet, etc.), que podría determinar la necesidad de un derecho penal de dos o más velocidades” (Polaino Navarrete 2005, p. 38).

“Desde la perspectiva del Derecho Penal deseado, puede decirse que el derecho penal se caracteriza por un anhelo o una tendencia progresiva a la racionalización de la intervención penal. en este contexto, el programa que ofrece el derecho penal deseado (el sistema penal del futuro) puede resumirse, muy someramente, en las siguientes perspectivas de lege ferenda” (loc. cit.):

- a) “La necesidad de una intervención limitada y limitadora del sistema punitivo: minimización cuantitativa de la intervención penal (o sea, minimización de los costes sociales que la pena comporta)”.
- b) “La ampliación de las garantías para los ciudadanos: maximización de la prevención (es decir, maximización de los beneficios)”.
- c) “La eliminación de medios coercitivos inidóneos para la prevención del crimen”.

Rechazada la posibilidad del “abolicionismo penal”, la tendencia actual y mayoritariamente aceptada, postula la necesidad de reconducir la intervención penal del Estado, hacia la instauración de un Derecho Penal garantista y democrático, con efectos minimizadores, que permita al Estado cumplir con los fines de prevención y resocialización que la Constitución postula como derechos fundamentales.

Pero como bien lo indica Silva Sánchez, “esta expresión empieza a correr incluso el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto, de modo similar a lo acontecido con la famosa –y deformada- frase de Radbruch relativa a la sustitución del Derecho penal por algo mejor que éste. en efecto, poco parece importar, a este respecto, que no se tenga muy claro donde se hallan los límites de tal Derecho penal mínimo, que, en puridad, según algunas interpretaciones del mismo, conceptualmente tampoco se halla muy lejos de las propuestas que, entre otros, realizara Beccaria hace dos siglos”. (2006, p. 1-2)

“La defensa del denominado minimalismo penal, se ha asociado en los últimos tiempos, sobre todo a las posturas defendidas por los seguidores de la escuela de Frankfurt, quienes se orientan a la defensa de un modelo ultra-liberal del derecho penal, propugnando su restricción a un derecho penal básico, cuyo contenido tendría que ver solamente con las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad; abogando siempre por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de la responsabilidad y el proceso”. (loc. cit.)

“No obstante, el citado proceso de racionalización del Derecho Penal y la acusada tendencia a la mínima intervención de éste en los conflictos sociales que dicho proceso comporta, no es uniforme, homogéneo -lineal-, ni constante. por el contrario, sufre toda suerte de vicisitudes, retrocesos, interrupciones y paréntesis, quiebras significativas”. (García Pablos de Molina 2009, p. 166)

“En efecto, es posible advertir en los últimos tiempos, que la proclamada ‘retirada del derecho penal’ hacia instancias minimizadoras, no ha surtido el efecto esperado y muy por el contrario, se aprecia en la actualidad una suerte de estrategia transformadora del control social, que se aparta de los postulados reduccionistas de la

presión penal, permitiendo la intervención de otras instancias operativas del control social, que pretenden suplir la mentada 'ineficacia del control social formal', utilizando métodos y técnicas más opresoras, que operan dentro e incluso fuera de los márgenes de la justicia penal, lo que de hecho determina inexorablemente, más presión penal, más control y más intervencionismo punitivo". (Polaino Navarrete 2005, p. 38)

Pero desde un concienzudo análisis político-criminal que al efecto resulta necesario realizar en el contexto de la realidad social, podrá indiscutiblemente inferirse, que lo evidente es por el contrario un creciente y patente protagonismo de la intervención del Derecho penal, que más bien pone en tela de juicio y desvirtúa la tesis de la proclamada "intervención mínima" del Derecho punitivo.

Me refiero, dice García Pablos de Molina, "al inequívoco proceso neocriminalizador que se observa en el ámbito de lo que la criminología denomina 'delincuencia expresiva': medio ambiente, calidad de vida, ordenación del territorio, patrimonio artístico, histórico y cultural, salud pública, actividad socioeconómica y empresarial, mercado y consumidores, etc. de modo que mientras el <<núcleo duro>> del viejo derecho penal de siempre sigue orientándose a una política criminal de mínima intervención –y, desde luego, no renuncia a su impronta garantista-, se observa un movimiento neocriminalizador de signo contrario, inspirado por el principio de máxima intervención, cuando se trata de proteger con figuras y técnicas de nuevo cuño, ciertos intereses y bienes jurídicos, por lo general supraindividuales, que emergen con fuerza arrolladora en la sociedad postindustrial". (2009, p. 167)

"Esta situación ha dado cabida a la identificación, en el seno de la doctrina, a un movimiento de 'modernización del derecho penal', que se muestra en esencia, como un fenómeno cuantitativo de expansión de la parte especial del derecho punitivo formal,

que tiene que ver con un notable incremento del catálogo delictivo en la legislación comparada (sea codificada o en leyes especiales), la sobre criminalización de algunos tipos tradicionales y la ampliación del ámbito de la imputación”. (Zugaldia 1993, p. 240).

Por ello, el profesor Gracia Martín, sostiene que “a partir de estos datos formales cabría, pues, entender por derecho penal moderno al conjunto integrado por las nuevas figuras delictivas añadidas a las legislaciones penales y por las modificaciones –o agravaciones- de las tradicionales, con el fin, en todos los casos, de extender la intervención penal a conductas y a ámbitos de la realidad social del presente que estaban excluidos de la punibilidad en el sistema tradicional de la parte especial, o bien, en su caso, para dispensar a determinados hechos tradicionalmente punibles un tratamiento penal más severo cuando concurren determinadas circunstancias a las que en el presente se atribuye un significado especialmente relevante desde el punto de vista penal” (2004, p. 723).

Es de apreciarse así la vigencia de un evidente movimiento “neo criminalizador”, que indudablemente privilegia la “máxima intervención penal”, en desmedro del “garantismo y la mínima intervención”, y que incluye un excesivo y evidente componente “simbólico” que sobre la base de reconducir al derecho punitivo sobre cimientos políticos, sobredimensiona las exigencias de la prevención general, cuyo destinatario es la “delincuencia expresiva” actual, que se expresa en general en relación a la criminalidad organizada, la delincuencia socioeconómica, contra el medio ambiente, el tráfico ilícito de drogas, el secuestro, la extorsión, el terrorismo, el sicariato, etc..

“En este contexto es de apreciarse que, como factor común, la nueva legislación se encuentra plagada de singularidades, que tienen que ver con: imprecisa delimitación de la materia de prohibición, presencia desmedida de elementos normativos,

sistemática anticipación de la tutela penal y del momento consumativo del injusto, proliferación de figuras de peligro, etc. el desmedido afán intervencionista del legislador penal, conduce, por otra parte, a la creación de figuras delictivas innecesarias, e incluso contraproducentes; a la perturbadora superposición de tutelas, penales y extrapenales (mercantiles, administrativas, civiles, etc.), que olvida la subsidiaridad del derecho penal y la distinta naturaleza de uno y otro ilícito; y a un rigor penológico desproporcionado, que ya no podrán mitigar derogados beneficios penitenciarios”. (García Pablos de Molina 2004, p. 168)

“Pues bien, frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la <<reinterpretación>> de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal. creación de nuevos bienes jurídicos, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término <<expansión>>” (Silva Sánchez 2006, p. 5).

El Derecho Penal en su conceptualización moderna no es completamente homogéneo en sus contenidos; al efecto nos dice Gracia Martín: “como ámbitos particulares de manifestación de aquél, describe Hirsh, tenemos los relativos a los riesgos del progreso científico y técnico, a la protección de nuevos bienes jurídicos universales o colectivos, y a los nuevos contextos y formas de realización de la criminalidad tradicional. en ese contexto, y conjuntamente con los ámbitos mencionados, es posible identificar también como manifestaciones particulares del derecho penal moderno, el denominado derecho penal del riesgo y la inseguridad social, el nuevo derecho penal económico y del

medio ambiente, el derecho penal de la empresa y el derecho penal como resultado de la globalización”. (2007, p. 724 y ss)

5. “Carácter valorativo y finalista del Derecho Penal”

Desde la perspectiva teórica y la conceptualización del “principio de mínima intervención”, es posible apreciar que el Derecho Penal sólo acoge “parcelas del injusto general”, escogiendo valorativamente y teleológicamente su objeto de protección jurídica, los derechos de mayor importancia y prevalencia social, a los que erige como “bienes jurídicamente protegidos” y hace de ellos su justificación y razón de su existencia. Es fundamentalmente por ello que en doctrina se asigna al Derecho punitivo la doble finalidad preventiva y protectora, que los códigos propugnan como su ulterior y más importante finalidad.

Así, “en toda sociedad existen pautas, valores y vehículos para perseguirlas, que forman parte de la conciencia jurídica ciudadana ya arraigados, por ejemplo: fidelidad, respeto, obediencia, vida y trabajo. Objetivo del derecho penal es, entonces, proteger ese conjunto esencial de valores, por ejemplo, prohibiendo su desconocimiento y sancionando a quien lo viola. antes que vigilar la integridad de los bienes jurídicos legalizados, corresponde al Derecho penal velar por la incolumidad de la conciencia jurídica comunitaria”. (Pérez Pinzón 2005, p. 181)

Ello nos lleva necesariamente a determinar que en la realidad política contemporánea, el marco valorativo que ha de justificar y legitimar el sistema penal, surge de la “visión y contenidos” del modelo de Estado democrático de que se trate, del respeto que se tenga del hombre y sus derechos fundamentales; de la tolerancia y la coexistencia del pluralismo étnico y cultural, etc., que son los valores que orientan el sistema político

constitucional y la vida social de la nación, que determinan el marco de valores propios que deben integrar el sistema punitivo.

“El Derecho Penal es también finalista, pues su sistemática está encaminada a la tutela de aquellos intereses socialmente prevalentes, sea de naturaleza particular o concerniente a las instituciones o al estado. de esta manera, la protección que el derecho penal asegura a estos intereses fundamentales llamados bienes jurídicos, tiene por finalidad asegurar a las personas y a la comunidad, las condiciones indispensables para la convivencia pacífica, como medio para la consecución de una coexistencia pacífica, digna e igualitaria”.

“El carácter finalista del sistema penal conlleva de la misma forma la seguridad de las garantías mínimas que tiene la persona vinculada al proceso penal; y precisamente el derecho penal objetivo se identifica también como un límite de contención al uso desbordado del poder punitivo, así como un marco de seguridad que debe observar el operador jurídico del sistema penal”. (Fiandaca et al 2006, p. 103)

6. “Carácter personalísimo del Derecho Penal”

En la percepción conceptual que en teoría se tiene actualmente del Derecho Penal, se establece como una de sus características esenciales el de ser “personalísimo”, en el sentido de que del hecho punible sólo ha de responder quien se constituya en su autor; lo que significa que la consecuencia punitiva sólo debe aplicarse exclusivamente, sobre quien realiza el acto lesivo con suficiente capacidad para poder haber internalizado, al momento de su ejecución, la naturaleza antijurídica del mismo. Este es justamente el fundamento del concepto de imputabilidad (en contraposición al de inimputabilidad <art. 20.1 C.P.>).

“El Derecho penal actual es incompatible con la responsabilidad objetiva o con una idea de represión por las conductas de otras personas a modo de ‘responsabilidad colectiva’. Así, fuera de la contemporánea discusión acerca de la ‘responsabilidad penal directa de la persona jurídica’ (que no es del caso tratar aquí), el principio de culpabilidad personal trasciende al Derecho penal y a la política criminal, ya que es considerado como uno de los elementos básicos del estado democrático de derecho, pues supone un auténtico límite al ius puniendi estatal, sirve para la individualización de la pena, y delimita las causas de exclusión de la culpabilidad”. (Villavicencio 2006, p. 113) En tal comprensión el artículo VII del “Título Preliminar del Código Penal” determina que: “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Como consecuencia de lo dicho, se hace necesario dejar presente, que el sistema solo puede conminar con las consecuencias de la pena, las conductas que fundamenten un reproche personal e individual, de tan relevante importancia contra el autor, como para que se justifique una reacción de naturaleza punitiva. En igual sentido, la “incidencia penal” necesita una necesaria graduación que permita que la pena conminada para el delito no sobrepase el peso del reproche personal que ha de formularse. Y ello, por cuanto sólo la persona humana con su capacidad de comprensión y correlativa autodeterminación, puede internalizar adecuadamente el mensaje normativo prescriptivo, y en tal sentido haber podido adecuar su comportamiento conforme a derecho, absteniéndose de cometer las acciones reprochadas como punibles. Por ello es que se establece que la responsabilidad penal únicamente ha de alcanzar a la persona natural responsable directamente de la acción delictiva.

“Constituye garantía fundamental del Derecho Penal, el que la respuesta coercitiva, producto de la conducta infractora, sea dirigida directamente al sujeto responsable, quien sólo ha de pagar por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que puede sacrificarse, aceptando la consecuencia de la acción delictiva de su esposa o de su hijo) (no es por lo tanto de admisión una pretendida ‘responsabilidad penal colectiva’). En tal sentido, el inciso 1 del artículo 20 del C.P. (en contrario sensu) nos permite apreciar que la imputación penal es personalísima y se produce cuando el autor realiza su hecho actuando en una condición de normalidad (<<sin que nada afecte gravemente su concepto de la realidad>>), con pleno conocimiento del <<carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión>>. asimismo, sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, etc., ya que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho)”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 78)

Así, “el principio de responsabilidad por el acto (sea comisivo u omisivo), privilegia y fundamenta el denominado <<Derecho Penal de acto>> desechando el ya superado <<Derecho Penal de autor>> (el objeto del reproche penal debe circunscribirse exclusivamente a la manifestación objetiva del hecho). Por tanto, esta característica se relaciona estrechamente con los de tipicidad objetiva, lesividad, materialidad y legalidad. es así que la fundamentación de la responsabilidad penal en el Derecho Penal moderno, es consecuencia directa del disvalor de la acción y nunca en razón de la persona del sujeto. por ello se atiende contemporáneamente a un Derecho Penal de acto y no a un Derecho Penal de autor. Ello trae como consecuencia una garantía fundamental, ya que así se pone un límite y control en la intervención punitiva del Estado, ya que, en su función legislativa, sólo podrá atender la tipificación de conductas constitutivas de realizaciones

externas y observables en la realidad, por lo que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento ni las ideas, mientras no se traduzcan en actos externos (*cogitatione poenam nemo patitur*). (loc. cit.)

7. “Carácter represivo y preventivo del Derecho Penal”

La realidad actual de la teoría penalística denota el acerto que debido a que el Derecho Penal hace residir su carácter obligatorio en la amenaza de sus sanciones, es lógico afirmar que por tanto no ha perdido su “carácter sancionatorio”, lo que conduce a la vigencia de su característica denominación como Derecho Penal. Asimismo, es posible también afirmar que contemporáneamente el Derecho penal ya no puede ser concebido como una pura “reacción punitiva-vindictiva”, sino que desde la óptica de una conceptualización eminentemente “motivacional”, se le debe así asignar una doble finalidad de connotación “preventivo-protectora”, que en la actualidad evidencia su humanización y caracteriza hoy al “estado social y democrático de derecho”. Es justamente por ello que el artículo I del Título Preliminar de nuestro Código Penal, establece que las normas punitivas “tienen como objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.

“El Derecho Penal tiene una función represiva en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. pero esta función represiva va siempre acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente. las carencias propias de nuestro sistema penal, la crisis de valores, la ausencia de un derecho penal específico para jóvenes delincuentes y la antitécnica y facilista costumbre de sobre criminalizar conductas, propiciando la agravación indiscriminada de la pena como prácticamente única respuesta al fenómeno delincuencial, se constituyen en los

obstáculos principales de nuestro sistema punitivo para llevar a cabo una buena función preventiva”. (Quintero Olivares 1996, p. 41)

“Por ello, y para justificar y legitimar la función de tutela y protección de la sociedad, asignada al Derecho penal, éste ha de propender la protección de aquellos intereses sociales fundamentales, que por su importancia deban merecer la protección punitiva. Se trata de la protección de los denominados <<bienes jurídicos>>, pero además de ello, para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, <<necesario>>, puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales” (Frister 2011, p. 91).

“La represión punitiva debe ajustarse también a la exigencia de proporcionalidad abstracta entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, con la que el mismo se conmina y la exigencia de proporcionalidad concreta entre la pena aplicada al autor y la gravedad del hecho cometido. el principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica; en nuestro sistema se encuentra expresado sustantivamente en el artículo VIII del T. P. del Código Penal, que establece que <<la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho>> (con la excepción expresada en la misma norma, en el sentido que lo preceptuado no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente en el delito)”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 207)

En estricta concordancia con lo dicho, y dado que el ordenamiento social no puede asegurar por sí solo la pacífica y justa convivencia humana en comunidad, requiere pues, necesariamente complementarse con el “orden jurídico”, correspondiéndole de este modo al Derecho Penal, constituirse en el instrumento para lograr el objetivo de

proteger la convivencia humana en sociedad. Así, se encomienda al Derecho penal el aseguramiento del orden jurídico, por medio de la coerción punitiva estatal mediante la pena, por lo que su realización, pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal. Como consecuencia de ello, si se constatará que el Derecho Penal dejara de poder garantizar la seguridad y el orden, aparecería el caos y la institucionalización de la “venganza privada”.

Evidentemente el “poder punitivo” del Estado no puede ni debe ser utilizado de cualquier manera, con la justificación de proteger la convivencia social. El Derecho Penal debe ser conducido y utilizado para contribuir a superar el caos y el desorden en la convivencia social como consecuencia de los actos ilícitos, en concordancia necesaria con el nivel cultural general de la nación.

“El Derecho penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima, y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva (*iustitia distributiva*) en caso de infracciones importantes”. (Jescheck 1981, p. 5) “En tal perspectiva el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte absolutamente indispensable para la protección de la sociedad, en cuyo caso la norma penal se constituye en la <<ultima ratio>> que como herramienta corresponde utilizar al estado mediante el legislador. al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio. <<El derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad>>” (loc. cit.).

8. “Carácter protector de bienes jurídicos”

Comprobado está que el Derecho Penal se constituye modernamente en un mecanismo de “control social”, que instrumentaliza un “particular sistema punitivo”, basado en “mandatos y prohibiciones”. Pero, es de advertirse que la función de la norma penal no se agota en la prohibición de ciertos comportamientos nocivos, que se pretenden erradicar y en su caso sancionar; su finalidad no puede consistir en la mera creación de “deberes y obligaciones”. “Éstos evidentemente deben pre ordenarse a la defensa de algún bien o interés social valioso, porque no se trata de prohibir por prohibir, de castigar por castigar, sino de hacer posible la convivencia y la paz social. “De acuerdo con este punto de partida (la naturaleza <<instrumental>> del Derecho Penal al servicio de la convivencia humana) entiende la doctrina dominante que el cometido esencial del Derecho Penal es la protección de los valores fundamentales del orden social; esto es, la salvaguarda de <<bienes jurídicos>>”. (García Pablos de Molina 2000, p. 88)

“Desde una perspectiva puramente jurídica, el Derecho Penal se caracteriza por ser un conjunto de normas para la aplicación de las consecuencias jurídicas ante las infracciones del ordenamiento penal. Por ello es que se le conceptualiza, como aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. al respecto debemos agregar que el derecho penal tiene pues, un objetivo de carácter sistemático, destinado al desarrollo y explicación coherente y racional de estas reglas jurídicas referidas al delito, a las penas y medidas de seguridad. lo que diferencia sustancialmente al Derecho Penal de otras ramas del derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas y las medidas de seguridad. Pero, además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena. como parte del ordenamiento jurídico, el Derecho penal está constituido por enunciados que contienen, ante todo, normas y la determinación de las acciones que las infringen, que constituyen los delitos” (loc. cit.).

“Con la finalidad de orientar la conducta de la persona mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar, en primer lugar, cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que el derecho penal tiene como objetivo evitar su realización. una conquista del derecho penal liberal es el de haber llegado a la determinación, que sólo deben ser merecedores de represión penal, los actos que lesionen o pongan en peligro bienes que sean fundamentales para la vida social en común. en el momento actual la doctrina penal de modo unánime subraya la necesidad de que detrás de cada figura delictiva esté presente un bien jurídico, y que, en consecuencia, el delito en este sentido consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”. (Berdugo 1993, p. 46) (“principio de protección del bien jurídico consagrado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal”).

“Esta determinación legitima el contenido del Derecho Penal, alejándolo de consideraciones puramente subjetivas o éticas”. En tal sentido, el profesor Hurtado Pozo precisa que, “toda norma jurídico penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales. Esta concepción surgió en contra de la tradicional teoría que consideraba a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona cuya base era la teoría del contrato social. No obstante, los esfuerzos realizados, no se ha logrado evitar que el concepto de bien jurídico siga siendo una noción oscura y discutida. De otro lado, es claro que no aparece otro factor que se revele como más apto para cumplir una tarea limitadora de la acción punitiva del estado (es necesario recordar, que la delimitación del contenido del tipo del injusto, tiene directa relación con la precisión del bien jurídico que se protege)” (1987, p. 37).

“La dificultad reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente (criminalización primaria), presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas,

anhelos y prejuicios políticos, religiosos y culturales. Ante la cuasi imposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones. Mas este criterio no deja aún de ser inseguro, esto es notorio cuando sus defensores se ven obligados a considerar que no todos los bienes reconocidos constitucionalmente deben ser penalmente protegidos. sin embargo, es de admitir que la carta fundamental (sin considerarla un rígido corsé), bien puede servir como base y marco de la actividad legislativa en materia penal. Lo que interesa es no dejar en la medida de lo posible, en manos de quien detenta el poder, un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes que deben ser penalmente protegidos, y de cuáles son los comportamientos que deben ser prohibidos. un concepto material del bien jurídico, pleno de contenido, sería en cierta medida, capaz de permitir una crítica de la actividad legislativa penal. los bienes jurídicos son tales, no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque, son en sí, presupuestos indispensables para la vida en común; por ejemplo, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc. Se trata en realidad de aquellas condiciones fundamentales que para Hart constituyen el <<mínimun de derecho natural>> que es necesario reconocer” (Berdugo 1993, p. 46).

Por lo dicho, el Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida social de relación, sino que debe lógicamente limitarse a la protección de los valores y derechos fundamentales del orden social, representados por los denominados bienes jurídicos. Así, sostiene Polaino Navarrete, que “la opinión mayoritaria en la dogmática penal sostiene que el derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, esto es, de los bienes y valores que son consubstanciales a la convivencia humana y se consideran imprescindibles para la vida social. Esta función tutelar es, en su esencia, una función de garantía, que en cuanto a tal, a su vez, implica una función de prevención de futuros delitos, porque los comportamientos delictivos

inciden sobre los objetos jurídicos de tutela penal. Protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen una relación de medio a fin. El Derecho penal protege bienes jurídicos (esto es, les concede garantía normativa), con el objetivo de la prevención de la lesión de los mismos (o sea, de la evitación de futuros delitos). La protección de bienes jurídicos es el contenido de la función, y la prevención de delitos es el objetivo final de la misma. desde esta perspectiva, el bien jurídico, es tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, consubstancial a su propia existencia". (2005, p. 95 a 96)

“Por su parte, Günther Jakobs, en su propuesta funcional-normativista de interpretación del Derecho penal, revisa la idea de la teoría del bien jurídico, sometiéndola a una dura crítica, manifestando que resulta un sinsentido afirmar que el derecho penal protege bienes jurídicos, ya que como se aprecia tácticamente, el sistema penal recién se pone en marcha una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro (por ello Welsel afirmaba que el Derecho penal siempre actúa <<demasiado tarde>>). Para Jakobs, la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad. por ello, el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas” (Quiroz Pirez 1987, p. 122).

Al respecto de ello, Polaino Navarrete precisa que, “la función del Derecho penal reside, según Jakobs, en la confirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, de una función de garantía de la estructura o identidad normativa de la sociedad. sobre la base de la dialéctica hegeliana, concibe Jakobs el delito como afirmación que contradice la norma, y la pena como respuesta que confirma la norma, de manera que la prestación

que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho Penal, por tanto, confirma la identidad social, es decir, restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma, ejemplo: el autor de un homicidio expresa a través de su hecho que no hay que respetar la norma contra el homicidio; con la pena, sin embargo, se declara que esa expresión carece de relevancia, que la norma sigue vigente” (2005, p. 95 a 96).

“Pero los juicios de valor subyacentes en las normas jurídico-penales no se refieren únicamente a los bienes jurídicos que se desea proteger, sino también a la cualidad de las acciones humanas, que de forma reprobable, desprecian esos bienes jurídicos. es así que la doctrina penal acepta también que la misión del derecho penal consiste tanto en la protección de bienes jurídicos, como en la protección de los valores ético sociales de la acción y que el delito está, por tanto, constituido por el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y por el desvalor de la acción (abandono de los valores ético sociales de la acción). La norma penal tiene ciertamente una función protectora de bienes jurídicos, pero esta función protectora sólo puede llevarse a cabo a través de una función motivadora de conductas humanas, es decir, motivando a los ciudadanos para que se abstengan de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos”. (loc. cit.)

De conformidad con el principio de lesividad, contenida en el artículo IV del Título Preliminar del C.P. “la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Se entiende por bienes jurídicos a los derechos prevalentes que el sistema jurídico protege en favor de la persona en sociedad. De tal manera que el legislador, bajo premisas valorativas y finalistas, escoge los derechos a proteger, a los que se unge como “bienes jurídicamente tutelados”.

Conforme lo establece nuestro Tribunal Constitucional, los bienes jurídicos son “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (...) tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica” (STC Exp. 00012-2006-AI/TC, fundamento jurídico N° 30).

9. “Función instrumental y simbólica del Derecho Penal”

Como ya hemos tenido la oportunidad de precisar, el Derecho Penal se constituye en la actualidad como un instrumento más del “control formal”, que reacciona frente a aquellos comportamientos desviados y lesivos que afectan los más importantes derechos e intereses sociales, mediante el instrumento de la sanción (penas) o las medidas de seguridad. Así, nos dice Hugo Vizcardo, “dado que el sistema penal pretende la seguridad y estabilidad del sistema social a través del sometimiento del individuo a ciertas pautas y modelos de conducta que impone coercitivamente, no puede extrañar que suela identificarse la función del derecho penal con la consecución y mantenimiento de dicha actitud individual; por ello afirma Stratenwerth, corresponde al derecho penal asegurar la conformidad de los ciudadanos hacia aquellas normas que persiguen, precisamente, la protección de bienes jurídicos” (2016, p. 87).

Por ello nos dice García-Pablos de Molina, que “en doctrina suele distinguirse entre <<función instrumental>> y <<función simbólica>> del Derecho penal. La primera es la genuina, la que legitima a la norma jurídico-penal, y consiste en la protección efectiva de los bienes jurídicos a través del efecto disuasorio que las conminaciones legales (y la eventual aplicación de estas) produce en los infractores potenciales. La segunda, la función <<simbólica>> es el efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y de las personas en

sociedad (autocomplacencia y satisfacción en los primeros; confianza, tranquilidad, en estos últimos), que nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos. se trata pues, de política de gestos de cara a la galería y a la opinión pública (se produce así, en la opinión pública, la ilusoria impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido que satisface a todos, aunque realmente no se prevengan con eficacia los delitos que se tratan de evitar)” (2009, p. 145).

“Al tratar el tema del Derecho penal simbólico, abordamos el ámbito del lado oscuro de la utilización del Derecho Penal, que en este aspecto no se refiere al fin de prevención general, sino que se instrumentaliza para servir a la defensa de un sistema social (status quo). en este sentido, el ordenamiento jurídico penal se pone al servicio de los gobernantes, quienes lo utilizan para legitimar su desempeño, introduciendo en la sociedad la idea de que están cumpliendo con una eficaz actuación preventiva. En tal sentido, se distorsiona la finalidad del Derecho Penal, que de esta manera ya no se concibe como protector de bienes jurídicos, sino como instrumento legitimador del poder o la ocultación de deficiencias en la política social, que se pretende burlar mediante el amparo del derecho penal” (Hugo Vizcardo 2016, p. 87).

“De acuerdo a ello, es de apreciarse que a través de esta manipulación política del Derecho Penal se trata de alcanzar un consenso de mayorías, la confirmación de una ideología de la <<defensa social>> y la posterior legitimación de determinadas medidas represivas (ejemplo de ello lo tenemos las campañas desatadas con ocasión del fenómeno terrorista, la criminalidad organizada, etc.). en definitiva, el derecho penal simbólico se estructura en base a un engaño, en el que las funciones latentes prevalecen sobre las manifiestas y sólo sirven para demostrar una pretendida <<fortaleza del estado>>” (loc. cit.).

En tal sentido, Serrano-Piedecabras, indica que “en contra de cualquier función simbólica debe exigirse el máximo respeto al principio de protección de bienes jurídicos evitando, asimismo, la llamada función ideológica de los bienes jurídicos”. (1999, p. 16) Como respuesta a ello, el profesor Cándido Meliá, anota que “particular relevancia corresponde en este contexto, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma que tan sólo cumplen efectos <<simbólicos>>. Quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos “simbólicos” puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado. en este sentido hay que subrayar que la idea que ronda la cabeza al común de los ciudadanos, y también al común de los juristas, es que el derecho penal sirve para algo, es decir, que cualquiera que sea la teoría de la pena que se utilice, se parte de la base que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado, aunque sólo sea <en el caso de las teorías retributivas> la realización de la justicia”. (2000, p. 20)

La “función simbólica” que, de hecho, desempeña el Derecho Penal, nos dice García Pablos de Molina, “resulta especialmente llamativa en momentos de crisis económica, social y política; y suele incidir, sobre todo, en la denominada criminalidad <<expresiva>> (narcotráfico, terrorismo, etc.), traducéndose en la creación de tipos penales o mecanismos de agravación innecesarios y en la derogación de los principios generales que aseguran al derecho penal. en épocas de crisis y convulsiones sociales existe el riesgo de que se desvirtúe la función instrumental del derecho penal, porque la crisis genera miedo e inseguridad, y tales sentimientos colectivos suelen manipularse interesadamente. la política criminal es suplantada, entonces, por una ciega e inexorable política penal de inútil y desproporcionado rigor, que sólo se sustenta en la <<ira>> de la ley y la <<ejemplaridad>> del castigo. en momentos de crisis, todo código penal corre el

peligro de cumplir más una función <<simbólica>> que <<instrumental>>: en lugar de reflejar y exteriorizar el consenso social cuya tutela le legitima, termina siendo un sutil e impropio mecanismo para recabarlo, para concitarlo” (García Pablos de Molina 2009, p. 148-149).

10. “Función ética y social del Derecho penal”

El intento de identificar de manera adecuada y precisa la pretendida justificación de las funciones y de los fines del Derecho Penal, no es una cuestión fácil ni desprovista de profundas polémicas teóricas. En la evolución histórica de la construcción de la moderna dogmática penal y de significación teórica, tradicionalmente se ha considerado que la fundamental función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, que al efecto constituye su razón de ser y su legitimación social.

“Contemporáneamente, desde posiciones funcionalistas y normativistas, se ha pretendido sumergir la idea de la protección de bienes jurídicos en una profunda crisis, en el seno de la construcción del más reciente sistema de la dogmática penal de corte funcional normativista. al efecto, se ha tratado de legitimar al derecho penal no sobre la base de la necesidad social proveniente del reconocimiento de valores, sino unilateralmente en la propia vigencia de la norma incriminadora, la cual provee a su autoprotección normativa (ello de acuerdo al postulado funcional normativista de jakobs). Desde esta perspectiva, se reclama sólo la identidad normativa de la sociedad, pero poniéndose ciertamente en énfasis no en los fundamentos de la identidad social de los valores que la norma ha de proteger, sino en la propia vigencia de la norma, en el aseguramiento del ordenamiento, en la reafirmación del derecho como instrumento de la sociedad al servicio de la justicia, que en sí mismo ni se protege ni se deja proteger, y que está llamado a cumplir funciones de índole axiológica, normativa y político criminal que le

son inherentes pero sin identificarse substancialmente con las mismas” (cfrme: Polaino Navarrete 2005, p. 150-151).

“Sobre esta problemática de la configuración de la norma como propio objeto de protección, que trasluce la concepción del ordenamiento como el bien jurídico protegido y reafirmado con la aplicación del derecho, hemos tenido oportunidad de tomar posición en reiteradas ocasiones, a propósito del examen del contenido material del injusto típico en la teoría jurídica del delito, en el sentido de entender que puede –y debe– compatibilizarse la irrenunciable función substancial del Derecho Penal, consistente en la tutela de bienes jurídicos y la prevención de la criminalidad, con el aseguramiento de la identidad normativa de la sociedad y la reafirmación de la vigencia del ordenamiento infringido, mediante la aplicación del derecho, al constituir tal aseguramiento y tal reafirmación, a nuestro entender, más que una función legitimadora en sí, una consecuencia esencial derivada de aquella esencial función tutelar-preventiva del derecho penal”. (Polaino Navarrete 2005, p. 152)

En este sentido, Pérez Pinzón indica que “en toda sociedad existen pautas, valores y vehículos para perseguirlas, que forman parte de la conciencia jurídica ciudadana ya arraigados, p. ej., fidelidad, respeto, obediencia, vida y trabajo. objetivo del derecho penal es, entonces, proteger ese conjunto esencial de valores, p. ej. prohibiendo su desconocimiento y sancionando a quien lo viola antes que vigilar la integridad de los bienes jurídicos legalizados, corresponde al Derecho Penal velar por la incolumidad de la conciencia jurídica comunitaria” (2005, p. 181). Pero lamentablemente esta doctrina no se ve libre de consideraciones críticas que la hacen inoperante, puesto que en última instancia lleva a inaceptables conclusiones, como puede ser la de confundir el Derecho penal con la moral o la ética social.

“Otra corriente doctrinal argumenta que al Derecho Penal de compete una función <<promocional>>, debiendo promover actitudes en el seno de la sociedad, no tanto para satisfacer determinadas necesidades sociales cuanto para promover la actitud de respeto y de alarma frente a esas conductas. Esta supuesta función promocional guarda evidente similitud con la función ético-social: ambas asignan al derecho penal una función pedagógica de fomento del respeto a determinados bienes o valores jurídicos” (Rodríguez Mourullo 1978, p. 105).

Así, “el Derecho Penal se constituiría en un instrumento al servicio del desarrollo social, por lo que cuando se invoca la <<función promocional>> del mismo, se quiere dar a entender que el derecho penal no debe limitarse a consolidar el status quo (modelo conservador), sino que ha de actuar como poderoso instrumento de cambio social. en esta perspectiva, el derecho penal no puede limitarse a cumplir el papel de protector o conservador de las opiniones y representaciones del ciudadano medio en un momento concreto; no puede ser una traba del cambio y el progreso, sino un importante factor que incida de forma activa en el orden social. Si el Derecho penal se conformase con proteger el orden ético-social en su concreta configuración histórica acabaría perdiendo su capacidad de respuesta a los problemas reales, su iniciativa”. (García-Pablos de Molina 2009, p. 153)

“No parece, sin embargo, corresponda al Derecho Penal resolver la tensión que toda sociedad viva experimenta entre las fuerzas que pretenden conservar el statu quo y las que intentan o promueven el cambio social. el poder de decisión y la iniciativa necesaria pertenece a las instancias sociales, no al derecho penal. es de apreciar entonces que el derecho penal encauza el cambio social, no lo dirige ni lo impulsa. su naturaleza subsidiaria, como <<ultima ratio>> y el principio de <<intervención mínima>> se oponen a la supuesta <<función promocional>> que en vano algunos le asignan. El

Derecho penal protege y tutela los valores fundamentales de la convivencia que son objeto de un amplio consenso social, pero no puede ser el instrumento que recabe o imponga consenso (la intervención penal no es una intervención <<promocional>>, sino <<mínima>>, <<subsidiaria>> y <<fragmentaria>>. en tal sentido, resultará mala política la que dinamiza el cambio social apelando a leyes penales". (Quintero Olivares 1996, p. 143)

Como sostiene Silva Sánchez, "al Derecho Penal no le compete (ni tampoco posee la fuerza para ello) transformar los principios de organización de la sociedad; por eso se rechazó muy mayoritariamente la denominada <<función promocional del mismo>>. Más bien, el Derecho penal debe reflejar el orden social, de modo que su legitimación deriva de la legitimación de las normas cuya vigencia asegura. Otro Derecho Penal distinto, necesariamente disfuncional, sencillamente no sería viable. Lo que si es posible y deseable es que dentro del marco de lo funcional (cuyo abandono sería, por lo demás, el germen de la desaparición del modelo jurídico-penal existente y su sustitución por otro funcional), desde el derecho penal se introduzcan los máximos elementos de racionalidad o ilustración. Ahí radica probablemente el elemento de dinamización de la sociedad en un sentido crecientemente humanista, que sí puede aportarse por el derecho penal". (2000, p. 54)

"Desde un punto de vista político-criminal, la función <<promocional>> da lugar a inevitables procesos de neo criminalización en determinados sectores sociales y esferas de actividad: en el ámbito económico y fiscal, en el ecológico-ambiental, en las relaciones familiares y laborales, en el consumo y la calidad de vida, etc. surgen, así nuevas figuras de delito e incriminaciones llamadas, ante todo, a demostrar la precavida actitud del legislador ante las necesidades del momento y el cambio social, aunque el futuro de las mismas a menudo parezca incierto y hubieren sido más eficaces otros

resortes menos espectaculares de naturaleza no penal. la función <<promocional>>, por tanto, inspira siempre una política penal intervencionista. No limita, como sería deseable, la presencia del Derecho Penal en las relaciones sociales, sino que la potencia y exagera, al encomendarle indebidamente el impulso, dinamización y vanguardia del cambio social". (García Pablos de Molina 2009, p. 155)

Como podemos apreciar, con la <<función promocional>> se llega a distorsiona la misma esencia del Derecho penal, ya que no sólo se provoca una injerencia penal pronunciada, que deslegitima la función punitiva, sino que desbarata el consenso social en la norma. Como ejemplo de ello, recordamos la problemática generada en nuestro medio por la modificación del art. 173 del C. P. mediante ley N° 28704, que introdujo en un inciso 3° la imputación penal del contacto sexual permitido de un menor de más de catorce y menos de dieciocho años de edad. con esta norma, que luego fue declarada inconstitucional, se pretendía reconducir la conducta de los jóvenes a una obligada abstinencia sexual por ser considerada por los legisladores como ilegítima e inmoral.

11. "Teoría del delito y el concepto del delito"

La seguridad jurídica requiere necesariamente, como presupuesto de la imputación penal, la conceptualización de lo que técnicamente es el delito como comportamiento humano. Históricamente tal determinación conceptual ha sido siempre objeto de una diversidad de tratamientos teóricos, cuyos resultados no siempre han arrojado concepciones uniformes que garanticen la vigencia de un concepto homogéneo de lo que debe considerarse como delito para la operatividad judicial. Por ello la doctrina acude a la teoría del delito, construida sobre la base de la conjunción de diversos conocimientos, teorías y experiencias, que han permitido dotar a la ciencia penal de un

concepto estructural de lo que debe entenderse como delito, es decir, la conducta típica, antijurídica y culpable, que el sistema conmina con una pena o medida de seguridad.

De conformidad con lo establecido por Villa Stein, “la teoría general del delito comprende un conjunto de proposiciones sistemáticas organizadas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del hecho punible. Es un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuente del delito como conducta humana compleja e inaceptablemente transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa. La teoría del delito desde luego, no obstante su carácter abstracto, persigue como toda teoría que se precie de tal, una finalidad práctica consistente en facilitar la determinación precisa del universo de conductas que son cierta e inconfundiblemente contrarias al orden jurídico social, cuantificar la intensidad de la contrariedad y aplicar con enérgica prudencia la contingencia sancionadora que el estado liberal y democrático de derecho, tribunales de justicia mediante, considere oportuno y necesario conforme determinada racionalidad política criminal”. (2014, p. 241)

“La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. La ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también una finalidad práctica. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por lo tanto, fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal”. (Bacigalupo 1989, p. 67)

“La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos. Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. No obstante, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características comunes corresponde a la teoría general del delito, es decir, a la parte general del derecho penal; el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., a la parte especial”. (Muñoz Conde 1984, p. 11)

Así, conforme lo precisa Bacigalupo, “la teoría del delito se estructura como un método de análisis de distintos niveles. Cada uno de estos niveles presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descargando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación. Gráficamente podría decirse que se trata de una serie de filtros cuyos orificios son más estrechos en cada nivel. Sólo tiene sentido preguntarse por la adecuación típica de un hecho que reúna los requisitos de una acción. De igual modo sólo cabe preguntarse por la culpabilidad si previamente se ha comprobado la existencia de una acción típica y antijurídica”. (Bacigalupo 1989, p. 68)

“Tradicionalmente se define como delito todo hecho humano al que la ley vincula una sanción penal. Esta definición es de naturaleza formal, porque se limita a indicar los hechos que constituyen delito para un determinado ordenamiento positivo. Al efectuar dicha indicación, la definición referida no hace hincapié en la naturaleza de los

hechos que representan el objeto de las normas, sino en el modo en el que el ordenamiento reacciona contra los autores de tales hechos. En otros términos: el concepto de delito se define solo según las consecuencias jurídicas (pena o medida de seguridad) que el legislador vincula a los hechos en cuestión”. (Fiandaca y Musco 2006, p. 162)

“Tras un minucioso análisis del derecho penal positivo, la ciencia del derecho penal ha llegado a la conclusión de que el concepto del delito, sus características comunes, responden a una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuricidad, al segundo culpabilidad. Injusto o antijuricidad es, pues, la desaprobación del acto; culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor. En estas dos grandes categorías, antijuricidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito. En la primera se incluye la acción la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado. En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter antijurídico del acto y la exigibilidad al autor de un comportamiento distinto”. (Muñoz Conde 1984, p. 3)

Es en estas dos grandes categorías, como son la antijuricidad y la culpabilidad, es que se han ido distribuyendo los diversos componentes del delito. En la primera se incluye la acción sea de comisión como de omisión, los medios y formas en que esa se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el correspondiente resultado. En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del agente del carácter antijurídico de su acto y la exigibilidad al autor de un comportamiento distinto.

“De todos estos elementos citados como componentes estructurales del delito, es de advertirse que le corresponde al comportamiento particular importancia, de ahí que en toda construcción teórica del concepto de delito debe partir del desvalor del acto y no de la personalidad o peligrosidad del autor”. “Sin embargo, de lo dicho, según se conceptúe la conducta humana transgresora, de cara a criterios ónticos naturalísticos (causalismo y finalismo) o se esté de cara a un criterio axiológico y normativo (funcionalismo), aparecerán los sistemas unitarios explicativos del delito, siendo las más caracterizadas las siguientes: a) Sistema causal; b) Sistema Neo causalista; c) Sistema finalista; y, d) Sistema funcionalista” (Villa Stein 2014, p. 246 – 247).

12. “La imputación penal y el encuadramiento típico”

Como bien indica Peña Cabrera Freyre, “es sabido que a través de la imputación, al inculpado se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber –aparentemente-, lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico –penalmente tutelado-, esto quiere decir, que el primer examen que debe realizar el operador jurídico, es si la descripción fáctica que constituye el soporte de la denuncia, se adecúa formalmente a los contornos típicos de la figura delictiva en cuestión” (2014, T. I, p. 159). Precisa asimismo el referido autor, que “en palabras de Bacigalupo, la comprobación de la subsunción típica de los hechos relatados en la denuncia o querella es, en principio, una operación abstracta, es decir, que no requiere verificar si los hechos realmente han ocurrido o no. Dicho de otra manera, el derecho a la presunción de inocencia exige que antes de comenzar la instrucción respecto de los hechos se practique necesariamente una verificación seria y cuidadosa de la tipicidad de los mismos” (Loc. Cit.).

Al respecto, afirma Oré Guardia, que “en el sistema nuestro se apunta a que la imputación sea concreta, por lo que se exige el máximo esfuerzo para definir ex ante los contornos de la tipicidad de la conducta del imputado, de tal manera que en la práctica se produce una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; nos está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a lo largo de todo el proceso penal” (2011, p. 120).

Desde el punto de vista semántico, “imputar” significa “atribuir” la realización de una conducta, sea comisiva u omisiva a una persona. En otras palabras, “imputar” es dar sentido o significado al comportamiento realizado por el agente. Y es que el comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa y de probanza. Por tanto, para realizar un adecuado “juicio de imputación”, el hecho debe estar claramente determinado e individualizado y en consecuencia la prueba debe ser idónea y legal, directamente orientada a demostrarlo.

“De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde”. “Al respecto, en la STC N° 03987-2010- PHC/TC se ha señalado que en resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N° 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N° 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N° 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)”.

“Con respecto a lo afirmado, adquiere primerísimo papel el principio de legalidad, que como postulado fundamental del Derecho Penal moderno, constituye –junto al respeto de los derechos fundamentales- una de las garantías que derivan del Estado liberal burgués, surgido tras el derrocamiento del absolutismo. El principio de legalidad, como conquista humana, es fruto de la ilustración; en ella encuentra su fundamento político que se materializará con la implantación del Estado surgido de la Revolución Francesa. Por eso, inicialmente es garantía del ciudadano frente al Estado; en ese sentido, originariamente la reivindicación legalista aparece como expresión de una oposición al denominado antiguo régimen, con su tantas veces explicada carga de arbitrariedad, abusos penales, etc.” (Quintero Olivares y otros 2000, p. 266).

Conforme al mandato contenido en nuestra Constitución: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionada con pena no prevista en la ley (artículo 2, Inc. 24, literal d). En igual sentido, el artículo II, del Título Preliminar de nuestro Código penal, establece que: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

“Una de las principales características del principio de legalidad es el de orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si se la entiende como un valor y fin del orden jurídico referido a la realización de una función de organización y de una función de realización. La primera función se vincula a la ventaja que ofrece a los ciudadanos y la otra a los requerimientos que impone a los tribunales de justicia. La seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación

jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito”.
(Urquiza Olachea 2000, p. 35)

“El principio de legalidad es hoy en día también un postulado de ‘garantía’, ya que no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que determina la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Exige la necesidad de fijar, en cada estructuración típica, todos los elementos que deben acompañar al comportamiento punible. Así, el tipo debe establecer nítidamente los sujetos activos y pasivos, la acción u omisión, el objeto jurídico y los aspectos materiales y subjetivos (lex stricta). Así, el postulado nullum crimen nulla poena sine lege, pasó a constituirse en el más importante componente de la perspectiva formal del Estado democrático de derecho y a inspirar las legislaciones más vanguardistas y consideradas democráticas”. (Loc. cit.)

13. “La imputación necesaria y la imputación objetiva”

Es posible identificar como una característica esencial del Proceso Penal, el de constituirse como un “proceso de atribución”, en el sentido de poder imputar al inculcado, la realización de una conducta típica y penalmente antijurídica, y en qué medida ha de hacérsele responder de acuerdo a su “responsabilidad penal”. De ahí, que como bien indica Peña Cabrera Freyre, “se puede decir con toda corrección, que la imputación jurídico-penal, cumple un papel trascendental en el procedimiento penal, no sólo en orden a cautelar las garantías procesales elementales, sino también de garantizar el respeto inescrupuloso del principio de legalidad material – nullum crimen nulla poena sine lege praevia, de que el relato fáctico –que sirve al persecutor público para construir su hipótesis de incriminación- se adecue plenamente a los alcances normativos del tipo penal en

particular; de no ser así, se promueven persecuciones penales, que finalmente traerán consecuencias indeseables, para con los fines que debe desplegar la Justicia Penal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho (vigencia de la norma, según la efectiva protección de bienes jurídicos”. (2014, T II, p. 150 y ss)

De esta manera, la imputación cumple con la función de definir con la precisión necesaria, cuáles son los hechos que se le atribuye haber cometido al imputado, conforme a los tipos legales conminados, luego de un pertinente proceso de “adecuación típica”, a partir de la cual nace los derechos elementales de acusación, defensa y contradicción, permitiendo la interposición de una serie de medios de “defensa técnica”, tendientes a cuestionar la validez de la acción penal y, a su vez, la posibilidad de que el fiscal pueda solicitar la adopción de medidas de coerción procesal así como otras medidas limitativa de derecho.

Por lo tanto, “el principio de «imputación necesaria» no sólo importa una exigencia que recae sobre los órganos judiciales, sino también sobre el representante del Ministerio Público, máxime, si conforme el nuevo modelo procesal-penal, el principio acusatorio –el cual se vincula directamente con el objeto de estudio-, adquiere un mayor vigor aplicativo. Y, ello lo decimos en todas sus decisiones, no sólo en la formulación de la acusación, sino también en la formalización de la Investigación Preparatoria; lógicamente, que en este nivel, estamos aún, en un estadio preliminar, donde no se puede predicar certeza alguna sobre la materialidad delictiva y la responsabilidad penal del imputado. No obstante, la exigencia es clara, donde la imputación –aún provisoria-, debe mostrar una definición clara y precisa, sobre los presupuestos de atribución delictiva. Es así, que si no se cumple con ello, el perjudicado puede interponer una Acción de Habeas Corpus o una Audiencia de Tutela de Derechos (Acuerdo Plenario N° 2-2012), siempre y cuando, en un primer momento el imputado haya acudido al propio fiscal para solicitar las

subsanações correspondientes, en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71.1 NCPP-. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante una reiterada falta de respuesta de aquél –que se erige en requisito de admisibilidad-, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos que con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal (Fundamentos 10 y 11)” (Peña Cabrera Freyre, Ob. Cit., p. 153).

“La imputación necesaria es un principio constitucional del proceso penal, que consiste en una imputación correctamente formulada. Esto es, una atribución clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada de una comunicación con apariencia delictiva concretamente individualizado, a una persona determinada, con un nivel de vinculación ciertamente probable; a efectos de que ésta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa. Desde un plano normativo, el principio de imputación necesaria no tiene una plasmación expresa en la Constitución Política del Estado, pero se puede extraer de ella, en concreto, del principio de legalidad (Art. 2.24.d), del derecho de defensa (Art. 139.14), del derecho a la presunción de inocencia (Art.24.2. d) y del derecho a la motivación de las resoluciones (Art.139.3)”.

“El principio de imputación necesaria implica la referencia obligatoria al derecho de defensa. Es, su punto de partida: la condición para generar la posibilidad de defenderse sobre cada uno de los extremos concretamente atribuidos”. “Si no existe imputación o si existiendo no se le informa a la persona acerca del cargo (hecho, calificación y evidencia) que pesa en su contra, sostiene nuestro Tribunal Constitucional, simplemente el ejercicio del derecho de defensa será estéril y su valor ridículo desde la perspectiva legal y constitucional, pues no se sabrá nunca a ciencia cierta del contenido,

núcleo o límites de lo que la persona deberá conocer para luego refutar”. “En efecto, como queda claro, la imputación necesaria o principio-derecho de imputación correctamente formulada, es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente” (Julio Maier 2000, p. 214).

“El principio de imputación necesaria penetra en todas las etapas de deliberación en el proceso desde la etapa preliminar hasta la sentencia”. Así, por mencionar algunos dispositivos legales, en el art. 329 CPP 2004 se indica que: “El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito (...)”. “Y es que para que el Fiscal admita realizar una investigación preliminar, se requiere que previamente se satisfagan ciertos requisitos, entre ellos, que los hechos que sustenten imputación tengan una mínima apariencia delictiva (causa probable) y que, con ello, se permita hacer una legítima hipótesis provisional de delito. De lo contrario su conducta será arbitraria, vulneradora del debido proceso”.

Al respecto, el art. 94.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que: “[...] Si el fiscal estima improcedente la denuncia la rechaza de plano en decisión debidamente motivada”. Y es que, en su función de director de la investigación preliminar, asignada constitucionalmente (Art. 159.4), el Fiscal debe controlar la necesidad, razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales de la persona sometida a investigación. Una investigación no es debida, si es que desde un inicio se resuelve dar trámite a una denuncia sin describir mínimamente un hecho o cuando es manifiestamente atípica -en tal sentido, ya el Tribunal Constitucional ha mencionado con claridad que “en el Estado Constitucional de Derecho no existe un derecho fundamental a que todas las denuncias que se presenten sean penalmente perseguibles” (STC 10076-2005-PA/TC)-.

En caso el Fiscal decida formalizar una investigación preparatoria, entre otros deberes, tendrá que señalar “los hechos y la tipificación específica correspondiente” (Art. 336.2 CPP 2004). Si bien el Código permite la tipificación “alternativa”, lo cierto es que en orden al principio de imputación necesaria, su aplicación debe restringirse a los casos en los que los hechos puedan “aparentemente” subsumirse en dos normas. “Como se afirma en doctrina, existirá un concurso aparente de normas cuando “la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero solo uno de ellos resulta suficiente para determinar el delito. Si bien varios tipos penales reclaman su aplicación sobre la conducta incriminada, solamente uno de los mismos engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales” (Reátegui Sánchez 2004, p. 278).

Contribuyendo a la necesidad de una adecuada imputación previa, de conformidad con el R.N. N° 956-2011-Ucayali, se estableció como criterio vinculante lo siguiente: [“para que una resolución judicial sea válida”] “no es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados”. En la misma ejecutoria vinculante, la Corte Suprema estableció que la consecuencia de la afectación al principio de imputación necesaria es la declaración de nulidad del acto procesal: “En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad”.

Es un derecho esencial en favor del justiciable, el que sea oportuna y adecuadamente informado de la imputación que se le atribuye, implicando ello un esencial deber procesal del órgano persecutor del Estado, que de esta manera queda obligado a

informar adecuadamente los cargos penales atribuidos. “En el proceso penal de todo Estado de Derecho, tanto el justiciable como los demás sujetos procesales tienen una serie de derechos y obligaciones que deben respetar. El ciudadano, por su parte, que se encuentra como investigado o acusado durante el proceso, actúa como *persona en Derecho*, y como tal, en este procedimiento no sólo cuenta con un catálogo de deberes procesales, sino también de derechos procesales. La imputación necesaria es uno de esos derechos. Si el órgano persecutor, por otro lado, no formula adecuadamente la imputación (imputación necesaria), entonces el proceso penal devendrá en ilegítimo; y como tal, podría declararse la nulidad de determinados actos procesales” (Castillo Alva 2007, p. 131).

Una acusación, “sin un mínimo indicio racional de la comisión de un delito, supone la violación a la tutela judicial efectiva. La disposición de formalización y el requerimiento acusatorio debe mostrar de manera adecuada el razonamiento lógico acerca de la probabilidad alcanzada sobre los indicios suficientes que acrediten la comisión del delito y la probable responsabilidad del autor o partícipe” (Castillo Alva, Ob. Cit. p. 132). En efecto, los medios de convicción como sustento de la imputación penal, son también susceptibles de poder ser controlados por la jurisdicción penal.

Por otro lado, el concepto de imputación necesaria no debe ser confundido con el de “imputación objetiva”. Es cierto que ambos implican atribución, pero eso no determina que sean lo mismo. La imputación objetiva constituye un conjunto de criterios “valorativos-normativos” que son estudiados por la ciencia jurídico-penal, y que ayudan a interpretar la viabilidad o no de podersele atribuir a una persona un determinado comportamiento como “riesgo típico”. Por su parte la imputación necesaria, que es objeto de estudio de la ciencia procesal penal, consiste en la “atribución adecuada” de un hecho

concreto a una persona determinada para que ésta pueda defenderse negándolo o aceptándolo en cada uno de los extremos objeto de atribución.

El principio de “imputación necesaria” implica la referencia obligatoria al “derecho de defensa”, constituyéndose en su punto de partida, en la condición necesaria para generar la posibilidad de defenderse sobre cada uno de los extremos así atribuidos. “Si no existe imputación o si existiendo no se le informa a la persona acerca del cargo (hecho, calificación y evidencia) que pesa en su contra, sostiene nuestro Tribunal Constitucional, simplemente el ejercicio de derecho de defensa será estéril y su valor ridículo desde la perspectiva legal y constitucional, pues no se sabrá nunca a ciencia cierta del contenido, núcleo o límites de lo que la persona deberá conocer para luego refutar”. “En efecto, como queda claro, la imputación necesaria o principio-derecho de imputación correctamente formulada, es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente” (Julio Maier 2000, p. 214).

CAPÍTULO II

“IMPUTACIÓN DE LOS DELITOS DEFRAUDATORIOS”

1. “Aspectos conceptuales”

El objeto del estudio ahora se centra en aquellos ilícitos que involucran en su realización, actos de disposición patrimonial perjudicial, originados por “un estímulo operativo engañoso eficaz”, que pone en ejecución el agente, para colocar a su víctima en un estado de error, que determina su desposeimiento patrimonial a favor del autor y conforme a su dominio de acción.

Entre las diferentes formas de perjudicar antijurídicamente el patrimonio económico, está la defraudación, que a la vez encierra múltiples posibilidades, cada una de las cuáles comprensiva también de diferentes tipos penales. La palabra defraudación proviene del latín "defraudatio", que significa "perjudicar el derecho patrimonial de otro". Y en un sentido menos comprensivo señala todo engaño o fraude mediante el cual se puede perjudicar materialmente a otro. Conforme lo sostiene Martínez López, "el verbo defraudar empleado en el sentido propio y común de los delitos contra el patrimonio, hace referencia a un perjuicio de naturaleza patrimonial logrado por medios fraudulentos, especialmente, por medio que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquél en error acerca del significado de lo que decide". (1990, p.177)

Como se puede observar, el término “defraudación” es de amplia comprensión, no obstante, es posible apreciar una caracterización muy concreta, que se traduce en el “perjuicio a otro mediante engaño”. Engaño, tratándose de defraudaciones patrimoniales,

puede significar válidamente el hecho de despojar a otro de un bien o un derecho induciéndolo a error, como también instrumentalizarlo mediante una relación jurídica, de acuerdo a las condiciones del hecho, la idoneidad del medio engañoso o abusando simplemente de condiciones especiales de la víctima o de un tercero. “Técnicamente, la estafa participa de la naturaleza correspondiente a todo acto defraudatorio; por ello Eusebio Gómez y Fontán Balestra, coinciden en establecer que ‘defraudación’ es la denominación genérica de todo un conjunto de delitos contra la propiedad, de entre los cuales se destaca la especie ‘estafa’. No existe en el Código una definición genérica de la defraudación, sino un enunciado de lo que se considera casos especiales de dicho delito”. (Hugo Vizcardo 2018, p. 211)

En referencia al nomen iuris utilizado por el legislador en este capítulo delictivo, advertimos, con Roy Freyre, que “nuestra ley ha puesto en alto relieve la posición de la estafa teniendo en cuenta, seguramente, que constituye la figura de la defraudación técnicamente mejor caracterizada. Eso explicaría su inclusión, aparentemente diferenciadora, dentro del membrete del Capítulo V en estudio, que se denomina “estafa y otras defraudaciones”. (1983, p. 147) En razón de ello, rotular el Capítulo V, como “estafa y otras defraudaciones”, parece no muy técnico (repetitivo diríamos), suficiente hubiese sido si se titulase como: “De las defraudaciones”. Esto en consideración a que la estafa es una modalidad más de las conductas defraudatorias.

Como ya se puede apreciar, en el delito defraudatorio el desvalor del resultado “adquiere su plenitud”, con la lesión del patrimonio ajeno. De esta manera, por imperativo del principio de legalidad, el daño patrimonial se configura como uno de los elementos esenciales del tipo objetivo. Entendemos así que el perjuicio ha de configurarse como una lesión efectiva y “económicamente valorable” del patrimonio de la víctima.

2. “El bien jurídico protegido y el objeto material”

Los delitos defraudatorios pertenecen al rubro general de delitos patrimoniales, que tienen como denominador común la protección del bien jurídico “patrimonio”, resultando pertinente determinar previamente su concepto. Al respecto, Vives Antón indica que “es necesario precisar en qué sentido se habla de patrimonio. A tal efecto, ha de señalarse la existencia tradicionalmente de tres conceptos diferentes del patrimonio, a saber: la jurídica, la económica y la económico-jurídica (mixta)”. (1999, p. 348) En la actualidad, y siguiendo a la doctrina mayoritaria alemana, se ha expuesto alternativamente el llamado concepto “personal o funcional” de patrimonio. (Zugaldía, Sánchez)

El concepto jurídico de patrimonio a decir de Binding, se entiende integrado por el conjunto de “derechos patrimoniales de una persona”. Según sostiene García Arán, “con arreglo a este concepto, el patrimonio es sólo un conjunto de derechos subjetivos que no necesariamente tienen valor económico; de este modo, la dependencia del concepto penal respecto del concepto civil es absoluta y conduce a una excesiva punición que incluye supuestos sin perjuicio económico alguno pero que suponen el menosprecio del derecho subjetivo patrimonial” (1998, p. 16). Tal concepción, como ha destacado en la doctrina española Huerta Tocildo, comporta un círculo vicioso: la dificultad de ofrecer un concepto de patrimonio se soslaya mediante la referencia a los derechos patrimoniales; pero, el problema no se resuelve, puesto que subsiste la dificultad de determinar qué derechos han de ser calificados de ese modo. La principal objeción que cabe oponer al concepto jurídico de patrimonio reside en que, debería entonces también entenderse que el objeto de protección de los delitos comprendidos en el Título, incluye la pérdida de bienes o derechos sin valor económico y con ello ampliar desmesuradamente el concepto típico de perjuicio patrimonial, lo que resultaría irrazonable de cara al principio de ultima ratio y mínima intervención.

El concepto económico de patrimonio atiende al poder fáctico del sujeto y al valor económico de los bienes o situaciones. Desde este punto de vista, el patrimonio podría definirse como conjunto de valores económicos de los que de hecho, dispone una persona (por tanto, “es la valorabilidad económica del objeto o el resultado del delito la que determina la protección penal, con independencia de que la situación que se protege tenga o no reconocimiento jurídico” -García Arán p. 17-“). Ciertamente, el concepto económico del patrimonio no incurre en las dificultades apuntadas respecto del concepto jurídico; pero, a su vez, suscita otras nuevas. Si se aceptase como válido a efectos penales, implicaría en ciertos casos, el otorgamiento de protección penal a posiciones patrimoniales ilegítimas (v. gr. denunciar la sustracción de drogas ilegales, armas prohibidas, obras de arte sustraídas, etc.). El Derecho Penal entraría así, en conflicto con otras ramas del ordenamiento, lo que resulta absolutamente inaceptable dada la unidad básica de éste.

Se ha sostenido por algunos autores (inicialmente Bockelmann, Otto) una concepción personal y funcional del patrimonio, que parte de su condición de instrumento de realización de la personalidad y, desde una perspectiva subjetiva del individuo, lo vincula más que a su valor económico, a la idea de utilidad como satisfacción de necesidades o persecución de fines del individuo. En consecuencia, sobrevalora el daño subjetivo que pueden producir las diversas conductas lesivas. Al respecto, en atención a que nuestro Código atiende, ante todo, al dato objetivo del valor económico, no resulta adecuado utilizar esta concepción como criterio único, pues además su aceptación supondría una ampliación extraordinaria de la intervención del Derecho Penal (cfr. García Arán Loc. cit.).

En resumen, aparece así necesario optar por un concepto mixto económico-jurídico de patrimonio. Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales

a los económicamente valiables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, patrimonio viene a ser el conjunto de bienes susceptibles de valoración económica que posee una persona (incluso el Estado), bajo la protección del ordenamiento jurídico y sobre las cuales tiene la facultad de ejercer todos los derechos inherentes a la propiedad (propiedad, posesión, uso, disfrute y los demás derechos inherentes a la propiedad), sin otra limitación que no sea derivada de la ley, la administración de justicia o el contrato. Por ello, con mayor propiedad, el Código Penal Colombiano hace mención a los “Delitos contra el Patrimonio Económico” (Título VII del Libro Segundo).

Díez-Picazo señala que por “patrimonio se entiende el conjunto de derechos y obligaciones, referido a bienes de cualquier índole, dotado de un valor económico y que han de ser valorables en dinero” (citado por Queralt, 1996, p. 308). “Esta cualidad, la de valoración económica y convertible en dinero, es fundamental, ya que, de no darse, no podría apreciarse ninguno de los delitos contra la propiedad, pues en su valoración dineraria reside la manifestación palpable de la patrimonialidad” (Loc. Cit.).

Aceptado así el patrimonio, como eje central del bien jurídico protegido, debe precisarse que la tutela jurídica no se dirige al resguardo de las cosas o bienes que integran el contenido material del concepto de patrimonio. El objeto de protección jurídica está referido directamente a la tutela de los derechos que sobre tales ejerce el titular del patrimonio, sea a título de propiedad, posesión, uso, disfrute, etc. Se entiende así que el objeto material de la acción es el bien (el televisor, por ejemplo), mientras que el bien jurídico protegido es el derecho a la propiedad o posesión que ostenta el titular del derecho con respecto a su bien.

Evidentemente, y como ya quedó expresado, la tutela penal se dirige a adscribir protección al patrimonio constituido lícitamente (resultaría ilógico e incluso antijurídico, pretender la protección del patrimonio ingresado al ámbito de control del ladrón o usurpador, por ejemplo). No obstante ello, cuando la ilicitud proviene del cuestionamiento del derecho patrimonial en el ámbito extra penal (civil, comercial, etc.), la protección punitiva se viabiliza aunque en muchas oportunidades se ve limitada por cuestiones de índole prejudicial (conforme al concepto procesal, en ellas el carácter de lo injusto no se presenta con nitidez, requiriéndose paralizar el proceso penal, hasta que en la vía extra penal se proceda a establecer “el carácter delictuoso del hecho imputado”).

Es importante anotar, desde la perspectiva de la interpretación de la norma, que el Derecho penal toma un concepto particular de patrimonio, acorde con las necesidades de su noción y finalidad. Así, si bien es cierto que la noción de patrimonio, y todos los derechos inherentes a tal, se derivan del Derecho privado, el Derecho Penal no los toma exactamente en las dimensiones conceptuales que tienen en tal rama del Derecho, sino que, siguiendo una teoría ecléctica, las impregna de una particular forma de ser, adecuándolas a las necesidades de su ciencia.

En relación a los alcances del significado de los conceptos del Derecho privado, aplicados al Derecho Penal, se aprecia en doctrina que existen tres teorías que tratan de resolver el problema:

1.- **La teoría unitaria;** “según la cual el Derecho Penal se limita a sancionar y adscribir tutela especial, a los conceptos elaborados con su propia terminología, por el Derecho privado sin admitir ninguna modificación”.

2.- **La teoría autónoma;** “que indica que, por la especialidad de su contenido y finalidad, el Derecho Penal podría tomar los conceptos e instituciones del derecho privado, pudiendo revestirlas de un sentido propio y particular”; y

3.- **La teoría ecléptica;** “denominada de la unión, que sostiene que el Derecho Penal recepciona las normas del Derecho privado, a veces transformando y a veces reconociendo la noción original. Esta teoría que es la más adecuada, establece que la decisión que se adopte respecto al caso concreto, debe partir de un análisis particular, teniendo en cuenta la voluntad de la norma jurídico penal en la que ha sido ensamblado el concepto jurídico privado (p. ej. la teoría de la equiparación, en cuya virtud, en el delito de hurto se “equipara” a bien mueble otros elementos que en realidad no tienen esta característica desde la perspectiva civilista)”.

Así, el bien jurídico que el ordenamiento protege con el delito de estafa es el patrimonio, el que ya definimos en su acepción jurídico valorativa (tesis mixta), como el conjunto de bienes materiales e inmateriales de connotación económica, sean muebles o inmuebles, amparados por el derecho en su titularidad, tanto de personas naturales como de personas jurídicas.

Es aplicable aquí, conforme lo indica Fontán Balestra, “el concepto amplio de propiedad y que comprende, no solamente bienes muebles o inmuebles, sino también todo aquello que tiene significado para modificar los derechos y obligaciones que, en conjunto, constituyen el patrimonio y que abarcan derechos reales y personales, renuncia a derechos, creación de obligaciones, que el delito puede alterar cambiando la resultante de la relación que ellos guardan entre sí y que es el resumen del estado patrimonial de una persona”. (1994, p. 475)

“No cabe duda que el bien lesionado en este delito es el mismo que se agrede en el hurto, es decir la propiedad. Pero lo que lo distingue son los medios de que se vale el agente para lesionar la propiedad ajena” (León Pagano 1979, p.112). Conforme lo señala Peña Cabrera, “en estos delitos lo relevante es la producción de un perjuicio al patrimonio. La defraudación no requiere, pues, la vulneración en conjunto a todos los derechos que integran el patrimonio; ocurre simplemente que el tipo del artículo 196 es base para deducir que todos los derechos patrimoniales pueden ser atacados por la estafa, trátase de bienes corporales muebles o inmuebles o de derechos”. (1995, p.153) Es indiferente pues, que se afecten los derechos que la víctima tiene sobre bienes muebles, inmuebles o derechos.

Conforme lo precisa Vives Antón, “tanto de su encuadre sistemático, como de su concreta configuración legal, se desprende de modo evidente que la defraudación comprende modalidades que atentan contra el patrimonio”. (1995, vol. II. p.112) Pero agrega que existe discrepancia en la doctrina acerca de sí el objeto de protección se halla constituido por el patrimonio como universalidad o por los distintos elementos que lo componen. Por ello, refiere el maestro español, “es conveniente apreciar que el bien jurídico, se halla representado por los distintos componentes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, del patrimonio y no éste entendido como un todo. La referencia al perjuicio no comporta pues la idea de una innecesaria disminución del patrimonio, sino que la defraudación existe por la simple salida ilegítima de cualquiera de sus elementos integrantes a consecuencia de la infracción siempre que la contraprestación recibida sea, aisladamente considerada de inferior valor económico” (En este sentido, vid. Las Sentencias del Tribunal Supremo Español de 23 de octubre de 1981, 26 de abril de 1983, 18 de noviembre de 1985, 31 de marzo de 1986 y 28 de septiembre de 1990). (loc. cit.)

“La defraudación constituye un ataque a la propiedad que se configura en un detrimento patrimonial. Éste puede abarcar cualquiera de los elementos que integran el

concepto de propiedad en el derecho penal: la tenencia o posesión valiosa, el dominio, el lucro que se espera de una actividad (p.ej., valor del trabajo o servicio) o de la atención de un crédito, las seguridades constituidas por un embargo o por un documento liberatorio de una deuda, etcétera. Los objetos de la estafa, son, pues, múltiples, pero todos ellos están referidos a valores que conforman la competitividad del patrimonio atacado en el momento de la conducta estafatoria. Este patrimonio se ve disminuido, después de ese momento, por la disposición patrimonial realizada por el sujeto pasivo del engaño, es decir, por su acción u omisión, que puede ser un acto jurídico (firmar un contrato), o un simple hecho (dar algo), que puede crear derechos de terceros sobre el patrimonio o extinguir deudas de terceros en favor del patrimonio” (Creus 1990, p. 490).

En los delitos defraudatorios conviene distinguir el bien jurídico, del objeto material de la acción. En principio es de observarse que la redacción típica no exige el traslado del bien, que es lo que circunscribe en el hurto al objeto material del delito, solo a los bienes muebles. Por tanto, no habiendo esta referencia, se interpreta que el objeto material en estos delitos defraudatorios puede serlo un bien mueble, un bien inmueble o un derecho. Por ello, dice Peña Cabrera que, “reiteramos que el patrimonio lo consideramos como un todo y que como hemos visto en el hurto, en el robo y en la apropiación ilícita donde el perjuicio recae sobre bienes específicos patrimoniales, el delito de estafa puede incidir sobre cualquier aspecto del patrimonio, por tanto, es indiferente que se entregue un bien mueble o inmueble, un derecho o un bien corporal”. (1995, p.276)

3. “El injusto: mínima y máxima lesividad”

El principio de mínima intervención informa, que “para que el Derecho Penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, ‘necesario’, puesto que de otra manera

la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del principio de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 138) “No sólo no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costoso, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor posible” (Loc. cit.). “Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho Penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna”. (Zugaldía Espinar et al 2004, p. 240)

“La responsabilidad penal en el Derecho penal moderno, es consecuencia directa del disvalor de la acción y nunca en razón de la persona del sujeto. Por ello se atiende contemporáneamente a un derecho penal de acto y no a un derecho penal de autor. Ello trae como consecuencia una garantía fundamental, por cuanto así se pone un límite y control en la intervención punitiva del Estado, ya que, en su función legislativa, sólo podrá atender la tipificación de conductas constitutivas de realizaciones externas y observables en la realidad. Por ello, no pueden constituir delito ni el pensamiento ni las meras ideas (“*cogitatione poenam nemo patitur*”). (Cit. Hugo Vizcardo 2016, p. 136)

“Pero no toda materialización de una conducta trasgresora importa la reacción punitiva, para ello se requiere necesariamente que el comportamiento también implique la lesión (o puesta en riesgo en su caso), de un bien jurídicamente tutelado. En tal sentido, el principio de lesividad (conocido también como de ofensividad), establece que para

imputar como punible una conducta, no basta su sola realización material. Es menester, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico protegido (*nullum crimen sine injuria*). Su representación sustantiva se encuentra en el artículo IV del Título Preliminar del C.P. <<La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley>>”. (Loc. cit.)

En atención a ello, siguiendo la línea de opinión ya trazada, consideramos que tratándose de delitos que afectan bienes jurídicos patrimoniales, de connotación esencialmente valorativo-económico, y como quiera que en estos delitos no se involucran conductas peligrosas o violentas, la medida de la lesividad debe relacionarse también con valoraciones de tipo económico (*deminutio patrimonii*), que permitan, desde la perspectiva de un derecho penal mínimo, delimitar y discriminar que conductas lesivas del patrimonio alcanzan suficiente entidad dañosa para ser imputadas.

Así, para evitar excesos e inclusive afectación a la seguridad jurídica, consideramos pertinente, desde la perspectiva legislativa, la adición en los tipos defraudatorios, de criterios de cuantía, que permitan una mejor precisión del carácter de lo injusto, tanto en su extremo mínimo (mínima lesividad), como en su extremo máximo (máxima lesividad), proponiendo que en caso que el monto de lo defraudado supere las 100 RMV, se establezca una causal de agravación. En la legislación española se establece como agravante si en su valorización la “estafa supera los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas” (art. 250.1.5.º CP).

En la legislación comparada observamos que el Código Penal español condiciona la imputación a criterios de cuantía, art. 249: “Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros (mínima lesividad). Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo

defraudado, el quebrantamiento económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”. El Código Penal Colombiano atiende también a estos criterios de cuantía para determinación de pena: “[...] cuando la cuantía no exceda de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes” (artículo 246). Chile tipifica las estafas y otros engaños en el artículo 467 C.P., estableciendo una escala valorativa patrimonial: “1º Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales; 2º Con presidio menor en su grado medio y multa y multa de seis a diez unidades tributarias si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de 40 unidades tributarias mensuales; y, 3, Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuno a treinta unidades tributarias mensuales”.

Esta referencia valorativa patrimonial, no era extraña a nuestra legislación. Así, nuestro Código Penal de 1863, establecía para los delitos de “estafetas y otras defraudaciones”, una graduación referida al monto económico afectado. Art. 345: será castigado: “1º Con arresto mayor en segundo o tercer grado, si la defraudación no excede de cincuenta pesos; 2º Con reclusión en primero o segundo grado, si pasa de cincuenta pesos y no llega a quinientos; y, 3º Con cárcel en primero o segundo grado, si excede de quinientos pesos”. El Código Penal de 1924 no hacía referencia expresa, a ningún condicionante de la imputación, referido a cuantía en los delitos de estafa y otras defraudaciones (Arts. 244 al 248) (en el Libro de faltas sólo se hacía referencia al ‘valor insignificante o en cantidades exiguas’ colocándose como referencia el equivalente a dos

sueldos mínimos vitales de la provincia de Lima. Se establecían, en el artículo 387, ciertas modalidades mínimas defraudatorias: Inc. 3) El que sin dinero en el bolsillo obtuviere fraudulentamente una prestación que él sabía que debía ser pagada al contado, especialmente un viaje por ferrocarril, por vapor o por carruaje, o la entrada a una representación o a un espectáculo cualquiera o a una exposición; 4) El que se hiciere alojar en un hotel, pensión o posada, o el que se hiciere servir alimentos o bebidas en un restaurante o en una pensión con el designio de no pagar o sabiendo que no podía hacerlo; etc.)”.

Nuestro vigente Código sustantivo de 1991, tampoco tiene referencia a condiciones de cuantía para los delitos de estafa y otras defraudaciones (artículos 196 al 199) que puedan limitar la imputación. Asimismo, el artículo 444 sólo hace referencia expresa al artículo 185, 205 y 189-A, no comprendiendo a las formas defraudatorias, para las que, por interpretación sistemática, no cabría ningún tipo de condicionamiento valorativo-económico que determinen el carácter de lo injusto. Determinación legislativa que resulta criticable. No obstante, ello, apreciamos que en el Libro de Faltas (artículo 445), se consignan como actos defraudatorios la obtención de comestibles, alimentos o bebidas de “escaso valor o en pequeñas cantidades”, que confrontado sistémicamente con lo dispuesto por el artículo 444, no deben exceder en lo referente a su valorización económica a una remuneración mínima vital. En tal sentido, podemos establecer, vía interpretación, que para efectos de la imputación del delito de estafa y otras defraudaciones, si es necesario atender a tal criterio de cuantía, determinándose así, que si el monto de lo estafado o defraudado no excede una RMV, sólo será imputado como falta (si excede de dicho monto, entonces la imputación será por delito).

Es necesario pues precisar normativamente la valoración económica que revele el injusto y legitime la intervención punitiva en los delitos defraudatorios. Proponemos al

efecto la mínima lesividad en referencia a lo dispuesto para el delito de hurto, es decir, atender a una R.M.V. como fundamento de la imputación penal (por debajo de ello solo constituiría una falta). Y por su lado, colocar como circunstancia agravante la máxima lesividad, por ej. cuando el monto de lo estafado o defraudado exceda de cien R.M.V.

4. “Naturaleza jurídica del injusto”

Apreciamos que en los delitos defraudatorios se produce una necesaria “interacción” entre el agente y el sujeto pasivo. Por ello se establece en la doctrina que estos delitos son propiamente de “relación”, donde se requiere la acción engañosa del agente, dirigida eficientemente contra la víctima, que recibe el efecto del engaño y sea posible constatarse, de acuerdo a sus condiciones personales, que el engaño fue la causa que lo indujo en error y no su mera negligencia.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido en los tipos defraudatorios, la acción está dirigida a “procurar para si o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero [...]”, lo que materialmente determina una lesión efectiva al patrimonio ajeno, siendo por ello que estos delitos son de corte material lesivo.

“Entendemos así que el perjuicio ha de configurarse como una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo, por lo que estos delitos se representan como de resultado material” (Quintero Olivares 1996, p. 488).

5. “Defraudación y estafa”

Como ya hemos apreciado, el término defraudación es omnicomprendivo de una serie de comportamientos que tienen como factor común, el valerse del engaño para la

inducción al error de otro, propiciando así el detrimento patrimonial de la víctima y el injusto aprovechamiento económico del agente. En tal sentido, se constituye en el género que involucra a una gran variedad de especies, entre las cuales destaca la estafa como una de sus modalidades más conocida y mejor definida en la doctrina y en el conocimiento general.

En nuestro código se establecen los requisitos que definen normativamente la estafa (art. 196), pero no los que definen lo que ha de entenderse por defraudación. El artículo 197 hace una relación de supuestos específicos, que incluso hay quienes refieren a ellas como “supuestos típicos de estafa”. Son cuatro estos supuestos típicos: i. fraude procesal; ii. Abuso de firma en blanco; iii. Alteración de cuentas; y, iv. Estelionato.

De esta manera, en nuestro sistema penal se produce un defecto técnico en la identificación típica de uno u otro. Así, la identificación de la defraudación se realiza por “descarte” o “exclusión”. Producida en la realidad el acto engañoso habrá que realizar una labor de contrastación. P. ej. el agente le hace “el cuento de la pepita de oro a la víctima” y logra agraviarlo. Para saber si es estafa o defraudación procederemos al descarte: nos preguntaremos primero si es un caso de fraude procesal, de abuso de firma en blanco, de alteración de cuentas o de estelionato. En el supuesto presentado es evidente que no calza en ninguna de esas modalidades específicas, por lo que se habrá constatado que se trata de una estafa. Ahora el ejemplo será el del agente que le vende a otro un departamento que ya había vendido a otra persona. Procederemos a la constatación y descarte y veremos que no calza como una modalidad de fraude procesal, ni de abuso de firma en blanco o de alteración de cuentas; pero si se tipifica como estelionato (art. 197.4. “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”). En este caso diremos que se trata de una defraudación.

Sería necesario al efecto afinar nuestra legislación para una clara y correcta identificación típica de cada una de estas modalidades delictivas.

6. “La imputación penal causalista”

La imputación en los delitos defraudatorios requiere necesariamente la constatación del engaño como elemento de tipo objetivo. Al efecto, será necesario, en su caso, determinar si el engaño per se es idóneo en el caso general para lograr el efecto engañoso, o si sólo lo fue en el caso particular; o si en su verificación se debe tener en consideración la calidad de la víctima, si pudo o no ser engañada o de qué manera fue su propia conducta omisiva o negligente fue la que determino los efectos del error para la disposición patrimonial.

Al efecto se presentan tres posturas que, desde la perspectiva de la causalidad, pretenden solucionar el problema de la imputación:

6.1. Tesis que se fundamentan en posiciones subjetivas

En virtud de la postura subjetiva se tomará en cuenta tan sólo el despliegue engañoso realizado por el agente de acuerdo a su plan de acción y en qué medida ha logrado el éxito en el caso concreto, sin entrar a valorar la idoneidad de los instrumentos o recursos utilizados. Aquí se evidencia la necesidad de un análisis ex post a partir del éxito obtenido. Solo habrá imputación si se comprueba una relación causal entre engaño y perjuicio patrimonial, sin importar al efecto el tipo o la forma de este, ni tampoco la actitud o comportamiento de la víctima en el caso concreto.

Esta postura se relaciona con los fundamentos de la “teoría de la equivalencia de las condiciones”, conforme a la cual “todas las condiciones son causas del resultado”, de tal manera que “si suprimidas mentalmente éstas condiciones el resultado no se verificaría”. De tal manera que toda disposición patrimonial lesiva le será atribuida al autor porque el resultado es causa de su accionar engañoso cualquiera que sea.

“Si esta observación se lleva a la tesis subjetiva del ardid, volveríamos a ver lo que ya criticamos de ella, en cuanto no permite determinar en qué casos nos hallaremos ante un supuesto típico por más que no haya resultado, es decir, cuándo habrá tentativa de estafa. El razonamiento, tanto de la teoría de la equivalencia de las condiciones como de la teoría subjetiva, sería que, si hay relación causal entre una acción y un resultado, aquélla será causa de éste, o para la estafa, si hay disposición patrimonial hay ardid, más resulta imposible determinar qué debe entenderse por causa o ardid respectivamente, fuera de la referencia o la consecuencia”. (Namer 2002, p. 42)

6.2. Tesis que se fundamenta en posiciones objetivas

Conforme a la postura objetiva, la imputación ha de radicar en la valoración “en abstracto” del medio o instrumento utilizado. Esta posición surge en contradicción a la anterior, ya que la sola referencia al éxito obtenido, haría casi imposible la constitución de la tentativa. Se hace necesario aquí un análisis ex ante para identificar la idoneidad o no del medio o instrumento del engaño.

Estos fundamentos se correlacionan con la “teoría de la causalidad adecuada”, que surge en la doctrina para solucionar los problemas de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Esta teoría denominada también de la “adecuación” postula que “una causación sólo será jurídicamente relevante si no es improbable”. Según ella, no es posible

aceptar una responsabilidad, que vaya más allá de los límites de la posibilidad del dominio y dirección causal por parte del agente, del resultado lesivo. Por ello, sostiene esta teoría, que para para la “valoración jurídica” del acto lesionante, no es pertinente considerar todas las condiciones concurrentes, sino solamente aquellas que, de acuerdo con la experiencia, resultan adecuadas a la producción del resultado concreto. En consecuencia, en este análisis, no deberán tomarse en cuenta los desarrollos no previsibles, por lo que sirve para para excluir los “cursos causales atípicos”.

6.3. Tesis mixtas o de la unión objetivo-subjetivas

Según la postura mixta o intermedia, se sostiene que el medio o el instrumento puede resultar o no idóneo en uno u otro caso. Por eso es necesario analizarlo en abstracto, pero necesariamente en relación a las características del sujeto pasivo. Se requiere aquí un análisis ex ante que tome en consideración las especiales particularidades que denota la víctima en relación al caso concreto.

“Así las cosas, esta evolución en la forma de determinar la adecuación de la conducta para la producción del resultado, es la que se vio reflejada claramente en el paso de la conocida como teoría ‘objetiva’ a la teoría ‘mixta’, que se diferencia de la primera, precisamente, por la incorporación de los conocimientos especiales del autor sobre determinadas circunstancias que hacen a la víctima y que le aseguran el éxito de un ardid que, considerado en abstracto y de manera objetiva, muy probablemente no podría haber llevado a error a otra víctima sin esas peculiaridades”. (Namer 2002, p. 46).

En consecuencia, y como corolario de lo dicho, para las posiciones causalistas, para la configuración típica del delito defraudatorio, es necesaria la presencia de un elemento esencial de naturaleza subjetiva, que es “el engaño”, motivado mediante la

instrumentalización de medios idóneos y efectivos, que en una relación de causalidad adecuada, logren el efecto de inducir en el error a una víctima “promedio” para determinar la disposición patrimonial perjudicial.

“Para valorar la idoneidad del medio, basta considerar si en abstracto la capacidad consumativa del medio existió y en concreto, el hecho estaba dentro del plan individual del autor, efectuada la doble valoración, si aparece un error sobre la capacidad consumativa del medio, sólo si dicho error es grosero, habrá delito imposible pero no cuando en abstracto la valoración es de signo positivo”. (Namer 2002, p. 22)

7. Imputación objetiva de la conducta defraudatoria

Si bien es cierto que la teoría de la causalidad adecuada fue un gran avance en la determinación de la imputación adecuada, lo cierto es que con el avance de la ciencia y de las relaciones sociales, se presentan supuestos que difícilmente pueden ser resueltos eficientemente por las teorías causalistas, debiéndose recurrir a la moderna teoría de la imputación objetiva.

Esta teoría de la imputación objetiva permite, a diferencia de las causalistas, afrontar de manera más técnica, la solución de casos en los que se observan condiciones muy lejanas a la causa determinante del resultado o cuando hay cursos causales atípicos; cuando no hay elevación ostensible del peligro o hay disminución del mismo; cuando se presentan conductas cuyo disvalor no se refleja suficientemente en el resultado; cuando el riesgo no se encuentra dentro de la esfera de protección de la norma; Cuando se pueda presentar una intervención dolosa de un tercero; o cuando se produce la auto puesta en riesgo, es decir, el traslado de la responsabilidad del evento a la misma inacción o negligencia de la víctima.

A esta altura del desarrollo teórico, no cabe duda alguna que la “teoría del tipo objetivo”, ha merecido una preocupación expectante en el campo de la dogmática del Derecho Penal, fundamentalmente en el terreno de la llamada “teoría de la imputación objetiva”.

“Por consiguiente, la teoría de la imputación objetiva, constituye un hito fundamental para excluir del ámbito de la tipicidad ciertas conductas, sin tener que escudriñar la esfera subjetiva del agente; de ahí que los partidarios de finalismo a ultranza (ortodoxo), se resistan a la adopción de una teoría abiertamente contraria a sus postulados fundamentales. Por lo que nos animamos a decir, que la teoría de la Imputación Objetiva es una construcción dogmática, cuyo avance no puede ser detenido, más bien, la orientación se dirige a su consolidación como criterio reductor de la tipicidad penal” (Peña Cabrera Freyre 2009, p. 257).

En cuanto a su contexto teórico, para muchos, la teoría de la imputación objetiva se configura como un elemento nuclear de una “concepción funcional de la teoría del delito”. Su discusión dogmática ha revolucionado y reformulado la categoría de la tipicidad.

7.1. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

La teoría de la imputación objetiva realiza un análisis sobre la existencia del tipo objetivo, sobre la base de la creación injusta de un riesgo. En tal sentido, la imputación radica en la comprobación de con su conducta, el agente ha creado un riesgo “jurídicamente desaprobado” que se ha concretado en el resultado típico, dañando un determinado interés jurídico que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma. La elaboración teórica de lo que en doctrina se conoce como “incremento del

riesgo”, fue desarrollada por ROXIN, conforme a lo cual lo decisivo para constatar la imputación, es determinar si la conducta del agente generó o no un riesgo por encima de lo socialmente permitido, caso en el que recién se produciría la imputación (conforme los fundamentos de Roxin, para poder establecer un adecuado juicio de imputación objetiva, habrá que atenderse a los siguientes parámetros: a) “la disminución del riesgo”; b) “la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante”; c) “el incremento o falta de aumento del riesgo permitido; y, d) “la esfera de protección de la norma”).

Y es que el desarrollo de la técnica, la ciencia, la industria y las relaciones sociales, han determinado una situación contemporánea sui generis, denominada “sociedad de riesgo”, conforme a lo cual todos nosotros convivimos dentro de una “relación de riesgo”, que aceptamos en “una justa y razonable medida”. Mientras nadie incrementa innecesariamente este “riesgo de convivencia”, no tendrá por qué intervenir el control penal; por el contrario, el “incremento injustificado del riesgo”, que determine el efectivo daño al bien jurídico objeto de protección de la norma jurídico penal, determinará la reacción del sistema penal.

Afirmar por ejemplo que se tiene la cura del cáncer (u otra enfermedad comprobadamente incurable), o le hace el cuento del “viaje soñado” sin cumplirlo; siendo que estas formas de engaño determinaron el error y el desposeimiento patrimonial agravante, diremos que si se ha incrementado antijurídicamente el riesgo y por tanto se justifica la reacción penal.

Así, nuestra jurisprudencia vinculante (Recurso de Nulidad N° 2504-2015 – Lima), ha establecido que “la hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por

ejemplo, resulta incorrecta la forma en que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito de estafa, esto es, como una mera secuencia de elementos [engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito] vinculados por un nexo causal. El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico penales; si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido”.

7.2. El riesgo permitido y disminución del riesgo

La realidad actual y el “tráfico comercial” presenta permanentemente exageraciones o pequeños engaños que buscan promover sus productos o servicios e inducir a los consumidores a adquirirlos. En efecto, se acepta socialmente que los comerciantes, en su publicidad, exageren (al borde de la mentira) las cualidades y/o bondades de sus productos. Esta práctica es socialmente comprendida y aceptada, manteniéndose dentro del contexto del “riesgo permitido”. Ello es comprensible, ya que una incriminación in extensu de este tipo de conductas, que involucran ciertamente, ámbitos engañosos (aunque mínimos), pondría en riesgo otro tipo de relaciones sociales de suma importancia, como lo es la “libertad de comercio”.

Este “engaño civil”, como cuando por ejemplo el comerciante publicita televisivamente que su producto efectivamente aclara el cabello femenino (mostrando a una guapa mujer rubia), dejando entrever que logrará convertir su cabello a rubio sin necesidad de tinte; o cuando se afirma que tal agua gaseosa “cero”, está completamente libre de los efectos del azúcar. Es una práctica común, que al igual que muchas otras manifestaciones semejantes, se ajusta a lo que se considera “el riesgo jurídicamente tolerable”.

En igual sentido, el comportamiento dirigido a la disminución del riesgo (en este caso patrimonial), tendrá un efecto exculpador no obstante se presente el engaño típico. P. ej. A, para evitar que los malos hijos de su vecina y amiga, vendan la casa que habita, utilizando el argumento que van a crear una “asociación benefactora de los niños abandonados”, logra que le firme una donación a su nombre y el inmueble pasa a su propiedad, logrando frustrar la intención de sus hijos.

“Conforme a lo expuesto, aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de permitir delinear los contornos de lo (jurídico penalmente) admitido, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho subsistema social funcione con normalidad”. (Medina Frisancho 2011, p. 95)

7.3. Principio de confianza

Conforme lo sustentado por JAKOBS, en sociedad existe un principio de confianza que reposa en la división del trabajo, y por el que cada quien espera que los demás hagan lo suyo. Y es que la sociedad no puede ser entendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, los que están expuestos constantemente al peligro. La perspectiva debe ser otra, la complejidad de las relaciones del conglomerado social sólo se reduce mediante la creación de roles, señalándose a cada persona un determinado status en la vida de relación que le ha de generar un haz de deberes y obligaciones. Por ello no debe ser considerado individualmente sino como portador de un rol.

Por ello, dice JAKOBS, en la imputación objetiva del comportamiento se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. Es así que la sociedad delimita ámbitos de responsabilidad, en el sentido de que su titular sólo está obligado a lo que le compete dentro de las expectativas que genera el status, por tanto, lo demás no le concierne. El rol asignado establece pautas de comportamiento para la administración de los riesgos, y si el ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defrauda expectativas sociales, así lesiones o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados.

De esta manera apreciamos que, conforme a JAKOBS, en sociedad los sujetos se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad con sus respectivos roles, puesto que no puede ser tarea de los demás controlarlas; cada uno tiene y le es exigible sus propios roles. Existe en consecuencia un “principio de confianza”, que se sustenta en la división del trabajo, y por el que “cada quien espera que los demás hagan lo suyo”.

P. ej. no se podrá trasladar el ámbito de competencia a la responsabilidad de la propia víctima, si confió en la proposición del jefe de la empresa donde labora (a quien conoce de años), que lo convenció para invertir su dinero y luego se descubre que en realidad había creado una “pirámide engañosa”.

7.4. Prohibición de regreso

Existe prohibición de regreso, conforme lo señala JAKOBS, cuando “un comportamiento estereotipadamente inocuo no constituye participación en una organización no permitida”. De tal manera que “la prohibición de regreso no anula deberes

existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente per se para generar responsabilidad”.

“Se está ante un regreso cuando el comportamiento inocente de un tercero es reorientado delictivamente, lo que no debiera comprometerlo. Ejemplo típico es, el del taxista que inocentemente presta su concurso para acudir al lugar del asalto. O el del ciudadano que presta su vehículo o su maleta a un tercero, que lo emplea para el tráfico de drogas. Es el caso precisar que la formulación idiomática Jakobsiana ‘organización no permitida’ alude a los ‘delitos de dominio’ o ‘de organización’ o ‘de organización defectuosa’, por lo que se trata de la responsabilidad por las consecuencias en el mundo exterior de lo que se organizó -un delito de terminología común-. En ROXIN éstos son los clásicos delitos de dominio, distintos de los de infracción de deber”. (Villa Stein 2014, p. 305)

En los delitos defraudatorios, por ejemplo, no podrá adscribirse responsabilidad por la estafa con el cuento de la “agencia de empleos” (cobraba fraudulentamente adelantos para la contratación de servicio doméstico), a quien, convencido por el estafador, lo dejó usar su local como oficina, con la promesa de pagarle una comisión por la colocación de cada empleada del hogar.

7.5. Auto puesta en riesgo

Conforme precisa JAKOBS, en el tratamiento de la imputación objetiva se aprecia también la existencia de una “competencia de la víctima”, conforme al cual, para los efectos de la imputación, debe tomarse también en cuenta, la contribución que hace la propia víctima a la consumación del hecho.

“Para abordar la relevancia de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. Porque sólo cuando sea ésa la cualidad decisiva estaremos, en realidad, ante un supuesto específico de intervención de la víctima; ya se ha señalado en los ejemplos correspondientes que también en el marco de éstas existen supuestos en los que de algún modo interviene el sujeto lesionado; sólo que entonces se trata de supuestos en los que la calidad de titular de los bienes jurídicos afectados no es la decisiva” (Cáncio Melía 2000, p. 120).

Los fundamentos de la especial relevancia de la participación de la víctima en el mismo hecho que la agravia, suelen tratarse bajo la perspectiva de la “infracción del deber de autoprotección” o lo que se denomina también “principio de autorresponsabilidad”. “Un derivado práctico del tratamiento dogmático del comportamiento de la víctima la tenemos en los conceptos de ‘compensación de culpas’ y concurrencia de conductas’ al que están recurriendo v.g. los tribunales españoles en la oportunidad de determinar la responsabilidad jurídico penal del autor” (Villa Stein 2014, p. 306).

Se maneja en la doctrina alemana, el análisis de los supuestos en los que pueda existir una actuación decisiva de la propia víctima, que podría llevar a dilucidar la exclusión de la imputación del propio agente, si de alguna manera fue ella la que influyó decisivamente en la producción del ilícito.

Para la configuración del tipo defraudatorio es preciso constatar el estado de error al que se lleva a la víctima. Para este efecto deberá considerarse la oportunidad e idoneidad del medio engañoso empleado y también al efecto, si es que verdaderamente el engaño tuvo el efecto esperado por parte del agente. Para ello deberá atenderse a las particulares condiciones personales de la víctima, que puedan ser explotadas por el

agente, como la ignorancia, la inexperiencia, la candidez, e incluso su propia avaricia y “avaricia”.

En tal sentido, no se podría imputar estafa si pudiendo hacerlo en resguardo de su propia protección, la víctima no actúa con diligencia, siendo por el contrario que el error se produce como consecuencia de su propia omisión, desidia e incluso negligencia. “Para que exista verdadera relación de causalidad entre el engaño y el error producido en la víctima, es preciso que este error no derive en la propia torpeza, es decir, que no provenga de una negligencia culpable”. (Romero 1998, p. 166)

Por ejemplo, el caso de un empresario hotelero que es engañado por quien se le presentó como corredor inmobiliario, y le vendió un terreno supuestamente situado en la plaza central del Cuzco, siendo que en realidad su ubicación era en la periferia y se encontraba en disputa judicial. Era claro que por su condición personal debió precaverse mínimamente, acudiendo a los Registros Públicos para conocer la realidad del terreno que pretendía cumplir.

“El modo de operar del fraude estafatorio es el de inducir en error a la víctima. Por eso, el criterio para juzgar la existencia o idoneidad del ardid no se puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado, para estimar si, de acuerdo con la condición de éste, puede hablarse de un error. Para medir la eficacia de la estafa debe apreciarse en la realidad de los hechos, no solo la idoneidad del medio empleado, sino también las condiciones mentales y culturales del destinatario del engaño. La negligencia de la víctima de estafa le hace imputable el error porque excluye la eficacia real del fraude en el caso concreto, si la observancia de una diligencia mínima lo hubiera evitado, ya que su omisión demuestra su indiferencia frente al posible engaño. Para la consumación de la estafa (art. 172) se requiere que existan, en el elemento normativo ‘ardid o engaño’ integrativo del

tipo, ciertas condiciones extrínsecas (tanto en el agente como en la víctima), sin las cuales todo el accionar del responsable quedaría reducido a lo que se denomina mero ‘artificio verbal’ o simple mentira, que no siempre resultan reprochables desde el punto de vista penal”. (Namer 2002, p. 30)

Como ya hemos referido, en su materialidad el delito defraudatorio es un “delito de relación”, en el que es necesario acompañar al estudio del tipo objetivo, las particularidades personales de la propia víctima, lo que ha llevado a algunos a fundamentar una suerte de “dogmática de la víctima”. Parece ser un lugar común en la teoría, la posición de no adscribir tutela penal (por que no se la merecería), a quien “obra de manera totalmente desconsiderada con sus propios bienes”, por cuanto subyace en la tratativa social, una ínsita exigencia de auto tutela o auto protección del propio patrimonio (me hace recordar esto al fundamento de la prescripción adquisitiva, que permite “quitarle” la propiedad al dueño en favor de un tercero, porque no se ha preocupado por cuidar lo suyo).

Creemos en consecuencia que cuando nuestro tipo de estafa, hace fundamentar el injusto, en la necesidad de que la víctima sea llevada (o inducida) al error, permite inferir que la imputación requiere la constatación del medio engañoso idóneo y también la condición de la víctima. Se presenta así una relación indisoluble entre el medio y la posibilidad que éste induzca al error a la víctima (por ello el texto español habla de “engaño bastante”, art. 528).

Al efecto, reiterada jurisprudencia argentina se pronuncia al respecto: “Es sabido que el delito de estafa requiere para su consumación el despliegue de una maquinación idónea para provocar en el sujeto pasivo un error determinante de su contraprestación, situación que no se da si el presunto damnificado actuó con desidia al no verificar la

documentación utilizada. Para que exista verdadera relación de causalidad entre el engaño y el error producido en la víctima, es preciso que este error no derive de la propia torpeza, es decir, que no provenga de una negligencia culpable”. “...la torpeza exculpante de responsabilidad penal en orden al delito de estafa debe ser un descuido importante, rayano en la desaprensión, el descuido total o la estupidez...”. “No es dable exigir al sujeto pasivo de un delito una conducta que exceda la costumbre, ni proporcionalidad con la ‘viveza’ del autor porque de ser así desaparecería el elemento básico de la convivencia que es la buena fe. La tutela penal no se restringe a los casos en que se venza la astucia del más inteligente o del más prudente”. (Namer 2002, p. 99)

En nuestro caso, la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 2504-2015 – Lima, no solo ha reforzado la necesidad de apelar a criterios de imputación objetiva en los delitos defraudatorios, estableciendo que para calificar la estafa el juzgador “no debe limitarse a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo”, sino que fundamentalmente debe dirigir su actuación a constatar si la conducta del autor ha generado un “riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido”. Esta sentencia además genera efectos vinculantes sobre la determinación de la eficacia del engaño como generador del error, estableciendo que “hay engaños causales que son típicos y otros engaños causales que no los son”, por lo que es necesario el estudio de la misma participación del sujeto pasivo en el caso concreto.

Se imputó a Hilda Cecilia el delito de estafa (y también falsedad genérica) en agravio de José y otros. El Ministerio Público le atribuye la realización de dos hechos ocurridos entre enero a octubre de 2007, en los cuales empleó “engaño” y ocasionó perjuicio patrimonial en agravio de diversas personas:

1° Haber “engañado” a los propietarios de las empresas Menzala Motors S.A.C. y Grupo Escarabajo. La denunciada se presentó ante ellos “como una persona solvente y confiable”, “logrando que, bajo error, la primera empresa le entregara seis y la segunda cuarenta y nueve vehículos, en su mayoría camionetas cuatro por cuatro, con el objetivo de ser llevadas a empresas mineras con sede en la ciudad de Ica, a efectos de ser dados en alquiler o alquiler-venta; para lo cual la procesada solamente abonó una parte del dinero pactado y, posteriormente, sin tener la condición de propietaria ni las facultades jurídicas para ello, procedió a venderlos a terceras personas”.

2° El “engaño” en perjuicio de Jorge Jesús y once personas más “a quienes la procesada les vendió los vehículos sin tener la condición de legítima propietaria y manifestándoles que provenían de remates judiciales. Dichos ‘agraviados adquirientes’, motivados por los precios bajos en que los vehículos eran ofrecidos procedían a adquirirlos mediante contrato de compra-venta plazo con reserva de dominio de vehículo usado, cuyo pago se garantizaba también con letras de cambio. Sin embargo, al momento que estos agraviados adquirientes solicitaban la entrega de las tarjetas de propiedad, la procesada les decía que estaba realizando los trámites hasta que culminen con pagar la totalidad del vehículo; todo lo cual no constituía más que un ardid o engaño de su parte, pues las compañías vendedoras no iban a entregar la Tarjeta de Propiedad debido a que, en algunos casos, la procesada solamente pagaba un adelanto e incumplía con los abonos mensuales, y, en otros casos, los vehículos habían sido entregados solamente en alquiler; es decir, en ambos casos la acusada no podía disponer sobre la propiedad de los vehículos. Por esta razón los agraviados adquirientes tuvieron, finalmente, que devolver los autos, sin que les hayan devuelto el dinero que pagaron por los mismos”.

La Segunda Sala Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió su sentencia sobre la base de los siguientes fundamentos:

1° Respecto de la acusación de estafa del grupo comercial “Escarabajo” y “Mensala Motors S.A.C.”, la conducta de la acusada es atípica; “dado que el mérito de las obligaciones contenidas en los contratos denota un incumplimiento de índole civil. Asimismo, debe considerarse que la referida procesada firmó los referidos contratos con su propio nombre y revistiendo las formalidades de ley; no configurándose los elementos del tipo penal de estafa”

2° Respecto de los “agraviados adquirientes”: Jorge Jesús, Juan Pablo y Giancarlo, “ha quedado acreditado que la procesada los engañó de forma idónea y eficaz, pues les ofreció en venta vehículos a un precio por debajo del mercado, aduciendo que los vehículos provenían de remates judiciales; aparentando cualidades supuestas (bienes, créditos, comisión); provocando un error en los agraviados quienes, viciados en su voluntad, contrataron con la procesada la compra de vehículos”. El resto de “agraviados adquirientes”, no cumplió con presentar elementos de prueba originales.

3° La alteración de la verdad por parte de la procesada, en perjuicio de los “agraviados adquirientes”, “fue precisamente para conseguir la disposición patrimonial de éstos; fundamentos por los cuales el supuesto fáctico imputado como falsedad genérica, quedaría absorbido por el delito de estafa; correspondiendo, en consecuencia, absolver a la acusada de la acusación fiscal por el delito contra la Fe Pública”.

Al efecto, la Sala Penal Suprema ha establecido en este caso, que “como puede observarse de los actuados, el ‘engaño’ empleado por la procesada resultó eficaz para inducir a error a los agraviados y procurarse un provecho económico a partir de la disposición patrimonial que éstos realizaron”. Pero, “la hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple

constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por ejemplo, resulta incorrecta la forma en que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito de estafa, esto es, como una mera secuencia de elementos [engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito] vinculados por un nexo causal. El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico-penales; si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido” (Fundamento Décimo Primero).

“En el presente caso, sin embargo, el Tribunal de grado inferior se ha limitado a constatar la existencia de un engaño causal. Esto es, un engaño que resultó eficaz para inducir un error, un perjuicio patrimonial, y un provecho ilícito. Ahora bien, si se exige que el ‘engaño’ propio de la estafa, constituya un ‘riesgo típicamente relevante’ para el patrimonio, podrá llegarse a la conclusión de que hay engaños causales que son típicos y otros engaños causales que no lo son. La tipicidad del engaño, por tanto, no es cuestión de causalidad, sino de imputación objetiva” (Fundamento Décimo Segundo).

“Al momento de analizar la tipicidad en los procesos por estafa, el juez penal no debe preguntarse ¿quién causó el error de la víctima?, sino ¿Quién es competente por el déficit de conocimiento -error- de la víctima? Aunque un caso llegue a los tribunales y el juzgador o el fiscal sepan (inevitablemente) a qué condujo en efecto el engaño (si hubo error o no y, en consecuencia, perjuicio patrimonial), pues el enjuiciamiento de los hechos tiene los conocimientos adquiridos ex post; esos conocimientos deben suprimirse a la hora de enjuiciar si el comportamiento del autor fue típico. Que se produzca el resultado, es una cuestión que está en un nivel de análisis distinto y posterior, en el que se trata simplemente de ver si el riesgo de perjuicio patrimonial se cristalizó o no en el resultado. Lo que debe

verificarse, en primer término, es si el engaño de la víctima puede imputarse objetivamente al autor” (Fundamento Décimo Tercero).

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

“Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? De acuerdo con la más recientemente elaborada dogmática jurídico penal; es el criterio de la accesibilidad normativa, el que permite delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla” (Fundamento Décimo Quinto).

“Corresponde determinar, por tanto, si, con independencia del ‘engaño’, empleado por la procesada, los agraviados [...] tenían accesibilidad normativa a la información necesaria, para tomar una decisión verdaderamente libre frente al ofrecimiento de venta de vehículos que les hizo la encausada; de ser así, tendrá que descartarse la configuración

de un engaño típico de estafa, y, en consecuencia, afirmarse la existencia de un caso de competencia de la víctima. Por el contrario, si los referidos agraviados no tenían accesibilidad normativa a la información, corresponderá afirmar la relevancia penal de un engaño típico de estafa. El patrimonio merece protección solo frente aquellos engaños cuya detección no pueda esperarse del propio titular del patrimonio (o bien de su representante)” (Fundamento Décimo Sexto).

“De autos se tiene que los tres agraviados [...], celebraron contratos de compra-venta a plazo, con pactos de reserva de dominio de vehículo usado, sin serlo realmente. ¿Tenían, los agraviados, accesibilidad normativa a la información respecto de la titularidad de los vehículos que pretendían adquirir? La concreción del criterio de la accesibilidad normativa, es más sencilla cuando existe una regulación que define los parámetros de diligencia propios de ese sector del tráfico económico. En ese sentido, corresponde revisar las principales reglas jurídicas que regulan el sector mercantil automotriz” (Fundamento Décimo Séptimo).

“El artículo 2012° del Código Civil consagra el Principio de publicidad registral, según el cual: ‘Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones’. Se trata de una disposición normativa que consagra una presunción iure et de iure, esto es, una presunción que no admite prueba en contrario. Por tanto, quienes interactúan en el mercado de bienes registrables - en este caso, de los automóviles-, tiene la carga de conocer el contenido de las inscripciones; lo cual es una información que se encuentra normativamente accesible a la persona que pretende realizar una disposición patrimonial. Esta carga de cuidado fue infringida por los afectados. En consecuencia, existe competencia de la víctima” (Fundamento Décimo Octavo).

“Lo expuesto reafirma la tesis de que a los agraviados [...] les incumbía averiguar la información respecto a la titularidad de los vehículos que adquirieron en compra-venta. En ambos casos, se trataba de dos profesionales -incluso uno es un comerciante de autos- esto es, de personas que podían normalmente haber accedido al registro público vehicular y descifrar la información allí existente. En consecuencia, corresponde afirmar que el engaño sobre datos inscritos en los Registros de Propiedad, es típicamente irrelevante, ya que la consulta de datos registrales es el deber mínimo de autotutela a quien interactúa en el mercado automotriz; a no ser que se trate de víctimas estructuralmente débiles como las señaladas en el inciso 1 del artículo 196-A del Código Penal; o que exista un acto de bloqueo de la información normalmente accesible” (Fundamento Vigésimo).

“Respecto de esto último, la existencia de un acto de bloqueo por parte de la acusada, por ejemplo a través de la falsificación de documentos, que hubiese impedido a los agraviados [...] agenciarse de la información que en principio les era normativamente accesible, queda descartada a partir del contenido del dictamen fiscal acusatorio [...] que sostiene ‘que en autos no se ha llegado a determinar que la procesada haya falsificado y/o adulterado algún documento que perjudique a los agraviados, cuando estos últimos adquirieron en supuesta compra-venta los vehículos (...), tanto más si se tiene en cuenta que en autos no aparece alguna pericia grafotécnica en la cual se acredite que se haya falsificado algún documento con relación a la compra-venta de vehículos. A ello, cabe agregar que la procesada ofertaba la venta de los vehículos a título personal y en la cochera de su propio domicilio; siendo ella misma quien se vinculaba contractualmente con los adquirentes. Distinto hubiese sido el caso, por ejemplo, si la procesada hubiera conseguido que el Registrador expida una certificación falsa, según la cual el bien mueble (vehículo) se encontraba bajo su titularidad; en tal caso, se produciría un bloqueo que determina el nacimiento para el autor, de un deber de veracidad respecto a esa

información; deber que debe cumplir antes de que la víctima (adquiriente de los vehículos) realice el acto de disposición” (Fundamento Vigésimo Primero).

“Puede que la configuración de un contacto social competa 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. Existe, por tanto, una competencia de la víctima. En el caso de los agraviados [...] éstos han dado con su propio comportamiento, la razón para que la consecuencia lesiva -perjuicio patrimonial- les sea imputada a ellos mismos; como consecuencia de una lesión de su deber de autoprotección” (Fundamento Vigésimo Segundo).

“Los compradores [...] adquirieron los vehículos sin comprobar previamente su titularidad registral. La información sobre la titularidad de un vehículo, estaba normativamente accesible al comprador, pues, se encontraba a su disposición en el Registro de la Propiedad, que es público; y el acceso al Registro no les suponía un esfuerzo desproporcionado. En consecuencia, en este caso, la conducta de la procesada no puede ser considerada engaño típico, ya que no tenía un deber de veracidad respecto a los compradores; en la medida en que incumbía a estos últimos tomar la medida de acudir al Registro de la Propiedad para acceder a la información sobre la titularidad de los vehículos. La cuestión, por tanto, deberá dilucidarse en la vía extra penal que corresponda” (Fundamento Vigésimo Tercero).

“La delimitación entre delito de estafa e ilícito civil, derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales, no se encuentra supeditada al elemento subjetivo; esto es, resulta incorrecto establecer una delimitación atendiendo a si el autor tenía dolo antes o

después de celebrar el contrato. Esta posición resulta incorrecta, por cuanto la determinación de la relevancia penal de un comportamiento, no empieza por la esfera interna del autor. El Derecho Penal, recién se pregunta por la esfera interna -dolo, imprudencia y culpabilidad en sentido estricto- después que ha tenido lugar un comportamiento externo socialmente perturbador. En otras palabras, la delimitación entre estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva” (Fundamento Vigésimo Quinto).

“El engaño es un elemento que se presenta, no solamente en la estafa sino también en las relaciones contractuales civiles o de carácter mercantil. En estos casos, el operador de justicia tiene que delimitar quien es competente por la situación de error de la víctima; esto es, si incumbía a esta última agenciarse de la información normativamente accesible; o si era competencia del autor, en virtud de un deber de veracidad, brindarle a la víctima los conocimientos necesarios para su toma de decisión respecto de la disposición de su patrimonio. En el primer caso, no se configurará el delito de estafa, por cuanto el perjuicio patrimonial es competencia del propio disponente (competencia de la víctima), por tanto, los hechos serán ventilados en la vía extrapenal que corresponda. En el segundo caso, una vez verificado que ha existido la infracción a un deber de veracidad, y la realización del riesgo en el resultado, entonces podrá imputarse la comisión del delito de estafa, atendiendo a criterios objetivos como la idoneidad del contrato, o su forma de celebración, para bloquear el acceso de la víctima a la información normativamente accesible; o para generar en aquello una razón fundada de renuncia a ciertos mecanismos de autoprotección relevantes para su toma de decisión” (Fundamento Vigésimo Sexto).

Por dichos fundamentos, la Sala Penal Transitoria DECLARÓ haber nulidad en la sentencia recurrida, REFORMÁNDOLA, la ABSOLVIERON de la acusación fiscal. El

fundamento de la SALA fue que no se había acreditado la comisión del delito ni la responsabilidad penal de la acusada.

9. Sistemática típica

En nuestro sistema penal estos delitos patrimoniales de defraudación, están tipificados en el Capítulo V, del Título V, del Libro Segundo del Código Penal, bajo el título de: “Estafas y otras defraudaciones”.

Conforme ya tuvimos la oportunidad de expresar, con respecto a tal nomen iuris, coincidimos con Roy Freyre, en que “nuestra ley ha puesto en alto relieve la posición de la estafa teniendo en cuenta, seguramente, que constituye la figura de la defraudación técnicamente mejor caracterizada. Eso explicaría su inclusión, aparentemente diferenciadora, dentro del membrete del Capítulo V en estudio, que se denomina “estafa y otras defraudaciones”. (1983, p. 147) En razón de ello, rotular el Capítulo V, como “estafa y otras defraudaciones”, parece no muy técnico (repetitivo diríamos), suficiente hubiese sido si se titulase como: “De las defraudaciones”. Esto en consideración a que la estafa es una modalidad más de las conductas defraudatorias.

El capítulo de referencia contiene la siguiente clasificación normativa:

ESTAFA:

- a) Estafa genérica.....Artículo 196
- b) Estafa agravada.....Artículo 196-A

DEFRAUDACIÓN:

- c) Fraude procesal.....(Inc. 1)...Artículo 197
- d) Abuso de firma en blanco.....(Inc. 2)...Artículo 197
- e) Administración fraudulenta.....(Inc. 3)...Artículo 197
- f) Estelionato.....(Inc. 4)...Artículo 197

CAPÍTULO III

“IMPUTACIÓN DE LA ESTAFA”

1. Antecedentes legislativos

La tipificación del delito de estafa tiene su origen legislativo en el artículo 345° del C.P. de 1936 (Título 4°: “De las estafetas y otras defraudaciones”), que tipificaba la estafa como la conducta de “todo el que, con nombre supuesto, ó bajo calidades imaginarias, falsos títulos ó influencia mentida, defraude á otro, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa ó negociaciones, ó valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid ó engaño; será castigado [...]”.

Durante la vigencia del Código Penal de 1924, se tipificó el tipo genérico de estafa en el artículo 244° (Sección Sexta, Título IV, bajo el rubro de “estafas y otras defraudaciones”, estableciéndose como estafa la conducta del 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 [...]”.

El texto actual del artículo 196° tipifica como estafa la conducta del 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 [...]”.

2. Conceptualización

Como se puede apreciar, el texto final del artículo 196° en comentario, ha sufrido una adecuada modificación, suprimiéndose los redundantes supuestos de estafa del texto derogado, adoptando una más técnica formula abstracta y general, introduciendo los conceptos de “inducción o mantenimiento en error al agraviado”, valiéndose del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. En tal sentido ya de antaño Antón Oneca, refería que “se puede establecer que la estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error, o manteniéndolo, en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual se produce un perjuicio en el patrimonio de la víctima o en el de un tercero” (1957, p. 31). Y es que justamente se aprecia aquí un tipo de comportamiento que, basado en actos fraudulentos, logra determinar el desposeimiento patrimonial de su víctima a la que ha inducido viciando por error su voluntad.

“La estafa es el ejemplo prototípico de los delitos patrimoniales de defraudación. En ellos se produce una agresión a un patrimonio ajeno, pero el sistema de actuación delictivo es absolutamente diverso en unas y otras infracciones [...]. En la estructura clásica del delito de estafa, por el contrario, lo habitual es que la propia víctima se desapodere voluntariamente del bien que posee legítimamente, y lo entregue al sujeto activo del delito, que se limita a recibirlo, sin necesidad de arrebatárselo, ni menos aún de utilizar violencia o intimidación”. (Mestre Delgado en Lamarca Pérez et al 2015, p. 361). Por eso se dice que son delitos “longa manus”, en los que el agente alarga la mano para que la víctima ponga en ellas su patrimonio, a veces con una sonrisa e incluso dándose el caso en que ella misma exige que lo acepte.

Conforme lo establecen Valle Muñiz y Quintero Olivares, “el precepto que nos ocupa contiene el concepto general de estafa. De forma que son fácilmente identificables

los elementos esenciales de la misma que, desde su formulación por ANTON ONECA, exigen doctrina y jurisprudencia: engaño idóneo (bastante) para producir error en otro, el cual motiva un acto de disposición patrimonial que, a su vez engendra un perjuicio económico en su propio patrimonio o en el de un tercero. Además, el tipo se integra por el dolo defraudatorio y por el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto”. (En Quintero Olivares, Morales Prats et al 2010, p. 643).

Desde la perspectiva operativo-judicial, “el delito de estafa requiere de una conducta engañosa con el 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. SENTENCIA: EXP. 1347-10: y **CONSIDERANDO:** Además, **Primero.-** Que, los cargos que se inculpan a los procesados consisten en haber inducido y mantenido en error al agraviado, engañándolo para conseguir que éste les otorgue en garantía hipotecaria el inmueble de su propiedad, prometiéndole alta rentabilidad durante los seis meses que duraba el contrato hipotecario, siendo así, que una vez obtenido el título del agraviado, éstos le giraron en garantía un cheque sin fondos, además de darle un destino diferente al dinero obtenido por la Mutual de Vivienda del Perú, que era el de invertirlo y no satisfacer obligaciones; **Segundo.-** Que, respecto al delito de estafa, tal como está previsto en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal, se debe de 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 deba de mantener en error al agraviado por medio del engaño, astucia o ardid; es decir se requiere de una “conducta 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” (QUERALT JIMENEZ, Joan: Derecho Penal Español, Parte Especial. Barcelona: BOSCH, mil

novecientos noventa y seis , pág. trescientos sesenta y nueve); **Tercero.-** Que, en el caso sub judice se tiene que, revisando 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, debido a que al momento de realizar el contrato los procesados le ocultaron al agraviado que el dinero que recibían de la Mutual de Vivienda del Perú lo destinarían para satisfacer sus anteriores obligaciones, mientras que para que éste firme el contrato le prometieron que el mismo sería destinado a capital de trabajo, tal como se puede apreciar de la cláusula vigésima primera del contrato que obra a fojas nueve, además de haberle entregado como garantía de la operación comercial un cheque que tenía la cuenta cancelada y que en copia simple obra a fojas veinte: máxime si a fojas cuatro la otra copia de la resolución de la Superintendencia de Banca y Seguro, publicada en el diario oficial El Peruano... en el que señala las irregularidades con que se habían realizado las negociaciones entre la representada de los procesados y la indicada Mutual; que, fruto de este contrato el agraviado desplazó por error a los procesados su patrimonio representado por el título de su inmueble, ocasionándole un perjuicio, pues, tal como aparece del aviso de remate que obra a fojas veinte, el Primer Juzgado Civil de Lima dispuso el remate de su propiedad; **Cuarto.-** Que, la reparación civil debe guardar proporción con el daño ocasionado, por lo que resulta procedente elevarla prudencialmente, que por estos fundamentos; **CONFIRMARON** la sentencia apelada...

En la estafa el bien jurídico que el ordenamiento protege es el patrimonio. Es aplicable aquí, conforme lo indica Fontán Balestra, “el concepto amplio de propiedad y que comprende, no solamente bienes muebles o inmuebles, sino también todo aquello que tiene significado para modificar los derechos y obligaciones que, en conjunto, constituyen el patrimonio y que abarcan derechos reales y personales, renuncia a derechos, creación

de obligaciones, que el delito puede alterar cambiando la resultante de la relación que ellos guardan entre sí y que es el resumen del estado patrimonial de una persona” (1994, p. 475). En este delito lo relevante es la producción de un perjuicio al patrimonio. Con la estafa pueden ser lesionados o puestos en riesgo todos los derechos patrimoniales, afectándose indistintamente bienes corporales muebles o inmuebles o de derechos. De esta manera el objeto material de la acción en este caso, está constituido por los bienes muebles, inmuebles y derechos, que constituyen el patrimonio de la víctima.

3. El tipo objetivo de la estafa

3.1. Sujetos de la acción: autoría y participación

El tipo, siendo uno genérico, no reclama condición personal alguna, ni otro tipo de exigencia o requisito, por lo que el sujeto activo puede serlo cualquier persona (sujeto activo genérico). Por su característica típica, tanto la autoría, directa, mediata e incluso la coautoría, así como la participación delictiva son perfectamente configurables.

El sujeto pasivo también es genérico, pudiendo ser también cualquier persona, pero pasible de poder ser engañada con la maniobra defraudatoria (es decir que pueda ser inducida a error). Así, indica Fontán Balestra, “el estudio del sujeto pasivo de la estafa da motivo a cuestiones vinculadas con la relación causal, la posibilidad del error y la distinción entre víctima del error y la del perjuicio. Para el maestro argentino no son susceptibles de error los inconscientes ni los incapaces en medida que les impida discernir. Evidentemente, la persona jurídica no podrá ser objeto del engaño, que como elemento fundamental reclama el tipo, pero nada obsta para que se sitúe como agraviada por el delito” (1994, p. 479).

“[...] pero también debe tenerse en cuenta la personalidad del sujeto, su inteligencia, su edad, sus relaciones con el sujeto activo, etc. En todo caso, el sujeto pasivo ha de tener una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas; si se trata de un menor o de un enfermo mental, el engaño que determina que una persona en esta situación entregue una cosa se considera por la doctrina dominante como hurto y no como estafa”. (Muñoz Conde 2015, p. 373)

3.2. Estructura típica de la estafa

3.2.a) Inducción o mantenimiento del error. - El error implica un “vicio del consentimiento” del que es objeto un sujeto, a consecuencia de alguna distorsión en el entendimiento con respecto a personas, hechos o cosas objeto de valoración intelectual”. “El error debe entenderse como una viciada y distorsionada representación de la realidad, que se forma una persona respecto a un hecho material o psicológico, o sobre la verdad de alguna de sus características, cualidades o atributos”. En tal sentido, la conducta, que puede ser directa o indirecta por parte del agente estafador, consiste en una actividad mental de “convencimiento sobre algo contrario a la verdad”.

Es de observarse, que como generalmente en la estafa se aprecia la existencia un acto jurídico viciado por error, debemos tener en consideración que este error puede versar sobre cualquiera de los elementos de la relación jurídica, o sea, sobre sujetos, objeto y acto. Sobre el sujeto de la relación, el error puede referirse a cualidades personales preexistentes, a falsedad en la identificación o la apariencia de títulos, habilidades o patrimonio.

Conforme a lo dicho, el error más frecuente, tratándose de estafa, se relaciona con las condiciones de las cosas, como monedas, cheques o títulos falsos o propiedades del

objeto materia de la transacción: su sustancia, calidad o cantidad, etc. El error sobre el acto también es frecuente y ocurre cuando el engañado cree realizar un acto jurídico y en realidad realiza otro, verbigracia: firmar un pagaré por mil soles que luego aparece suscrito por un millón; creer que otorga un préstamo cuando en realidad se trata de una donación; hacer suscribir con engaño algún documento; otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado o falsos recibos, etc. El error como elemento del tipo de estafa, indica Quintero Olivares, “juega un doble papel. En primer lugar, el error debe ser consecuencia del engaño, hasta el punto que de la capacidad de la acción para su provocación dependerá la relevancia penal de la misma. En segundo lugar, y además, el error debe de motivar la disposición patrimonial perjudicial. No otra cosa cabe deducir, so pena de sacrificar la ineludible relación de causalidad entre acción y resultado” (1996, p. 487).

Para calificar el error como elemento objetivo del tipo penal de estafa, es necesario atribuirlo (aspecto causal) a las maniobras del estafador o de un tercero (artificios o engaños) que obra en complicidad o determinación de aquél y que ellas sean la única causa o la principal del vicio del consentimiento, que a la vez motiva la disposición patrimonial perjudicial. Si en la motivación del error existen otras causas más determinantes, aunque la disposición patrimonial sea perjudicial, no se tipifica delito de estafa (que sea la voluntad del propietario regalarle el bien porque le tomó simpatía, no obstante percibir el engaño). Por eso las llamadas “estafas a cajeros electrónicos” “o estafas a medios informáticos”, son imposibles ya que no se podría constituir el elemento esencial de la “inducción al error”.

“Las llamadas estafas por medios informáticos fueron introducidas en el CP de 1995, para ofrecer respuesta a nuevas formas de criminalidad. Podría decirse que en realidad se trata también de una estafa genérica, con la salvedad que aquí no hay engaño ni error, sencillamente porque no se puede ni engañar ni inducir a error a una máquina o

computador. Tal vez la novedad resuelve las dudas antes planteadas acerca de la tipicidad de ciertos abusos en el uso de tarjetas de crédito”. (Gonzáles Cussac, en Vives Antón; Martínez Bujan 2016, p. 397).

Para la imputación penal por la inducción al error, deberá constatarse el incremento injustificado del riesgo. Mientras nadie incremente innecesariamente este “riesgo de convivencia”, no tendrá por qué intervenir el control penal; por el contrario, el “incremento injustificado del riesgo”, que determine el efectivo daño al bien jurídico objeto de protección de la norma jurídico penal, determinará la reacción del sistema penal. Como ya dijimos, afirmar por ejemplo que se tiene la cura del cáncer (u otra enfermedad comprobadamente incurable), o le hace el cuento del “viaje soñado” sin cumplirlo; siendo que estas formas de engaño determinaron el error y el desposeimiento patrimonial agravante, diremos que si se ha incrementado antijurídicamente el riesgo y por tanto se justifica la reacción penal.

Así, conforme a lo ya citado, nuestra jurisprudencia vinculante (Recurso de Nulidad No 2504-2015 – Lima), ha establecido que “la hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por ejemplo, resulta incorrecta la forma en que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito de estafa, esto es, como una mera secuencia de elementos [engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito] vinculados por un nexo causal. El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico penales; si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido”.

En igual sentido, y conforme a lo ya tratado, el comportamiento dirigido a la disminución del riesgo (en este caso patrimonial), tendrá un efecto exculpador no obstante se presente el engaño típico. P. ej. A, para evitar que los malos hijos de su vecina y amiga, vendan la casa que habita, utilizando el argumento que van a crear una “asociación benefactora de los niños abandonados”, logra que le firme una donación a su nombre y el inmueble pasa a su propiedad, logrando frustrar la intención de sus hijos.

El error puede ser inducido o mantenido. El primer caso implica una actividad, por parte del agente, directamente destinada a distorsionar la realidad de las cosas en la persona de su víctima (se requiere por tanto una acción por comisión). El segundo caso representa la situación en el que la víctima se encuentra ya en el estado de error, no inducido por el agente, sino creado por circunstancias diversas, que pueden partir de una mala apreciación de la víctima, como de circunstancias engañosas provocadas por terceros. En este caso el agente debe acciona positivamente para evitar de esta manera que el agraviado salga del error. No es suficiente el mero aprovechamiento del error en que se puede encontrar al sujeto pasivo, en este caso se requiere que dicho error sea una circunstancia anterior a la intervención del agente y que fundamentalmente éste despliegue una actividad positiva suficiente para mantenerlo, pudiendo incluso determinar un acrecentamiento de los alcances del error. Esto porque esta negada la posibilidad de tipificar forma alguna de “estafa omisiva”.

3.2.b) Idoneidad del medio engañoso. - Conforme lo establece el tipo penal, el medio utilizado por el agente, tanto para la inducción o mantenimiento del error en la víctima es el engaño, la astucia, el ardid u otra forma fraudulenta. El engaño individualiza a la estafa frente a las otras figuras patrimoniales. En este sentido, el agente logra obtener el bien, contando con la voluntad viciada de la víctima, sin violencia o intimidación alguna, por ello es que se dice, gráficamente, que en la estafa el delincuente alarga la mano, no para

arrebatarse las cosas como ocurre con el ladrón, sino para que la víctima engañada se las ponga a su alcance y disposición.

EL desposeimiento, evidentemente, debe responder al despliegue de una actividad idónea por parte del agente para la inducción o mantenimiento del error (en tal sentido será absolutamente necesario la presencia de la relevancia del engaño, debiendo ser éste suficiente o “bastante”, desechándose el que resulta irrelevante o no determinante). El agente puede explotar su propia capacidad y experiencia o la propia inexperiencia o ingenuidad de la víctima. Evidentemente se requiere que el medio engañoso sea causa directa del despojo y este tiene que ser anterior al desposeimiento o disposición patrimonial. La condición personal de la víctima adquirirá también relevancia a los fines del tipo, esta deberá representar una persona “que se pueda engañar”, ya que, si se trata de un niño, una persona con deficiencia sensorial, debilidad mental, etc., podría presentarse el caso de un autoría directa o mediata de hurto y no una estafa

Como ya hemos desarrollado en el tema de la “auto puesta en riesgo”, para la configuración del tipo defraudatorio es preciso constatar el estado de error al que se lleva a la víctima. Para este efecto deberá considerarse la oportunidad e idoneidad del medio engañoso empleado y también al efecto, si es que verdaderamente el engaño tuvo el efecto esperado por parte del agente. Para ello deberá atenderse a las particulares condiciones personales de la víctima, que puedan ser explotadas por el agente, como la ignorancia, la inexperiencia, la candidez, e incluso su propia avidez y “angurria”. En tal sentido, no se podría imputar estafa si pudiendo hacerlo en resguardo de su propia protección, la víctima no actúa con diligencia, siendo por el contrario que el error se produce como consecuencia de su propia omisión, desidia e incluso negligencia. “Para que exista verdadera relación de causalidad entre el engaño y el error producido en la

víctima, es preciso que este error no derive en la propia torpeza, es decir, que no provenga de una negligencia culpable”. (Romero 1998, p. 166)

Engaño es el modo más simple y primario de inducir al error. Entendemos por engaño la acción destinada a inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. Se trata de dar a la mentira apariencia de verdad (según Conde Pumpido, “se entiende por engaño la falta de 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” <1997, p. 45>). Conforme lo aprecia Vives Antón, “en el lenguaje común, la expresión ‘engaño’ designa la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad”. (1999, p. 441) “No define la ley el engaño, ni determina que, en el ámbito de la estafa, haya de reunir características especiales. En el lenguaje común, la expresión ‘engaño’ designa la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad. Y a este significado se han atendido doctrina y jurisprudencia, entendiendo por otra parte que, prima facie, cualquier clase de engaño, con tal de que haya desempeñado el papel causal que la estructura de la estafa le atribuye, es suficiente para realizar el tipo. En términos generales, el engaño ha de ser causante, bastante y antecedente, con exclusión, pues, del llamado <dolo subsequens>”. (1999, p. 289)

El engaño se representa fundamentalmente como la expresión objetiva más simple, de la exteriorizar la voluntad criminal del sujeto activo, de instrumentalizar una falsedad con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial, mediante la maquillación o deformación de la verdad para inducir a error a su víctima, haciéndole creer como verdadero lo que en realidad es falso viciando así su voluntad. Pero hay que tener en cuenta que la simple mentira no es suficiente para evidenciar el engaño típicamente idóneo, ya que como hemos sostenido, el ordenamiento no protege a quien desaprensiva,

ilusa o negligentemente cree, sino al que razonablemente es inducido al error por el artificio verbal.

“La investigación de la aptitud del engaño provocador del error -en el caso de la estafa- es cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial basada en el análisis de los elementos de juicio que ofrezca el caso particular. La eficacia del engaño para la estafa generalmente es revelada por su resultado”. (Namer 2002, p. 18)

Astucia es un comportamiento habilidoso, que implica un desarrollo algo más complejo que el solo engaño. Involucra un accionar mejor concebido y actuado por parte del agente. El actor, evidencia generalmente la simulación de una conducta, situación o cosa, o su representación fingiendo o imitando lo que no se es, lo que no existe o lo que no se tiene, con el objeto de hacer caer o mantener en error a una persona. “Astucia es la habilidad, carácter mañoso y audaz con que se procede para conseguir un provecho ilícito creando error en la víctima”. (Peña Cabrera 1995, p. 284)

Indica Roy Freyre que “más que a través de la manipulación de una realidad externa, la astucia actúa directamente sobre el intelecto o el sentimiento de una persona para lograr el fin perseguido. El nombre supuesto, el abuso de confianza, la actuación aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación constituyen algunas de las formas que suele revestir la astucia”. (1983, p. 149).

Ardid, proviene del latín “articus” y hoy es sinónimo de “trampa, treta o engaño que se usa para lograr un fin”. Caracteriza el comportamiento de alguien que es “perspicaz”, “capaz de percatarse de cosas que pasan inadvertidas para los demás”. “Es un sujeto intrépido sin temor a las situaciones de peligro”.

Típicamente el ardid reclama un astuto despliegue de medios engañosos, que en nuestro sistema no encuentra definición normativa que permita evidenciar una clara diferencia con la astucia, que también implica formas artificiosas de comportamiento, como el de “aparentar representación de empresas”, “títulos nobiliarios falsos”, “créditos que no se tienen”, etc.

Ello no sucede por ejemplo en la legislación argentina, donde su texto reclama la presencia del “ardid” o “engaño” (art. 172 C.P.); o como el caso español, que sólo refiere a la “utilización de engaño bastante” (art. 248, inciso 1 C.P.). En el caso peruano, por imperio de la descripción típica, la inducción al error se realiza mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta (art. 196 C.P.); fórmula que implica una redacción disyuntiva, lo que obliga a diferenciar estas tres modalidades de acción.

El ardid implica la utilización del artificio como medio empleado con habilidad y maña para inducir o mantener el error (La utilización del artificio requiere la presencia de una “mise en scène”, que se representa por la utilización material de un aparato escénico, con el que se logra el engaño. Con mucha propiedad Cornejo decía al respecto, que “en el artificio va incluida la idea de engaño, pero también la del arte puesto en juego para que el engaño triunfe, de donde se desprende el acerto que la simple mentira no constituye engaño artificio, sino cuando esté acompañada de ciertos otros elementos que le den credibilidad” (Cit. Roy Freyre 1983, p. 150). “No se requiere pues algo misterioso, presentado en forma seductora, con hábil combinación y desenvuelto con maestría; es necesario sólo cierta exterioridad artificiosa, aun cuando ésta fuere puramente verbal, a base de una circunstancia de hecho, de tiempo, de lugar, de persona, que de apariencia de verdad a la mentira y que, disimulando las deficiencias, sostenga y de crédito al engaño”. (Loc. cit.)

Diferente es el caso argentino donde no tienen que diferenciar esta terminología. Por eso Fontán Balestra manifiesta que “la simple mentira no configura ardid o engaño [...]. No obstante, no requerirse la ‘mise en escéne’ tradicional de la doctrina francesa, puesto que la idea de engaño no supone artificios ni actividad mañosa, lo cierto es que entre mentira y engaño media diferencia”. (1969, p. 39)

“La estafa requiere la existencia de ardid desplegado por el autor para determinar el error de la víctima que, con voluntad viciada, hará una entrega perjudicial. Existen mentiras que llegan a configurar el ardid de la estafa en función de calidades simuladas del sujeto activo o del pasivo, que desarrolla una tolerable negligencia en la convención engañosa, a la que es conducido por una mentira significativa. Cuando una mentira aparece acompañada de actos positivos que la refuerzan, puede ser admitida como ardid estafatorio” (Cit. Sabrina Namer 2002, p. 31).

En consecuencia, de lo dicho, la distinción conceptual entre astucia y ardid tendrá que referirse a la implementación de una “mañosa escenografía preconcebida”, para motivar la inducción al error de la víctima. Aparato escénico que él mismo generará (p. ej. arrendo e implemento una lujosa oficina y así atraigo a sus víctimas con el cuento del trabajo en empresas internacionales o bancos); o que perspicaz e intrépidamente utiliza (p. ej. el sujeto hábilmente se filtra en la oficina central de un Banco, se coloca en uno de sus módulos de atención y capta a la Sra. Jubilada, a la que “mañosamente atiende” y convence para “depositar” su dinero en una cuenta “super beneficiosa”, y luego de recibir sus dinero se marcha dejando a su víctima en la indefensión.

Por la expresión “otra forma fraudulenta”, debemos entender la inclusión de una fórmula analógica introducido en el tipo, que permite abarcar otros supuestos engañosos utilizados como medios para lograr la inducción o el mantenimiento del error, que serán

de apreciación por el juzgador en el caso concreto, como por ejemplo en la estafa valiéndose de aparatos automáticos, tarjetas de crédito, medios informáticos, etc.

3.2.c) Posibilidad de un engaño omisivo. - La doctrina rechaza la posibilidad de la configuración de un pretendido “engaño omisivo”. Y es que el incremento del riesgo propio de la estafa requiere un acto positivo de acción, ello lo refuerza la norma cuando exige el comportamiento de “inducción al error”, mientras que cuando se refiere al “mantenimiento en el error”, no se piense que se refiere a un comportamiento omisivo in extensu. Sólo habrá imputación cuando el agente tiene el deber de comunicar al agraviado y sacarlo del error (posición de garante), pero si esto no es así, sólo habrá imputación si dolosamente se aprovecha del error en el que ya se encuentra esta o en todo caso lo incrementa (p. ej. en una venta de productos de artesanía, la víctima confunde el adorno como si fuera de oro. Le pregunta al vendedor ¿Cuánto cuesta este adorno de oro? El vendedor se da cuenta y le dice quinientos dólares “este bonito adorno de oro” y recibe así el pago.

“[...] que desde una perspectiva típica uno de los elementos que constituyen la estructura de ese ilícito penal es el engaño; que ese engaño típico puede producirse por medio de un engaño expreso y el engaño por actos concluyentes; que en este último caso está comprendido el ‘silencio o la ocultación de hechos’ que viene calculado para inducir en error al sujeto pasivo del delito, es decir esas acciones determinantes del error forman parte de un complejo que se interpreta como una conducta concluyente; que, en ese sentido, el silencio del sujeto que está obligado a deshacer el error de la víctima como consecuencia de su deber de veracidad por la posición de responsabilidad que ocupa en relación con el bien jurídico en peligro, significa que el sujeto pasivo tiene el derecho de interpretar la falta de comunicación como afirmación de que el agente sobre el que aquella obligación recae no tiene nada que comunicar; que en ese contexto, por ejemplo,

constituye engaño la conducta del vendedor de un producto defectuoso ‘que no comunica’ al comprador esa circunstancia oculta de la cosa, pues en los negocios jurídicos ese silencio de uno de los contratantes pasa al campo penal porque recae sobre uno de los elementos fundamentales del convenio”. (Queja 185-2012, Lima)

Al respecto de ello, nos dicen Pastor Muñoz y Coca Vila, que “por último, se discute sobre la tipicidad de la estafa por omisión, entendida esta última como la no comunicación al disponente de informaciones que le habrían permitido conocer el carácter perjudicial de su acto de disposición. Téngase en cuenta que cuando el silencio del autor <<comunique>> información (ejemplo: el autor dice a la víctima ‘si los peritos no descubren ningún defecto, no te llamo’) no concurre una estafa por omisión, sino una estafa activa mediante ‘actos concluyentes’. Los casos de estafa por omisión son aquellos en los que no existe una comunicación de información del autor a la víctima, sino una falta de comunicación de información que no tiene sentido concluyente” (en Silva Sánchez; Ragués i Valles et al 2018, p. 259-260)

“La sola constatación de un engaño, vinculado causalmente a una disposición patrimonial perjudicial, con déficit de información -error-, no implica, per se, la configuración del delito de estafa. Solamente existirá un engaño típico de estafa, cuando la superación del déficit de información -error- no es competencia de la víctima disponente sino del autor del hecho o suceso fáctico; esto es, cuando la víctima carece de accesibilidad normativa a la información. En estos casos, el autor es garante de brindar a la víctima la información que ésta no le competía recabar o descifrar”. (R.N. N° 2504-2015 – Lima)

En lo que respecta al tema de “engaño activo” y “engaño omisivo”, Antón Oneca entiende que “resulta aplicable a la estafa la doctrina general de las conductas omisivas,

admitiendo casos en que el simple silencio podría ser causa de la defraudación, como en el caso del cajero que, ante la confusión del parroquiano, recibe un precio mayor al debido. La mayor parte de los casos citados como de estafa por omisión constituyen, en realidad, engaños activos. Precisamente al hilo de esa atinada observación la doctrina más reciente ha negado la posibilidad de admitir un engaño omisivo. Así, Bajo Fernández, tras aducir que los supuestos de omisión deben quedar exclusivamente en el ámbito civil, por el menor desvalor de acción que representan, afirma que los casos tradicionalmente calificados de omisiones constituyen, en realidad, engaños activos de índole implícita” (1957, p. 312).

En el mismo sentido (aunque con distinto fundamento), Valle Muñiz siguiendo a Silva Sánchez, entiende que “engañar no equivale a ‘no sacar del error’ y que, por lo tanto, la condena por estafa en los casos de ‘engaño omisivo’ se funda en el recurso a una (prohibida) <<analogía in malam partem>>”. (1986, p. 144) Sin embargo, admite este autor la posibilidad de que el engaño puede llevarse a cabo mediante el silencio “cuando éste aparezca en el seno de un comportamiento complejo positivo, donde cobra relevancia no tanto la mera omisión, cuanto, la acción concluyente que toda conducta supone, cuando en virtud de determinados parámetros como...existencia de un deber de manifestarse adquiera una significación engañosa evidente” (Loc. cit.)

Una adecuada solución del problema requiere distinguir entre los casos en que la omisión torna falaz y engañosa una previa conducta positiva, de aquellos otros en que se hace consistir el engaño, estrictamente, en una omisión. “En los primeros no cabe, en puridad, hablar de engaño omisivo: p. ej. si para obtener un crédito, se presenta un estado patrimonial en el que se omite parte del pasivo, el engaño resulta de la conducta activa realizada. El documento resulta engañoso, no porque en él se excluyan determinadas deudas, sino porque, al excluirlas, se afirma positivamente, aunque de modo implícito, que no existen. En los segundos, respecto a las que podría servir de paradigma el caso,

propuesto por Antón Oneca, del cajero que, por error del parroquiano recibe más dinero del debido, es donde se plantea estrictamente la problemática del llamado engaño omisivo. Y hay, que concluir respecto a ella, de acuerdo con Bajo Fernández, Silva Sánchez y Valle Muñiz que, en efecto, tales omisiones no son típicas en el sentido del delito de estafa. Pero no porque representen un menor desvalor de acción ni porque no puedan calificarse de engaño, sino porque no producen el error, como exige el texto legal". (Cit. Roy Freyre 1983, p. 151)

3.2.d) El contrato criminalizado. - Se ha estimado igualmente en la doctrina, que la estafa también puede realizarse en el contexto de una relación contractual, en la que inicialmente no se expresa nada exactamente falso, pero en el que el agente oculta intencionalmente su intención de no actuar "como la relación lo exige" (esto es, como contratante) y defraudar a otro de manera implícita. En efecto, como bien dice Muñoz Conde, "en el ámbito de lo que se denomina 'contratos criminalizados', se ha admitido la tipicidad del engaño implícito en multitud de resoluciones judiciales, las que han fijado la línea divisoria entre la estafa y el incumplimiento civil en el momento de aparición de la voluntad de incumplir la prestación convenida: si el ánimo de incumplir existía 'ab initio' habrá estafa, si surge con posterioridad, no". (2015, p. 375)

"La denominada estafa contractual exige, como cualquier otra, la presencia de todos los elementos típicos configuradores de la acción delictiva: Por ello, es éste un supuesto que en cuanto a su construcción dogmática no difiere un ápice del resto de las modalidades posibles. La característica que lo hace individualizable es la utilización de una ficticia relación contractual en el desarrollo de su dinámica comisiva. Se trata, por tanto, de una conducta engañosa dirigida a captar maliciosamente el consentimiento de la otra parte contratante. De tal modo que ésta se obligue a la realización de una disposición patrimonial perjudicial para su patrimonio o para el de un tercero. Bien porque existe ya un

desequilibrio enmascarado del valor de las prestaciones, bien por el inicial propósito de incumplimiento que alberga la voluntad del estafador”. (Valle Muñiz 1992, p. 238)

Al respecto, la JURISPRUDENCIA, aporta mayor claridad al tema: “En los llamados contratos civiles criminalizados, es el contrato mismo el instrumento del engaño y no precisa de ningún otro artificio satélite o coadyuvante al contrato mismo; el criminal se vale, precisamente, de la confianza y buena fe que rigen el cumplimiento de la inmensa mayoría de los contratos, sin las que el tráfico jurídico se haría imposible; confía en que la persona con quien contrata, si aparentemente puede tener solvencia para cumplir su obligación, lo hará. Cuando esto no ocurre puede ser porque el deudor, por causas a él no imputables, ha devenido insolvente, aunque su intención fue siempre cumplir (incumplimiento civil); pero, otras veces existe un dolo antecedente, inicial o ‘in contrahendo’ para conseguir el desplazamiento patrimonial a su favor, pero con la idea preconcebida de que no cumplirá la contraprestación obligada, por quererlo así o por saber que no podrá (incumplimiento criminal)”. (Loc. cit.)

Sin embargo, en los últimos tiempos se observa una cierta tendencia a no admitir la tipicidad del engaño implícito a menos que vaya acompañado de por lo menos un mínimo de engaño explícito. No obstante, ello, la admisibilidad del engaño implícito no resulta fundamentalmente cuestionable, lo que sucede es que jurisprudencialmente resulta atendible la exigencia de un engaño inequívoco para estimar que concurre el delito de estafa.

Los “negocios jurídicos o contratos criminalizados” a decir de Conde Pumpido, son “aquellos negocios jurídicos de derecho privado -civil o mercantil- en los que la apariencia del propio negocio constituye una operación de engaño, en cuanto el autor simula un propósito de contratar cuando realmente solo quiere aprovecharse del cumplimiento de la

otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya. En estos ‘negocios civiles criminalizados’, el contrato o negocio jurídico se erige [...] en instrumento disimulador, e ocultación fingimiento y fraude, civil o mercantil, con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta, aunque la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo, definía la estafa”. (1997, p. 62)

El en caso de nuestra jurisprudencia recaída en el Recurso de Nulidad No. 2504-2015 – Lima (desarrollada en el tema sobre la auto puesta en riesgo), se puede apreciar que se imputó a Hilda Cecilia el delito de estafa (y también falsedad genérica) en agravio de José y otros. El Ministerio Público le atribuye la realización de dos hechos ocurridos entre enero a octubre de 2007, en los cuales empleó “engaño” y ocasionó perjuicio patrimonial en agravio de diversas personas. En principio por haber “engañado” a los propietarios de la empresas Menzala Motors S.A.C. y Grupo Escarabajo, siendo que la denunciada se presentó ante ellos “como una persona solvente y confiable”, “logrando que, bajo error, la primera empresa le entregara seis y la segunda cuarenta y nueve vehículos, en su mayoría camionetas cuatro por cuatro, con el objetivo de ser llevadas a empresas mineras con sede en la ciudad de Ica, a efectos de ser dados en alquiler o alquiler-venta; para lo cual la procesada solamente abonó una parte del dinero pactado y, posteriormente, sin tener la condición de propietaria ni las facultades jurídicas para ello, procedió a venderlos a terceras personas”; y en segundo lugar, haber “engañado a Jorge Jesús y once personas más “a quienes la procesada les vendió los vehículos sin tener la condición de legítima propietaria y manifestándoles que provenían de remates judiciales.

En este caso es posible identificar prima facie, que la imputada habría instrumentalización del “contrato criminalizado”, pero por las distintas circunstancias que se verificaron en los hechos, la Sala penal de la Corte Suprema fue de distinta opinión,

pronunciándose al final apelando a los criterios de ausencia de tipicidad y auto puesta en riesgo; así los fundamentos fueron los siguientes:

“Como puede observarse de los actuados, el ‘engaño’ empleado por la procesada resultó eficaz para inducir a error a los agraviados y procurarse un provecho económico a partir de la disposición patrimonial que éstos realizaron”. Pero, “la hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por ejemplo, resulta incorrecta la forma en que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito de estafa, esto es, como una mera secuencia de elementos [engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito] vinculados por un nexo causal. El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico-penales; si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido” (Fundamento Décimo Primero).

“En el presente caso, sin embargo, el Tribunal de grado inferior se ha limitado a constatar la existencia de un engaño causal. Esto es, un engaño que resultó eficaz para inducir un error, un perjuicio patrimonial, y un provecho ilícito. Ahora bien, si se exige que el ‘engaño’ propio de la estafa, constituya un ‘riesgo típicamente relevante’ para el patrimonio, podrá llegarse a la conclusión de que hay engaños causales que son típicos y otros engaños causales que no lo son. La tipicidad del engaño, por tanto, no es cuestión de causalidad, sino de imputación objetiva” (Fundamento Décimo Segundo). “Al momento de analizar la tipicidad en los procesos por estafa, el juez penal no debe preguntarse ¿quién causó el error de la víctima?, sino ¿Quién es competente por el déficit de conocimiento -error- de la víctima? Aunque un caso llegue a los tribunales y el juzgador o el fiscal sepan (inevitablemente) a qué condujo en efecto el engaño (si hubo error o no y,

en consecuencia, perjuicio patrimonial), pues el enjuiciamiento de los hechos tiene los conocimientos adquiridos ex post; esos conocimientos deben suprimirse a la hora de enjuiciar si el comportamiento del autor fue típico. Que se produzca el resultado, es una cuestión que está en un nivel de análisis distinto y posterior, en el que se trata simplemente de ver si el riesgo de perjuicio patrimonial se cristalizó o no en el resultado. Lo que debe verificarse, en primer término, es si el engaño de la víctima puede imputarse objetivamente al autor” (Fundamento Décimo Tercero).

“El delito de estafa protege el patrimonio, como poder jurídicamente reconocido de interacción en el mercado. De acuerdo con la configuración normativa de este mercado, en el contexto de nuestra sociedad actual, el sujeto que realiza un acto de disposición, muchas veces, no accede personalmente a toda la información que necesita para tomar sus decisiones económicas. En ese sentido, aquél que interactúa económicamente, se ve en la necesidad de confiar en otros que si tienen acceso a esa información. Es por ello, precisamente que mediante el tipo penal de estafa se busca garantizar un cierto grado de información veraz, para que el acto de disposición sea libre y, con ello, el patrimonio sea fuente de libertad para el titular; conservando, así, la estructura normativa del mercado” (Fundamento Décimo Cuarto). “Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? De acuerdo con la más recientemente elaborada dogmática jurídico penal; es el criterio de la accesibilidad normativa, el que permite delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla” (Fundamento Décimo Quinto).

“Corresponde determinar, por tanto, si, con independencia del ‘engaño’, empleado por la procesada, los agraviados [...] tenían accesibilidad normativa a la información necesaria, para tomar una decisión verdaderamente libre frente al ofrecimiento de venta de vehículos que les hizo la encausada; de ser así, tendrá que descartarse la configuración de un engaño típico de estafa, y, en consecuencia, afirmarse la existencia de un caso de competencia de la víctima. Por el contrario, si los referidos agraviados no tenían accesibilidad normativa a la información, corresponderá afirmar la relevancia penal de un engaño típico de estafa. El patrimonio merece protección solo frente aquellos engaños cuya detección no pueda esperarse del propio titular del patrimonio (o bien de su representante)” (Fundamento Décimo Sexto). “De autos se tiene que los tres agraviados [...], celebraron contratos de compra-venta a plazo, con pactos de reserva de dominio de vehículo usado, sin serlo realmente. ¿Tenían, los agraviados, accesibilidad normativa a la información respecto de la titularidad de los vehículos que pretendían adquirir? La concreción del criterio de la accesibilidad normativa, es más sencilla cuando existe una regulación que define los parámetros de diligencia propios de ese sector del tráfico económico. En ese sentido, corresponde revisar las principales reglas jurídicas que regulan el sector mercantil automotriz” (Fundamento Décimo Séptimo).

“El artículo 2012° del Código Civil consagra el Principio de publicidad registral, según el cual: ‘Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones’. Se trata de una disposición normativa que consagra una presunción iure et de iure, esto es, una presunción que no admite prueba en contrario. Por tanto, quienes interactúan en el mercado de bienes registrables - en este caso, de los automóviles-, tiene la carga de conocer el contenido de las inscripciones; lo cual es una información que se encuentra normativamente accesible a la persona que pretende realizar una disposición patrimonial. Esta carga de cuidado fue infringida por los afectados. En consecuencia, existe competencia de la víctima”

(Fundamento Décimo Octavo). “Lo expuesto reafirma la tesis de que a los agraviados [...] les incumbía averiguar la información respecto a la titularidad de los vehículos que adquirieron en compra-venta. En ambos casos, se trataba de dos profesionales -incluso uno es un comerciante de autos-, esto es, de personas que podían normalmente haber accedido al registro público vehicular y descifrar la información allí existente. En consecuencia, corresponde afirmar que el engaño sobre datos inscritos en los Registros de Propiedad, es típicamente irrelevante, ya que la consulta de datos registrales es el deber mínimo de autotutela a quien interactúa en el mercado automotriz; a no ser que se trate de víctimas estructuralmente débiles como las señaladas en el inciso 1 del artículo 196-A del Código Penal; o que exista un acto de bloqueo de la información normalmente accesible” (Fundamento Vigésimo).

“Respecto de esto último, la existencia de un acto de bloqueo por parte de la acusada, por ejemplo a través de la falsificación de documentos, que hubiese impedido a los agraviados [...] agenciarse de la información que en principio les era normativamente accesible, queda descartada a partir del contenido del dictamen fiscal acusatorio [...] que sostiene ‘que en autos no se ha llegado a determinar que la procesada haya falsificado y/o adulterado algún documento que perjudique a los agraviados, cuando estos últimos adquirieron en supuesta compra-venta los vehículos (...), tanto más si se tiene en cuenta que en autos no aparece alguna pericia grafotécnica en la cual se acredite que se haya falsificado algún documento con relación a la compra-venta de vehículos. A ello, cabe agregar que la procesada ofertaba la venta de los vehículos a título personal y en la cochera de su propio domicilio; siendo ella misma quien se vinculaba contractualmente con los adquirentes. Distinto hubiese sido el caso, por ejemplo, si la procesada hubiera conseguido que el Registrador expida una certificación falsa, según la cual el bien mueble (vehículo) se encontraba bajo su titularidad; en tal caso, se produciría un bloqueo que determina el nacimiento para el autor, de un deber de veracidad respecto a esa

información; deber que debe cumplir antes de que la víctima (adquiriente de los vehículos) realice el acto de disposición” (Fundamento Vigésimo Primero).

“Puede que la configuración de un contacto social competa 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. Existe, por tanto, una competencia de la víctima. En el caso de los agraviados [...] éstos han dado con su propio comportamiento, la razón para que la consecuencia lesiva -perjuicio patrimonial- les sea imputada a ellos mismos; como consecuencia de una lesión de su deber de autoprotección” (Fundamento Vigésimo Segundo). “Los compradores [...] adquirieron los vehículos sin comprobar previamente su titularidad registral. La información sobre la titularidad de un vehículo, estaba normativamente accesible al comprador, pues, se encontraba a su disposición en el Registro de la Propiedad, que es público; y el acceso al Registro no les suponía un esfuerzo desproporcionado. En consecuencia, en este caso, la conducta de la procesada no puede ser considerada engaño típico, ya que no tenía un deber de veracidad respecto a los compradores; en la medida en que incumbía a estos últimos tomar la medida de acudir al Registro de la Propiedad para acceder a la información sobre la titularidad de los vehículos. La cuestión, por tanto, deberá dilucidarse en la vía extra penal que corresponda” (Fundamento Vigésimo Tercero).

“La delimitación entre delito de estafa e ilícito civil, derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales, no se encuentra supeditada al elemento subjetivo; esto es, resulta incorrecto establecer una delimitación atendiendo a si el autor tenía dolo antes o después de celebrar el contrato. Esta posición resulta incorrecta, por cuanto la determinación de la relevancia penal de un comportamiento, no empieza por la esfera

interna del autor. El Derecho Penal, recién se pregunta por la esfera interna -dolo, imprudencia y culpabilidad en sentido estricto- después que ha tenido lugar un comportamiento externo socialmente perturbador. En otras palabras, la delimitación entre estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva” (Fundamento Vigésimo Quinto).

“El engaño es un elemento que se presenta, no solamente en la estafa sino también en las relaciones contractuales civiles o de carácter mercantil. En estos casos, el operador de justicia tiene que delimitar quien es competente por la situación de error de la víctima; esto es, si incumbía a esta última agenciarse de la información normativamente accesible; o si era competencia del autor, en virtud de un deber de veracidad, brindarle a la víctima los conocimientos necesarios para su toma de decisión respecto de la disposición de su patrimonio. En el primer caso, no se configurará el delito de estafa, por cuanto el perjuicio patrimonial es competencia del propio disponente (competencia de la víctima), por tanto, los hechos serán ventilados en la vía extrapenal que corresponda. En el segundo caso, una vez verificado que ha existido la infracción a un deber de veracidad, y la realización del riesgo en el resultado, entonces podrá imputarse la comisión del delito de estafa, atendiendo a criterios objetivos como la idoneidad del contrato, o su forma de celebración, para bloquear el acceso de la víctima a la información normativamente accesible; o para generar en aquello una razón fundada de renuncia a ciertos mecanismos de autoprotección relevantes para su toma de decisión” (Fundamento Vigésimo Sexto).

Por dichos fundamentos, la Sala Penal Transitoria DECLARÓ haber nulidad en la sentencia recurrida, REFORMÁNDOLA, la ABSOLVIERON de la acusación fiscal. El fundamento de la SALA fue que no se había acreditado la comisión del delito ni la responsabilidad penal de la acusada.

3.2.e) El negocio ilícito. - Es posible apreciar también, que el contexto en el que la defraudación puede ocurrir, no sólo se da en el supuesto de los negocios lícitos, sino que también puede acontecer en el marco de los negocios ilícitos, circunstancia que nos obliga a replantear el marco del objeto jurídicamente protegido.

¿Sería posible considerar agraviado por estafa a quien solicitó una partida de nacimiento al falsificador y luego fue engañado perdiendo el dinero adelantado por el “servicio”? En respuesta a ello, y siguiendo la línea de interpretación ya delineada, al tratar sobre el concepto jurídico patrimonial del bien jurídico protegido en el hurto (asimilable al presente estudio: conjunto de bienes materiales e inmateriales de suficiente valor económico, reconocidos en su titularidad por el ordenamiento jurídico), hemos de decir que no es posible adscribir tutela penal en los casos en que el efecto dañoso tenga como origen un acto ilícito, en el que la propia víctima participa a su propio riesgo (considerar lo contrario podría llevarnos al exceso de tener como víctima al ladrón que estafa a su cómplice en el reparto de lo robado, al sicario que cumplió con matar y no se le pagó, etc.).

Al respecto, el Tribunal Supremo español considera que “no hay delito de estafa porque, pese a existir engaño bastante, error y disposición patrimonial, no hay perjuicio típico, dado que el concepto de patrimonio no puede ser entendido de una manera puramente económica; el patrimonio protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal. Allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir” (véase Nuria Pastor, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, No 2, p.367).

Nuestra JURISPRUDENCIA se refiere al caso de la siguiente manera: “Debe indicarse que la acción desplegada por el agente destinado a inducir a error al agraviado

debe ser lo suficientemente idónea y capaz, de modo que así pueda lograr vencer las normales previsiones del caso; habiéndose establecido que lo perseguido por los agraviados no era precisamente un fin lícito, no puede sostenerse fueran inducidos a error si eran conocedores de lo irregular del medio empleado”. (Exp. No. 4081-97 - Lima) Por otra parte, “una interpretación integral del delito de estafa, en armonía con el ordenamiento jurídico y en consideración a la teoría de la imputación objetiva concluye que el ordenamiento jurídico no tutela los casos denominados como estafa de actos ilícitos”. (Casación 421-2015 – Arequipa)

3.2.f) Provecho patrimonial ilícito. - La acción del agente, dirigida a obtener un provecho crematístico, determina un daño real, actual y concreto en el patrimonio del sujeto pasivo, reduciéndolo o disminuyéndolo en su valor económico. Este perjuicio ajeno también señala el momento de la antijuricidad, y tiene una connotación eminentemente económica.

Este provecho patrimonial injusto, revela como contrapartida, un perjuicio económico sobre la víctima que tiene que ser evaluado en cuanto a su lesividad. “El perjuicio típico de la estafa consiste en la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro (generalmente autor del delito) en virtud del acto de disposición y lo que, eventualmente, se recibe de éste como contraprestación: si la contraprestación que se recibe es de igual valor que la que se realiza no hay, pues, delito, aunque pueda haber un ‘perjuicio’ indemnizable civilmente; y, si es de menor valor, puede haber delito, pese a que, civilmente, no haya ‘perjuicio’ alguno”. (Gonzáles Cusacc, en Vives Antón, Martínez-Bujan et al 2016, p. 394)

4. El tipo subjetivo de la estafa

El tipo de la estafa reclama para su imputación un especial “animus lucrandi”, cuando establece como requisito que el agente haya obrado “para procurar para si o para otro un provecho ilícito”, que de cara al bien jurídico protegido, necesariamente es de naturaleza patrimonial. En tal sentido, el tipo de estafa es eminentemente doloso y por la exigencia del “animus lucrandi”, se constituye en uno de tendencia interna trascendente. Evidentemente la “intención defraudatoria” debe estar presente ab initio, es decir, la intención de estafar debe manifestarse desde el inicio y debe guiar decididamente toda la acción.

“El tipo subjetivo o dolo de este delito aparece integrado por el elemento intelectual de conocer que se está engañando y perjudicando a otro y el volitivo de querer obtener una ventaja o provecho, elemento éste reforzado en el precepto legal que exige expresamente el ánimo de lucro como el elemento subjetivo de la acción típica, esto es, el propósito o finalidad de obtener un provecho económico, contrapartida del perjuicio que, como dijimos, ha de tener contenido patrimonial”. (Conde -Pumpido 1997, p. 97).

“El ánimo de lucro, a diferencia de lo que ocurre en el robo y en el hurto, ha de ser definido aquí en términos muy amplios, como intención de obtener (para sí o para otro) un enriquecimiento patrimonial correlativo (aunque no necesariamente equivalente) al perjuicio típico ocasionado. Basta pues con el ánimo de utilización en beneficio propio de lo obtenido. Así definido el ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo del tipo. La creencia de que se tiene derecho a la cosa o prestación atribuida mediante el acto de disposición, al excluir el ánimo de lucro, determinará, pues, la atipicidad de la conducta. Por otra parte, la jurisprudencia excluye del delito los supuestos de dolo subsequens o sobrevenido, esto es, el no existente con anterioridad a la celebración del negocio”. (Vives Antón; Martínez Bujan 2016, p. 395)

“No se dan los elementos constitutivos del delito de estafa si el agraviado, al adquirir el vehículo automotor, declaró en el contrato haberlo recibido a su entera satisfacción y sin responsabilidad en el futuro para el vendedor en la parte técnico mecánica, por ser un vehículo usado, más aún si el agraviado probó el vehículo e hizo las observaciones mecánicas del caso con anterioridad a la compra” (Exp. 7645-18). En este caso se evidencia que no hubo dolo de parte del vendedor, por lo que fue absuelto. “Las pruebas citadas -analizadas individual y conjuntamente- y los argumentos expuestos son suficientes para enervar la presunción constitucional de inocencia de los sentenciados [...]. No obstante, en cuanto al recurrente Luis Víctor, conforme a los elementos del tipo de estafa genérica, no se acreditó más allá de toda duda razonable que el alquiler de su cochera haya sido determinante para inducir a error al agraviado a fin de que se desprenda de su patrimonio a favor de si o de terceros, por lo que debe absolverse de los cargos en su contra”. (R.N. N° 725-2018 – Junín)

5. Consumación y tentativa

El delito de estafa se consuma cuando el agente, mediante engaño, astucia, ardid, u otra forma fraudulenta induce o mantiene en error al agraviado, logrando de éste el desapoderamiento de su patrimonio, entregándoselo al agente o a otro, quienes así obtienen provecho económico ilícito, en perjuicio de la víctima o de tercero. Todo ello dirigido ab initio por el “ánimo de estafar”.

En tal sentido, la estafa se consuma cuando la víctima realiza el acto de disposición patrimonial que lo perjudica, no requiriéndose al efecto, que el agente logre efectivamente el beneficio económico, ya que en ese extremo (al igual como sucede en el hurto), la exigencia típica del que “procura para si o para tercero” tal provecho ilícito, determina una condición de probabilidad a futuro. El agente realiza la acción de estafa para “procurarse”

en el sentido de buscar a futuro (aunque este pueda producirse de inmediato) el beneficio económico ilícito. Por ello decimos que lo determinante para la consumación es el desposeimiento patrimonial perjudicial y no el logro efectivo del provecho económico, que si se consigue más bien se dará por agotado el delito.

“La consumación de la estafa tiene lugar cuando se produce el resultado típico, esto es, el desplazamiento patrimonial con el perjuicio y enriquecimiento consiguientes, así como la disposición del autor del objeto. A tenor de lo expuesto, habrá tentativa cuando el perjuicio típico y el enriquecimiento correlativo no lleguen a producirse”. (Vives Antón; Martínez Bujan 2016, 395)

Por ello, siendo la estafa un delito de corte material lesivo, es necesaria la conjunción de los elementos objetivos y subjetivos que constituyen el ilícito, ya que la experiencia demuestra que muchas de las denuncias que se hacen por estafa, en realidad no lo son, constituyendo sólo ilícitos civiles.

JURISPRUDENCIA: EXP. No. 1354-17-Piura. VISTOS; Y CONSIDERANDO: “que para la perpetración del delito de estafa deben mediar los presupuestos contenidos en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal; que aparece que entre el denunciante Mariano Rumiche Nunura Director del Programa Sectorial II de la Zona de Educación de Sullana y el Procesado Pedro Sandoval Vilela, ha mediado un contrato de locación de servicios como se advierte del documento de fojas diez, en el que se obliga éste a efectuar el planchado de las partes afectadas en la camioneta Dodge-Power Wagon de placa de rodaje PB 5590, perteneciente a la zona de educación, como consecuencia de un siniestro con un camión, por lo que el hecho atribuido al encausado Pedro Sandoval Vilela no se ha realizado, pues la prueba consistente en el documento mencionado demuestra la inocencia del procesado; consecuentemente, es procedente absolverlo [...]”.

Siendo la estafa un delito de resultado material, es posible la configuración de todas las formas de tentativa normadas en el Código Penal. P. ej. nos dice Peña Cabrera, “en los casos en que el autor mediante maniobras produce un error en la víctima, y obtiene títulos valores con el propósito de hacerlos efectivos y no llega a cumplir esta finalidad, estaremos ante una tentativa, ya que sólo hay consumación en este delito cuando existe un perjuicio patrimonial para la víctima”. (1995, p. 297)

6. Consecuencia jurídica

La pena aplicable es privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

7. Estafa agravada

Mediante incorporación introducida por el artículo 2 de la Ley N° 30076, se insertó en nuestro Código penal, diversas modalidades sobre criminalizadas de estafa, que evidencian circunstancias de mayor incremento del riesgo, que en aras de la función preventiva y protectora del Derecho penal, es necesario reprimir de manera más pronunciada, para procurar un mayor estándar de prevención general. Así, el incorporado artículo 196-A, establece como sanción la pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

7.1. Condición personal de la víctima

Circunstancia que evidencia un mayor disvalor del comportamiento del agente, que realiza la maniobra engañosa y la consiguiente afectación económica, en agravio de

sujetos vulnerables que la norma describe casuísticamente: menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

Circunstancia agravante que no encuentra referente nacional. En la legislación comparada, donde no es muy conocida esta circunstancia calificante, encontramos que el Código penal chileno, en su artículo 456 bis, establece como agravante del robo, el hecho de “ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física”. Por su parte, el Código penal alemán establece como circunstancia agravante del hurto, que el agente haya aprovechado de la “indefensión de otra persona” (Art. 243.6).

El concepto de adulto mayor presenta un uso relativamente reciente, aparece como alternativa a los clásicos de “persona de la tercera edad” o “anciano”. Según nuestra legislación (Ley No. 30490), un adulto mayor es aquel individuo que tiene sesenta o más años de edad, que se encuentra en la última etapa de la vida, la que sigue tras la adultez. Precisamente es durante esta fase que el cuerpo y las facultades cognitivas de la persona se van deteriorando. Se trata de una modalidad agravante directamente relacionada con la calidad de la víctima, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, que determina un estado peligroso de indefensión que el agente aprovecha para viabilizar el engaño, generándose así un riesgo mayormente reprochable. Consideramos que hacer depender la circunstancia agravante sólo condicionada a la edad cronológica resulta perjudicial y proclive a la fundamentación de una analogía in malam partem.

Por su lado, la condición de discapacidad de la víctima determina, sin lugar a dudas, una mayor carga de reproche. Pero en cuanto a la condición de embarazo de la misma, circunstancia que a todas luces se representa cargada de un disvalor mayor, consideramos que requiere como requisito para su imputación, que el agente sepa o le conste la condición grávida de la víctima, ya que lo contrario sería sancionar por el mero

resultado objetivo. En todo caso, la referencia específica a diversas circunstancias y condiciones que se representan como fundamento de la agravante, no parece buena técnica legislativa. Resulta evidente que la agravante tendrá aplicación en cuanto el agente, al actuar, haya tenido conocimiento o le haya constado o podido presumir, la condición personal de vulnerabilidad o disminución de la víctima, lo contrario podría derivarnos a la presencia del error de tipo.

7.2. Multiplicidad de agentes

La norma establece como circunstancia agravante, cuando la estafa se realice con la participación de dos o más personas. Como se aprecia, la agravante se relaciona al actuar de una pluralidad de agentes, que evidentemente incrementa la peligrosidad de los agentes y el riesgo para la seguridad de la víctima, siendo ese el fundamento sobre criminalizador.

Habrá que distinguir esta modalidad agravada del delito de “organización criminal”, tipificado en el artículo 317 C.P., que reprime la conducta del que “promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos...”.

Teniendo ello a la vista, esta modalidad agravada sólo requiere una “participación eventual”, en la que los sujetos actúen sin constituir organización alguna ni mucho menos permanencia o estabilidad en el tiempo.

7.3. Pluralidad de víctimas

Cuando la estafa se cometa en agravio de una pluralidad de víctimas. Se trata de una modalidad agravada que responde a nuestra frecuente realidad, y evidencia en esencia, un esfuerzo político criminal prevencionista, orientado a paliar de alguna forma la incidencia delictiva trasgresora de esta modalidad defraudatoria.

Se denota aquí la protección que el sistema pretende brindar al patrimonio de las personas, ante la presencia de elementos que apelan al engaño para afectar económicamente de manera indiscriminada a varias víctimas, lo que determina un mayor daño al bien jurídico y el incremento del reproche social. Así, el fundamento que sustenta la sobre criminalización aparece nítido en la redacción de la norma. El mayor reproche penal se aprecia en relación directamente proporcional al daño social.

7.4. Contratación específica

La estafa también se agrava cuando se “realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles”. Se trata, como en el supuesto anterior, de un esfuerzo político criminal prevencionista, orientado a paliar de alguna forma la incidencia delictiva trasgresora de la protección que el sistema brinda al patrimonio de las personas, representado por bienes específicos, que en este caso lo son los vehículos motorizados y los bienes inmuebles, en el contexto de actos jurídicos tan difundidos y usuales como lo son las compras-ventas. Así, el fundamento político criminal que sustenta la modificación legislativa, hace referencia a la búsqueda de un objetivo preciso que es brindar una oportuna y adecuada respuesta político criminal, ante el incremento desbordante de estafas encaminadas a privar a las personas de sus bienes, implementando comportamientos engañosos en el contexto de los contratos de compra venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles (lo que nos remite al estudio del “contrato criminalizado”).

Pero al efecto observamos que el Estado apela a fundamentos sobre criminalizadores indiscriminados, que bajo vedados postulados de prevención general negativa, sólo pretende esgrimir como respuesta al problema social, el endurecimiento de la respuesta punitiva sin mayor sustento de técnica jurídica. Consideramos también, como en el caso del hurto, que no es buen método el proceder a sobre criminalizar conductas, como respuesta a problemas sociales sin un adecuado sustento técnico, ya que con ello se rompe el principio de mínima intervención y merecimiento de pena. Fundamentar la sobre criminalización tan sólo a la naturaleza del bien, no es políticamente adecuado, ya que ello abriría una válvula muy peligrosa, ya que también existen otros elementos de similar importancia.

7.5. Acceso a datos de tarjeta de ahorro o crédito

Cuando, “se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario”. Supuesto que también traduce un esfuerzo político criminal prevencionista, orientado a paliar de alguna forma la incidencia delictiva trasgresora de la protección que el sistema brinda al patrimonio de las personas. No se trata de utilizar una tarjeta falsa o adulterada para retirar dinero de los cajeros (lo que ya hemos dicho no constituye estafa porque no es posible “engañar” ni “inducir al error” a una máquina). El fundamento que sustenta la sobre criminalización aparece nítido en la redacción de la norma. El mayor reproche penal se aprecia en relación directamente proporcional al comportamiento del agente, que utiliza el engaño, la astucia o el ardid para acceder vedadamente al conocimiento de los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

El problema radica en que el acto queda en realidad “cortado”, ya que se consuma como delito con el mero comportamiento que no se define si es preparatorio o no de un

delito (¿para qué accedo a tales datos, para retirar dinero, para frustrar que su propietaria utilice su dinero, para hacerle una broma?, o de repente cobrarme una deuda o depositarle dinero, etc.). Tampoco se aprecia la exigencia típica de la actualización de algún tipo de daño económico. Consideramos que el tipo queda así muy abierto y podría invitar a una analogía in malam partem. Por ello debería especificarse que la acción se ha de realizar para afectar el patrimonio, ya sea sustrayendo los ahorros o utilizando el crédito. Nos preguntamos ¿cómo se imputaría la conducta si se sólo se sustrae los datos para dárselo a la esposa, que quiere demandar a la víctima titular de la tarjeta, o cuando ésta no tiene crédito o ahorros?

7.6. Sobre sujetos vulnerables

Posteriormente, mediante modificación introducida por el D. Leg. No. 1351 (2017), se introduce una nueva modalidad agravante de la estafa, referida a si “se realice con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima”. Al efecto la norma se representa muy abierta. No precisa qué entender por “vulnerabilidad de la víctima”, solo exige que el agente se aproveche de tal condición, que al efecto sería lo determinante del mayor reproche penal. Creemos que debería afinarse la norma punitiva para integrar en una sola modalidad agravante la contenida en este párrafo y la del numeral 1 del art. 196-A, que se refiere menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

TERCERA PARTE

“TOMA DE POSTURA Y CONSECUENCIAS”

1. “Contrastación de las hipótesis: Toma de postura”

1.1. “Hipótesis principal”

H. “En la imputación del delito de estafa que se hace en nuestro sistema judicial, no se utilizan adecuadamente los fundamentos que sustentan la teoría de la imputación objetiva”.

Tradicionalmente la imputación de los delitos defraudatorios requiere necesariamente la constatación del engaño como elemento de tipo objetivo. Al efecto, será necesario, en su caso, determinar si el engaño per se es idóneo en el caso general para lograr el efecto engañoso, o si sólo lo fue en el caso particular; o si en su verificación se debe tener en consideración la calidad de la víctima, si pudo o no ser engañada o de qué manera fue su propia conducta omisiva o negligente fue la que determinó los efectos del error para la disposición patrimonial.

Es de anotarse al respecto que todavía no se percibe en nuestra operatividad judicial, la referencia a la aplicación completa de los fundamentos de la imputación objetiva en relación a la imputación de la estafa, más bien, todavía se realiza ésta apelando a los criterios tradicionales. En tal sentido, se presentan tres posturas que, desde la perspectiva de la causalidad, pretenden solucionar el problema de la imputación:

Las tesis que se fundamentan en posiciones subjetivas, en virtud de las cuales se tomará en cuenta tan sólo el despliegue engañoso realizado por el agente de acuerdo a su plan de acción y en qué medida ha logrado el éxito en el caso concreto, sin entrar a valorar la idoneidad de los instrumentos o recursos utilizados. Aquí se evidencia la necesidad de un análisis ex post a partir del éxito obtenido. Solo habrá imputación si se comprueba una relación causal entre engaño y perjuicio patrimonial, sin importar al efecto el tipo o la forma de este, ni tampoco la actitud o comportamiento de la víctima en el caso concreto.

Esta postura se relaciona con los fundamentos de la “teoría de la equivalencia de las condiciones”, conforme a la cual “todas las condiciones son causas del resultado”, de tal manera que “si suprimidas mentalmente éstas condiciones el resultado no se verificaría”. De tal manera que toda disposición patrimonial lesiva le será atribuida al autor porque el resultado es causa de su accionar engañoso cualquiera que sea.

“Si esta observación se lleva a la tesis subjetiva del ardid, volveríamos a ver lo que ya criticamos de ella, en cuanto no permite determinar en qué casos nos hallaremos ante un supuesto típico por más que no haya resultado, es decir, cuándo habrá tentativa de estafa. El razonamiento, tanto de la teoría de la equivalencia de las condiciones como de la teoría subjetiva, sería que, si hay relación causal entre una acción y un resultado, aquélla será causa de éste, o para la estafa, si hay disposición patrimonial hay ardid, más resulta imposible determinar qué debe entenderse por causa o ardid respectivamente, fuera de la referencia o la consecuencia”. (Namer 2002, p. 42)

Las tesis que se fundamenta en posiciones objetivas, conforme a las que la imputación radica en la valoración “en abstracto” del medio o instrumento utilizado. Esta posición surge en contradicción a la anterior, ya que la sola referencia al éxito obtenido,

haría casi imposible la constitución de la tentativa. Se hace necesario aquí un análisis ex ante para identificar la idoneidad o no del medio o instrumento del engaño.

Estos fundamentos se correlacionan con la “teoría de la causalidad adecuada”, que surge en la doctrina para solucionar los problemas de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Esta teoría denominada también de la “adecuación” postula que “una causación sólo será jurídicamente relevante si no es improbable”. Según ella, no es posible aceptar una responsabilidad, que vaya más allá de los límites de la posibilidad del dominio y dirección causal por parte del agente, del resultado lesivo. Por ello, sostiene esta teoría, que para la “valoración jurídica” del acto lesionante, no es pertinente considerar todas las condiciones concurrentes, sino solamente aquellas que, de acuerdo con la experiencia, resultan adecuadas a la producción del resultado concreto. En consecuencia, en este análisis, no deberán tomarse en cuenta los desarrollos no previsibles, por lo que sirve para excluir los “cursos causales atípicos”.

Las tesis mixtas o de la unión objetivo-subjetivas, según las que se sostiene que el medio o el instrumento puede resultar o no idóneo en uno u otro caso. Por eso es necesario analizarlo en abstracto, pero necesariamente en relación a las características del sujeto pasivo. Se requiere aquí un análisis ex ante que tome en consideración las especiales particularidades que denota la víctima en relación al caso concreto.

“Así las cosas, esta evolución en la forma de determinar la adecuación de la conducta para la producción del resultado, es la que se vio reflejada claramente en el paso de la conocida como teoría ‘objetiva’ a la teoría ‘mixta’, que se diferencia de la primera, precisamente, por la incorporación de los conocimientos especiales del autor sobre determinadas circunstancias que hacen a la víctima y que le aseguran el éxito de un ardid

que, considerado en abstracto y de manera objetiva, muy probablemente no podría haber llevado a error a otra víctima sin esas peculiaridades”. (Namer 2002, p. 46).

En consecuencia, y como corolario de lo dicho, para las posiciones causalistas, para la configuración típica del delito defraudatorio, es necesaria la presencia de un elemento esencial de naturaleza subjetiva, que es “el engaño”, motivado mediante la instrumentalización de medios idóneos y efectivos, que en una relación de causalidad adecuada, logren el efecto de inducir en el error a una víctima “promedio” para determinar la disposición patrimonial perjudicial.

“Para valorar la idoneidad del medio, basta considerar si en abstracto la capacidad consumativa del medio existió y en concreto, el hecho estaba dentro del plan individual del autor, efectuada la doble valoración, si aparece un error sobre la capacidad consumativa del medio, sólo si dicho error es grosero, habrá delito imposible pero no cuando en abstracto la valoración es de signo positivo”. (Namer 2002, p. 22)

Por otro lado, si bien es cierto que la teoría de la causalidad adecuada fue un gran avance en la determinación de la imputación adecuada, lo cierto es que con el avance de la ciencia y de las relaciones sociales, se presentan supuestos que difícilmente pueden ser resueltos eficientemente por las teorías causalistas, debiéndose recurrir a la moderna teoría de la imputación objetiva.

Esta teoría de la imputación objetiva permite, a diferencia de las causalistas, afrontar de manera más técnica, la solución de casos en los que se observan condiciones muy lejanas a la causa determinante del resultado o cuando hay cursos causales atípicos; cuando no hay elevación ostensible del peligro o hay disminución del mismo; cuando se presentan conductas cuyo disvalor no se refleja suficientemente en el resultado; cuando

el riesgo no se encuentra dentro de la esfera de protección de la norma; Cuando se pueda presentar una intervención dolosa de un tercero; o cuando se produce la auto puesta en riesgo, es decir, el traslado de la responsabilidad del evento a la misma inacción o negligencia de la víctima.

A esta altura del desarrollo teórico, no cabe duda alguna que la “teoría del tipo objetivo”, ha merecido una preocupación expectante en el campo de la dogmática del Derecho penal, fundamentalmente en el terreno de la llamada “teoría de la imputación objetiva”.

“Por consiguiente, la teoría de la imputación objetiva, constituye un hito fundamental para excluir del ámbito de la tipicidad ciertas conductas, sin tener que escudriñar la esfera subjetiva del agente; de ahí que los partidarios de finalismo a ultranza (ortodoxo), se resistan a la adopción de una teoría abiertamente contraria a sus postulados fundamentales. Por lo que nos animamos a decir, que la teoría de la Imputación Objetiva es una construcción dogmática, cuyo avance no puede ser detenido, mas bien, la orientación se dirige a su consolidación como criterio reductor de la tipicidad penal” (Peña Cabrera Freyre 2009, p. 257).

En cuanto a su contexto teórico, para muchos, la teoría de la imputación objetiva se configura como un elemento nuclear de una “concepción funcional de la teoría del delito”. Su discusión dogmática ha revolucionado y reformulado la categoría de la tipicidad.

La teoría de la imputación objetiva realiza un análisis sobre la existencia del tipo objetivo, sobre la base de la creación injusta de un riesgo. En tal sentido, la imputación radica en la comprobación de con su conducta, el agente ha creado un riesgo “jurídicamente desaprobado” que se ha concretado en el resultado típico, dañando un

determinado interés jurídico que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma. La elaboración teórica de lo que en doctrina se conoce como “incremento del riesgo”, fue desarrollada por ROXIN, conforme a lo cual lo decisivo para constatar la imputación, es determinar si la conducta del agente generó o no un riesgo por encima de lo socialmente permitido, caso en el que recién se produciría la imputación (conforme los fundamentos de Roxin, para poder establecer un adecuado juicio de imputación objetiva, habrá que atenderse a los siguientes parámetros: a) “la disminución del riesgo”; b) “la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante”; c) “el incremento o falta de aumento del riesgo permitido; y, d) “la esfera de protección de la norma”).

Y es que el desarrollo de la técnica, la ciencia, la industria y las relaciones sociales, han determinado una situación contemporánea sui generis, denominada “sociedad de riesgo”, conforme a lo cual todos nosotros convivimos dentro de una “relación de riesgo”, que aceptamos en “una justa y razonable medida”. Mientras nadie incrementa innecesariamente este “riesgo de convivencia”, no tendrá por qué intervenir el control penal; por el contrario, el “incremento injustificado del riesgo”, que determine el efectivo daño al bien jurídico objeto de protección de la norma jurídico penal, determinará la reacción del sistema penal.

Afirmar por ejemplo que se tiene la cura del cáncer (u otra enfermedad comprobadamente incurable), o le hace el cuento del “viaje soñado” sin cumplirlo; siendo que estas formas de engaño determinaron el error y el desposeimiento patrimonial agravante, diremos que si se ha incrementado antijurídicamente el riesgo y por tanto se justifica la reacción penal.

Así, nuestra jurisprudencia vinculante (Recurso de Nulidad No. 2504-2015 – Lima), ha establecido que “la hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera

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

La realidad actual y el “tráfico comercial” presenta permanentemente exageraciones o pequeños engaños que buscan promover sus productos o servicios e inducir a los consumidores a adquirirlos. En efecto, se acepta socialmente que los comerciantes, en su publicidad, exageren (al borde de la mentira) las cualidades y/o bondades de sus productos. Esta práctica es socialmente comprendida y aceptada, manteniéndose dentro del contexto del “riesgo permitido”. Ello es comprensible, ya que una incriminación in extensu de este tipo de conductas, que involucran ciertamente, ámbitos engañosos (aunque mínimos), pondría en riesgo otro tipo de relaciones sociales de suma importancia, como lo es la “libertad de comercio”.

Este “engaño civil”, como cuando por ejemplo el comerciante publicita televisivamente que su producto efectivamente aclara el cabello femenino (mostrando a una guapa mujer rubia), dejando entrever que logrará convertir su cabello a rubio sin necesidad de tinte; o cuando se afirma que tal agua gaseosa “cero”, está completamente libre de los efectos del azúcar. Es una práctica común, que al igual que muchas otras manifestaciones semejantes, se ajusta a lo que se considera “el riesgo jurídicamente tolerable”.

En igual sentido, el comportamiento dirigido a la disminución del riesgo (en este caso patrimonial), tendrá un efecto exculpador no obstante se presente el engaño típico. P. ej. A, para evitar que los malos hijos de su vecina y amiga, vendan la casa que habita, utilizando el argumento que van a crear una “asociación benefactora de los niños abandonados”, logra que le firme una donación a su nombre y el inmueble pasa a su propiedad, logrando frustrar la intención de sus hijos.

“Conforme a lo expuesto, aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de permitir delinear los contornos de lo (jurídico penalmente) admitido, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho subsistema social funcione con normalidad”. (Medina Frisancho 2011, p. 95)

Conforme lo sustentado por JAKOBS, en sociedad existe un principio de confianza que reposa en la división del trabajo, y por el que cada quien espera que los demás hagan lo suyo. Y es que la sociedad no puede ser entendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, los que están expuestos constantemente al peligro. La perspectiva debe ser otra, la complejidad de las relaciones del conglomerado social sólo se reduce mediante la creación de roles, señalándose a cada persona un determinado status en la vida de relación que le ha de generar un haz de deberes y obligaciones. Por ello no debe ser considerado individualmente sino como portador de un rol.

Por ello, dice JAKOBS, en la imputación objetiva del comportamiento se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. Es así que la sociedad delimita ámbitos de responsabilidad, en el sentido de que su titular sólo está obligado a lo que le compete dentro de las expectativas que genera el status, por tanto lo demás no le concierne. El rol asignado establece pautas de comportamiento para la administración de los riesgos, y si el ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defrauda expectativas sociales, así lesiones o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados.

De esta manera apreciamos que conforme a JAKOBS, en sociedad los sujetos se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad con sus respectivos roles, puesto que no puede ser tarea de los demás controlarlas; cada uno tiene y le es exigible sus propios roles. Existe en consecuencia un “principio de confianza”, que se sustenta en la división del trabajo, y por el que “cada quien espera que los demás hagan lo suyo”.

Por ejemplo, no se podrá trasladar el ámbito de competencia a la responsabilidad de la propia víctima, si confió en la proposición del jefe de la empresa donde labora (a quien conoce de años), que lo convenció para invertir su dinero y luego se descubre que en realidad había creado una “pirámide engañosa”.

Ahora bien, es necesario también anotar lo referente a la “prohibición de regreso”, que conforme indica JAKOBS, cuando “un comportamiento estereotipadamente inocuo no constituye participación en una organización no permitida”. De tal manera que “la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente per se para generar responsabilidad”.

“Se está ante un regreso cuando el comportamiento inocente de un tercero es reorientado delictivamente, lo que no debiera comprometerlo. Ejemplo típico es, el del taxista que inocentemente presta su concurso para acudir al lugar del asalto. O el del ciudadano que presta su vehículo o su maleta a un tercero, que lo emplea para el tráfico de drogas. Es el caso precisar que la formulación idiomática Jakobsiana ‘organización no permitida’ alude a los ‘delitos de dominio’ o ‘de organización’ o ‘de organización defectuosa’, por lo que se trata de la responsabilidad por las consecuencias en el mundo exterior de lo que se organizó -un delito de terminología común-. En ROXIN éstos son los clásicos delitos de dominio, distintos de los de infracción de deber”. (Villa Stein 2014, p. 305)

En los delitos defraudatorios, por ejemplo, no podrá adscribirse responsabilidad por la estafa con el cuento de la “agencia de empleos” (cobraba fraudulentamente adelantos para la contratación de servicio doméstico), a quien, convencido por el estafador, lo dejó usar su local como oficina, con la promesa de pagarle una comisión por la colocación de cada empleada del hogar.

1.2. “Hipótesis secundarias”

1.2.1. H.1. “La imputación penal en el delito de estafa requiere necesariamente la identificación adecuada de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado”.

La realidad actual y el “tráfico comercial” presenta permanentemente exageraciones o pequeños engaños que buscan promover sus productos o servicios e inducir a los consumidores a adquirirlos. En efecto, se acepta socialmente que los comerciantes, en su publicidad, exageren (al borde de la mentira) las cualidades y/o bondades de sus productos. Esta práctica es socialmente comprendida y aceptada,

manteniéndose dentro del contexto del “riesgo permitido”. Ello es comprensible, ya que una incriminación in extensu de este tipo de conductas, que involucran ciertamente, ámbitos engañosos (aunque mínimos), pondría en riesgo otro tipo de relaciones sociales de suma importancia, como lo es la “libertad de comercio”. Esta circunstancia revela que en nuestra operatividad judicial sea necesario reforzar los criterios de la imputación objetiva, a efecto de identificar adecuadamente el riesgo jurídicamente desaprobado que fundamente la imputación, diferenciándolo suficientemente de aquellos supuestos que no revelan tal incremento riesgoso.

Este “engaño civil”, como cuando por ejemplo el comerciante publicita televisivamente que su producto efectivamente aclara el cabello femenino (mostrando a una guapa mujer rubia), dejando entrever que logrará convertir su cabello a rubio sin necesidad de tinte; o cuando se afirma que tal agua gaseosa “cero”, está completamente libre de los efectos del azúcar. Es una práctica común, que al igual que muchas otras manifestaciones semejantes, se ajusta a lo que se considera “el riesgo jurídicamente tolerable”.

En igual sentido, el comportamiento dirigido a la disminución del riesgo (en este caso patrimonial), tendrá un efecto exculpador no obstante se presente el engaño típico. P. ej. A, para evitar que los malos hijos de su vecina y amiga, vendan la casa que habita, utilizando el argumento que van a crear una “asociación benefactora de los niños abandonados”, logra que le firme una donación a su nombre y el inmueble pasa a su propiedad, logrando frustrar la intención de sus hijos.

“Conforme a lo expuesto, aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de permitir delinear los contornos de lo (jurídico

penalmente) admitido, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho subsistema social funcione con normalidad". (Medina Frisancho 2011, p. 95)

1.2.2. H.2. "La auto puesta en riesgo es relevante para la imputación penal de la estafa, pudiendo ser causa de atipicidad de la conducta".

Los efectos exculpantes de la denominada "auto puesta en riesgo" es un tema que todavía en nuestro sistema judicial se está atendiendo adecuadamente. Conforme precisa JAKOBS, en el tratamiento de la imputación objetiva se aprecia también la existencia de una "competencia de la víctima", conforme al cual, para los efectos de la imputación, debe tomarse también en cuenta, la contribución que hace la propia víctima a la consumación del hecho.

"Para abordar la relevancia de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. Porque sólo cuando sea ésa la cualidad decisiva estaremos, en realidad, ante un supuesto específico de intervención de la víctima; ya se ha señalado en los ejemplos correspondientes que también en el marco de éstas existen supuestos en los que de algún modo interviene el sujeto lesionado; sólo que entonces se trata de supuestos en los que la calidad de titular de los bienes jurídicos afectados no es la decisiva" (Cáncio Melía 2000, p. 120).

Los fundamentos de la especial relevancia de la participación de la víctima en el mismo hecho que la agravia, suele tratarse bajo la perspectiva de la "infracción del deber de autoprotección" o lo que se denomina también "principio de autorresponsabilidad". "Un

derivado práctico del tratamiento dogmático del comportamiento de la víctima la tenemos en los conceptos de ‘compensación de culpas’ y concurrencia de conductas’ al que están recurriendo v.g. los tribunales españoles en la oportunidad de determinar la responsabilidad jurídico penal del autor” (Villa Stein 2014, p. 306).

Se maneja en la doctrina alemana, el análisis de los supuestos en los que pueda existir una actuación decisiva de la propia víctima, que podría llevar a dilucidar la exclusión de la imputación del propio agente, si de alguna manera fue ella la que influyó decisivamente en la producción del ilícito.

Para la configuración del tipo defraudatorio es preciso constatar el estado de error al que se lleva a la víctima. Para este efecto deberá considerarse la oportunidad e idoneidad del medio engañoso empleado y también al efecto, si es que verdaderamente el engaño tuvo el efecto esperado por parte del agente. Para ello deberá atenderse a las particulares condiciones personales de la víctima, que puedan ser explotadas por el agente, como la ignorancia, la inexperiencia, la candidez, e incluso su propia avidez y “angurria”.

En tal sentido, no se podría imputar estafa si pudiendo hacerlo en resguardo de su propia protección, la víctima no actúa con diligencia, siendo por el contrario que el error se produce como consecuencia de su propia omisión, desidia e incluso negligencia. “Para que exista verdadera relación de causalidad entre el engaño y el error producido en la víctima, es preciso que este error no derive en la propia torpeza, es decir, que no provenga de una negligencia culpable”. (Romero 1998, p. 166)

Por ejemplo, el caso de un empresario hotelero que es engañado por quien se le presentó como corredor inmobiliario, y le vendió un terreno supuestamente situado en la

plaza central del Cuzco, siendo que en realidad su ubicación era en la periferia y se encontraba en disputa judicial. Era claro que por su condición personal debió precaverse mínimamente, acudiendo a los Registro Públicos para conocer la realidad del terreno que pretendía cumplir.

“El modo de operar del fraude estafatorio es el de inducir en error a la víctima. Por eso, el criterio para juzgar la existencia o idoneidad del ardid no se puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado, para estimar si, de acuerdo con la condición de éste, puede hablarse de un error. Para medir la eficacia de la estafa debe apreciarse en la realidad de los hechos, no solo la idoneidad del medio empleado, sino también las condiciones mentales y culturales del destinatario del engaño. La negligencia de la víctima de estafa le hace imputable el error porque excluye la eficacia real del fraude en el caso concreto, si la observancia de una diligencia mínima lo hubiera evitado, ya que su omisión demuestra su indiferencia frente al posible engaño. Para la consumación de la estafa (art. 172) se requiere que existan, en el elemento normativo ‘ardid o engaño’ integrativo del tipo, ciertas condiciones extrínsecas (tanto en el agente como en la víctima), sin las cuales todo el accionar del responsable quedaría reducido a lo que se denomina mero ‘artificio verbal’ o simple mentira, que no siempre resultan reprochables desde el punto de vista penal”. (Namer 2002, p. 30)

Como ya hemos referido, en su materialidad el delito defraudatorio es un “delito de relación”, en el que es necesario acompañar al estudio del tipo objetivo, las particularidades personales de la propia víctima, lo que ha llevado a algunos a fundamentar una suerte de “dogmática de la víctima”. Parece ser un lugar común en la teoría, la posición de no adscribir tutela penal (por que no se la merecería), a quien “obra de manera totalmente desconsiderada con sus propios bienes”, por cuanto subyace en la tratativa social, una ínsita exigencia de auto tutela o auto protección del propio patrimonio

(me hace recordar esto al fundamento de la prescripción adquisitiva, que permite “quitarle” la propiedad al dueño en favor de un tercero, porque no se ha preocupado por cuidar lo suyo).

Creemos en consecuencia que cuando nuestro tipo de estafa, hace fundamentar el injusto, en la necesidad de que la víctima sea llevada (o inducida) al error, permite inferir que la imputación requiere la constatación del medio engañoso idóneo y también la condición de la víctima. Se presenta así una relación indisoluble entre el medio y la posibilidad que éste induzca al error a la víctima (por ello el texto español habla de “engaño bastante”, art. 528).

Al efecto, reiterada jurisprudencia argentina se pronuncia al respecto: “Es sabido que el delito de estafa requiere para su consumación el despliegue de una maquinación idónea para provocar en el sujeto pasivo un error determinante de su contraprestación, situación que no se da si el presunto damnificado actuó con desidia al no verificar la documentación utilizada. Para que exista verdadera relación de causalidad entre el engaño y el error producido en la víctima, es preciso que este error no derive de la propia torpeza, es decir, que no provenga de una negligencia culpable”. “...la torpeza exculpante de responsabilidad penal en orden al delito de estafa debe ser un descuido importante, rayano en la desaprensión, el descuido total o la estupidez...”. “No es dable exigir al sujeto pasivo de un delito una conducta que exceda la costumbre, ni proporcionalidad con la ‘viveza’ del autor porque de ser así desaparecería el elemento básico de la convivencia que es la buena fe. La tutela penal no se restringe a los casos en que se venza la astucia del más inteligente o del más prudente”. (Namer 2002, p. 99)

En nuestro caso, la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad No. 2504-2015 – Lima, no solo ha reforzado la necesidad de apelar a criterios de imputación objetiva en los

delitos defraudatorios, estableciendo que para calificar la estafa el juzgador “no debe limitarse a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo”, sino que fundamentalmente debe dirigir su actuación a constatar si la conducta del autor ha generado un “riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido”. Esta sentencia además genera efectos vinculantes sobre la determinación de la eficacia del engaño como generador del error, estableciendo que “hay engaños causales que son típicos y otros engaños causales que no los son”, por lo que es necesario el estudio de la misma participación del sujeto pasivo en el caso concreto.

Conforme a la sentencia aludida, “al momento de analizar la tipicidad en los procesos por estafa, el juez penal no debe preguntarse ¿quién causó el error de la víctima?, sino ¿Quién es competente por el déficit de conocimiento -error- de la víctima? Aunque un caso llegue a los tribunales y el juzgador o el fiscal sepan (inevitablemente) a qué condujo en efecto el engaño (si hubo error o no y, en consecuencia, perjuicio patrimonial), pues el enjuiciamiento de los hechos tiene los conocimientos adquiridos ex post; esos conocimientos deben suprimirse a la hora de enjuiciar si el comportamiento del autor fue típico. Que se produzca el resultado, es una cuestión que está en un nivel de análisis distinto y posterior, en el que se trata simplemente de ver si el riesgo de perjuicio patrimonial se cristalizó o no en el resultado. Lo que debe verificarse, en primer término, es si el engaño de la víctima puede imputarse objetivamente al autor” (Fundamento Décimo Tercero).

“El delito de estafa protege el patrimonio, como poder jurídicamente reconocido de interacción en el mercado. De acuerdo con la configuración normativa de este mercado, en el contexto de nuestra sociedad actual, el sujeto que realiza un acto de disposición, muchas veces, no accede personalmente a toda la información que necesita para tomar sus decisiones económicas. En ese sentido, aquél que interactúa económicamente, se ve

en la necesidad de confiar en otros que si tienen acceso a esa información. Es por ello, precisamente que mediante el tipo penal de estafa se busca garantizar un cierto grado de información veraz, para que el acto de disposición sea libre y, con ello, el patrimonio sea fuente de libertad para el titular; conservando, así, la estructura normativa del mercado” (Fundamento Décimo Cuarto).

“Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? De acuerdo con la más recientemente elaborada dogmática jurídico penal; es el criterio de la accesibilidad normativa, el que permite delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla” (Fundamento Décimo Quinto).

“Corresponde determinar, por tanto, si, con independencia del ‘engaño’, empleado por la procesada, los agraviados [...] tenían accesibilidad normativa a la información necesaria, para tomar una decisión verdaderamente libre frente al ofrecimiento de venta de vehículos que les hizo la encausada; de ser así, tendrá que descartarse la configuración de un engaño típico de estafa, y, en consecuencia, afirmarse la existencia de un caso de competencia de la víctima. Por el contrario, si los referidos agraviados no tenían accesibilidad normativa a la información, corresponderá afirmar la relevancia penal de un engaño típico de estafa. El patrimonio merece protección solo frente aquellos engaños cuya detección no pueda esperarse del propio titular del patrimonio (o bien de su representante)” (Fundamento Décimo Sexto).

“Lo expuesto reafirma la tesis de que a los agraviados [...] les incumbía averiguar la información respecto a la titularidad de los vehículos que adquirieron en compra-venta. [...] En consecuencia, corresponde afirmar que el engaño sobre datos inscritos en los Registros de Propiedad, es típicamente irrelevante, ya que la consulta de datos registrales es el deber mínimo de autotutela a quien interactúa en el mercado automotriz; a no ser que se trate de víctimas estructuralmente débiles como las señaladas en el inciso 1 del artículo 196-A del Código Penal; o que exista un acto de bloqueo de la información normalmente accesible” (Fundamento Vigésimo).

“Puede que la configuración de un contacto social competa 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. Existe, por tanto, una competencia de la víctima. En el caso de los agraviados [...] éstos han dado con su propio comportamiento, la razón para que la consecuencia lesiva -perjuicio patrimonial- les sea imputada a ellos mismos; como consecuencia de una lesión de su deber de autoprotección” (Fundamento Vigésimo Segundo).

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

estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva” (Fundamento Vigésimo Quinto).

“El engaño es un elemento que se presenta, no solamente en la estafa sino también en las relaciones contractuales civiles o de carácter mercantil. En estos casos, el operador de justicia tiene que delimitar quien es competente por la situación de error de la víctima; esto es, si incumbía a esta última agenciarse de la información normativamente accesible; o si era competencia del autor, en virtud de un deber de veracidad, brindarle a la víctima los conocimientos necesarios para su toma de decisión respecto de la disposición de su patrimonio. En el primer caso, no se configurará el delito de estafa, por cuanto el perjuicio patrimonial es competencia del propio disponente (competencia de la víctima), por tanto, los hechos serán ventilados en la vía extrapenal que corresponda. En el segundo caso, una vez verificado que ha existido la infracción a un deber de veracidad, y la realización del riesgo en el resultado, entonces podrá imputarse la comisión del delito de estafa, atendiendo a criterios objetivos como la idoneidad del contrato, o su forma de celebración, para bloquear el acceso de la víctima a la información normativamente accesible; o para generar en aquello una razón fundada de renuncia a ciertos mecanismos de autoprotección relevantes para su toma de decisión” (Fundamento Vigésimo Sexto).

1.2.3. H.3. “El contrato criminalizado si puede ser idóneo para la configuración de la estafa y su imputación penal”.

Al efecto, se ha estimado igualmente en la doctrina, que la estafa también puede realizarse en el contexto de una relación contractual, en la que inicialmente no se expresa nada exactamente falso, pero en el que el agente oculta intencionalmente su intención de no actuar “como la relación lo exige” (esto es, como contratante) y defraudar a otro de manera implícita (esto es, fuera de los casos de la auto puesta en riesgo ya señalada). En

efecto, como bien dice Muñoz Conde, “en el ámbito de lo que se denomina ‘contratos criminalizados’, se ha admitido la tipicidad del engaño implícito en multitud de resoluciones judiciales, las que han fijado la línea divisoria entre la estafa y el incumplimiento civil en el momento de aparición de la voluntad de incumplir la prestación convenida: si el ánimo de incumplir existía ‘ab initio’ habrá estafa, si surge con posterioridad, no”. (2015, p. 375)

“La denominada estafa contractual exige, como cualquier otra, la presencia de todos los elementos típicos configuradores de la acción delictiva: Por ello, es éste un supuesto que en cuanto a su construcción dogmática no difiere un ápice del resto de las modalidades posibles. La característica que lo hace individualizable es la utilización de una ficticia relación contractual en el desarrollo de su dinámica comisiva. Se trata, por tanto, de una conducta engañosa dirigida a captar maliciosamente el consentimiento de la otra parte contratante. De tal modo que ésta se obligue a la realización de una disposición patrimonial perjudicial para su patrimonio o para el de un tercero. Bien porque existe ya un desequilibrio enmascarado del valor de las prestaciones, bien por el inicial propósito de incumplimiento que alberga la voluntad del estafador”. (Valle Muñiz 1992, p. 238)

Al respecto, la JURISPRUDENCIA, aporta mayor claridad al tema: “En los llamados contratos civiles criminalizados, es el contrato mismo el instrumento del engaño y no precisa de ningún otro artificio satélite o coadyuvante al contrato mismo; el criminal se vale, precisamente, de la confianza y buena fe que rigen el cumplimiento de la inmensa mayoría de los contratos, sin las que el tráfico jurídico se haría imposible; confía en que la persona con quien contrata, si aparentemente puede tener solvencia para cumplir su obligación, lo hará. Cuando esto no ocurre puede ser porque el deudor, por causas a él no imputables, ha devenido insolvente, aunque su intención fue siempre cumplir (incumplimiento civil); pero, otras veces existe un dolo antecedente, inicial o ‘in contrahendo’ para conseguir el desplazamiento patrimonial a su favor, pero con la idea preconcebida de que no cumplirá

la contraprestación obligada, por quererlo así o por saber que no podrá (incumplimiento criminal)". (Loc. cit.)

Sin embargo, en los últimos tiempos se observa una cierta tendencia a no admitir la tipicidad del engaño implícito a menos que vaya acompañado de por lo menos un mínimo de engaño explícito. No obstante ello, la admisibilidad del engaño implícito no resulta fundamentalmente cuestionable, lo que sucede es que jurisprudencialmente resulta atendible la exigencia de un engaño inequívoco para estimar que concurre el delito de estafa.

Los "negocios jurídicos o contratos criminalizados" a decir de Conde Pumpido, son "aquellos negocios jurídicos de derecho privado -civil o mercantil- en los que la apariencia del propio negocio constituye una operación de engaño, en cuanto el autor simula un propósito de contratar cuando realmente solo quiere aprovecharse del cumplimiento de la otra parte, recibiendo la contraprestación pactada, pero sin intención de cumplir la suya. En estos 'negocios civiles criminalizados', el contrato o negocio jurídico se erige [...] en instrumento disimulador, e ocultación fingimiento y fraude, civil o mercantil, con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta, aunque la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo, definía la estafa". (1997, p. 62)

2. "Conclusiones"

2.1. "Tradicionalmente la imputación de los delitos defraudatorios requiere necesariamente la constatación del engaño como elemento de tipo objetivo. Al efecto, será necesario, en su caso, determinar si el engaño per se es idóneo en el caso general para lograr el efecto engañoso, o si sólo lo fue en el caso particular; o si en su verificación se debe tener en

consideración la calidad de la víctima, si pudo o no ser engañada o de qué manera fue su propia conducta omisiva o negligente fue la que determinó los efectos del error para la disposición patrimonial. Es de anotarse al respecto que todavía no se percibe en nuestra operatividad judicial, la referencia a la aplicación completa de los fundamentos de la imputación objetiva en relación a la imputación de la estafa, más bien, todavía se realiza ésta apelando a los criterios tradicionales”.

2.2. “Para las posiciones causalistas, para la configuración típica del delito defraudatorio, es necesaria la presencia de un elemento esencial de naturaleza subjetiva, que es ‘el engaño’, motivado mediante la instrumentalización de medios idóneos y efectivos, que en una relación de causalidad adecuada, logren el efecto de inducir en el error a una víctima “promedio” para determinar la disposición patrimonial perjudicial. Para valorar la idoneidad del medio, basta considerar si en abstracto la capacidad consumativa del medio existió y en concreto, el hecho estaba dentro del plan individual del autor, efectuada la doble valoración, si aparece un error sobre la capacidad consumativa del medio, sólo si dicho error es grosero, habrá delito imposible pero no cuando en abstracto la valoración es de signo positivo. Por otro lado, si bien es cierto que la teoría de la causalidad adecuada fue un gran avance en la determinación de la imputación adecuada, lo cierto es que con el avance de la ciencia y de las relaciones sociales, se presentan supuestos que difícilmente pueden ser resueltos eficientemente por las teorías causalistas, debiéndose recurrir a la moderna teoría de la imputación objetiva.

2.3. “Esta teoría de la imputación objetiva permite, a diferencia de las causalistas, afrontar de manera más técnica, la solución de casos en los que se observan condiciones muy lejanas a la causa determinante del resultado o cuando hay cursos causales atípicos; cuando no hay elevación ostensible del peligro o hay disminución del mismo; cuando se presentan conductas cuyo disvalor no se refleja suficientemente en el resultado; cuando

el riesgo no se encuentra dentro de la esfera de protección de la norma; Cuando se pueda presentar una intervención dolosa de un tercero; o cuando se produce la auto puesta en riesgo, es decir, el traslado de la responsabilidad del evento a la misma inacción o negligencia de la víctima. A esta altura del desarrollo teórico, no cabe duda alguna que la ‘teoría del tipo objetivo’, ha merecido una preocupación expectante en el campo de la dogmática del Derecho penal, fundamentalmente en el terreno de la llamada teoría de la imputación objetiva”.

2.4. “La teoría de la imputación objetiva realiza un análisis sobre la existencia del tipo objetivo, sobre la base de la creación injusta de un riesgo. En tal sentido, la imputación radica en la comprobación de con su conducta, el agente ha creado un riesgo ‘jurídicamente desaprobado’ que se ha concretado en el resultado típico, dañando un determinado interés jurídico que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma. La elaboración teórica de lo que en doctrina se conoce como ‘incremento del riesgo’, fue desarrollada por ROXIN, conforme a lo cual lo decisivo para constatar la imputación, es determinar si la conducta del agente generó o no un riesgo por encima de lo socialmente permitido, caso en el que recién se produciría la imputación (conforme los fundamentos de Roxin, para poder establecer un adecuado juicio de imputación objetiva, habrá que atenderse a los siguientes parámetros: a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante”; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido; y, d) la esfera de protección de la norma)”.

2.5. “Nuestra jurisprudencia vinculante (Recurso de Nulidad No. 2504-2015 – Lima), ha establecido que la hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por ejemplo, resulta incorrecta la forma en que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito

de estafa, esto es, como una mera secuencia de elementos [engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito] vinculados por un nexo causal. El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico penales; si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido”.

2.6. “La realidad actual y el ‘tráfico comercial’ presenta permanentemente exageraciones o pequeños engaños que buscan promover sus productos o servicios e inducir a los consumidores a adquirirlos. En efecto, se acepta socialmente que los comerciantes, en su publicidad, exageren (al borde de la mentira) las cualidades y/o bondades de sus productos. Esta práctica es socialmente comprendida y aceptada, manteniéndose dentro del contexto del ‘riesgo permitido’. Ello es comprensible, ya que una incriminación in extensu de este tipo de conductas, que involucran ciertamente, ámbitos engañosos (aunque mínimos), pondría en riesgo otro tipo de relaciones sociales de suma importancia, como lo es la libertad de comercio. Es una práctica común, que al igual que muchas otras manifestaciones semejantes, se ajusta a lo que se considera el riesgo jurídicamente tolerable”.

2.7. “El comportamiento dirigido a la disminución del riesgo (en este caso patrimonial), tendrá un efecto exculpador no obstante se presente el engaño típico. P. ej. A, para evitar que los malos hijos de su vecina y amiga, vendan la casa que habita, utilizando el argumento que van a crear una ‘asociación benefactora de los niños abandonados’, logra que le firme una donación a su nombre y el inmueble pasa a su propiedad, logrando frustrar la intención de sus hijos. Conforme a lo expuesto, aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de permitir delinear los contornos de

lo (jurídico penalmente) admitido, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho subsistema social funcione con normalidad”.

2.8. “La prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente per se para generar responsabilidad. Se está ante un regreso cuando el comportamiento inocente de un tercero es reorientado delictivamente, lo que no debiera comprometerlo. En los delitos defraudatorios, por ejemplo, no podrá adscribirse responsabilidad por la estafa con el cuento de la ‘agencia de empleos’ (cobraba fraudulentamente adelantos para la contratación de servicio doméstico), a quien, convencido por el estafador, lo dejó usar su local como oficina, con la promesa de pagarle una comisión por la colocación de cada empleada del hogar”.

2.9. “Los efectos exculpantes de la denominada ‘auto puesta en riesgo’ es un tema que todavía en nuestro sistema judicial se está atendiendo adecuadamente. Conforme precisa JAKOBS, en el tratamiento de la imputación objetiva se aprecia también la existencia de una “competencia de la víctima”, conforme al cual, para los efectos de la imputación, debe tomarse también en cuenta, la contribución que hace la propia víctima a la consumación del hecho. Los fundamentos de la especial relevancia de la participación de la víctima en el mismo hecho que la agravia, suele tratarse bajo la perspectiva de la ‘infracción del deber de autoprotección’ o lo que se denomina también principio de autorresponsabilidad. Un derivado práctico del tratamiento dogmático del comportamiento de la víctima la tenemos en los conceptos de ‘compensación de culpas’ y ‘concurrency de conductas’ al que están recurriendo v.g. los tribunales españoles en la oportunidad de determinar la responsabilidad jurídico penal del autor”.

2.10. “En nuestro caso, la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad No. 2504-2015 – Lima, no solo ha reforzado la necesidad de apelar a criterios de imputación objetiva en los delitos defraudatorios, estableciendo que para calificar la estafa el juzgador ‘no debe limitarse a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo’, sino que fundamentalmente debe dirigir su actuación a constatar si la conducta del autor ha generado un ‘riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido’. Esta sentencia además genera efectos vinculantes sobre la determinación de la eficacia del engaño como generador del error, estableciendo que ‘hay engaños causales que son típicos y otros engaños causales que no los son’, por lo que es necesario el estudio de la misma participación del sujeto pasivo en el caso concreto.

Conforme a la sentencia aludida, “al momento de analizar la tipicidad en los procesos por estafa, el juez penal no debe preguntarse ¿quién causó el error de la víctima?, sino ¿Quién es competente por el déficit de conocimiento -error- de la víctima?”.

2.11. “Para la configuración del tipo defraudatorio es preciso constatar el estado de error al que se lleva a la víctima. Para este efecto deberá considerarse la oportunidad e idoneidad del medio engañoso empleado y también al efecto, si es que verdaderamente el engaño tuvo el efecto esperado por parte del agente. Para ello deberá atenderse a las particulares condiciones personales de la víctima, que puedan ser explotadas por el agente, como la ignorancia, la inexperiencia, la candidez, e incluso su propia avidez y ‘angurria’. En tal sentido, no se podría imputar estafa si pudiendo hacerlo en resguardo de su propia protección, la víctima no actúa con diligencia, siendo por el contrario que el error se produce como consecuencia de su propia omisión, desidia e incluso negligencia. Para que exista verdadera relación de causalidad entre el engaño y el error producido en la víctima, es preciso que este error no derive en la propia torpeza, es decir, que no provenga de una negligencia culpable”.

2.12. “El modo de operar del fraude estafatorio es el de inducir en error a la víctima. Por eso, el criterio para juzgar la existencia o idoneidad del ardid no se puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado, para estimar si, de acuerdo con la condición de éste, puede hablarse de un error. Para medir la eficacia de la estafa debe apreciarse en la realidad de los hechos, no solo la idoneidad del medio empleado, sino también las condiciones mentales y culturales del destinatario del engaño. La negligencia de la víctima de estafa le hace imputable el error porque excluye la eficacia real del fraude en el caso concreto, si la observancia de una diligencia mínima lo hubiera evitado, ya que su omisión demuestra su indiferencia frente al posible engaño. En su materialidad el delito defraudatorio es un “delito de relación”, en el que es necesario acompañar al estudio del tipo objetivo, las particularidades personales de la propia víctima, lo que ha llevado a algunos a fundamentar una suerte de ‘dogmática de la víctima’. Parece ser un lugar común en la teoría, la posición de no adscribir tutela penal (por que no se la merecería), a quien ‘obra de manera totalmente desconsiderada con sus propios bienes’, por cuanto subyace en la tratativa social, una ínsita exigencia de auto tutela o auto protección del propio patrimonio”.

2.13. “Se ha estimado igualmente en la doctrina, que la estafa también puede realizarse en el contexto de una relación contractual, en la que inicialmente no se expresa nada exactamente falso, pero en el que el agente oculta intencionalmente su intención de no actuar como la relación lo exige (esto es, como contratante) y defraudar a otro de manera implícita (esto es, fuera de los casos de la auto puesta en riesgo ya señalada). En efecto, como bien dice Muñoz Conde, en el ámbito de lo que se denomina ‘contratos criminalizados’, se ha admitido la tipicidad del engaño implícito en multitud de resoluciones judiciales, las que han fijado la línea divisoria entre la estafa y el incumplimiento civil en el momento de aparición de la voluntad de incumplir la prestación convenida: si el ánimo de incumplir existía ‘ab initio’ habrá estafa, si surge con posterioridad, no”.

2.14. “La denominada estafa contractual exige, como cualquier otra, la presencia de todos los elementos típicos configuradores de la acción delictiva: Por ello, es éste un supuesto que en cuanto a su construcción dogmática no difiere un ápice del resto de las modalidades posibles. La característica que lo hace individualizable es la utilización de una ficticia relación contractual en el desarrollo de su dinámica comisiva. Se trata, por tanto, de una conducta engañosa dirigida a captar maliciosamente el consentimiento de la otra parte contratante. De tal modo que ésta se obligue a la realización de una disposición patrimonial perjudicial para su patrimonio o para el de un tercero. Bien porque existe ya un desequilibrio enmascarado del valor de las prestaciones, bien por el inicial propósito de incumplimiento que alberga la voluntad del estafador”.

2.15. “Conforme a los fundamentos jurisprudenciales, en los llamados contratos civiles criminalizados, es el contrato mismo el instrumento del engaño y no precisa de ningún otro artificio satélite o coadyuvante al contrato mismo; el criminal se vale, precisamente, de la confianza y buena fe que rigen el cumplimiento de la inmensa mayoría de los contratos, sin las que el tráfico jurídico se haría imposible; confía en que la persona con quien contrata, si aparentemente puede tener solvencia para cumplir su obligación, lo hará. Cuando esto no ocurre puede ser porque el deudor, por causas a él no imputables, ha devenido insolvente, aunque su intención fue siempre cumplir (incumplimiento civil); pero, otras veces existe un dolo antecedente, inicial o ‘in contrahendo’ para conseguir el desplazamiento patrimonial a su favor, pero con la idea preconcebida de que no cumplirá la contraprestación obligada, por quererlo así o por saber que no podrá (incumplimiento criminal)”. Sin embargo, en los últimos tiempos se observa una cierta tendencia a no admitir la tipicidad del engaño implícito a menos que vaya acompañado de por lo menos un mínimo de engaño explícito. No obstante, ello, la admisibilidad del engaño implícito no resulta fundamentalmente cuestionable, lo que sucede es que jurisprudencialmente resulta

atendible la exigencia de un engaño inequívoco para estimar que concurre el delito de estafa”.

3. “Propuesta de solución del problema: Recomendaciones”

3.1. “El Poder Judicial mediante su instituto de investigación deberá organizar una adecuada labor de educación y difusión de los fundamentos de la imputación objetiva con respecto a la imputación del delito de estafa, en el que se especifique que en este delito la imputación radica en la comprobación de que con su conducta, el agente ha creado un riesgo ‘jurídicamente desaprobado’ que se ha concretado en el resultado típico, dañando un determinado interés jurídico que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma. Al efecto, para poder establecer un adecuado juicio de imputación objetiva, habrá que atenderse a los siguientes parámetros: a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido; y, d) la esfera de protección de la norma)”.

3.2. “En igual sentido, el Poder Judicial deberá organizar una adecuada labor de educación y difusión, sobre los efectos de la disminución del riesgo en la estafa y el efecto exculpador que puede determinar no obstante se presente el engaño típico. P. ej. A, para evitar que los malos hijos de su vecina y amiga, vendan la casa que habita, utilizando el argumento que van a crear una ‘asociación benefactora de los niños abandonados’, logra que le firme una donación a su nombre y el inmueble pasa a su propiedad, logrando frustrar la intención de sus hijos”.

3.3. “El Poder Judicial mediante su Corte Suprema deberá promover la organización de un Pleno Jurisdiccional, en el que se dilucide la interpretación y asunción como precedente vinculante de los siguientes aspectos relacionados a la imputación de la estafa”:

3.3.a) “Los efectos exculpantes de la auto puesta en riesgo, en el sentido que para la configuración del tipo defraudatorio es preciso constatar el estado de error al que se lleva a la víctima. Para este efecto deberá considerarse la oportunidad e idoneidad del medio engañoso empleado y también si es que verdaderamente el engaño tuvo el efecto esperado por parte del agente, y si fundamentalmente el incremento del riesgo no se ha debido a la propia torpeza o negligencia de la víctima”.

3.3.b) “La idoneidad de la comisión de la estafa mediante el contrato criminalizado. Al efecto, se ha estimado igualmente en la doctrina, que la estafa también puede realizarse en el contexto de una relación contractual, en la que inicialmente no se expresa nada exactamente falso, pero en el que el agente oculta intencionalmente su intención de no actuar ‘como la relación lo exige’ (esto es, como contratante) y defraudar a otro de manera implícita (esto es, fuera de los casos de la auto puesta en riesgo). En el ámbito de lo que se denomina ‘contratos criminalizados’, se ha admitido la tipicidad del engaño implícito en multitud de resoluciones judiciales, las que han fijado la línea divisoria entre la estafa y el incumplimiento civil en el momento de aparición de la voluntad de incumplir la prestación convenida: si el ánimo de incumplir existía ‘ab initio’ habrá estafa, si surge con posterioridad, no”.

3.4. Teniendo a la vista la posibilidad del efecto exculpante de la auto puesta en riesgo, proponemos la siguiente modificación legislativa:

TEXTO ACTUAL DEL TIPO DE ESTAFA:

Art. 196. Estafa: “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”.

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA:

Art. 196. Estafa: “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”.

“Constituye circunstancia exculpante si la víctima no tuvo la diligencia necesaria para evitar incurrir en el error perjudicial”.

4. “Consecuencia de la implementación de la propuesta”

“El tema propuesto para la investigación revela un campo teórico de suma importancia por su incidencia nociva en sociedad, ya que la estafa se constituye en una de las modalidades más lesivas al patrimonio como bien jurídico”.

“Por ello es que el enfoque propuesto se orienta a un replanteamiento de los fundamentos doctrinarios y normativos que orientan la protección que el Estado debe conceder al patrimonio económico de la persona humana, buscando determinar si el tratamiento normativo que se hace en nuestro sistema penal del delito de estafa, manifiesta una adecuada técnica jurídica, para lo cual hemos realizado un estudio teórico de sus fundamentos típicos, para identificar la técnica legislativa utilizada e identificar las deficiencias y/o vacíos pasibles de tratamiento y mejora”.

“Y con ese insumo hemos procedido también al estudio de los fundamentos de la imputación objetiva, a efecto de establecer una adecuada imputación suficiente o necesaria”.

“Por lo ya referido es que con nuestra investigación hemos propiciado la búsqueda de nuevas tendencias y el mejoramiento de las instituciones penales y contribuyendo con ello con la labor docente y legislativa, dando a conocer los aspectos doctrinarios, normativos, jurisprudenciales y de legislación comparada que sustentan, a nivel nacional e internacional, los fundamentos de una adecuada interpretación y aplicación de las normas relacionadas a la protección del patrimonio, dentro del marco de un Derecho penal garantista y democrático, que nos asegure la vigencia de un sistema punitivo protector, prevencionista y asegurador de los derechos de la persona”.

“Para este efecto, en el desarrollo del trabajo hemos establecido un adecuado estudio teórico - dogmático, de la evolución y tratamiento normativo del delito de estafa y su imputación en el marco de los presupuestos doctrinarios de la imputación objetiva y como se verifica ello en nuestro medio jurídico penal. Hemos realizado también un adecuado estudio crítico del tratamiento legislativo diferenciado que se le ha dado en nuestro país con respecto al tratamiento de este bien jurídico fundamental para la convivencia social y la problemática que representa su vigencia en nuestro sistema. Al efecto, hemos cumplido con proponer las correcciones normativas necesarias”.

“En este sentido hemos procedido también a hacer un estudio de las diferentes modalidades agravadas que presenta este delito, determinando su naturaleza, características, elementos, entre otros aspectos relevantes, así como el tratamiento que se hace en nuestro medio jurídico. Ello nos ha permitido lograr identificar con los vacíos y/o deficiencias de nuestra normatividad en relación a estos tipos penales”.

5. “Beneficios que aporta la propuesta”

“Dentro de los fines que orientan la labor universitaria, humanista y científica, está el de la búsqueda del aporte de nuevas ideas, alternativas y soluciones a los diferentes problemas que aquejan a las sociedades, y siendo el fundamento de nuestra Facultad el de propender a la investigación de temas jurídicos y sociales, nuestro trabajo se fundamenta principalmente en la necesidad de reorientar y afianzar el conocimiento doctrinario de la evolución y la realidad actual de la protección penal, que en nuestro país se hace del derecho al patrimonio económico personal, desde la óptica constitucional, basada en los más modernos principios penales orientados a la protección de la seguridad jurídica; para reconducir la labor docente, legislativa y a la interpretación judicial y doctrinaria, que por la importancia del tema en estudio, requiere una mejor y mayor profundidad, para propiciar un mejor conocimiento por parte de alumnos, profesores y operadores, tanto legislativos como judiciales”.

“Los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada”.

“REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS”

- ANTON ONECA, José (1957). Las estafas y otros engaños. En Nueva Enciclopedia Jurídica. T. IX, Barcelona - España.
- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda (1993). Derecho Penal: Cursos primero y segundo. Editorial Harla. México.
- BACIGALUPO, Enrique (1989). Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.
- BACIGALUPO, Enrique (1992). La imputación objetiva. En revista del Colegio de Abogados Penalistas de Caldas. Litografía Cafetera. Manizales.
- BACIGALUPO, Enrique (1994). Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal. 2º Edición. Ediciones Akal S.A. Madrid – España.
- BACIGALUPO, Enrique (1999). Principios Constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires - Argentina.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel (1991). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales Económicos. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A. Madrid - España.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1993). Temas de Derecho Penal. Editorial Cuzco S.A. Editores. Lima – Perú.

- BERNAL CAVERO, Julio (1997). Manual de Derecho Penal Parte Especial: Los delitos de hurto y robo en el Código Penal de 1991. Editorial San Marcos. Lima - Perú.
- BINDER, Alberto (2011). Análisis político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina.
- BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto (1998). Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Editorial San Marcos. Lima - Perú.
- BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (2006). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial San Marcos. Lima – Perú.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan (1986). Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan (1987). *Control social y sistema penal*. Promociones y Publicaciones Universitarias PPU. Barcelona - España.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan (1989). Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistémicas. En Estudios penales y criminológicos. Tomo XII. Santiago de Compostela.
- BOIX REING, J. y otros (1999). Derecho Penal Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España.

- CANCIO MELIÁ, Manuel (2000). Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. Madrid.
- CASTILLO ALVA, José Luis (2007). El principio de imputación necesaria. Una primera aproximación. En *Actualidad Jurídica*. Tomo 161 (mes de Abril), Gaceta Jurídica, Lima.
- CASTILLO ALVA, José Luis (2008). La motivación de la valoración de la prueba en materia penal. Colección N° 3 Derecho & Tribunales. Grijley. Lima.
- CEREZO MIR, José (1966). La estafa procesal. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (1997). Estafas. Tirant lo Blanch. Valencia - España.
- MARTINEZ LOPEZ, Antonio José (1990). Delitos de falsedad y fraude. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá - Colombia.
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio et al (2005). Las Libertades de Expresión e Información. Universidad de Piura. Perú.
- COSTA RODAL, Lucía (2018). Intimidad, grabación de imagen y sonido y prueba en el proceso. Editorial Arazandi S.A.U. Pamplona España.

- CREUS, Carlos (1990). Derecho Penal Parte Especial. Tomo I. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires – Argentina,
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MAPELLI CAFFARENA, Borja (2011). Curso de Derecho Penal, Parte General. Editorial Tecnos. Madrid – España.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2002). Imputación objetiva en Derecho penal. Monografías Penales 2. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan (1995). Derecho Penal Fundamental. Vol. I. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá - Colombia.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo (2006). Derecho Penal Parte General. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia.
- FONTAN BALESTRA, Carlos (1968). Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Parte Especial. Abeledo-Perrot. Ediciones Glem S.A. Buenos Aires – Argentina.
- FONTAN BALESTRA, Carlos (1994). Derecho Penal Parte Especial. Décima cuarta edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires – Argentina.
- FRISTER, Helmut (2011). Derecho Penal Parte General. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires – Argentina.
- GARCIA ARÁN, Mercedes (1998). El Delito de Hurto. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España.

- GARCÍA CAVERO, Percy (2008). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley. Lima - Perú.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2010). Nuevas Formas de Aparición de la Criminalidad Patrimonial. Jurista Editores. Lima – Perú.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2009). Derecho Penal Parte General: Fundamentos. Juristas Editores E.I.R.L. Primera Edición. Lima-Perú.
- GRACIA MARTÍN, Luis (2004). Estudios Derecho Penal. Editorial Moreno S.A. Lima-Perú.
- GRACIA MARTÍN, Luis (2007). Modernización del Derecho penal y derecho penal del enemigo. Editorial Idemsa. Lima – Perú.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (2012). Introducción a la Criminología y a la Política Criminal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España.
- HERRERA MORENO, Myriam (2002). Publicidad y Control Penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- HUGO VIZCARDO, Silfredo (2009). Precedentes Vinculantes en materia penal. Ediciones Pro Derecho Investigación y Asesoría Jurídica. Lima – Perú.

- HUGO VIZCARDO, Silfredo (2016). Derecho Penal General. Edi. Pro Derecho Investigación y Asesoría Jurídica. Lima - Perú.
- HUGO VIZCARDO, Silfredo (2020). Estudio Práctico e Introductorio de la Teoría de la Imputación Objetiva. Edi. Pro Derecho Investigación y Asesoría Jurídica. Lima - Perú.
- JAKOBS, Günther (1995). Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. Madrid – España.
- JAKOBS, Günther (2001). La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial Grijley E.I.R.L. PERÚ - LIMA.
- JESCHECK, Hans Heinrich (1981). Tratado de Derecho Penal: Parte General”. T. I. Bosch Casa Editora S.A. Barcelona.
- KINDHÄUSER, Urs (2007). Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen et al (2015). Delitos: la parte especial del Derecho penal. Editorial Colex. Madrid – España.
- LEON PAGANO, José (h.) y Rodríguez Grondone, Carlos (1979). Manual de Derecho Penal: Parte especial. Ediciones Plus Ultra. Buenos Aires - Argentina.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2004). Derecho Penal: Parte General”, T. I Introducción a la Teoría Jurídica del Delito. Primera Edi. Gaceta Jurídica S.A. Lima - Perú.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia (1996). Introducción a la Imputación Objetiva. Editorial Universidad de externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá – Colombia.
- MAGGIORE, Giuseppe (1972). Derecho Penal Parte Especial. Volumen IV Delitos en Particular. Editorial Temis. Bogotá Colombia.
- MAGGIORE, Giuseppe (1989). Derecho Penal Parte Especial. Volumen V. Editorial Temis. Bogotá - Colombia.
- MAIER, Julio B. J. (2000). Derecho procesal penal argentino. Vol. I. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- MARIN Jorge L. (2008). Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma editor. Buenos Aires – Argentina.
- MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita (1992). La imputación objetiva del resultado. Edersa Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid – España.
- MARTINEZ LOPEZ, Antonio José (1990). Delitos de falsedad y fraude. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá - Colombia.

- MARTÍNEZ SANCHEZ, Mauricio (1990). La Abolición del Sistema Penal". Editorial Temis Bogotá-Colombia.
- MEDINA FRISANCHO, José Luis (2011). La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial. Editorial Grijley. Lima – Perú
- MIR PUIG, Santiago (1996). Derecho Penal Parte General. 4º Edición. Edi. Reppertor S.A. Barcelona España.
- MIR PUIG, Santiago (2004). Derecho penal. Parte general. Editorial B de f, Julio César Faira editor. Montevideo – Buenos Aires.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1980). Culpabilidad y prevención. En: Cuadernos de Política Criminal, No 12. Lima - Perú.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1984). Teoría General del Delito. Editorial Temis Librería. Bogotá – Colombia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1990). Teoría General del Delito. Editorial Temis. Bogotá - Colombia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). Derecho Penal: Parte Especial. Undécima Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2015). Derecho Penal Parte Especial. 20º Edición. Tirant lo Blanch. Valencia – España.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2015). Derecho Penal Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España.
- NAMER, Sabrina E. (2002). Estafa e imputación objetiva. Edit. Ad-Hoc. Buenos Aires – Argentina.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio (2011). Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Reforma, Lima - Perú.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria (2001). Estafa y Negocio Ilícito; Algunas Consideraciones a propósito de la S.T.S. de 13 de mayo de 1997. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, No 2. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- PEÑA CABRERA, Raúl (1995). Tratado de Derecho Penal: Parte Especial II - A; Delitos contra el patrimonio. Ediciones Jurídicas. Lima - Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). Derecho Penal Parte General: Teoría del delito y de la pena y las consecuencias jurídicas. Editorial Rodas. Lima – Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). Delitos contra el patrimonio: Derecho penal parte especial. Editorial Rodhas. Lima – Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2014). Derecho Procesal Penal: Sistema acusatorio – Teoría del caso – Técnicas de litigación oral. Tomo I. Editorial Rodhas. Lima – Perú.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2015). Derecho Penal Parte Especial. Tomo I. Tercera edición. Editorial Idemsa. Lima – Perú.
- PEREZ PINZON, Alvaro Orlando (1988). Principios Fundamentales del Derecho Penal. En Debate Penal No 6. Ediciones Jurídicas. Colombia.
- PEREZ PINZON, Álvaro Orlando (2005). Introducción al Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Sexta Edición. Colombia.
- PIZARRO GUERRERO, Miguel (2015). Programa de control del crimen: Diagnóstico y propuestas. Serie Ensayos. Ediciones IURE. Lima – Perú.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel (2005). Instituciones de Derecho Penal: Parte General. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima – Perú.
- QUERALT JIMENEZ, Joan J. (1996). Derecho Penal Español: Parte Especial. Tercera Edición. José María Bosh Editor. Barcelona - España.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio (1985). Tratado de la parte especial de Derecho penal. T. II. Revista de Derecho privado. Madrid - España.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y VALLE MUÑIZ, José (1996). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Aranzadi Editorial. Pamplona - España.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996). Curso de Derecho Penal, Parte General. Editorial Marcial Pons. Barcelona - España.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín, et al. (2000). Manual de Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Arazandi Editorial. Navarra - España.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín et al (2010). Comentarios a la parte especial del Derecho penal. Thomson – Aranzadi. Navarra – España.
- QUIROZ PIREZ, René (1987). Introducción a la Teoría del Derecho Penal. Editorial de Ciencias Sociales. La Habana - Cuba.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2009). Estudios de Derecho Penal Parte Especial. Jurista Editores. Lima – Perú.
- REYES ALVARADO, Yesid, (2005). Imputación Objetiva. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1978). Derecho Penal, Parte General. Editorial Civitas. Madrid - España.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2000). Delitos Contra el Patrimonio. Volumen I. Editorial Grijley. Lima - Perú.
- ROMERO, Gladys (1998). Delito de estafa. Editorial Hammurabi, Buenos Aires – Argentina.

- ROXIN, Claus (1979). Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal. Editorial Astrea. Lima – Perú.
- ROXIN, Claus (2007). La teoría del delito en la discusión actual. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- ROXIN, Claus (2012). La imputación objetiva en el Derecho penal. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- ROY FREYRE, Luis E. (1974). Derecho Penal Peruano. Tomo I Parte Especial. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Delitos contra el honor. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima – Perú.
- ROY FREYRE, Luis E... (1983). Derecho Penal Peruano. Tomo III. Parte Especial. Delitos contra el Patrimonio. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima - Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2008). Derecho Penal Parte Especial. 3° Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú.
- SERRANO GOMEZ, Alfonso (2002). Derecho penal parte especial. Editorial Dykinson. Madrid – España.
- SERRANO-PIEDACASAS FERNANDEZ, José Ramón (1999). Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal. Gráfica Horizonte S.A., Lima Perú.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; RAGUÉS i VALLES et al (2018). Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. Atelier, Libros Jurídicos. Barcelona – España.

- SOLER, Sebastián (1945). Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Buenos Aires - Argentina.
- SOLER, Sebastián (1976). Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires - Argentina.
- TERRAGNI, Marco Antonio (2012). Tratado de Derecho penal. Tomo II. Parte Especial I. Editorial La Ley. Buenos Aires – Argentina.
- URQUIZO OLAECHEA, José (1993). Los delitos contra el honor en el nuevo Código penal. En Revista Peruana de Ciencias Penales. No. 1. Lima – Perú.
- URQUIZO OLAECHEA, José (2000). El Principio de Legalidad. Gráfica Horizonte S.A. Lima Perú.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel (1986). Tipicidad y atipicidad en las conductas omisivas en el delito de estafa. ADPCP. Barcelona – España.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel (1992). El delito de estafa: Delimitación jurídico-penal con el fraude civil. Bosch, casa editorial S.A. Barcelona – España.
- VILLAVICENCIO Terreros, Felipe (1990). Lecciones de Derecho Penal. Editores Cultural Cuzco S.A. Lima - Perú.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. (2006). Derecho Penal Parte General. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. Perú – Lima.

- VILLA STEIN, Javier (2014). Derecho Penal Parte General. ARA Editores E.I.R.L. Lima – Perú.
- VIVES ANTON, T.S. (1990). Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España.
- VIVES ANTON, T.S., BOIX REIG, J., et al (1999). Derecho Penal Parte Especial. 3º Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España.
- VIVES ANTON, T.S.; MARTINEZ-BUJAN, C. et al (2016). Derecho Penal Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1983). Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. V. Editorial Ediar. Buenos Aires - Argentina.
- VIVES ANTON, T.S.; MARTINEZ-BUJAN, C. et al (2016). Derecho Penal Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia – España.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1993). Fundamentos de Derecho Penal: Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia - España.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director). PEREZ ALONSO, Esteban J. (2004). Derecho Penal Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España.