

LA RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE ESTAFA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO*

JOSÉ LUIS MEDINA F.**

I. INTRODUCCIÓN: DEL PENSAMIENTO NATURALISTA A LA DOGMÁTICA NORMATIVISTA

No es nada novedoso hablar hoy en día de la importancia que para el Derecho penal tiene el comportamiento de la víctima y, particularmente, para el juicio de tipicidad objetiva. Tampoco lo es que las elaboraciones teóricas de corte naturalístico que fundaban su esquema de atribución de responsabilidad en una operación meramente causal no resultan ahora ya suficientes y, por el contrario, han venido siendo progresivamente superadas a partir de construcciones dogmáticas de signo normativo que han prescindido decididamente de consideraciones de carácter puramente ontológico. De esta manera, se ha ido consolidando la premisa de que la sola causación de un resultado lesivo no dice nada sobre la relevancia jurídico-penal de un suceso, es decir, no determina aquello que expresa comunicativamente un sentido social perturbador. En otras palabras, “la causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social”¹.

En efecto, el pensamiento naturalista y su limitada forma de ver las cosas han venido perdiendo fuerza desde las primeras décadas del siglo pasado y actualmente es posible afirmar que ya ha sido superada para dar lugar a una dogmática de carácter normativista². De hecho, ROXIN ha fijado como fecha de defunción de este modelo causalista la segunda década del siglo pasado³. De acuerdo a la dogmática normativista, pues, no hay cabida para criterios fundamentados en la causalidad y las leyes de las ciencias naturales, por lo que resulta ajeno a la ciencia jurídico-penal dar primacía a la simple constatación de una relación de causa-efecto entre el comportamiento de una persona y el resultado lesivo ocasionado⁴. La perspectiva naturalística, pues, se rige por sus propias leyes y éstas no pueden ser modificadas ni adaptadas porque simplemente son extrañas a la ciencia del Derecho penal y

* **Abreviaturas:** *ADPCP*: Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales; art., arts.: artículo(s); *CE*: Constitución española de 1978; *CPC*: Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI; *coord.*: coordinador(es); *CP*: Código Penal; *dir.*: director; *DPC*: Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional; *D.S.*: Decreto Supremo; *ed.*: edición; *FJ*: fundamento jurídico; *INDECOPI*: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Perú); *LH*: Libro Homenaje; *RDP*: Revista de Derecho penal (Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires); *RPDJP*: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales; *STC*: Sentencia del Tribunal Constitucional peruano; *TC*: Tribunal Constitucional peruano; *STS, SSTs*: Sentencia(s) del Tribunal Supremo español; *StGB*: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); *TS*: Tribunal Supremo español; *trad.*: traductor.

** Magíster en Derecho penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Doctorado en la Universidad de Sevilla - España. Profesor de Derecho penal.

¹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Grijley, Lima, 1998, p. 19.

² Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 25 s.: “Está ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de las relaciones jurídicas de sentido y significado”. En el mismo sentido, MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *RPDJP* N° 6, 2005, p. 291: “La perspectiva naturalística no es adecuada al Derecho ni a los hechos que éste debe regular...”.

³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 26.

⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 98.

corresponden, por tanto, a otro ámbito cognitivo (las ciencias naturales)⁵. Por el contrario, desde una perspectiva jurídica, se trata de determinar si un comportamiento puede ser imputado objetivamente o no a una persona como su obra por ser ésta normativamente competente del hecho⁶.

Lo dicho puede explicarse mejor con el siguiente ejemplo: Juan, arrendador de habitaciones en su inmueble ubicado cerca de una prestigiosa universidad de la ciudad, entabla una conversación con Luis, un novel licenciado recién llegado a la capital que busca arduamente un lugar donde vivir temporalmente mientras duren sus estudios de posgrado en dicha universidad. En el curso del trato negocial, Juan le expresa a Luis que las habitaciones que arrienda son mucho más espaciales y cómodas que las de otros arrendadores de la zona (lo cual es, en realidad, absolutamente falso) y que ello explica el elevado monto de la renta. Luis, convencido por las palabras elocuentes y persuasivas de Juan, y ante la presión de su enamorada que lo acompañaba para que consiga un lugar donde quedarse, llega a un acuerdo sin realizar ulteriores indagaciones en otros inmuebles aledaños (más cómodos y baratos) y efectúa un pago adelantado de la renta y otro por concepto de garantía en caso de contingencias.

En este supuesto, la sola constatación fáctica de que Juan introdujo en el proceso de decisión de Luis una o más causas que, sobre la base de ciertas mendacidades, determinaron el acto de disposición patrimonial, no significa automáticamente que Juan sea autor de estafa en sentido jurídico-penal⁷, pese a que podría afirmarse que sus mentiras causaron que Luis se convenciera y dispusiera de su patrimonio; en otras palabras, que Juan sea causante fáctico del desprendimiento patrimonial de Luis no comporta normativamente que Juan sea un estafador y que deba ser sancionado como tal: “causar de modo previsible un resultado no significa necesariamente que ello también le incumba jurídicamente al causante”⁸. De hecho, el acto de disposición puede obedecer no sólo a los datos mendaces de Juan, sino también a causas atribuibles a la enamorada de Luis o quizás a éste mismo (su desesperación y premura por conseguir una habitación); y, en realidad, a un sinnúmero de factores causales convergentes.

Por esta razón, en medio de toda esta mezcolanza heterogénea e intrincada de causas, el Derecho penal se erige como un sistema eminentemente jurídico en el que el juicio de

⁵ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 35 ss.; ÍDEM, *La función de la pena* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 75.

⁶ Sin embargo, la línea metodológica aquí seguida se halla lejos de estar exenta de objeciones. Cfr., a título de ejemplo, la perspectiva ostensiblemente crítica de MIR PUIG, *RPDJP* N° 6, 2005, p. 285, uno de los principales detractores del funcionalismo normativista en España, quien expresa que “este planteamiento normativista radical no es científicamente necesario y priva de límites al poder punitivo del Estado”. No obstante ello, dejando de lado las etiquetas y los adjetivos, lo cierto es que la cuestión de los *límites* es un problema inherente a cualquier modelo dogmático que se pretenda construir en torno a la teoría del delito, y no uno exclusivo de una concreta línea de pensamiento. Es por lo tanto errado, como lo pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en ÍDEM, *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, p. 202, “asociar la funcionalización *per se* a una instrumentalización o anulación del individuo, o, mucho más, a un modelo reaccionario e incluso totalitario”. Cfr. asimismo las críticas al –así también denominado– funcionalismo monista-normativista jakobsiano efectuadas por SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 41 ss. y, especialmente, pp. 44 ss.

⁷ Como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 78: “Lo que desde un criterio naturalista es valorado como algo positivo, puede que desde un criterio jurídico sea neutro, en otras palabras, que carezca de relevancia”.

⁸ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 36.

imputación únicamente podrá tener lugar a partir de un análisis normativo –¡no causal!– que permita determinar quién es competente por el suceso y, concretamente, por el posible perjuicio patrimonial de Luis. La resolución de esta cuestión, sin duda alguna, pasa por determinar si existe algún deber jurídico que ha sido quebrantado, pues sólo es jurídico-penalmente relevante, no una acción naturalística, sino “una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad”⁹.

El presente artículo, siguiendo esta línea metodológica, aborda con un enfoque normativo la problemática suscitada en el ámbito de aquellas figuras delictivas en las que la “víctima” dispone de su patrimonio en un estado de déficit cognitivo provocado o inducido por el “autor”¹⁰; y lo hace a través de la delimitación de ámbitos de responsabilidad, entendiendo que esta labor dogmática es la que permite determinar si la disposición patrimonial perjudicial es atribuible al disponente, al haber inobservado sus incumbencias de autoprotección, o si por el contrario la responsabilidad por dicho acto de disposición se puede trasladar al autor. Particularmente, se pretende abarcar en el análisis a las relaciones económicas establecidas entre las empresas del sistema financiero y sus usuarios, igualmente, partiendo de la separación de esferas de responsabilidad en atención a la posición que ocupa cada una de las partes en la transacción económica. No obstante, antes conviene efectuar un breve repaso del esquema normativo de imputación con que se pretende abordar la problemática antes aludida, a fin de determinar con claridad el entorno teórico en que se desenvuelve la institución dogmática de la imputación a la víctima de cara a la solución práctica de casos concretos.

II. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO SISTEMA NORMATIVO IDÓNEO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA

1. Conceptualización y consideraciones generales

Sin duda alguna la teoría de la imputación objetiva se erige en la actualidad como una herramienta dogmática que permite definir cuándo un comportamiento se encuentra dentro de un espacio jurídicamente admitido y cuándo es, por el contrario, socialmente perturbador, esto es, permite establecer el verdadero sentido que tiene determinada conducta desarrollada por una persona en la sociedad¹¹. Esta teoría parte de presupuestos marcadamente distintos de los que fundamentaron los tradicionales esquemas de imputación de corte naturalístico, que por sus carencias e insuficiencias metodológicas no pudieron superar los cuestionamientos hechos a partir desde una perspectiva social.

La imputación objetiva no es sino el producto de la normativización de la teoría del tipo, siendo actualmente concebida como una teoría general de la conducta típica¹². En efecto, la imputación objetiva es comprendida, en términos generales, como un mecanismo normativo dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal, prescindiendo del análisis de las causas o condiciones del resultado lesivo¹³. En suma, de lo que se trata en el marco de la imputación

⁹ REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 64.

¹⁰ Desde luego, los calificativos de “víctima” y “autor” se expresan en el texto en un sentido provisional y sobre todo didáctico, pues el objetivo perseguido es precisamente determinar si es que, antes que nada, existe un hecho con relevancia para el tipo penal y si, por consiguiente, se puede hablar de una víctima y de un autor en sentido propio.

¹¹ JAKOBS, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en GÓMEZ-JARA DÍAZ (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara Editores, Lima, 2007, p. 238.

¹² VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 321.

¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. (trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Comares, Granada, 2002, § 28 I. 2. Por tal razón JAKOBS [*Derecho penal. Parte general*].

objetiva es determinar a quién le pertenece un suceso o, dicho con otras palabras, quién es normativamente competente por el resultado lesivo que aquél genera¹⁴. Es precisamente este criterio normativo de la *competencia* el que, finalmente, fundamenta el juicio de tipicidad, en la medida en que permite determinar, más allá de los posibles y numerosos cursos causales concurrentes, quién ha sido la persona que, tras haber invadido una esfera jurídica ajena, ha infringido un deber de garante con relevancia jurídico-penal. Esto indudablemente conduce a la determinación del significado de un comportamiento, que no es sino la inevitable consecuencia de la ya aludida labor de delimitación de ámbitos de responsabilidad atribuida a la imputación objetiva. De ahí que JAKOBS conciba a la teoría de la imputación objetiva como una “teoría del significado del comportamiento”¹⁵.

2. La delimitación de ámbitos de competencia como función esencial de la imputación objetiva en base a la posición social concreta del sujeto

La imputación objetiva parte de la premisa básica de que cada ciudadano tiene asignada una esfera autónoma de organización que está obligado a administrar de manera adecuada, sin usurpar ni lesionar esferas jurídicas ajenas. En ese sentido, está destinada a determinar si un suceso que ha lesionado algún bien jurídico con relevancia penal puede ser atribuido normativamente a una persona como una conducta típica por haber infringido algún deber jurídico-penalmente relevante que lo convierta en *competente* respecto al hecho¹⁶. Es decir, para determinar la relevancia típica de una conducta no es suficiente verificar en un plano físico-causal quién ocasionó un resultado. Por el contrario, con total prescindencia de factores naturalistas ajenos a la ciencia penal, debe definirse primero y separar después los ámbitos de responsabilidad de cada interviniente, adscribiendo el suceso únicamente a quien ha superado indebidamente los márgenes de su propia esfera personal de competencia. Los diversos institutos dogmáticos que conforman la teoría de la imputación objetiva permiten concretar la labor de definición y demarcación de los contornos de esos ámbitos de competencia¹⁷.

En este escenario resulta fundamental el conocido concepto genérico del “rol social” que, con independencia de su denominación formal, hace referencia a la posición específica que ocupa toda persona en un determinado contexto social. Sobre la base de esta posición social concreta se van dibujando los contornos del ámbito de competencia y, con ello, las expectativas sociales de conducta del ciudadano. En tal sentido, el papel que cada sujeto

Fundamentos y teoría de la imputación (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, 7/4] afirma que la imputación objetiva se ocupa de la “determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable”

¹⁴ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 18.

¹⁵ Vid. JAKOBS, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, p. 238. En esa línea agrega: “Si se pretende comprender el hecho como cuestionamiento, no sólo ha de tener un efecto externo, sino que debe corresponderle un significado... lo que nada significa no puede constituir una cuestión” (JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 9).

¹⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2012, p. 412; ÍDEM, “La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa”, en HEYDEGGER/JHULIANA (coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Idemsa, Lima, 2013, pp. 104 ss., con un desarrollo más específico y profundo sobre la *competencia* en el ámbito de la criminalidad empresarial.

¹⁷ Sobre las diferentes instituciones dogmáticas que conforman la moderna teoría de la imputación objetiva no se puede ahondar aquí. Al respecto, desde una perspectiva normativista como la seguida en este trabajo, cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 24 ss. y *passim*; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 97 ss.; ÍDEM, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Universidad Externado de Colombia/José María Bosch Editor, Bogotá/Barcelona, 2001, pp. 362 ss.; FEJÓO SANCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, *passim*; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, pp. 413 ss.; MEDINA FRISANCHO, “La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho penal”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 14, agosto 2010, pp. 61 ss.

desempeña en un determinado contexto social de actuación resulta fundamental para determinar si su aporte puede ser reputado como típico o, por el contrario, como carente de relevancia penal¹⁸. De este modo, se objetiviza el juicio de imputación a partir de parámetros socialmente aceptados y alejados de la subjetividad, pues lo único que interesa en este terreno es la persona en cuanto portadora de un rol, esto es, la posición jurídica que ocupa en una estructura social y no el significado que cada individuo, unilateralmente, le asigne a su propio comportamiento¹⁹.

Así las cosas, el punto de partida para el sistema de imputación es necesariamente la *persona autorresponsable* a partir de la posición social que ésta ocupa en su entorno y que la determina a desarrollar un papel en la sociedad. Y es que cada sujeto no es responsable de la totalidad de los sucesos del mundo social en que se desenvuelve, sino tan sólo de una parcela muy limitada de realidad. Por esto se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción (*v. gr.* padre, policía, juez, profesor, médico, empresario, etc.) define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social²⁰.

De acuerdo a esto, el rol social se encarga de fijar lo que se ha de esperar que haga o deje de hacer una persona en un contexto de interacción social determinado, lo cual tiene la virtualidad funcional de comunicar a los demás y también al propio titular del ámbito de organización qué es lo que debe o no hacer alguien en determinada posición dentro del contexto de interacción social y, por tanto, lo que la sociedad debe o no esperar de él²¹. La posición social ocupada por cada persona, por lo tanto, constituye un factor normativo con una doble función. Por *un* lado, constituye una garantía para las personas, pues demarca el espacio en el cual puede organizarse y ocuparse de sus asuntos con total libertad, sin más límite que el impuesto por el respeto a las demás esferas jurídicas²². Por *otro* lado, establece las bases de la imputación objetiva, puesto que una vez infringidos los deberes de la posición social específica, se defrauda a la sociedad poniendo en tela de juicio la norma como modelo de orientación²³.

Pero ya que es un deber derivado de dicho rol el que se ha inobservado, la imputación no puede ir más allá del ámbito inherente a esa posición social. Por esta razón, únicamente podrá imputarse al sujeto la infracción de un deber inherente a su rol y no algún otro que exceda tal ámbito vital de organización²⁴. De ahí que, como ya se ha señalado, la imputación objetiva se oriente a determinar el carácter socialmente perturbador de la conducta enjuiciada, es decir, establecer si ésta altera el orden jurídico-social, que es lo que se ha dado

¹⁸ CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, p. 26.

¹⁹ Por tal razón, “la imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinientes, sino del sentido social del comportamiento”; vid. JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 82.

²⁰ Cfr. POLAINO-ORTS, “Imputación objetiva”, pp. 19 ss.

²¹ De ahí que JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996, pp. 50 ss., haya concebido al rol como una “máscara” que porta cada sujeto en su interrelación con los demás; mientras que su discípulo POLAINO-ORTS, Miguel (“Imputación objetiva: esencia y significado”, en KINDHÄUSER/POLAINO ORTS/CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 20 ss.) recurra al símil de “una etiqueta en la solapa” para caracterizar al rol social.

²² Cfr. POLAINO-ORTS, “Imputación objetiva”, pp. 38 s.

²³ Por ello es que esa defraudación constituye en JAKOBS (*Sociedad, norma y persona*, p. 18) una comunicación defectuosa del autor del hecho ante la sociedad.

²⁴ Cfr. PIÑA ROCHEFORT, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal” en *LHJakobs*, pp. 47 s.

por denominar, incluso ya desde WELZEL, como una expresión (típica) de sentido²⁵. Esta idea, sin duda, dota a la teoría de la imputación objetiva de un componente social que permite concebirla como una herramienta de interpretación jurídico-penal de los sucesos sociales, esto es, como un sistema cuyos contenidos “designan esferas de responsabilidad para la configuración del mundo social”²⁶.

III. LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA COMO INSTITUCIÓN DOGMÁTICA DELIMITADORA DE LOS ÁMBITOS DE COMPETENCIA

Uno de los rasgos más característicos del desarrollo evolutivo de la dogmática penal de las últimas décadas radica en una palmaria tendencia hacia la normativización de las distintas categorías de la teoría del delito, a partir de la función que cada elemento debe cumplir en los constructos jurídico-penales²⁷. De este modo, se ha introducido significativamente en la valoración normativa del comportamiento del autor la intervención de quien resulta afectado por el suceso lesivo, a fin de determinar si dicha actuación es o no penalmente relevante al punto de reputar como existente, antes que nada, una conducta típica. No se trata, como ya se dijo, de un fenómeno jurídico novedoso o reciente, pues la figura de la víctima ha estado presente en la doctrina y jurisprudencia penales desde hace mucho tiempo²⁸. Por lo tanto, el “redescubrimiento de la víctima”²⁹ del que se habla doctrinalmente debe verse más bien como el reconocimiento de la utilidad dogmática de la imputación objetiva de cara a la relevancia típica que puede tener el comportamiento de la víctima³⁰. Esto no es sino lo que se ha dado por denominar “imputación al ámbito de responsabilidad a la víctima”³¹, un

²⁵ Lo que en clave funcionalista, ha de ser comprendido como la contradicción de la norma como modelo vigente de orientación de los contactos sociales. Cfr. JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción” (trad. Cancio Meliá), en *Estudios*, p. 113, poniendo de manifiesto cómo ya Welzel realizó de forma admirable los “trabajos preparatorios” de la moderna teoría de la imputación objetiva con la noción –ciertamente de corte normativo– de la adecuación social.

²⁶ Vid. MÜSSIG, Bernd, “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”, en *Teoría de sistemas*, p. 251: “... y con ello, también caracterizan a la atribución jurídico-penal de vulneraciones del ordenamiento jurídico”.

²⁷ CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima*, p. 73. Como ya lo ponía de relieve SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 63 s.: “si puede hablarse de una constante en medio de este sincretismo metodológico generalizado, ésta aparece constituida, sin duda, por la referencia teleológica y la consiguiente tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales”.

²⁸ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 430.

²⁹ Cfr. CANCIO MELLÁ, “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor”, en *RPLJPN*° 1, 2000, pp. 19 ss.

³⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 430. Al respecto, PRITTWITZ, “La resurrección de la víctima en la teoría penal”, en SCHÜNEMANN/ALBRECHT/PRITTWITZ/FLETCHER, *La víctima en el sistema penal* (trad. Reyna Alfaro), Grijley, Lima, 2006, p. 64, afirma que, dada la dificultad de encontrar una razón para la repentina atención doctrinaria prestada a la víctima, es evidente que en realidad no sólo existe un único motivo para dicha situación. Sin embargo, CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia/J. M. Bosch, Bogotá/Barcelona, 2001, p. 109, sostiene que el reciente “redescubrimiento de la víctima” por las ciencias penales no es del todo congruente con la realidad, en la medida en que la atención al comportamiento de la víctima se habría venido produciendo de modo “encubierto” a través de otras instituciones dogmáticas no formuladas de manera expresa y específica.

³¹ También denominada “imputación a la víctima”, denominaciones empleadas indistintamente por CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 325 ss. y *passim*; a un “ámbito de competencia de la víctima” se refieren, por ejemplo, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., I, Grijley, Lima, 2007, pp. 379 ss., y VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p. 330, siguiendo así la terminología acuñada por JAKOBS [*La imputación objetiva*, pp. 32 ss.; ÍDEM, “La imputación objetiva”, pp. 220 ss.] de “competencia de la víctima”. No obstante, a criterio de CANCIO MELLÁ [*Conducta de la víctima*, pp. 327 s.; ÍDEM, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (‘imputación a la víctima’)”, en CANCIO MELLÁ/FERRANTE/SANCINETTI, *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 63], el término “competencia de la víctima” parece designar más bien el resultado del proceso dogmático de imputación antes que ese proceso mismo, por lo que prefiere referirse a una “imputación a la víctima” sin más. No obstante, convengo con FEJÓO SÁNCHEZ, “¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor?”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coord.),

instituto dogmático que, partiendo de la existencia de ámbitos de organización autónomos, se funda en la autorresponsabilidad de la víctima.

1. La autorresponsabilidad como fundamento de la imputación a la víctima

El principio de autorresponsabilidad comporta, como punto de partida implícito del ordenamiento jurídico, que toda persona ha de responder únicamente por sus propios actos³², pues en tanto ser libre constitucionalmente consagrado, tiene la facultad y el derecho de autodeterminarse sin injerencias externas: ni de las demás personas con quien convive en la sociedad ni del Estado. Se trata, pues, de la libertad jurídicamente reconocida para optar y tomar decisiones autónomas en un marco de desarrollo individual, sin más limitaciones que las que imponen el respeto a los derechos de las demás personas y el propio orden jurídico. Esta consideración, no obstante, no debe conducir al equívoco de pensar que estamos frente a un derecho absoluto³³.

Es indudable de que es la propia Constitución Política la que se encarga de definir la imagen de la persona como ser libre y autónomo con capacidad de autodeterminación para la toma de decisiones en el desarrollo de su propia vida. La autodeterminación, por tanto, del mismo modo en que se manifiesta cuando el ordenamiento jurídico atribuye responsabilidad a quien infringe la ley penal, resulta nuclear para el juicio de imputación al momento de delimitar ámbitos de responsabilidad individual³⁴. En el plano concreto de la imputación, la autorresponsabilidad constituye el principio que, por definición, se encarga precisamente de esa labor de delimitación de esferas de responsabilidad; una tarea que no puede ser ajena a los valores de la comunidad jurídica, entre ellos, protagónicamente, el principio de la libre determinación personal³⁵.

En efecto, el desarrollo de la persona sólo es posible en tanto se halle vinculada a su libertad³⁶; a la libertad de actuación y de gestión de su esfera de competencia. En suma, la persona en Derecho con capacidad de autodeterminación personal es un sujeto racional que, teniendo libertad para actuar como quiere, ha de responder por lo que hace³⁷; esto es,

Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 237, cuando afirma que la terminología a emplearse en este punto no resulta decisiva, como sí lo es determinar, antes bien, si ha existido o no una arrogación ilegítima de un ámbito de organización y, con ello, un injusto penal.

³² CANCIO MELLÁ, *Conducta de la víctima*, p. 316. O como lo subraya TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 103, con cita a Mayer: “la persona humana es responsable ante el Derecho no por lo que otro hace sino por lo que él hace”.

³³ El TC peruano ha sido más específico en cuanto a las restricciones que pueden sufrir los derechos fundamentales en general y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en particular. Vid. STC N° 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, FJ 15: “Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio (...)”.

³⁴ De un doble aspecto, positivo y negativo, del principio de autorresponsabilidad habla ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 162 s.: el primero, fundamentador de la responsabilidad; y el segundo, excluyente de la misma.

³⁵ Cfr. en tal sentido, la excelente monografía de POLAINO ORTS, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Ara Editores, Lima, 2012, pp. 67 ss. y *passim*; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en Derecho penal*, p. 103, recalcando el papel elemental que tiene el principio de autorresponsabilidad en la formación del injusto.

³⁶ Lo que lleva al profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, en GUTIÉRREZ CAMACHO (dir.), *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*, I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 34, a concebirla como un “ser libertad”.

³⁷ Cfr. POLAINO ORTS, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, p. 73. Como resalta este autor: “una Sociedad que reconozca a sus ciudadanos como personas responsables y maduras ha de procurar al ciudadano la libertad suficiente para que éste gestione su ámbito de organización dentro de un margen amplio de actuación que abarca desde el esperado cumplimiento hasta la posible infracción del rol” (p. 72).

alguien que se vincula a través de deberes jurídicos con los demás en sociedad³⁸. Tal derecho, como no podía ser de otra forma, se encuentra consagrado en el art. 2º, apartado primero de la Constitución Política peruana [“Toda persona tiene derecho: (...) a su *libre desarrollo*”]. La importancia de este derecho fundamental y de su protección constitucional es más que evidente, pues como fundamento de la organización social no puede ser comprendido sin consagrar, a la vez e implícitamente, la noción del ciudadano como persona autónoma³⁹. Por tal motivo, su trascendencia radica en ser, junto a la dignidad humana, uno de los más grandes aportes del constitucionalismo moderno humanista⁴⁰.

2. El ámbito de responsabilidad preferente de la víctima en actividades riesgosas

Actualmente es innegable la utilidad del principio de autorresponsabilidad en tanto elemento *fundamental*⁴¹ del sistema de imputación penal, destinado a la delimitación de ámbitos autónomos de organización y, por ende, a la atribución de responsabilidades en actividades arriesgadas. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad se configura precisamente a través de la adscripción de una esfera personal de autoorganización a su titular, de cuya administración y consecuencias éste es y será el único responsable. Esto lleva naturalmente a proyectar este principio en dos componentes que se entrelazan para su conformación: la *autonomía* y la *responsabilidad* personal que se deriva de su ejercicio⁴².

A esta estructuración se ha de añadir un elemento caracterizador más: al ser el titular de los bienes jurídicos el único responsable de su propia organización vital, ocupa una posición especial respecto a otros intervinientes en la actividad riesgosa o lesiva, pues sólo a ella compete su administración y cuidado; y en tanto titular de dicha esfera jurídica deberá asumir preferentemente las consecuencias lesivas que se deriven de ésta. Esta relación especial, *preferente* respecto a los demás, que tiene el titular con sus propios bienes –como el patrimonio, como sucede en el ámbito aquí abordado– opera particularmente en sucesos en los que también interviene un tercero⁴³. De este modo, si el suceso en su conjunto (la interacción económica generada entre autor y víctima) puede ser atribuido al ejercicio de la libertad autoorganizativa de la víctima, se podrá afirmar, a la vez, que dicho acontecimiento se encuadra en dicha esfera de responsabilidad preferente⁴⁴; vale decir, se reconduce a su propio ámbito de competencia.

No obstante, la fundamental virtualidad del principio de autorresponsabilidad es la de conformar un criterio de base para el sistema de imputación, un punto de partida para la delimitación de esferas competencia y, por tanto, para la atribución preferente de responsabilidad. El ordenamiento no puede desconocer la coexistencia entre la esfera del

³⁸ Cfr. JAKOBS, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 18 ss. y *passim*. Como enseña el profesor de Bonn, ser persona significa: “cumple el deber frente al grupo” (p. 41).

³⁹ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 317.

⁴⁰ LÓPEZ DÍAZ, *Las acciones a propio riesgo*, p. 361: “Sólo un ordenamiento jurídico que garantice a la persona la facultad de desarrollarse libre y autónomamente puede ser tenido como un régimen verdaderamente democrático...”.

⁴¹ Da cuenta de su trascendencia para el sistema de imputación penal, POLAINO ORTS, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, p. 17, para quien “todo el Derecho penal en su conjunto puede explicarse sobre la idea del concepto normativo de persona en el sentido de autodeterminación personal”.

⁴² Lo que, con razón, lleva a CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 318, a afirmar que en el término *autorresponsabilidad* se funden ambas perspectivas: la “autonomía” y la “responsabilidad” que se deriva de la primera.

⁴³ De “ámbito de responsabilidad preferente” habla CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 317 ss., a partir de la imagen de ciudadano autónomo que proyecta la CE (art. 10.1) mediante el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

⁴⁴ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 318 s.

autor y de la víctima sino que, por el contrario, dicho vínculo interpersonal constituye el fundamento material del injusto⁴⁵. En suma, se trata de “un criterio que preside toda la teoría de la imputación penal”⁴⁶. Pero la atribución a tal ámbito *es preferente mas no siempre exclusiva*⁴⁷, pues habrá sucesos arriesgados en los que la víctima interviene juntamente con un tercero –con prescindencia de quién ejecuta materialmente los actos que entrañan el riesgo para el bien jurídico– y en los que sí quepa establecer responsabilidad a este último por el menoscabo de la esfera jurídica del primero. Por tal motivo, su aplicación no ha de ser comprendida como absoluta o universal, sino tan sólo preferente frente a los demás. En síntesis, *no se puede imputar penalmente aquello que es competencia de un tercero que administró su ámbito de organización de forma defectuosa*.

IV. CONCRECIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE ESTAFA

Los institutos normativos de la imputación objetiva no vienen dados de forma aleatoria⁴⁹. Por el contrario, revisten cada uno diversos rasgos inherentes y despliegan, por consiguiente, sus propios efectos de acuerdo al alcance práctico en cada ámbito parcial de interacciones sociales⁵⁰. De ahí la necesidad de conceder a cada estructura concreta de imputación su propio espacio sistemático y, consecuentemente, su particular ámbito de aplicación práctica, pues carecería de todo sentido elaborar un esquema normativo de imputación que no distinga de modo preciso los fundamentos sobre los que se construye una determinada propuesta de atipicidad y que no defina su ámbito de aplicación práctica⁵¹.

Por tal razón, en lo que sigue se esbozan unas líneas destinadas a contribuir a la fijación de los contornos de dos de las instituciones dogmáticas de la imputación objetiva con mayor incidencia práctica para el delito de estafa (*infra* 1). Luego, se ingresa a la parte nuclear del presente trabajo, referida a las estafas y defraudaciones en el ámbito del sistema financiero (*infra* 2). Finalmente se aborda uno de los factores normativos más decisivos para la configuración del engaño típico y, por consiguiente, del delito de estafa, fundado en la posibilidad real de la víctima de acceder a la información necesaria para decidir sobre la disposición de su patrimonio (*infra* 3).

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

a) *Los alcances del riesgo jurídico-penalmente permitido*

Aun cuando la norma penal no defina de modo expreso los límites del engaño típico, es la propia configuración de la sociedad y la preservación de su identidad normativa la que ha de

⁴⁵ Cfr. TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, p. 103.

⁴⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 112.

⁴⁷ Como apunta CANCIO MELIÁ (*Conducta de la víctima*, p. 279), la atribución de ámbitos de autonomía no puede ofrecer “más que un punto de partida, mientras que el concreto funcionamiento en el sistema jurídico debe ser elaborado con parámetros dogmáticos”.

⁴⁸ Cfr. CARO JOHN, “Imputación a la víctima y su efecto excluyente de la tipicidad”, en *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, año I, Vol. 1, 2015, p. 152; LÓPEZ DÍAZ, *Acciones a propio riesgo*, p. 398: “puede haber supuestos de ejecución del autor con consecuencias lesivas que deban ser imputados a la víctima, así como también supuestos en los que, a pesar de que es la víctima la que ejecuta acciones peligrosas para sus propios bienes, el que debe responder penalmente es el tercero”.

⁴⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 98 s.; MEDINA FRISANCHO, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 14, agosto 2010, pp. 74 ss.

⁵⁰ En tal sentido, JAKOBS, *PG*, 7/58, en relación al ámbito de la prohibición de regreso.

⁵¹ Y es que precisamente para lograr que la imputación penal se lleve a cabo de modo sistemático, los criterios normativos no pueden estar aislados, sino reunirse en una teoría general. Cfr. JAKOBS, *PG*, 24/15.

permitir delinear los contornos de lo jurídicamente tolerado, pues es ese riesgo inherente a las relaciones económicas del mercado actual el que ha de ser inexorablemente tolerado como un riesgo permitido si se quiere que dicho sub-sistema social funcione con normalidad⁵².

Estos supuestos, en tanto que conductas ajustadas a un “estado normal de interacción”⁵³, se mueven en un ámbito de permisión jurídico-social, por lo que evidentemente carecen de relevancia para el tipo penal. Una tal afirmación ha de mantenerse aun cuando la víctima sea quien desencadene con su propia conducta el curso lesivo; el comportamiento del autor, ajustado a los límites de lo permitido socialmente, simplemente no le es imputable objetivamente y, por lo tanto, ya no resulta necesario recurrir a la institución dogmática específica de la imputación a la víctima⁵⁴, la cual ciertamente se ubica en un plano sistemático *posterior* al del riesgo permitido en el marco de la teoría de la imputación objetiva que aquí se acoge⁵⁵. La imputación a la víctima, en tanto instituto dogmático *específico* excluyente de la tipicidad, solamente hallará cabida *en la medida en que no encuentre aplicación un criterio normativo genérico*, esto es, concretamente, en aquellos supuestos de extralimitación de los niveles de permisión jurídico-social (en los que, naturalmente, se reúnan los criterios generales antedichos)⁵⁶.

Dicho todo con un ejemplo: piénsese en un vendedor de relojes que le indica a su potencial comprador, a fin de lograr una venta exitosa, que el producto que ofrece es el más barato del mercado o que es el único producto original del centro comercial, alegando que los ofrecidos por sus competidores son burdas copias, oferta a la que el incauto comprador accede sin mayores indagaciones ni recaudos, adquiriendo ese producto que finalmente resulta siendo una baratija falsificada. Aquí, sin duda, el comprador ha introducido con su absoluta falta de averiguación o búsqueda de información –la cual le era, por cierto, plenamente accesible dada la naturaleza de la relación económica⁵⁷– un factor causal que ha determinado que disponga de parte de su patrimonio a favor del vendedor. Sin embargo, no es necesario acudir al ámbito de responsabilidad de la víctima para solventar este caso en clave de imputación objetiva y, por ende, no sería lo dogmáticamente más exacto afirmar que al ser ella tan descuidada, el hecho se le ha de atribuir a su esfera de responsabilidad.

El supuesto, antes bien, se enmarca dentro del ámbito de lo jurídico-penalmente permitido, puesto que la conducta del vendedor podría ser calificada como una simple “habilidad negocial” propia de una interacción comercial estandarizada⁵⁸, que permitió, ciertamente junto a la intervención del comprador, que éste realice el acto de disposición patrimonial⁵⁹.

⁵² Así, en términos generales respecto al riesgo permitido, JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 42.

⁵³ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 42. Ya con anterioridad, WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General* (trad. de la 12ª ed. a cargo de Bustos Ramírez y Yañez Pérez), Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 85, se refería a un estado “normal de libertad social de acción” que subyace, tácitamente y a modo de “falsilla”, a los tipos penales.

⁵⁴ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 368.

⁵⁵ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 24 ss.; CARO JOHN, “Imputación a la víctima y su efecto excluyente de la tipicidad”, pp. 148 ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, pp. 413 ss.; ÍDEM, *Derecho penal económico. Parte general*, pp. 350 ss., 369 ss. Especialmente sobre la vinculación entre los institutos dogmáticos que conforman, en diversos planos sistemáticos, la moderna teoría de la imputación objetiva, cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 362 ss., 369 ss. y 373 ss. respectivamente.

⁵⁶ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 368; CARO JOHN, “Imputación a la víctima y su efecto excluyente de la tipicidad”, p. 149.

⁵⁷ Cuestión sobre la que se ahonda más adelante (vid. *infra* IV.3.).

⁵⁸ Es decir, la información inveraz en este contexto “se mueve en un espacio de libre organización permitida”; cfr. SILVA SANCHEZ, “Las inveracidades de los particulares”, p. 106.

⁵⁹ Esta consideración se encuentra ya presente en la argumentación de HRUSHKA, *RPDJ* N° 2, 2001, p. 199, cuando afirma que no se configura el delito de estafa en aquellos casos en los que el autor si bien genera el “error relevante de

Lo mismo ocurriría con el persuasivo vendedor que, con el propósito de concretar un negocio beneficioso para él, convence a la víctima de que el producto que ésta adquirió en otro centro comercial es de mala calidad o que su precio en el mercado es mucho menor al que le ofrecieron⁶⁰. No cabe duda que ejemplos como éstos permiten confirmar que en el tráfico comercial le corresponde a la víctima (el comprador de nuestros ejemplos) la averiguación de informaciones relacionadas directamente con el estado jurídico y económico de su patrimonio así como con el funcionamiento del mercado, como la corrección del precio, las ofertas o el comportamiento económico de otros vendedores, etc.⁶¹, de modo que las denominadas “mentiras de recomendación” vertidas por el autor (el vendedor) son irrelevantes para el tipo penal de estafa⁶².

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

Fuera de los supuestos enmarcados en un ámbito socialmente tolerado –que, como hemos apuntado, han de resolverse en el terreno del *riesgo permitido*–, existen en definitiva casos en los que el comportamiento de la víctima puede acarrear la atribución del hecho a su ámbito de responsabilidad, lo que impedirá la imputación objetiva del mismo al autor y, con ello, su configuración típica. Estamos aquí frente a conductas que, si bien entrañan la presencia de un dato falso o mendaz, no pueden constituir sin más una inveracidad típicamente relevante y, por consiguiente, tampoco la existencia de responsabilidad del autor respecto del suceso, dada la intervención autorresponsable de la víctima en el mismo. Si bien en un contexto normal de interacción económica se exige al autor ciertos deberes de veracidad frente a la víctima, estos deberes, lejos de ser infinitos o ilimitados, hallan sus más palmarios límites en el incumplimiento por parte de esta última de ciertas incumbencias de autoprotección elementales en el desarrollo de dicha interacción⁶³: en lo que importa respecto a los delitos de disposición patrimonial de la víctima realizada en estado de error,

la víctima” que incluso aquél aprovecha para sus fines, no lo hace valiéndose de engaño (típicamente idóneo) sino de otros medios (entre los que sin duda se hallarían supuestos de riesgo permitido como la habilidad en los negocios); ni tampoco en los casos en que “el autor aprovecha un error que existe con independencia de él”.

⁶⁰ De hecho, afirma KINDHÄUSER, *La estafa como autoría mediata tipificada*, p. 28, que en este proceso de instrumentalización no son determinantes criterios psicológicos, por lo que, consecuentemente, “[l]a intensidad de la influencia motivacional del autor sobre la víctima no tiene importancia en la estafa”. En ese mismo sentido, PÉREZ MANZANO, en *Compendio de Derecho penal*, p. 449, quien sobre la base de una reinterpretación normativa del tipo, opta por la determinación del nivel de diligencia exigible a la víctima en la protección del patrimonio, “pues las dudas deberían haberle llevado a cerciorarse de la veracidad o falsedad de la realidad representada por el autor”. De otra opinión, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 278, para quien, desde una perspectiva psicologista, es suficiente que el engaño ejerza influencia en el ánimo de la víctima y la determine a disponer de su patrimonio.

⁶¹ Otros ejemplos de esta “habilidad negocial”: el vendedor que ofrece un producto y afirma que el precio al que lo ofrece es el más bajo, que su oferta es la mejor, que tiene muy pocos ejemplares y un número considerable de compradores; cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, p. 241.

⁶² Cfr. en ese sentido, KINDHÄUSER, *La estafa como autoría mediata tipificada*, p. 30; PASTOR MUÑOZ, *LH Jakobs*, p. 471, quien agrega que tales mentiras no se refieren al producto que es materia de la relación económica sino a la vinculación de dicho producto con el proceso económico; CASTILLO GONZÁLEZ, “Imputación objetiva y el delito de estafa”, pp. 482 ss., quien se refiere, de modo más elocuente, a “mentiras socialmente adecuadas”; PÉREZ MANZANO, en *Compendio de Derecho penal*, p. 448.

⁶³ Para una aproximación conceptual a las *incumbencias* en Derecho penal véase JAKOBS, “Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión”, en *RPDJP* N° 4, 2003, p. 195: “quien detenta la incumbencia por algo tiene que realizar alguna prestación que puede consistir bien en alejar un peligro de otra persona o bien en soportar los costes derivados de la solución de un conflicto tolerando en un supuesto de colisión de intereses una lesión de sus propios intereses...”. De especial interés, SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, en *InDret* 1/2015, *passim*, quien desarrolla el concepto en un análisis mucho más amplio y no limitado al uso tradicional que se hace del mismo, referido a la competencia de la víctima o a la adopción de *compliance* por la persona jurídica [en respuesta al artículo de Juan Pablo MONTIEL (“¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”), en *InDret* 4/2014), mediante el que plantea un análisis eminentemente crítico sobre la aplicación del concepto, pero sin negarle del todo valor para el Derecho penal].

que ésta no haya tomado las medidas mínimas de aseguramiento de su patrimonio en una relación económica establecida libremente con el autor.

Como es evidente, en tanto delitos de “participación necesaria”, “delitos de encuentro” o “delitos de relación”⁶⁴, las principales figuras de defraudación patrimonial sólo pueden tener lugar en la medida en que interactúen cuando menos dos personas, una de las cuales se vale de alguna mendacidad para obtener un provecho patrimonial a costa de la otra. No obstante, la falsedad o forma fraudulenta empleada por el autor no viene constituida por cualquier forma de engaño, sino que por el contrario debe hallarse regida por baremos de idoneidad, suficiencia y aptitud para provocar el déficit cognitivo de la víctima y, como consecuencia, el desprendimiento patrimonial que ésta finalmente lleva a cabo, de modo tal que el perjuicio irrogado ha de obedecer únicamente a razones imputables al autor y no a la propia víctima.

Por tanto, el error en que incurre la víctima –y que determina finalmente el acto de disposición patrimonial perjudicial– debe responder *únicamente* a la falsedad maquinada por el autor y no a otros motivos ajenos a la relación entablada por las partes, tales como la falta de previsión, negligencia o exceso de confianza de la propia víctima en su actuar. En otras palabras, para reputar como típico el engaño o argucia empleados por el autor para conseguir que la víctima se desprenda de su patrimonio, es necesario que la lesión del derecho de esta última responda a un riesgo jurídico-penalmente prohibido configurado por la conducta del autor y no por la asunción voluntaria de un riesgo al cual la propia víctima se somete inobservando manifiestamente medidas elementales de autoprotección, en cuyo caso la lesión patrimonial habrá de imputarse exclusivamente a su ámbito de responsabilidad⁶⁵.

Esta línea argumentativa, no obstante, no puede ser calificada de dominante en la actualidad⁶⁶. Sin embargo, al respecto, por evidentes razones de espacio, sólo cabría señalar aquí de forma general que en la definición de los contornos de lo penalmente prohibido no se trata de desproteger al ingenuo ni de privilegiar al astuto o inteligente; se trata, más bien, de establecer ciertos filtros objetivos a las diversas conductas que sólo formalmente podrían ajustarse a la hipótesis legal de la estafa o de la obtención fraudulenta de crédito, a fin de

⁶⁴ Como prefiere denominarlo la doctrina alemana y, siguiéndola, la española; cfr. al respecto BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en *Manual de Derecho penal*, p. 274; PÉREZ MANZANO, en *Compendio de Derecho penal*, p. 443; SILVA SANCHEZ, “Las inveracidades de los particulares”, p. 99.

⁶⁵ Esta postura, a mi entender, y dejando de lado algunos matices en las argumentaciones, puede calificarse de ampliamente mayoritaria en la doctrina. Cfr. en la doctrina nacional: PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, II, Idemsa, Lima, 2008, p. 329; SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, Grijley, Lima, 2013, p. 1141. En la doctrina extranjera: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1986, pp. 226 s.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 108 ss. y especialmente pp. 120 ss.; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 434; PÉREZ MANZANO, en *Compendio de Derecho penal*, p. 449; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, p. 433; CASTILLO GONZÁLEZ, “Imputación objetiva y el delito de estafa”, en *LH. José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos*, Idemsa, Lima, 2013, pp. 478 ss., siempre que la víctima haya actuado con culpa grave o disponga de su patrimonio pese a tener dudas objetivamente fundadas; TIEDEMANN, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* (trad. Abanto Vásquez), Grijley, Lima, 2007, pp. 210 s.

⁶⁶ En la doctrina alemana, KINDHÄUSER muestra algunos reparos al entender que “la necesidad de protección de la víctima no es un criterio relevante para la estafa. La prohibición de estafa no salvaguarda solamente al sensato, ponderador racional, sino –independientemente de su situación psíquica– a todo aquél que pueda reivindicar, con respecto a determinados hechos, no ser engañado o ser liberado de una representación falsa”; vid. KINDHÄUSER, *La estafa como autoría mediata tipificada*, pp. 35 s., considerando *minoritario* el sector doctrinario que estima que aquellas dudas no despejadas por la propia víctima mediante medidas de autoprotección no son penalmente relevantes. En el mismo sentido, CREUS, *Derecho penal. Parte Especial*, I, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 466 s., sostiene que la culpa consistente en no extremar “los recaudos para descubrir la verdad” –en contraposición a la *indiferencia* ante el engaño, la que a juicio de este autor puede excluir la tipicidad–, “no empece, en principio, a la existencia de la estafa”. En sentido similar, en la doctrina nacional, PEÑA CABRERA, *Tratado*, p. 163. Contrario a dejar fuera del ámbito típico de la estafa a las víctimas crédulas o con defectos de comprensión o de conocimiento, CASTILLO GONZÁLEZ, “Imputación objetiva y el delito de estafa”, p. 77.

propiciar la agilidad de los contactos sociales y con ello la libertad de los actores en la interacción económica. Y es que, como se viene sosteniendo, lo que pretende la imputación objetiva –a través de su vertiente normativa de la ‘imputación a la víctima’– es determinar precisamente si una persona ocupa la posición de víctima en la interacción o, por el contrario, la de alguien que dispone de su patrimonio en ejercicio de su libertad. En tal virtud, *los actores económicos que se interrelacionan de modo estandarizado no se les debe reputar ni de “crédulos” ni de “inteligentes”, sino, simplemente, de ciudadanos autorresponsables a quienes se reconoce jurídicamente plena autonomía y libertad pero también responsabilidad por las consecuencias de sus actos*⁶⁷. Para ello precisamente la sociedad de nuestros tiempos –y, desde luego, el modelo actual del mercado– se organiza y estructura de tal modo que a cada actor se le asignan ciertas responsabilidades en cuanto a la forma cómo ha de administrar su ámbito de organización patrimonial, a fin de que éste no se vea afectado. Tales hábitos se muestran más palmarios en unos sectores parciales de la interacción social que en otros, como sucede particularmente en el ámbito bancario o financiero.

En efecto, en un contexto de personas imputables (capaces de apreciar los riesgos que rodean normalmente los contactos sociales de carácter negocial y de determinarse conforme a esa apreciación), no es coherente calificar de típica cualquier forma de contribución a resultados lesivos, pues una simple vista general al entorno social en el que actualmente nos desenvolvemos demuestra que la vida cotidiana está repleta de favorecimientos a autopuestas en peligro de terceros⁶⁸. Piénsese en el caso de quien se arriesga a ganar dinero en apuestas informales o a adquirir a sabiendas bienes de segundo uso o de dudosa procedencia a precios mucho menores a los del mercado. Sin embargo, como se ha mencionado, la atribución jurídico-penal del suceso a la víctima sólo tendrá cabida en la medida en que no se configure en el caso concreto un instituto normativo más genérico como lo es el riesgo (jurídico-penalmente) permitido.

Esto significa que no todo suceso lesivo en el que intervenga fácticamente la víctima, ya sea por su propia voluntad o infringiendo incumbencias de autoprotección –que en suma conforman lo que JAKOBS denomina “acciones a propio riesgo”⁶⁹–, debe configurar un supuesto de competencia de la víctima, pues este instituto se erige, desde un punto de vista sistemático, como un mecanismo normativo específico respecto de otros criterios de imputación de naturaleza más genérica⁷⁰.

Explicado esto mediante otro ejemplo: no será igual el caso de quien adquiere bienes en un centro comercial formal gracias a la habilidad del vendedor, a aquel otro en que se retira fondos de una institución bancaria empleando información o documentación falsa. En el *primer* caso se aprecia una conducta socialmente estandarizada en la que si bien la víctima

⁶⁷ Dejando de lado aquí, naturalmente, los casos de personas con déficit o discapacidad mentales o incurso en alguna otra causa de inimputabilidad, e inclusive los de personas con un proceso de socialización anormal, los cuales han de tener un tratamiento jurídico específico, todas ellas agrupadas en lo que se conoce como “víctimas estructuralmente débiles”. Cfr. al respecto, en profundidad, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, pp. 245 ss.

⁶⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 370.

⁶⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 33 ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 327, por su parte, rechaza la terminología de “acción a propio riesgo”, ya que, según lo entiende este autor, con ello no se hace referencia con claridad al carácter específico del instituto de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, en el que la exoneración del autor proviene concretamente de su autorresponsabilidad. Sin embargo, como prueba de un debate terminológico a este respecto, es de mencionar el trabajo de LÓPEZ DÍAZ, *Acciones a propio riesgo*, p. 24 y *passim*, en el cual, bajo el rótulo de *acciones a propio riesgo* agrupa a un universo de supuestos lesivos en los que la víctima interviene de algún modo (*v. gr.* las tradicionalmente conocidas autopuestas en peligro, las participaciones de terceros en las mismas, la provocación de suicidios, etc.).

⁷⁰ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 354.

interviene activamente, se trata de una actividad que conlleva cierto riesgo económico pero que se encuentra socialmente tolerada de modo general. En otras palabras, se trata de una actividad arriesgada que precisa de la aceptación de la víctima y en la que, por ende, el riesgo permitido tiene como presupuesto el consentimiento de esta última; vale decir, “riesgo permitido y consentimiento son congruentes”⁷¹, por lo que aquí la intervención de la víctima funciona como un factor normativo en la definición de los niveles del riesgo permitido⁷². Por su parte, en el *segundo* caso estamos ante comportamientos que superan los límites de lo socialmente admitido y que, consiguientemente, no se encuentran cubiertos por un riesgo permitido. Por esta razón, evidentemente, este instituto genérico no puede ser aplicado. En consecuencia, el análisis de estos comportamientos puede ser trasladado a niveles sistemáticos más específicos como el de la imputación a la víctima, el cual podría indudablemente encontrar cabida, determinando así que el suceso sea atribuido a la esfera de competencia de la víctima.

En síntesis, si se afirma la atipicidad de la conducta, bien por los alcances de un criterio normativo de carácter general (como el riesgo permitido), bien porque el suceso puede imputarse al ámbito de responsabilidad de la víctima, el engaño no podrá ser calificado como idóneo a efectos jurídico-penales y por lo tanto no podrá dar lugar a la configuración típica del delito en cuestión (ya sea el de estafa u otro estructuralmente similar)⁷³. Entonces, cabe afirmar que en los delitos de relación, como es el caso paradigmático de la estafa, no podrá fundamentarse una eventual sanción penal cuando la inveracidad pudo haber sido descubierta sin especiales o insuperables dificultades por la víctima, puesto que no es jurídicamente posible en este particular terreno equiparar un estado de simple *duda* con uno de *error*; que es el que importa a efectos jurídico-penales⁷⁴; más aun si tales dudas pueden ser despejadas por la víctima realizando mínimos esfuerzos de autoprotección.

2. La relevancia jurídico-penal de la posición de la víctima en la relación económica: el caso de las empresas del sistema financiero

Si la víctima desarrolla un papel social específico en el marco de las relaciones económicas, que implica la asunción cotidiana de riesgos económicos y que la sitúa, como es natural, en una posición potencialmente lesiva para sus intereses patrimoniales, es de esperarse socialmente de ella un determinado nivel de diligencia económico-negocial. Por tanto, a la cuestión de las características particulares de la víctima se anuda, como elemento sustancialmente inescindible, la especial posición que pueden ocupar ciertas potenciales víctimas en la relación económica. Es el caso -en lo que aquí importa- de las *empresas del sistema financiero*⁷⁵. En definitiva, la singular posición económica en que se sitúan estas

⁷¹ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 365 ss.: “el riesgo permitido tiene como presupuesto el consentimiento en la participación en el comportamiento conjunto” (p. 366). Cfr. asimismo, JAKOBS, *PG*, 7/113.

⁷² A este respecto, cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 364 ss.

⁷³ PASTOR MUÑOZ, “Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997”, en *RPDJPN*° 2, 2001, p. 390.

⁷⁴ Cfr. en tal sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades de los particulares”, pp. 99 s. Como advierte KINDHÄUSER, *La estafa como autoría mediata tipificada*, p. 35, la frontera entre el error penalmente relevante y el “no-error” no es nítida y por el contrario se muestra “desdibujada”. Por su parte, CASTILLO GONZÁLEZ, “Imputación objetiva y el delito de estafa”, p. 480, considera que en tanto las dudas de la víctima se encuentren objetivamente fundadas, el acto de disposición perjudicial ha de ser atribuido a ella.

⁷⁵ El literal A del art. 16° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú, comprende como empresas de operaciones múltiples a las instituciones bancarias, financieras, a las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, a las Entidades de Desarrollo y a la Pequeña y Micro Empresa (EDPYME’S), a las Cooperativas de Ahorro y Crédito y a las Cajas Rurales de Ahorro y Crédito. En tal sentido, cuando en el texto se haga alusión a “empresa financiera”, ha de entenderse que la referencia es a todas estas empresas que forman parte del sistema financiero.

personas jurídicas es un factor que afecta medularmente la valoración de la idoneidad típica del engaño⁷⁶. La posición económica de la víctima en este ámbito económico concreto determina la medida de diligencia que la misma ha de adoptar en el tráfico comercial al cual se inserta en ejercicio de su libertad empresarial; esto es, definirá los límites del esfuerzo normativamente razonable que la empresa financiera ha de realizar en el trato negocial con sus clientes⁷⁷. Esto significa que los elementos característicos que conforman la posición de la víctima en la concreta relación económica determinan el grado de incumbencia normativa de autoprotección, de modo que *cuanto más especializada sea la posición jurídico-económica de la víctima, tanto más elevado será el estándar de autoprotección exigible a la misma*⁷⁸.

Planteada así la cuestión, la inobservancia de incumbencias de autoprotección patrimonial consiste en la omisión por parte de la víctima del esfuerzo de averiguación y comprobación de informaciones que le correspondían según su posición en la relación económica⁷⁹. Traducido en términos concretos, esto supone que en la medida en que las empresas financieras ejercen profesionalmente una actividad económica arriesgada, se someten libremente a la posibilidad material de verse patrimonialmente afectadas. Esto viene impuesto por la propia configuración del ámbito social parcial de las relaciones económicas, caracterizadas actualmente por los riesgos ínsitos a cada operación comercial, lo cual reafirma el hecho socialmente inexorable de que la reducción o ampliación de los costes de la libertad de actuación (en lo que aquí interesa, de índole económica) depende de cómo la sociedad, en un concreto contexto histórico, se defina a sí misma⁸⁰.

Como se puede ya haber advertido al hilo de la breve exposición sobre la autorresponsabilidad como fundamento normativo de la imputación a la víctima, es precisamente esta esfera de autonomía la que da lugar a una atribución preferente de los eventuales daños irrogados a su ámbito de organización⁸¹. Esto quiere decir que una vez definido el carácter conjunto y objetivamente común de la actividad, el suceso habrá de ser imputado, en principio, a la esfera de responsabilidad de la víctima⁸². En el específico ámbito económico-negocial esta consideración comporta que “la víctima es responsable de su acto de disposición patrimonial, salvo que se encuentre un fundamento para desplazar la responsabilidad al autor”⁸³.

En suma, cabe entonces afirmar, como premisa *general*, que *a la víctima le incumbe averiguar los aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor a los que pueda tener acceso realizando un esfuerzo razonable y coherente con su posición en el tráfico comercial, en función de la relación económica concreta*. Por tanto, como premisa *específica*, la

⁷⁶ Tal consideración no parece tener ninguna oposición en la doctrina. Cfr. por todos: PASTOR MUÑOZ, *LH Jakobs*, pp. 470 ss.; SILVA SÁNCHEZ, “Las inveracidades de los particulares”, pp. 100 ss.; PÉREZ MANZANO, en *Compendio de Derecho penal*, p. 444.

⁷⁷ PASTOR MUÑOZ, *LH Jakobs*, p. 470.

⁷⁸ Ya en esta dirección, la STS de 21 de setiembre de 1988, ponente Bacigalupo Zapater, sostuvo que “el grado de diligencia que se debe exigir a la víctima de estafa se determinará mediante las pautas que socialmente se consideren adecuadas en una situación concreta”.

⁷⁹ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *LH Jakobs*, p. 468.

⁸⁰ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 45.

⁸¹ CANCIO MELLÁ, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en PEÑA CABRERA FREYRE/MONTES FLORES/SÁNCHEZ MERCADO (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, I, Ara Editores, Lima, 2006, p. 153.

⁸² CANCIO MELLÁ, *Líneas básicas*, p. 124.

⁸³ PASTOR MUÑOZ, *LH Jakobs*, p. 457; ÍDEM, “El engaño típico en el delito de estafa”, en KINDHÄUSER/GARCÍA CAVERO/PASTOR, *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Ara Editores, Lima, 2005, p. 124. En el mismo sentido, expresamente, KINDHÄUSER, en *RPDJPN*° 2, 2001, p. 229.

posición social de las empresas del sistema financiero les impone la adopción de ciertas medidas de aseguramiento y previsión, de modo que, *en tanto la información que permita verificar la autenticidad de los datos proporcionados por el autor les sea accesible, a ellas les compete la indagación de dicha información para contrastarla con la suministrada por el autor.*

Así, por ejemplo, en el marco de las relaciones económicas que habitualmente entabla con sus usuarios, a una empresa del sistema financiero que otorga créditos hipotecarios *le compete efectuar las acciones de verificación en la Oficina de Registros Públicos a fin de comprobar la titularidad del inmueble que el usuario presenta como garantía del crédito otorgado*⁸⁴. En el ámbito económico-financiero, esta medida, a mi entender, es en la actualidad *mínimamente elemental* a la luz de la presunción *iuris et de iure* establecida en el art. 2012° CC⁸⁵, además de sumamente expeditiva dadas las facilidades que presta hoy en día el sistema registral de cara a evitar posibles fraudes. Esto resulta mucho más patente en un sector parcial de interacción social de particular riesgo como el de las relaciones financiero-crediticias, en el que la específica posición económica de la víctima (la empresa del sistema financiero) genera la expectativa socio-normativa de que la entidad que se desprende de los fondos con los que opera, realice actos diligentes mínimos dirigidos a comprobar la veracidad de la información proporcionada por el usuario.

La *jurisprudencia peruana* ha tenido oportunidad de pronunciarse en este sentido respecto de un caso en que una institución bancaria, en un periodo de dos años de operaciones realizadas con la empresa del acusado, otorgó sucesivos créditos a fin de regularizar el sobregiro producido en la cuenta corriente de éste. En la resolución del caso se estableció: “(...) llama la atención que las operaciones se realizaron en el transcurso de casi dos años y que pese a que el aceptante [la empresa del imputado] no honró las obligaciones, se siguieron aprobando estas operaciones”, un descuido del Banco que se vería acentuado por el hecho de que “al tener la entidad aceptante su cuenta corriente en dicha entidad bancaria, ésta tenía conocimiento de su situación financiera”⁸⁶. Más allá de que fueran otras las razones que motivaron la absolución del acusado⁸⁷, debe recalcarse la particular argumentación judicial sobre las medidas de diligencia que no observó el Banco en las operaciones desarrolladas con el imputado, a pesar de las posibilidades reales que tenía de hacerlo debido a su especial posición en la relación económica (como se señala en el fallo, el Banco pudo en cualquier momento cerciorarse de la situación financiera de la empresa del inculpado y, sin embargo, continuó entregando sumas de dinero a favor de ella)⁸⁸.

Desde una perspectiva más general ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia: “(...) se debe determinar si el error ha sido consecuencia de alguna actitud negligente reprochable a la víctima, vale decir si entre el engaño y el error ha existido la relación de causalidad

⁸⁴ A este respecto, debe destacarse el hecho de que el TS ha enfocado su planteamiento de atipicidad por incumplimiento de medidas de diligencia en la naturaleza *inmueble* del objeto material de la relación económica. Como lo establece la STS de 22 de febrero de 1991, Ponente García Miguel: “la declaración mendaz realizada respecto de la propiedad de los bienes comprendidos en una declaración de bienes presentada a un Banco a requerimiento de éste a los efectos de concesión de un crédito, *cuando de inmuebles se trata*, es penalmente irrelevante, dada la facilidad que el Banco tiene para comprobar el contenido de la declaración” (FJ 3; subrayado añadido).

⁸⁵ El cual, como sabemos, consagra el principio de publicidad registral: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

⁸⁶ Sentencia de la Corte Superior de Lima de fecha 22 de junio de 1998, Expediente N° 1182-98.

⁸⁷ La Sala Penal centró su decisión absolutoria en la consideración de que la documentación utilizada por el acusado no era falsificada y que, en consecuencia, éste no había engañado a la entidad bancaria, por lo que no hallaba cabida el delito de obtención fraudulenta de crédito (art. 247° CP).

⁸⁸ Como se verá en el próximo apartado, la accesibilidad de la víctima a la información veraz de cotejo cumple una función dogmática decisiva en la separación de ámbitos de responsabilidad.

necesaria para el delito de estafa, de modo que el engaño haya sido una condición cuantitativamente dominante, y si el error procede de una actitud negligente o de censurable abandono o por motivos distintos al engaño, éste no será relevante, negándose la relación de causalidad y, por tanto, el carácter idóneo y eficaz del engaño”⁸⁹.

La *jurisprudencia española*, por su parte, ha sido más profusa y prolija en este concreto ámbito. Entre los numerosos casos resueltos y fallos emitidos a este respecto, destaca un caso en que los acusados, a fin de obtener un préstamo dinerario, incluyeron en la relación de bienes presentada al Banco una finca cuya titularidad se atribuyeron indebidamente, pues en realidad había sido vendida y por tanto ya no les pertenecía. Al respecto señaló el TS que no hay un hecho típico cuando “la defraudación más que un producto del engaño lo sea de un censurable abandono o de falta de haber empleado la corriente y usual diligencia”; agregando, quizás en la parte más trascendente a efectos del tema concreto aquí abordado, que el suceso carece de relevancia para el tipo de estafa si, aun cuando se advierta “la falta de verdad cometida en la declaración exigida a un cliente por un Banco como base para la concesión de un préstamo cuando los bienes ofrecidos en garantía o, más exactamente, declarados como de la propiedad del prestatario son inmuebles”, “el prestamista no haya adoptado *la elemental medida de precaución de cerciorarse de si en realidad dichos bienes pertenecen a quien los incluye en la declaración prestada*”⁹⁰.

En un caso similar, la imputada se valió de información falsa para gravar un inmueble, obteniendo así un crédito dinerario. Al respecto el TS sostuvo: “la manifestación de la procesada sobre la situación de las fincas no tiene entidad suficiente para constituir el engaño configurador del delito de estafa, ya que tratándose de cargas o gravámenes que existían en el Registro de Propiedad, el querellante *pudo y debió* acudir a la Oficina correspondiente, amparándose en el artículo 221 de la Ley Hipotecaria que proclama que los Registros serán públicos para quienes tengan *interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles*, luego la manifestación falsa de la procesada carecía de relevancia y no pudo actuar sobre el ánimo del prestamista, por lo que al faltar este requisito esencial desaparece el delito de estafa...”⁹¹.

Finalmente, en un fallo no menos trascendente, el TS apunta: “La finalidad de la estafa (...) no es proteger a quienes toman decisiones financieras arriesgadas o sin el debido cuidado, cuando han sido informados de todos los elementos relevantes del negocio jurídico concluido. En mayor o menor medida, toda operación financiera lleva aparejado un riesgo de incumplimiento que, por sí mismo, no es suficiente para justificar la represión penal. En un caso en el que los adquirentes de obligaciones hipotecarias no toman los recaudos que son exigibles a un comerciante cuidadoso, es claro que no existe razón jurídica para la protección penal de la falta de cuidado del acreedor (...). Consecuentemente su error no proviene de la ignorancia en la que se les había mantenido respecto del objeto de la hipoteca, sino de su *inactividad para informarse* sobre el valor del inmueble”⁹².

⁸⁹ Ejecutoria Suprema de fecha 19 de julio de 2001, R.N. N° 773-2001, la cual acoge una tradicional doctrina de lo que ha de entenderse por engaño típico. Cfr. al respecto, PEÑA CABRERA, *Tratado*, p. 163, de donde el fallo supremo parece extraer literalmente el extracto reproducido en el texto. Sin embargo, causa extrañeza que aun cuando el ilustre penalista nacional citado sostuviera que el acto de disposición ha de responder única y exclusivamente al engaño realizado por el agente y no a otras razones atribuibles a terceros o a la propia víctima, señale a continuación que “[e]stán superadas las argumentaciones que en torno a la negligencia de la víctima se haya propiciado el error [sic], aún en casos en que el sujeto pasivo no hubiera desarrollado las mínimas precauciones para evitar el fraude” (*ibid*).

⁹⁰ STS de 30 de octubre de 1992, ponente García Miguel (cursivas añadidas).

⁹¹ STS de 13 de noviembre de 1990, ponente Martín Pallín (cursivas añadidas).

⁹² STS de fecha 5 de mayo de 1998, ponente Bacigalupo Zapater (cursivas añadidas).

3. La accesibilidad a la información veraz como elemento determinante para la imputación a la víctima

Una vez establecido que a la víctima (v. gr. las empresas financieras) le corresponde, en atención a su posición específica en la relación económica, averiguar todo lo relacionado a los aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor, resulta evidente que esta medida de diligencia negocial solamente podrá ser exigible en tanto la víctima *tenga reales posibilidades de acceder a la información* que permita disipar sus dudas y, con ello, contrarrestar o inclusive neutralizar la situación de riesgo consustancial a la interacción económica. Correlativamente, si la información necesaria para el cotejo no le fue accesible a la víctima, es lógico que no sería posible demandársele la adopción de medidas de autoprotección puesto que no tenía a su alcance la posibilidad de asegurar sus intereses patrimoniales con anterioridad a la decisión de disposición patrimonial. En tal sentido, la premisa rectora en este ámbito de definición de competencias se concreta en los siguientes términos: a la víctima, conforme a su posición concreta en la relación económica, le compete necesariamente la averiguación de la información que se encuentra normativamente a su alcance. En otras palabras, *a la víctima únicamente le incumbe la averiguación de la información que le es normativamente accesible*⁹³, de modo tal que, por definición⁹⁴, el disponente no ha de confiar en las afirmaciones vertidas por el autor respecto de informaciones que le corresponde a aquél averiguar.

Dicho de otra forma: a la víctima le compete, en principio, averiguar y conocer la información relacionada a aspectos jurídicos y económicos de la relación así como del mercado, salvo que exista alguna razón específica que desplace dicha incumbencia al autor. Así sucede cuando la información relevante para la decisión de disposición es normativamente inaccesible para la víctima y es, en cambio, accesible para el autor, según su posición especial y la naturaleza de la relación económica, en cuyo caso a éste le compete proporcionar dicha información a aquélla antes de que realice el acto de disposición⁹⁵. Piénsese por ejemplo en el ingeniero lego en Derecho que solicita la asesoría legal de un abogado para realizar una inversión inmobiliaria; en este caso, el ingeniero no podría tener acceso a la información veraz especializada de acuerdo con un esfuerzo razonable a él exigible y, de hecho, no le compete conocerla en función a su posición en la relación económica. Por el contrario, al abogado le incumbe, en atención a su posición específica en la relación económica, brindar la información necesaria para que el ingeniero disponente se desprenda de su patrimonio sin verse perjudicado.

Sin duda alguna, así como toda persona vinculada normativamente a la víctima en razón de su posición especial (v. gr. de asesoría) tiene deberes de veracidad frente a ésta, igualmente de toda persona autorresponsable que se introduce libremente en una relación económica riesgosa se deriva la expectativa normativa de que obrará de forma mínimamente diligente o, cuando menos, tomando las más elementales medidas de autoprotección⁹⁶.

⁹³ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, pp. 225 ss. y 231 ss.; ÍDEM, *LH Jakobs*, pp. 466 ss.

⁹⁴ Entiéndase que esta noción general se dirige a relaciones económicas estandarizadas en la que no existe un vínculo especial que genere deberes concretos de veracidad del autor frente a la víctima, como se verá a continuación en el texto.

⁹⁵ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, p. 239; ÍDEM, *LH Jakobs*, pp. 470 ss.

⁹⁶ Vid. en ese sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, pp. 120 s. Este razonamiento ha sido recogido, acertadamente a mi juicio, como criterio de interpretación para la delimitación de ámbitos de responsabilidad en el Derecho del consumidor. Así lo ha establecido la CPC del INDECOPI (organismo peruano encargado de la promoción del mercado y de la protección de los derechos del consumidor) en sus *Lineamientos sobre Protección al Consumidor* del año 2001 y 2006 (pronunciamientos del INDECOPI que, sin tener fuerza normativa vinculante, sirven como pautas de interpretación en el ámbito del Derecho del consumidor): “el derecho de los consumidores sólo debe proteger a los

Y se trata de una accesibilidad de carácter *normativo*, dado que en la definición de lo que es accesible o no se ha de recurrir a las reglas y conceptos del mercado en sentido jurídico y no en sentido fáctico⁹⁷. Traducido esto en términos prácticos: es irrelevante a efectos de tipicidad que la víctima haya tenido acceso a más información de la que le incumbía tener o que, por el contrario, haya accedido fácticamente a menor información de la que le correspondía adquirir; tales desniveles cognitivos, en ningún caso, comportan una modificación de los estándares normativos referidos a los deberes de información del autor ni de las incumbencias de autoprotección de la víctima. En otras palabras, el autor, siempre que la información sea accesible a la víctima, no está obligado a sacarla de su situación de error, aun cuando fácticamente pueda hacerlo⁹⁸; y, de igual forma, la información de la víctima que supera los límites de su incumbencia no modifica ni reduce en modo alguno su derecho de veracidad frente al autor, ni tampoco los deberes que este último tiene conforme a su posición económica y que lo vinculan frente a la víctima⁹⁹.

Esto quiere decir, por ejemplo, que el convincente vendedor de ropa supuestamente importada no tiene el deber de informarle al comprador sobre las reales características de dicho producto¹⁰⁰ (*déficit de información de la víctima*); ni el ingeniero del caso propuesto en líneas precedentes que casualmente toma conocimiento sobre ciertos aspectos jurídicos de la inversión que desaconsejan realizarla (imagínese que su hijo es licenciado en Derecho) no ve afectado en modo alguno su derecho a la veracidad de las informaciones que el asesor legal está obligado a proporcionar con anterioridad al acto de disposición¹⁰¹. Lo propio con el comprador que está a punto de adquirir un dispositivo informático complejo, quien por sus

consumidores que actúen con responsabilidad en sus decisiones de consumo”. Los Lineamientos a los que se hace referencia fueron aprobados mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI de fecha 7 de junio de 2001 y Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI de fecha 30 de noviembre de 2006, respectivamente.

⁹⁷ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, p. 228, para quien “[l]as reglas del mercado (en sentido fáctico) solamente pueden tener relevancia en la medida en que no contradigan la regulación jurídica del mismo, esto es, en la medida en que se incorporan al sistema jurídico”.

⁹⁸ En cualquier caso, podría hablarse de un deber general intersubjetivo de solidaridad, mas no de un deber jurídico-penalmente relevante que fundamente el juicio de imputación por el delito de estafa. Sin embargo, en mi opinión, una eventual infracción de dicho deber genérico en casos como el propuesto carecería de connotación jurídico-penal en el Derecho penal peruano conforme al art. 127° CP, por evidentes razones sistemáticas y de legalidad en el contexto de nuestro ordenamiento positivo. En Alemania, no obstante, se discute la posibilidad de su inclusión en virtud del § 323c StGB, que reprime a quien no presta ayuda en caso de accidente, peligro común o necesidad, cuando resulta necesario y se le puede exigir según las circunstancias, particularmente porque al autor le es posible hacerlo sin ponerse a sí mismo en peligro y sin infringir otros deberes importantes. Como lo señala JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 59, una cuestión totalmente distinta a la superación del riesgo permitido por el quebrantamiento del rol es que “el comportamiento sea tan extremadamente insolidario que se deba responder por omisión al socorro”, como sucede en su emblemático ejemplo del estudiante de biología: éste, en su trabajo ocasional como camarero, se percata de una fruta venenosa en el plato que está a punto de servir, el cual en efecto sirve (si bien aquí no se infringe el rol de camarero que podría fundamentar la imputación por homicidio, sí podría atribuírsele la infracción de un deber de solidaridad).

⁹⁹ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, p. 226, pone de manifiesto con suma corrección que este “exceso de autoprotección” no debe beneficiar en modo alguno al autor.

¹⁰⁰ Pues se trata, valga la insistencia, de informaciones que compete a la víctima indagar y conocer. Por tanto, la actuación del vendedor deberá ceñirse a los deberes estandarizados que se derivan de su posición en dicha relación económica concreta. En términos de KINDHÄUSER, *La estafa como autoría mediata tipificada*, p. 30: “el comprador no tiene frente al vendedor, en esas condiciones, un derecho a ser informado de un modo veraz (...). Su derecho a la verdad está referido únicamente a la descripción correcta del rendimiento hasta dónde ésta sea contractualmente esencial y al asesoramiento correcto, en la medida en que éste haya sido asumido de común acuerdo. En cambio, las demás informaciones podrán ser tan falsas como se quiera...”. Esta línea ha sido, por lo demás, seguida por la CPC del INDECOPI en el ámbito financiero al señalar en sus *Lineamientos-2001* que “un usuario de tarjetas de crédito no tiene por qué ser informado acerca de todos los aspectos relacionados con las condiciones de operación de la tarjeta” (apartado N° 6.1.1.7).

¹⁰¹ Como es posible advertir de lo enunciado, todo ello redundaría en la afirmación ya asentada por JAKOBS, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, p. 41, de que los “derechos se generan donde son necesarios para poder cumplir deberes”.

conocimientos profesionales advierte algunas fallas en el mismo (*superávit de información de la víctima*). En cualquier caso, los conocimientos que no se deriven de la posición económica de los actores no son relevantes para el juicio de imputación, puesto que al no estar obligados a adquirirlos no pueden fundamentar ningún deber de garante jurídico-penalmente relevante. El anonimato que caracteriza a los contactos sociales del mundo moderno determina, pues, que en la interacción económica no sean decisivos los conocimientos especiales que no formen parte de la posición específica de los intervinientes en dicha interacción económica¹⁰². En suma, “un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica”¹⁰³.

En esa línea, habrá de trasladarse al autor la responsabilidad por el acto patrimonialmente desventajoso si éste se encargó de obstaculizar a la víctima el acceso a la información verídica que normalmente estaba a su alcance y que hubiera en definitiva cambiado el rumbo de su decisión¹⁰⁴. El autor, de este modo, redefine los límites de sus deberes inicialmente configurados, tornándose con dicha obstrucción en garante de la situación potencialmente perjudicial para la víctima. Se trata, entonces, de un acto de *injerencia* del autor, que produce un aumento de sus deberes de veracidad y lo obliga a neutralizar el riesgo creado con dicha obstaculización antes de que la víctima se desprenda de su patrimonio¹⁰⁵. Se origina, por tanto, un deber de salvamento de una organización ajena frente a riesgos introducidos en ella por el autor¹⁰⁶.

Por ejemplo, si con el fin de retirar cierta suma de dinero de una cuenta corriente el autor presenta un documento de identidad falsificado, de modo tal que aparece como el verdadero titular, impide al personal de la entidad bancaria, en el marco de esa interacción económica, contrastar los datos proporcionados por el autor. Tal intervención del autor, sin duda alguna, imposibilita a la institución bancaria, dada la agilidad habitual de esa concreta actividad económica, cotejar la información ofrecida por el autor, pues no podría exigírsele de forma razonable al trabajador de la institución bancaria que, tras presentársele el DNI falsificado, por ejemplo, intente llamar a un familiar o al centro laboral de dicho cliente, trate de comprobar su domicilio o acuda al Registro de Identificación para cerciorarse en ese mismo momento de la veracidad de sus datos¹⁰⁷.

Sin embargo, cabría enfatizar que este acto de bloqueo u obstrucción pergeñado por el autor ha de tener la suficiente capacidad e idoneidad para que la víctima, a través de un esfuerzo regular y razonable ajustado a los hábitos negociales vigentes, no pueda acceder a la información veraz de contraste; pues no todo comportamiento del autor consistente en la

¹⁰² Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 58 ss.: “En todo caso, es cada rol lo que determina el contenido de los deberes y no el arsenal de las peculiaridades individuales de cada uno” (p. 63).

¹⁰³ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 60.

¹⁰⁴ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *LH.Jakobs*, p. 470; ÍDEM, *La determinación del engaño típico*, pp. 236 s., para quien se trata de “un deber de veracidad que nace de su intervención en la esfera de la víctima, intervención consistente en impedirle, con su inveracidad, el acceso a informaciones que, en principio, incumbía a la víctima averiguar”.

¹⁰⁵ BOTTKE, en *RDP*, N° 2000-2, p. 24.

¹⁰⁶ Cfr. JAKOBS, *PG*, 29/30: “Fundamento de los deberes es, pues, la incumbencia o responsabilidad del organizador por la organización interna, excluyendo la de las personas amenazadas en sus bienes”; ÍDEM, “La competencia por organización en el delito omisivo”, en *Estudios*, p. 352; ÍDEM, *Acción y omisión en Derecho penal* (trad. Rey Sanfíz y Sánchez-Vera), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 15 s. En el mismo sentido, STRATENWERTH, *PG*, 13/26.

¹⁰⁷ Como lo afirma PASTOR MUÑOZ, “El engaño típico”, p. 130: “a los sujetos solamente se les puede exigir un esfuerzo razonable y proporcionado a la clase de relación económica y a la agilidad propia de la relación en cuestión”. Esta idea ha sido acertadamente recogida por los *Lineamientos sobre Protección al Consumidor*, cuando se señala que no se puede esperar razonablemente que los Bancos adopten medidas de seguridad que eliminen *todos* los riesgos inherentes a las transacciones financieras.

introducción de información falsa en la esfera de la víctima constituirá un acto de obstaculización de la información accesible a ésta¹⁰⁸. El análisis en este punto, por tanto, debe atender a los rasgos característicos e inherentes de cada relación económica en particular. Sobre todo, resulta indispensable verificar si efectivamente tal accesibilidad no existió en todo el proceso de decisión de la víctima que condujo finalmente al acto de disposición. A este respecto, cabe advertir que en efecto algunas interacciones económicas se desarrollan con mayor agilidad que otras, por lo que ciertamente no siempre existe inmediatez temporal entre la inveracidad del autor y el acto de disposición patrimonial de la víctima, un aspecto que a mi juicio puede tener repercusiones trascendentales en la delimitación de esferas de responsabilidad. Por ejemplo: si se afirma que el autor que presenta un documento de identidad falsificado a fin de retirar dinero de una cuenta bancaria obstaculiza a la víctima (la entidad bancaria en la persona de sus trabajadores) el acceso a la información verídica, es porque en tales circunstancias no resulta razonable exigirle a esta última un esfuerzo de autoprotección desmedido, como ya se ha expresado líneas arriba.

No obstante, en los supuestos de obtención de un crédito financiero, el escenario se muestra distinto; piénsese en el caso de quien presenta a la entidad de crédito un certificado falsificado en el que figura como titular de un inmueble que se pretende constituir como garantía del préstamo dinerario solicitado. Normalmente aquí la institución financiera o crediticia deberá poner en marcha todo un proceso de evaluación del cliente solicitante así como de verificación de la información que éste proporciona para tales fines, para lo cual cuenta exclusivamente con analistas de crédito y un *staff* especializado y técnicamente competente; esto es, profesionales que permitirán a las empresas del sistema financiero conocer con cierto nivel de detalle la capacidad económica del deudor para afrontar la obligación que contrae.

¹⁰⁸ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, p. 237.