

LA ESTAFA EN LAS PRESTACIONES ILÍCITAS Fundamentos para su atipicidad Diana Leonor Alas Rojas¹

Fecha de publicación: 01/01/2015

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Estafa en las prestaciones ilícitas. **III.** Diversas Posturas con respecto a los casos de Estafa en las prestaciones ilícitas. **IV.** La Estafa en las prestaciones ilícitas en la jurisprudencia peruana. **V.** A manera de conclusión. **VI.** Bibliografía.

RESUMEN:

El presente trabajo pretende explicar que no todas las conductas que reúnan aparentemente los elementos objetivos del delito de Estafa, es decir engaño, error, disposición y el consecuente perjuicio patrimonial, pueden considerarse conductas típicas del mismo, tal como ocurre en los supuestos de “estafa en las prestaciones ilícitas”, en donde la víctima dispone arriesgadamente de su patrimonio con el fin de que se realice en su favor una conducta ilícita o contraria a Derecho, siendo que dicha problemática es abordada también por la teoría de la Imputación Objetiva, específicamente en criterio de Ámbito de Protección de la Norma.

PALABRAS CLAVE: Estafa en las prestaciones ilícitas /Imputación Objetiva / Autopuesta en Peligro.

¹ Abogada de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo y Asistente en Función Fiscal Penal del Ministerio Público-Lambayeque.

I. Introducción:

Ya desde los tiempos del Imperio Romano² la estafa, heredera directa del *stelionatus*³⁴ era concebida como un ilícito de carácter traicionero, de ataque a la *fides*, distinguiéndose del delito violento⁵ justamente porque se hace uso del engaño, medio no violento para conseguir la entrega de algún bien perteneciente al patrimonio de la víctima.

Sobre lo mismo se pronuncia el autor colombiano López Peñaranda al comparar a la estafa con otros delitos contra el patrimonio y destacar que:

“Es un hecho punible de astucia, inteligencia, sagacidad, malicia, engaño, de artíficos, de codicia, pero con un denominador común: el traspaso del patrimonio ajeno hacia el agente o hacia otro”⁶.

Asimismo dentro del delito de estafa pueden configurarse un sinnúmero de supuestos en los que el engaño reviste desde las formas más tradicionales hasta las más creativas y sofisticadas, tal vez por esa razón es que no hace mucho el tipo de estafa sólo se limitaba a señalar de manera casuística todas y cada de uno de las formas en que pudiera presentarse y no brindaba un concepto genérico de éste delito, como sí sucede actualmente en la mayoría de códigos penales, incluso el nuestro. Sin embargo es finalidad del presente trabajo pretende explicar que no todas las conductas que reúnan aparentemente los elementos objetivos del delito en mención, pueden considerarse conductas típicas del mismo, para el caso de nuestro estudio tenemos a aquella “estafa” en las prestaciones ilícitas, la

²Aunque existen referencias muchos más antiguas, pues citando a Conrado a Finzi el fraude no sólo fue castigado por las leyes de Roma sino también por otros derechos, algunos de los cuales pertenecen a las más remota antigüedad, por ejemplo la Ley Babilónica de Hamurabi (siglo XX a.c.), el Avesta persa, el libro del profeta Amós, el Corán, los Códigos de Manu y de Yajnavalkya; los cuales eran sancionados con castigos feroces; y las Leyes de Atenas. A. **FINZI, Conrado A.:** La Estafa y Otros Fraudes, 1ª Edic., Buenos Aires-Argentina; Ediciones DePalma 1961 pág. 15

³**ROMERO, Gladys:** Los Elementos del Tipo de Estafa, 1ª Edic.; Buenos Aires-Argentina; Lerner Editores Asociados, 1985, pág. 21

⁴El estelionato era la figura delictiva romana que consistía en reprimir hechos fraudulentos que no alcanzaban a constituir hurto o falsedad. **LOPEZ PEÑARANDA, Gerardo:** Hechos Punibles contra el Patrimonio en Colombia, 1ª Edic.; Santa fe de Bogotá-Colombia; Ediciones Jurídicas Radar, 1995, pág. 143. Cuyos supuestos mayormente consistían en enajenar bienes que se encontraban sujetos a alguna forma de gravamen o cuya propiedad ya había sido transferida a otra persona.

⁵**CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio:** El delito de Estafa, 1ª Edic., España; Edit. Bosch, 2000, pág. 16

⁶ **LOPEZ PEÑARANDA, Gerardo.** Op. Cit. pág. 144

cual detallaremos a continuación a efectos de dilucidar si merece o no protección penal por parte del Estado.

II. Estafa en las prestaciones ilícitas:

La estafa en las prestaciones ilícitas, estafa de fines ilícitos, estafa con causa ilícita o *negotia turpis* no es una cuestión de debate actual sino que tiene su origen ya desde los tiempos del autor italiano Francisco Carrara quien alegaba que el estado no debe prestar su tutela a quienes actúan con fin ilícito⁷. Antes de definir la *negotia turpis* debemos partir de la premisa de que el delito de estafa implica la existencia previa de un acuerdo o negocio jurídico en que se hayan vinculado dos voluntades: la del engañante y el disponente, en donde no sólo es determinante la acción engañosa del sujeto activo sino también la del sujeto pasivo⁸, esto es el acto de disposición patrimonial, a causa del error en el que el auto lo hace incurrir, pues la voluntad de la víctima debe estar viciada por el error. (Delito de doble voluntad)

En la estafa con causa ilícita la persona engañada espera conseguir mediante el negocio jurídico celebrado con el autor del “engaño”, que éste, a cambio de una suma de dinero o prestación de dar, realice un acto o conducta ilícita, incluso constitutiva de delito, como contraprestación a favor de aquél, la cual es le es incumplida, pues el autor nunca llega a realizarla. Son incontables los ejemplos que podemos proponer para este caso como el del estafador que vende a su víctima una supuesta máquina de fabricar billetes, el supuesto tráfico de influencias ante un funcionario público, contratar a un supuesto asesino para que mate a otro, el que paga a otro para que lo saque ilegalmente del país, el médico que practica un supuesto aborto a la víctima , quien paga dinero a otro para acceder a un puesto de trabajo en vez de seguir las pautas de selección establecidas⁹, entre otros casos más en los que la propia víctima dispone de su patrimonio en provecho del estafador “para cometer otro delito”¹⁰ o acto contrario a derecho.

⁷ **CONDE, Cándido - FERREYRO, Pumpido:** Estafas, 1ª Edic., Valencia-España; Edit. Tirant Lo Blanch, 1997, pág. 90

⁸ **ROJAS PELLERANO, Héctor F.:** El delito de Estafa y otras Defraudaciones. Tomo 1, 1ª Edic., Buenos Aires-Argentina; Lerner Editores Asociados, 1983, pág. 8

¹⁰ **BERNAUS, José Félix:** El delito de Estafa y otras Defraudaciones, 1ª Edic., Buenos Aires-Argentina; Edit. Abeledo-Perrot, 1983, pág. 11

Sin embargo debemos aceptar que la tesis mayoritaria tanto a nivel doctrinario y jurisprudencial, sobre todo en España, apunta a admitir la configuración del delito de estafa a pesar de la ilicitud de la prestación querida por la víctima; no obstante hoy en día ésta unicidad de criterio está siendo nuevamente puesta en cuestión, reforzando los argumentos esgrimidos por Carrara, orientados a preservar el carácter subsidiario del derecho penal.

III. Diversas Posturas con respecto a los casos de Estafa en las prestaciones ilícitas.

3.1. Fundamentos que afirman la Tipicidad de la Estafa en las prestaciones ilícitas.

3.1.1. Postura Tradicional.

En cuanto a la opinión doctrinal, no son escasos los fundamentos que justifican la tipicidad de la *Negotia Turpis*:

Gonzales Rus explica que:

“Cuando el objeto del delito es ilícito o resulta destinado por el engañado a un posterior comportamiento antijurídico, lo determinante es que con el engaño se produzca un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa”¹¹.

Lo mismo sostiene Soler, al considerar que:

“En el sentido de la estafa, la existencia de un propósito inmoral y antijurídico en la víctima...no destruye la existencia de la estafa con todos sus elementos”¹²

Conde Pumpido refiere que:

“Se ha cuestionado de antiguo si puede existir estafa en los supuestos en que los perjuicios deriven del incumplimiento de la pretensión del engañado de conseguir un lucro ilícito, siendo las razones alegadas en contra del carácter ilícito penal de esos supuestos, de un lado, la inexistencia de un perjuicio exigible, ya que los mismos no producen efecto alguno, por lo que ninguna de las partes podrá reclamar lo que ha entregado ni exigir la contraprestación prometida y por otro lado que el Estado no debe prestar su tutela a quienes actúan con fin ilícito; sin embargo, dichas posturas no han

¹¹ GONZALES RUS, Juan J.; Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, t.i, 1ª Edic, Madrid-España; Edit. Marcial Pons, 1996, pág. 671.

¹² SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Tipográfica Editora Buenos Aires - Argentina, 1976.

prosperado, pues se ha entendido que lo decisivo para la incriminación de la estafa son las razones del interés social en el castigo de los defraudadores”.

Además de ello, citando a Antón Oneca, este autor plantea que:

“Siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral.”¹³

Manzini, citado por Conrado A. Finzi, por su parte sostiene que:

“El derecho penal castiga los hechos delictivos por la crimosidad que revelan en los que los cometen y no atendiendo a las cualidades morales de los sujetos pasivos de los delitos. Cualquiera que sea su moralidad, no por ello desaparece la crimosidad del autor y, por lo tanto, existen siempre las razones que determinan la intervención de la ley penal...La punibilidad de la estafas en las relaciones ilícitas o inmorales no sólo se deduce del principio superior relativo al fin de la tutela penal, de la objetividad jurídica del delito y del hecho de que la ley no exige que el daño del sujeto pasivo sea injusto, sino también de la circunstancia de que no es necesario que quien engaña sorprenda la “buena fe” del engañado”¹⁴.

En términos parecidos, el autor colombiano López Peñaranda arguye que cuando la víctima realiza actividades ilícitas, sí es posible que alegue en momento determinado que ha sido objeto de engaño y eso debe ser lógico, porque el estafador que se deje estafar es igualmente víctima para el derecho penal, porque el derecho penal ha sido formado para proteger los derechos de los ciudadanos, sin importar su estructura moral¹⁵.

Sea que se parta desde el concepto de patrimonio o del deber de protección del derecho penal, todos los autores coinciden en que la *negotia turpis* no puede ser excluida de la conducta típica que describe el delito de estafa, entendiendo de forma prácticamente unánime que siempre que mediante engaño, se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito.

No obstante, podemos advertir que los principales argumentos esbozados por los autores antes mencionados hacen referencia a que el

¹³ CONDE, Cándido - FERREYRO, Pumpido. Op. Cit. pág. 91.

¹⁴ FINZI, Conrado A. La Estafa y otras Defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales Italiano, Argentino y Alemán en vigor, con su doctrina y jurisprudencia. Ediciones Depalma. Buenos Aires – Argentina 1961. Pág. 83.

¹⁵ LOPEZ PEÑARANDA, Gerardo. Op cit. pág. 154.

derecho penal no puede ocuparse de la conducta inmoral de las víctimas o de la moralidad del negocio, ya que ello no eliminaría la punibilidad en concepto de estafa.

Al respecto debemos señalar que se encuentra perfectamente aceptado que la moral y el derecho penal, si bien tienen estrechas relaciones, no siempre marchan paralelamente e incluso existen ocasiones en que se distancian de manera evidente, sobre todo en el derecho penal, ya que lo sancionado por esta forma de control social debe estar desprovisto de toda cuestión de índole moral, sin embargo, en nuestra opinión consideramos que en esta clase de supuestos, denominados Estafa en las prestaciones ilícitas, no entran en debate las cualidades morales de la víctima sino los propósitos ilícitos o peor aún delictivos que espera obtener de la contraprestación, por tanto no una finalidad inmoral sino ilícita, es la que se pretende excluir de protección penal.

Una opinión más ecléctica es a la que se adhiere Rojas Pellerano¹⁶ para quién la ilicitud del negocio medio sólo puede servir como circunstancia determinante para la graduación de la cantidad de la pena.

3.1.2. Postura que afirman la tipicidad de la *Negotia Turpi* basándose en la Concepción Jurídico – Económico de Patrimonio.

Esta posición doctrinaria entiende que si ha mediado un engaño causante de la disminución patrimonial de la víctima habrá estafa, aun cuando el engañado haya querido obtener una contraprestación o beneficio ilícito. Esta postura es plenamente coherente con la concepción mixta o jurídico-económica de patrimonio, según la cual:

“El patrimonio comprendería todos los elementos materiales, valorables en dinero, con tal que tengan reconocimiento por parte del Derecho, siquiera sea provisional (cosas muebles e inmuebles, propiedad, posesión, derechos de crédito, derechos de uso y demás derechos reales y personales), pues el estafado es el titular legítimo de los bienes de los que se ve privado mediante engaño. De esta forma, la valoración penal del hecho como estafa, por realizar un engaño y producir un perjuicio no depende del carácter lícito o no de la prestación pretendida por la víctima”¹⁷.

¹⁶ ROJAS PELLERANO, Héctor F. Op. Cit. pág. 202.

¹⁷ ROMEO MALANDA, Sergio. La Relevancia Jurídico-Penal de la Conducta de la Víctima en los Delitos de Estafa. Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad. Homenaje en el Centenario del Nacimiento de Han Welzel. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 707.

Dicha concepción está aún muy enraizada en nuestra doctrina -sin que reine unanimidad sobre cómo debe desarrollarse esa combinación de elementos jurídicos y económicos, aun cuando el concepto personal de patrimonio, al cual nos adherimos, como lo hemos expuesto en el primer capítulo de la tesis, cuenta cada día con más partidarios, lo que nos autoriza afirmar, adelantando el panorama, que desde dicha óptica es posible excluir de estafa los casos en que el sujeto espera una prestación ilícita que es incumplida.

3.1.3. Distinción de Ilícitos en función de la concepción económico-jurídica de patrimonio.

La doctrina dominante; representada sobre todo por autores españoles como Bajo Fernández o Gonzales Rus; ofrece distintas soluciones según la estructura del caso: debe apreciarse estafa cuando el engañado pagó por una prestación ilícita (pago-no realización de la contraprestación ilícita), pero no cuando realizó una prestación ilícita y no recibió el precio acordado (realización de la prestación ilícita-impago).

En Alemania, la doctrina dominante adopta una solución dual, al igual que ocurre en España, aun cuando hay algunas voces disonantes. La jurisprudencia alemana ha evolucionado desde la afirmación de estafa en todo caso de defraudación en negocio ilícito -con base en un concepto económico de patrimonio hacia la solución de la doctrina dominante basada en uno de carácter jurídico-económico.

En lo que sigue se analiza, por una parte, la postura de la doctrina mayoritaria y sus puntos de apoyo, y se ponen de relieve, por otra, algunas críticas que cabe dirigir a la misma.

La doctrina dominante parte, en primer lugar, del argumento de que en estos supuestos es necesario distinguir ilícitos y se apoya, en segundo lugar, en el concepto mixto jurídico-económico de patrimonio. Con base en estos dos pilares llega a su solución dual.

El argumento de la necesidad de distinguir ilícitos entiende que el eventual injusto de la conducta de la víctima no excluye ni hace desaparecer el injusto del comportamiento de aquél que la engañó, y encuentra diversos puntos de apoyo. Primero, que no apreciar estafa deja un curioso ámbito de impunidad para el que engaña, pues se le dirige el mensaje un tanto sorprendente de que estafar a un sujeto con proyectos disvaliosos es penalmente irrelevante, mensaje que actuará como acicate para la perpetración de tales engaños. Segundo, que no castigar a cada uno por lo suyo equivale a dar cabida a una “compensación de culpas”, pues el desvalor de la conducta de la víctima llevaría consigo la no aplicación del

tipo de estafa.

Por último y vinculado a lo anterior, que, al no aplicar el tipo, se responde a la víctima, no con la consecuencia jurídica que tenga prevista el ordenamiento, sino negándole la protección penal a su patrimonio.

En este sentido argumentaba ya en su día Antón Oneca:

¿Por qué conceder la impunidad al engañador cuando se han realizado todos los elementos de la estafa, especialmente desde el punto de vista subjetivo, por el sólo motivo de que la víctima sea deshonesto? Esta razón no es suficiente para excluir la antijuridicidad de la conducta. Otros autores insisten especialmente en que no debe confundirse la inexigibilidad civil de la prestación ilícita con el carácter delictivo del engaño¹⁸.

En definitiva, por poner un ejemplo, este argumento consideraría que un traficante que, en vez de heroína, entrega polvos de talco es autor de una estafa, independientemente de la valoración que merezca la conducta del comprador.

3.2. Fundamentos que excluyen la Tipicidad de la Estafa en las prestaciones ilícitas.

Paralelamente a la adopción del criterio “criminalizador” de la estafa con causa ilícita existe una pléyade de juristas, aunque no es la posición doctrinal mayoritaria; desde Carrara y Binding hasta Choclan Montalvo, en la actualidad; quienes niegan la existencia de perjuicio en el patrimonio de la víctima y por tanto ausencia de estafa, remitiéndose para ello a los dispositivos del derecho civil e incluso recurriendo a los innovadores criterios ofrecidos por la moderna teoría de la imputación objetiva y la victimo dogmática, a fin de explicar por qué esta gama de situaciones no merecen protección penal.

3.2.1. Concordancia entre los Fines del Derecho Penal y el Derecho Civil.

En términos generales, existen determinados casos en donde el derecho civil decide no proteger el patrimonio de quien lo invierte en un negocio ilícito, así nuestro Código Civil ha previsto en diversos dispositivos legales (arts. 140, 140.3, 219.4 y 1403) que en materia de

¹⁸ En este sentido Muñoz Conde considera que considera que el Derecho penal «no puede dejar de sancionar a un estafador porque el medio de que se valga sea la realización con otro de un negocio ilícito», independientemente de que el estafado no pueda exigir el cumplimiento de la prestación. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Decimocuarta Edición. Edit Tirant lo Blanch. Valencia - España, 2002. pág. 368.

negocios jurídicos el fin debe ser lícito. El caso que nos aborda pretende ser resuelto mediante estos dispositivos civiles, pues no existiría perjuicio alguno por la víctima debido al incumplimiento de la prestación, debido a que la finalidad que busca obtener es ilícita y toda finalidad ilícita en un negocio jurídico hace que éste sea nulo, lo que conlleva a su inexistencia y a la incapacidad de producir consecuencias jurídicas.

Asimismo y como refiere Bajo Fernández: “El defraudado carecería también de acción civil de reparación”¹⁹

Es decir el legislador renunciaría a la tutela civil del patrimonio en esta clase de circunstancias (negocios con causa ilícita).

De este modo se llega a la conclusión de que la protección penal “sólo se extendería a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar dentro de un marco jurídico lícito o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico”²⁰

En este orden de ideas lo que se pretende con ésta argumentación es determinar que los fines del derecho penal deben ser coincidentes con los fines del derecho privado. Lo cual resulta lógico en cierto sentido, pues el principio de subsidiariedad del derecho penal, si bien sólo puede tutelar situaciones cuando los demás sistemas de control social no hayan funcionado por no haber logrado una respuesta satisfactoria frente a aquellas, no por eso debe asumir dentro de su esfera de protección, supletoriamente, los casos en donde el legislador extrapenal, en este caso civil, no quiera otorgar tutela. Ello no implica en modo alguno que, se acepte una pura dependencia formal del Derecho Penal respecto al ordenamiento privado, sino que se entiende que la valoración que el Derecho civil realiza de un determinado contacto patrimonial no puede ser ignorada en el juicio de valoración penal porque es un elemento importante de la identidad social.

Si el ordenamiento privado no otorga su tutela a un determinado patrimonio, puede resultar un tanto paradójico que el Derecho penal sí se la ofrezca²¹. Sin embargo, como veremos posteriormente, éste no es el único

¹⁹ BAJO FERNANDEZ, Miguel: Los Delitos de Estafa en el Código Penal, 1ª Edic, España; Edit. Universitaria Ramón Areces, 2004, pág. 82.

²⁰ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. Cit. pág. 184.

²¹ PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y Negocio Ilícito Algunas Consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater). Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da Época, núm. 5. 2000. pág. 344.

fundamento válido que pretende revolucionar la tradicional postura arraigada en la doctrina y jurisprudencia que considera como delito de estafa el supuesto de *la negotia turpis*.

3.2.2. Postura que excluye la tipicidad de la *Negotia Turpis* basándose en la Concepción Personal de Patrimonio.

Según la concepción personal de patrimonio²²:

“Los delitos patrimoniales lesionan la persona a la que corresponde el patrimonio en los fines perseguidos con sus actos de disposición. De esta manera, la víctima sufre la frustración del fin perseguido, con una consciente disminución patrimonial merced a la disposición realizada”²³

En resumen para la determinación del perjuicio se tiene en cuenta la finalidad del titular del patrimonio.

Un sector de la doctrina, se basa en los fundamentos esbozados por esta teoría para excluir el daño patrimonial (elemento objetivo del tipo penal de estafa, necesario para su configuración) en los supuestos en que la finalidad que pretende obtener el titular sea ilícita, pues, solamente se tutelaría el patrimonio destinado al cumplimiento de fines que no sean contrarios al ordenamiento jurídico.

Por ello quienes defienden ésta concepción aducen que:

“Quien se desprende de un valor patrimonial para la obtención de una prestación ilícita, renuncia a la protección jurídico-penal del patrimonio, pues se sitúa fuera del derecho y no puede pretenderse razonablemente la tutela de quien ha desarrollado su actividad de modo contrario a la norma”²⁴.

En España, a nivel jurisprudencial se dio cabida a esta teoría a efectos de resolver supuestos de estafa en las prestaciones ilícitas, tal como la STS de fecha 13 de mayo de 1997 (ponente: Enrique Bacigalupo Zapater)²⁵, en la cual se establece que el patrimonio protegido por el delito de estafa es de

²² Desarrollada extensamente en el primer capítulo del presente estudio.

²³ Citando a Martos Nuñez. ROMEO MALANDA, Sergio. La Relevancia Jurídico-Penal de la Conducta de la Víctima en los Delitos de Estafa. Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad. Homenaje en el Centenario del Nacimiento de Han Welzel. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 706.

²⁴ CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. El Delito de Estafa. 1era Edición. Edit. Bosch, España, 2000. Pág. 187.

²⁵ PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y Negocio Ilícito Algunas Consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater). Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da Época, núm. 5. 2000.

naturaleza económico-jurídica y personal y por ello dispone que la protección solo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito, en el sentido del artículo 1275²⁶ del Código Civil o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el Derecho Penal no debe intervenir.

3.2.3. Criterios de Imputación Objetiva.

Los elementos objetivos que configuran el delito de estafa son el engaño, que debe ser bastante²⁷; el error en la que incurre la víctima, a consecuencia del engaño; la disposición patrimonial de ésta; su consecuente perjuicio patrimonial e incluso como refiere Choclan Montalvo, siendo muy acucioso “el nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, siendo el último consecuencia del primero”²⁸.

Sin embargo partiendo de los criterios de imputación objetiva, específicamente el sistema propuesto por Roxín, para determinar la tipicidad del delito de estafa no basta que un engaño produzca causalmente un perjuicio patrimonial al afectado, sino que es necesario que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa. Ahora para que el delito de estafa le sea objetivamente imputable al autor debe verificarse:

- Que éste haya creado un riesgo típicamente relevante para la producción del resultado, es decir que el engaño fuere suficiente para inducir a error a la víctima y que los riesgos creados no pertenezcan a aquellos permitidos por la norma penal (conductas socialmente adecuadas) ej. Exageraciones en las publicidades de mercaderías aceptadas en el comercio jurídico²⁹.

²⁶ Artículo 1275 del Código Civil Español: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

²⁷ Es decir constituir un medio idóneo, relevante, eficaz; capaz de hacer desaparecer todas las dudas generadas en la víctima acerca de su falsedad.

²⁸ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. Cit. pág. 82.

²⁹ LEON ALVA, Percy Eduardo: El engaño Típico en el Delito de Estafa, Actualidad Jurídica-Tomo N° 139; Edit. Gaceta Jurídica, 2006, pág. 92.

- Que el mismo peligro creado por la acción se concrete en la realización del resultado, en pocas palabras que se produzca el perjuicio patrimonial.
- Que se determine el alcance de protección de la norma

Es el último nivel el que interesa al tema en cuestión, por ser, como refiere Sabrina E. Namer, la categoría utilizada para analizar los supuestos en los que existe una actuación dominante de la víctima, que lleva a reflexionar si debemos seguir considerándola como tal³⁰ y por tanto acertada para examinar los supuestos de negligencia y autopuesta en peligro de la víctima de la víctima en el delito de estafa, los que se manifiestan cuando ésta abandona sus deberes de protección con respecto a su patrimonio o actúa a propio riesgo ante la posible pérdida de parte de su esfera patrimonial.

En principio, el fin de protección de la norma que tipifica la estafa es, como bien indica Pérez Manzano:

“La protección patrimonial frente a determinados tipos de engaño que consiguen, o pueden conseguir, un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño”³¹.

IV. La estafa en las prestaciones ilícitas en la jurisprudencia peruana

Es menester analizar, como se pronuncian nuestros tribunales ante casos en los cuales es la propia víctima quien se arriesga al perseguir un fin ilícito como contraprestación la que consecuentemente le es incumplida.

Ya explicamos en los párrafos precedentes que la postura mayoritaria es afirmar que estas circunstancias se circunscriben perfectamente al delito de estafa, sin embargo no es extraño encontrar decisiones jurisprudenciales en las cuales se niegue la tipicidad a las mismas, más aun con la asunción de la teoría de la imputación objetiva que ha servido en forma determinante para la fundamentación de no pocas sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales de nuestro país. Así podemos citar las decisiones arribadas en las siguientes jurisprudencias

Ejecutoria Suprema del 14 de setiembre de 1998, Expediente 2618-98:

³⁰ NAMER, Sabrina E.: Estafa e Imputación Objetiva, 1ª Edic., Buenos Aires-Argentina; Edit. Ad-Hoc, 2002, pág. 96.

³¹ PEREZ MANZANO, Mercedes: Acerca de la Imputación Objetiva de la Estafa, en AA.VV., Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Madrid, BOE, 1995, pág. 303.

“Se advierte que en el presente caso no se puede afirmar que el error, que los agraviados manifiestan haber sido inducidos, haya sido provocado mediante un engaño, pues, estos conocían perfectamente que los documentos que los procesados empleaban para obtener las referidas visas eran falsos o adulterados; de ahí que tampoco se pueda afirmar que la disposición patrimonial realizada por los agraviados haya sido consecuencia de un error motivado, pues conocedores de las irregularidades que estaban siguiendo en la obtención de sus papeles, conocían del riesgo que implicaba para su patrimonio el seguir adelante con dicha farsa documental. Por tanto, no existiendo relación de causalidad entre la acción de los procesados y el resultado producido, dicho resultado no se les puede ser imputado objetivamente, toda vez que el error no ha sido causa del comportamiento engañoso, sino que ha sido propiciado por los propios agraviados”³²

Ejecutoria Suprema de fecha 02 de diciembre de 1997; Expediente N° 4233-97:

“Para que se configure el delito de estafa deben darse en el actuar del agente los elementos del ardid, la astucia o el hecho de mantener en error al agraviado, hechos éstos que deberán acreditarse; se advierte que la inculpada recibió de parte de la agraviada la cantidad de tres mil dólares americanos a efectos de efectuar los trámites tendientes a la obtención de la visa para que la coagraviada viaje a Alemania; teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el hecho acontecido, se advierte que las agraviadas tenían pleno conocimiento de los riesgos que suponía efectuar de manera irregular los trámites tendientes a obtener la visa de viaje, dada la naturaleza personalísima de tal acto; hechos que desnaturalizan en ilícito investigado, toda vez que ha existido un riesgo de conocimiento de las agraviadas, el cual podía llevar o no a la satisfacción del engaño, ardid o astucia o mantener en error a las víctimas no se ha acreditado fehacientemente”³³.

En el caso de los tramitadores de visas se muestra claramente los requisitos indispensables para la aplicación de la autopuesta en peligro, así tenemos el carácter conjunto de la actividad emprendida por ambas partes; la autorresponsabilidad de las personas que solicitan los servicios del tramitador, conscientes de la irregularidad e incluso ilicitud de la forma o modo en que desean obtener las referidas visas (independientemente del juicio que podría realizarse si la víctima tendría una constitución débil,

³² Exp. N° 2618-98, Lima, 14/09/1998.

³³ Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 02 de diciembre de 1998, Exp. N° 4233-97. LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel. Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario. Grijley. Lima. 1999. pág. 275.

como el ser anormalmente socializada o por su escasa formación cultural) y la ausencia de deberes específicos de garantía que vinculen al tramitador con las personas que requirieron sus servicios. Por tanto el suceso es atribuible al ámbito de responsabilidad de la víctima.

Ejecutoria Suprema del 11 de mayo de 1998; Expediente N° 4081-97:

“Debido a que la acción desplegada por el agente destinada a inducir a error al agraviado debe ser lo suficientemente idónea y capaz, de modo que así pueda vencer las normales previsiones del caso; habiéndose establecido que lo perseguido por los agraviados no era precisamente un fin lícito, no puede sostenerse que fueron inducidos a error si eran conocedores de lo irregular del medio empleado; se le imputa al encausado haberse procurado a expensas de los agraviados, 1500 dólares americanos de cada uno de ellos, bajo la promesa de hacerles ingresar al Japón, lo cual no se materializó pues al llegar al aeropuerto de Narita – Tokio, autoridades de migración de dicho país no se lo permitieron pues carecían de la visa correspondiente, siendo devueltos al Perú y pese a ello el encausado no devolvió la suma recibida sino parte de ella”³⁴

Así mismo tenemos la decisión recaída en el expediente 268-2007 del 24 de octubre del 2008, emitida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Lambayeque que textualmente dice:

“Que en el presente proceso y según el propio dicho del agraviado se contactó con el condenado a fin de que lo ayudara a inscribir el inmueble de su propiedad en Registros Públicos aun cuando en la misma entidad se le había informado que le faltaban requisitos para realizar dicho trámite. Que en efecto, el agraviado pretendía que el apelante a cambio de haberle pagado la suma de cuatrocientos nuevos soles, fuera en busca de algún funcionario de SUNARP con el propósito de convencerlo para que accediera a inscribir su bien en el registro respectivo, gracias a las influencias que refería tener. Que en la acción del condenado no concurre el engaño característico del delito de estafa, simple y llanamente porque el agraviado Esteban Gómez Muro fue quien voluntariamente decidió aceptar el riesgo de ser dañado”³⁵.

V. A manera de conclusión:

Se puede concluir entonces, y respondiendo a la pregunta propuesta en el título del presente estudio, que en oposición a la postura tradicional adoptada en los casos de Estafa en las prestaciones ilícitas, consideramos

³⁴ Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 11 de mayo de 1998, Exp. N° 4081-97. Baca Cabrera/ Rojas Vargas/ Neyra Huamán, Jurisprudencia penal procesos sumario, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p.313.

³⁵ Exp N° 268-2007, Lambayeque, 24/10/08.

que no es posible afirmar la existencia de perjuicio cuando la persona que dispone de su patrimonio lo realiza con el objeto de conseguir un fin ilícito y por tanto no merece protección por parte del derecho penal, pues, la víctima con su conducta arriesgada ha determinado la disminución de su patrimonio al esperar la realización de una contraprestación proscrita por el ordenamiento jurídico, y por tanto dicha clase de supuestos quedan excluidos del ámbito de protección de la norma.

En la *negotia turpis* la “víctima” tiene por finalidad obtener un beneficio ilícito, sea, por ejemplo la adquisición indebida de una licencia municipal, la práctica de un aborto, el asesinato de un sujeto, etc.; lo que implica que cuenta con el cumplimiento de una contraprestación ilegal, por tanto al conocer que la finalidad pactada en el negocio acordado está proscrita por el ordenamiento jurídico y que en caso de incumplimiento no podrá ejercer de ningún modo los medios que el mismo ordenamiento provee para reivindicar los derechos de quien se considera afectado o lesionado en sus intereses, definitivamente es la propia víctima quien expone a una situación lesiva o de peligro su bien jurídico patrimonio, pues el posible menoscabo económico que se origine no le va a ser reconocido por el derecho.

De esta manera y obedeciendo a finalidades de política criminal queda entendido que la estafa en las prestaciones ilícitas no puede incluirse dentro del ámbito de protección de la norma que tipifica el delito de estafa debido a que es la propia víctima quien ha actuado a propio riesgo, desconociendo sus deberes de autoprotección.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso:** Los delitos de Estafa y Falsedad Documental, 1ª Edic, Madrid-España; Edit. Bosch, 2005
- BAJO FERNANDEZ, Miguel:** Los Delitos de Estafa en el Código Penal, 1ª Edic, España; Edit. Universitaria Ramón Areces, 2004
- BERNAUS, José Félix:** El delito de Estafa y otras Defraudaciones, 1ª Edic., Buenos Aires-Argentina; Edit. Abeledo-Perrot, 1983
- CAVADID QUINTERO, Alfonso:** Dogmática Penal y Víctima del Delito. Congreso Internacional Las Ciencias Penales en el Siglo XXI, México; Edit. I.N.C.P, 2004
- CONDE, Candido - FERREYRO, Pumpido:** Estafas, 1ª Edic., Valencia-España; Edit. Tirant Lo Blanch, 1997
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio:** El delito de Estafa, 1ª Edic., España; Edit. Bosch, 2000

- FINZI, Conrado A.:** La Estafa y Otros Fraudes, 1ª Edic., Buenos Aires-Argentina; Ediciones DePalma 1961
- GONZALES RUS, Juan J.;** Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, t.i, 1ª Edic, Madrid-España; Edit. Marcial Pons, 1996.
- JACKOBS, Gunther.** La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Primera Edición. Edit. Ad Hoc. Madrid, 1996. pág. 94.
- LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel.** Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario. Grijley. Lima. 1999. pág. 275.
- LEON ALVA, Percy Eduardo:** El engaño Típico en el Delito de Estafa, Actualidad Jurídica- Tomo N° 139; Edit. Gaceta Jurídica, 2006
- LOPEZ PEÑARANDA, Gerardo:** Hechos Punibles contra el Patrimonio en Colombia, 1ª Edic.; Santa fè de Bogota-Colombia; Ediciones Jurídicas Radar, 1995.
- MIR PUIG, Santiago,** Derecho Penal. Parte General. 7ª Edic., Barcelona-España; Edit. Reppertor, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco.** Derecho Penal Parte Especial. Decimocuarta Edición. Edit Tirant lo Blanch. Valencia - España, 2002. pág. 368.
- NAMER, Sabrina E.:** Estafa e Imputación Objetiva, 1ª Edic., Buenos Aires-Argentina; Edit Ad-Hoc, 2002.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria.** Estafa y Negocio Ilícito Algunas Consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater). Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da Época, núm. 5. 2000. pág. 342.
- PEREZ MARZANO, Mercedes:** Acerca de la Imputación Objetiva de la Estafa, en AA.VV, Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Madrid, BOE, 1995.
- ROJAS PELLERANO, Héctor F.:** El delito de Estafa y otras Defraudaciones. Tomo 1, 1ª Edic., Buenos Aires-Argentina; Lerner Editores Asociados, 1983.
- ROJAS VARGAS, Fidel - INFANTES VARGAS, Alberto:** Código Penal. 16 Años de Jurisprudencia Sistematizada. Tomo I, 3ª Edic. Lima-Perú, Edit. Idemsa, 2007.
- ROMEO MALANDA, Sergio.** La Relevancia Jurídico-Penal de la Conducta de la Víctima en los Delitos de Estafa. Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad. Homenaje en el Centenario del Nacimiento de Han Welzel. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires.
- ROMERO, Gladys:** Los Elementos del Tipo de Estafa, 1ª Edic.; Buenos Aires-Argentina; Lerner Editores Asociados, 1985.
- SOLER, Sebastian.** Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Tipográfica Editora Buenos Aires - Argentina, 1976.