

«Engaño» y Silencio

Bases para un tratamiento unitario de la comisión
activa y omisiva del delito de estafa

Cristóbal Izquierdo Sánchez

TESIS DOCTORAL / 2016

DIRECTOR

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez

Catedrático de Derecho Penal

DEPARTAMENTO DE DERECHO



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

A mi madre, Luz María

A mi maestro, Jesús-María Silva Sánchez

ABREVIATURAS.....	11
I. INTRODUCCIÓN	15
I.1. LA ESTAFA TRADICIONAL	16
I.2. BALANCE SOBRE LA ESTAFA TRADICIONAL	19
II. PRIMER PASO METODOLÓGICO: EL TIPO DE ESTAFA COMO PRECEPTO LEGAL	22
II.1. EXPLICACIÓN METODOLÓGICA	22
II.2. EL TIPO LEGAL DE ESTAFA EN ALEMANIA	26
II.3. EL TIPO LEGAL DE ESTAFA EN ITALIA	28
II.4. EL TIPO LEGAL DE ESTAFA EN ESPAÑA	31
A) ESTUDIO PORMENORIZADO DEL ENUNCIADO LEGAL DE LA ESTAFA EN ESPAÑA.....	33
a) Utilización de un «engaño» por parte del autor.....	34
1. El verbo utilizar	34
2. Lo utilizado: el «engaño».....	35
3. Formas de utilización del «engaño»	37
4. El «engaño» utilizado debe ser «bastante para producir error en otro».....	38
i. El «error» en el enunciado legal del delito de estafa.....	38
ii. El carácter «bastante» del «engaño» en el enunciado legal del delito de estafa	41
b) Disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» utilizado por el autor	42
c) Disposición patrimonial.....	47
d) Perjuicio patrimonial	48
e) Dolo y ánimo de lucro	49
II.5. EL TIPO LEGAL DE ESTAFA EN CHILE.....	51
II.6. EL TIPO DE ESTAFA COMO PRECEPTO LEGAL: CONCLUSIONES Y REFLEXIONES....	54
A) PRIMERA CONCLUSIÓN	54
B) SEGUNDA CONCLUSIÓN.....	55
III. SEGUNDO PASO METODOLÓGICO: EL TIPO DE ESTAFA COMO CATEGORÍA SISTEMÁTICA.....	59
III.1. TOMA DE POSICIÓN EN LA “CUESTIÓN NORMATOLÓGICA”	59
III.2. NORMATOLÓGÍA DEL DELITO DE ESTAFA	62
III.3. DEBERES Y NORMAS EN LA ESTAFA.....	66

IV. PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD Y DELITO DE ESTAFA: PRIMERA BASE PARA UN TRATAMIENTO UNITARIO DE LA COMISIÓN ACTIVA Y OMISIVA DE ESTAFA.....	70
IV.1. GENERALIDADES ACERCA DE LA AUTORRESPONSABILIDAD	70
IV.2 NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LAS EXIGENCIAS DE AUTO-PROTECCIÓN DIRIGIDAS LAS POTENCIALES VÍCTIMAS DE DELITOS	72
A) APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA.....	73
B) LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO	75
C) CONTENIDO DE LA EXIGENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN	76
D) CONSECUENCIAS ASOCIADAS A LA INFRACCIÓN DE LA INCUMBENCIA DE AUTO- PROTECCIÓN	77
a) Total exclusión de la protección penal para la víctima	77
b) Mantenimiento de la tutela penal para la víctima. Reducción de la pena aplicable al autor	78
1. Reducción de la pena por disminución del injusto	78
2. Reducción de la pena por castigo a título de tentativa.....	79
VI.3 BALANCE GENERAL SOBRE LA INCUMBENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INFRACCIÓN. TOMA DE POSICIÓN	81
A) NECESIDAD DE UN TRATAMIENTO DOGMÁTICO	81
B) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA EXIGENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN.....	84
C) INCUMBENCIAS DE AUTO-PROTECCIÓN Y DEBILIDAD DEL POTENCIAL ENGAÑADO	87
D) SOLUCIONES DIVERSIFICADAS PARA LOS CASOS EN LOS QUE EL ENGAÑADO INFRINGE SU INCUMBENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN. PRIMER ESBOZO DE UNA PROPUESTA DE DIVERSIFICACIÓN.....	90
IV.4 OTRAS CUESTIONES VINCULADAS AL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD EN LA ESTAFA	93
A) <i>ORGANIZACIÓN AUTOLESIVA</i> DEL RIESGO	93
B) <i>COORGANIZACIÓN</i> DE UN RIESGO	94
a) <i>Coorganización</i> del riesgo en delitos dolosos de intervención	95
b) <i>Coorganización</i> en la estafa, delito doloso de relación.....	97
C) DISPOSICIONES PATRIMONIALES ECONÓMICAMENTE IRRACIONALES Y CASOS DE “DUDA DE LA VÍCTIMA” EN LA ESTAFA	99
a) Las disposiciones patrimoniales económicamente irracionales	99
b) “Duda de la víctima” en la estafa	103
D) RIESGO PATRIMONIAL POR CONTACTO NEGOCIAL.....	106
a) Riesgos de desorientación, incumbencias de auto-orientación y deberes de hetero- orientación	108

V. <i>ITER CRIMINIS</i> Y ESTAFA: SEGUNDA BASE PARA UN TRATAMIENTO UNITARIO DE LA COMISIÓN ACTIVA Y OMISIVA DE ESTAFA	112
V.1. LA TENTATIVA INACABADA Y ACABADA DE ESTAFA	112
V.2. DOBLE DIMENSIÓN ORGANIZATIVA DE LA ESTAFA. IMPLICANCIAS EN SU <i>ITER CRIMINIS</i>	116
V.3. EL PROBLEMA DEL DESISTIMIENTO EN LA ESTAFA	122
A) ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DESISTIMIENTO	122
B) EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA DE ESTAFA.....	126
V.4. LA TENTATIVA IMPERFECTA Y PERFECTA DE ESTAFA	131
V.5. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA TENTATIVA DE ESTAFA	138
A) FASE OMISIVA DE LA TENTATIVA ACTIVA DE ESTAFA	138
B) DOLO DE ESTAFA Y COMIENZO DE LA TENTATIVA.....	139
VI. DESCRIPCIÓN NORMATIVA DEL DESARROLLO COMISIVO DEL DELITO DE ESTAFA: TERCERA BASE PARA UN TRATAMIENTO UNITARIO DE LA COMISIÓN ACTIVA Y OMISIVA DE ESTAFA	142
A) BLOQUES DE ELEMENTOS NORMATIVOS EN LOS QUE SE DESARROLLA LA COMISIÓN DE ESTAFA	142
a) Dimensión organizativa del autor.....	142
b) Dimensión organizativa del engañado	143
c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa	143
B) SOLUCIONES NORMATIVAMENTE DIVERSIFICADAS EN ATENCIÓN A LA DIVERSA CONFIGURACIÓN DE LOS BLOQUES A), B) Y C).....	144
1. Delito consumado de estafa (1ª variante)	144
2. Delito consumado de estafa (2ª variante)	145
3. Tentativa idónea de estafa (1ª variante).....	145
4. Tentativa idónea de estafa (2ª variante).....	146
5. Tentativa inidónea punible de estafa	147
6. Delito consumado de estafa (3ª variante)	148
7. Tentativa irreal e impune de estafa (1ª variante)	149
8. Tentativa irreal e impune de estafa (2ª variante)	150
9. Tentativa irreal e impune de estafa (3ª variante)	151
10. Comportamiento impune a título de estafa.....	151
C) ESQUEMA-RESUMEN DE LAS SOLUCIONES NORMATIVAMENTE DIVERSIFICADAS EN ATENCIÓN A LA DIVERSA CONFIGURACIÓN DE LOS BLOQUES A), B) Y C).....	152

VII. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES SOBRE LA COMISIÓN DEL DELITO DE ESTAFA: CUARTA BASE PARA UN TRATAMIENTO UNITARIO DE LA COMISIÓN ACTIVA Y OMISIVA DE ESTAFA	154
VII.1 DEBERES POSITIVOS E INSTITUCIONALIZACIÓN EN LA COMISIÓN DE ESTAFA ...	154
A) DEBERES POSITIVOS GENERALES Y ESPECIALES	154
B) INSTITUCIONES E INSTITUCIONALIZACIÓN.....	161
a) La confianza especial	162
C) INSTITUCIONES JURÍDICO-PENALES: SOLIDARIDAD MÍNIMA Y BINOMIO LIBERTAD/ RESPONSABILIDAD	165
D) DUALISMO “SOLIDARIDAD Y BINOMIO LIBERTAD/ RESPONSABILIDAD”	168
VII.2 PROTECCIÓN EXTRAPENAL Y PENAL DEL PATRIMONIO: ACCESORIEDAD RELATIVA Y “REVALIDACIÓN”	174
VII.3 SOLAPAMIENTOS NORMATIVOS Y DELITO DE ESTAFA	178
VII.4 LA ESTAFA COMO CONTRATO CIVIL CRIMINALIZADO	183
VIII. LA COMISIÓN POR OMISIÓN DEL DELITO DE ESTAFA: ASPECTOS ESPECÍFICOS.....	188
VIII.1. LA ESTAFA ES UN DELITO DE COMISIÓN O “COMISIVO”	188
A) LAS COMISIONES DE ESTAFA. PRIMERA APROXIMACIÓN	191
B) LA COMISIÓN ACTIVA DE ESTAFA. «ENGAÑO» ACTIVO EXPRESO Y «ENGAÑO» ACTIVO IMPLÍCITO	193
a) La relevancia típica de los «engaños» activos y su intensidad graduable	198
b) Esquema sobre la intensidad graduable de los mensajes engañosos en la estafa. Explicación	200
VIII.2. EXPECTATIVAS, DERECHOS Y DEBERES INFORMATIVOS	206
A) DISTINCIÓN ENTRE EXPECTATIVAS, DERECHOS, DEBERES EXTRA-PENALES Y JURÍDICO-PENALES.....	206
B) EXPECTATIVAS INFORMATIVAS SOCIALES NO JURIDIFICADAS Y EXPECTATIVAS INFORMATIVAS SOCIALES JURIDIFICADAS	207
C) ASPECTOS NORMATIVOS JURÍDICO-PRIVADOS Y PENALES DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO. LA ASIMETRÍA INFORMATIVA.....	212
VIII.3. SILENCIO Y ENGAÑO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	215
A) LA DISCUSIÓN ALEMANA Y DE HABLA HISPANA SOBRE LA ESTAFA POR OMISIÓN....	215
1. Visión de conjunto.....	215
2. Argumentos contrarios a la comisión por omisión del delito de estafa.....	216
i. Argumento histórico	216
ii. Incompatibilidad del dolo directo y la comisión omisiva de estafa.....	217

iii. Error preexistente y óbice cronológico.....	218
B) CONTENIDO DEL DEBER DEL GARANTE EN LA ESTAFA POR OMISIÓN	220
C) ORIGEN NORMATIVO DEL <i>DEBER DE DECLARACIÓN</i> DEL GARANTE.....	221
a) Imposición legal de un deber de declaración	221
b) Deber de declaración derivado de una especial relación de confianza entre el garante y la víctima.....	223
c) Deber de declaración basado en el principio de buena fe (<i>aus Treu und Glauben</i>)	224
VIII.4. EL GARANTE DE VERACIDAD EN LA ESTAFA	227
A) CUESTIONES PRELIMINARES	227
a) Aspectos generales	227
b) Distribución de las competencias por los riesgos de desorientación	228
B) EXCURSO: APERTURA DEL SISTEMA, DOGMÁTICA PENAL Y SISTEMATIZACIÓN MATERIAL.....	235
a) Primera aproximación	240
b) Compromiso de veracidad.....	240
c) Modalidades de asunción de un deber de veracidad	242
d) Excurso: <i>Facticidad</i> y Asunción	244
1. Revisión del criterio utilizado para sostener la asunción <i>fáctica</i> de deberes de hetero- protección.....	245
2. Necesidad de un replanteamiento de la <i>facticidad</i> en la asunción.....	249
3. Fuerza normativa de la <i>facticidad</i> en la asunción.....	249
4. Deber de re-asumir <i>fácticamente</i> la hetero-protección prometida	251
5. <i>Facticidad</i> y expectativas normativas.....	254
e) Asunción intersubjetiva y normativamente inequívoca de deberes de hetero- protección. Toma de posición.....	260
f) El garante de veracidad por asunción en la estafa. Toma de posición.....	263
1. Compromiso de veracidad asumido en el contexto de una relación previa entre autor y engañado	264
2. Garantes de veracidad por asunción poseedores de conocimientos especiales.....	268
D) INJERENCIA INFORMATIVA Y ESTAFA	272
a) Primera aproximación	272
b) Injerencia informativa dolosa.....	274
1. Injerencia informativa dolosa que realiza <i>ab initio</i> el injusto penal del delito de estafa	274

2. Injerencia informativa dolosa que no configura <i>ab initio</i> el injusto penal del delito de estafa	275
c) Injerencia informativa imprudente	276
1. Precisiones preliminares	276
2. Configuración de esta clase de injerencia informativa	277
i. Injerencia informativa inicialmente imprudente fuera de un contexto de asunción previa de deberes de hetero-protección informativa.....	277
ii. Injerencia informativa inicialmente imprudente en el contexto de una asunción previa de deberes de hetero-protección informativa.....	279
iii. Consideraciones finales.....	281
E) LA INTERRUPCIÓN DE UN CURSO SALVADOR EN LA ESTAFA	283
a) Variantes de interrupción de un curso salvador propio	284
1. Interrupción de la propia tentativa inacabada de salvación	284
i. “Sobre no entregado 1”	285
ii. “Sobre no entregado 2”	285
2. Interrupción de la propia tentativa acabada de salvación	286
3. Interrupción de un curso salvador propio consumado	286
i. “Sobre entregado”	287
b) Variantes de interrupción de un curso salvador ajeno	287
1. Interrupción de la tentativa ajena de salvación acabada e inacabada.....	289
i. “Durante el viaje”	290
2. Interrupción del curso salvador ajeno consumado	291
F) DEBERES DE VERACIDAD POR ASUNCIÓN E INJERENCIA. RASGOS COMUNES Y DIFERENCIAS.....	292
G) POSICIÓN DE GARANTE Y DEBERES DE VERACIDAD. CONCLUSIONES	296
IX. LA COMISIÓN DE ESTAFA MEDIANTE <i>SILENCIO</i>: PROPUESTA Y TOMA DE POSICIÓN.....	299
IX.1. ELEMENTOS DISTINTIVOS DE UNA COMISIÓN OMISIVA DE ESTAFA.....	299
A) EL «ENGAÑO BASTANTE»	299
B) <i>PRECEDENCIA</i> DEL «ENGAÑO BASTANTE»	299
C) INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN INFORMATIVA EXTRAPENAL.....	300
D) INFRACCIÓN DE UN DEBER JURÍDICO-PENAL DE VERACIDAD MEDIANTE <i>SILENCIO</i> ...	302
E) SENTIDO TÍPICO-SOCIAL DEL <i>SILENCIO</i> DEL GARANTE DE VERACIDAD	303

F) BALANCE	304
a) El <i>desamparo de la víctima</i>	306
1. Desamparo parcial no consentido por la víctima	308
2. Desamparo parcial consentido por la víctima	309
3. Dominio del garante sobre el desamparo parcial de la víctima. Toma de posición ...	310
i. Dominio sobre el desamparo parcial de la víctima en la asunción bilateral y unilateral. Modalidades del consentimiento sobre el propio desamparo	311
ii. Dominio sobre el desamparo parcial de la víctima en la injerencia	313
G) DESAMPARO INFORMATIVO DEL ENGAÑADO	315
a) <i>Desvalimiento parcial</i> y comisión por omisión de estafa	315
b) El desamparo informativo del engañado	316
c) Otras consideraciones relativas al desamparo informativo	321
d) “Riesgo patrimonial por contacto negocial” y desamparo informativo	323
e) La redistribución de los riesgos de desorientación y el <i>desamparo informativo</i> del engañado	326
f) Puesta a prueba del procedimiento para el análisis de supuestos de comisión omisiva de estafa	328
IX.2. OTRAS CUESTIONES EN TORNO A LA COMISIÓN OMISIVA DE ESTAFA	334
A) BREVE APUNTE SOBRE LA COAUTORÍA Y AUTORÍA ACCESORIA EN LA ESTAFA POR SILENCIO	334
a) Coautoría entre un autor en comisión activa de estafa y otro autor en comisión por omisión	334
1. Variante básica	334
2. Variante compleja	335
3. Variante aparente	336
4. Exclusión de la coautoría	336
b) Autoría accesoria y estafa en comisión omisiva	336
1. Variante básica	336
2. Variante compleja	337
B) COMISIÓN OMISIVA DE ESTAFAS EN TRIÁNGULO	337
a) Breve apunte sobre la comisión omisiva de la estafa procesal (estafa en triángulo)	339
X. TERCER PASO METODOLÓGICO: ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL TIPO DE ESTAFA	343

Introducción	343
X.1. ESTRUCTURA GENÉRICA	346
A) FORMULACIÓN DE LA ESTRUCTURA GENÉRICA DEL DELITO DE ESTAFA	346
B) PROPUESTA ANALÍTICA SOBRE LA ESTRUCTURA GENÉRICA DEL DELITO DE ESTAFA	346
1. Agrupaciones de los elementos típicos de la estafa.....	346
2. <i>Agrupación flexible o variable</i> de elementos típicos. Alcance de la <i>flexibilidad</i>	346
3. Consecuencias de la identidad normativa entre los conjuntos de elementos típicos [1.1.] y [1.2.].....	347
4. Consideraciones adicionales sobre la <i>agrupación flexible</i> de elementos típicos de la estafa	348
5. <i>Agrupación rígida o invariable</i> de elementos típicos. Alcance de la <i>rigidez</i>	350
6. La estafa como delito de resultado	351
7. La estafa como delito de relación	351
8. La estafa como delito de <i>medios determinados</i>	353
X.2. ESTRUCTURAS ESPECÍFICAS.....	355
A) FORMULACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS ESPECÍFICAS DEL DELITO DE ESTAFA	355
B) PROPUESTA ANALÍTICA SOBRE LAS ESTRUCTURAS Y SUBESTRUCTURAS ESPECÍFICAS	356
a) Justificación del proceso analítico empleado	356
b) Descripción del procedimiento	357
c) Distinciones analíticas aún no desarrolladas	359
1. Fases de la comisión del delito de estafa	359
2. Distinción entre auto-«engaño» y hetero-«engaño»	361
3. Función de la distinción analítica entre auto-«engaño» y hetero-«engaño» en la fase atípica 1	363
i. Auto-«engaño» en la fase atípica 1 de la comisión de estafa	363
ii. Hetero-«engaño» en la fase atípica 1 de la comisión de estafa	364
ii.1. Hetero-«engaños» atípicos en fase 1, provocados por quien en fase 2 eventualmente responderá por la comisión típica de estafa	364
ii.2. Hetero-«engaños» atípicos provocados por terceros	364
ii.3. Hetero-«engaños» atípicos por no ser ex ante «bastantes»	365
ii.4. Hetero-«engaños» atípicos provocados por caso fortuito.....	366
iii. Auto-«engaño» en la fase típica 2 o fase única de la comisión de estafa.....	366
iv. Hetero-«engaño» en la fase típica 2 o fase única de la comisión de estafa.....	367

4. Incumbencia de auto-protección informativa y distinción entre auto- o hetero- «engaños»	367
C) ESTRUCTURA ESPECÍFICA DE ESTAFA POR «ENGAÑO» ACTIVO Y EXPRESO	368
1.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» expreso y doloso	368
1.1.1. “Cupón premiado”	368
1.1.2. “Obras de arte”	369
1.1.3. “Dos alemanes”	369
1.1.4. “Cubertería de plata”	369
1.1.5. Comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos	370
1.1.5.1. Primeros comentarios	370
1.1.5.2. Segundos comentarios	371
1.2. Sub-estructura: «engaño» expreso doloso, no «bastante», activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 1.1	375
1.2.1. “Soy mi suegra”	375
1.2.2. “Poderes curativos”	375
1.2.3. Comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos	376
1.2.3.1. Primeros comentarios	376
1.2.3.2. Segundos comentarios	377
1.3. Sub-estructura: «engaño bastante», expreso, imprudente, activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 1.1	378
1.3.1. “Tomates”	378
1.3.2. “Futbolista”	378
1.3.3. Comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos	379
1.3.3.1. Primeros comentarios	379
1.3.3.2. Segundos comentarios	381
D) ESTRUCTURA ESPECÍFICA DE ESTAFA POR «ENGAÑO» ACTIVO E IMPLÍCITO	383
2.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» implícito y doloso	383
2.1.1. “Hotel”	383
2.1.2. “Facturas”	383
2.1.3. “Defensor de oficio”	383
2.1.4. “Multinacional”	384
2.1.5. Comentario a la sub-estructura y sus ejemplos	384
2.2. Sub-estructura: «engaño» implícito, doloso, no «bastante», activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 2.1	387
2.2.1. “Termitas”	387
2.2.2. “Ocultación”	387

2.2.2. Comentario a la sub-estructura y sus ejemplos	387
2.3. Sub-estructura: «engaño» no «bastante», implícito, imprudente, activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 2.1.....	391
2.3.1. “Cuenta corriente”	391
2.3.2. Comentario a la sub-estructura y su ejemplo	391
E) ESTRUCTURA ESPECÍFICA DE ESTAFA POR SILENCIO ANTE UN «ENGAÑO»	
PRECEDENTE	393
3.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa por <i>silencio</i> doloso ante un «engaño bastante» <i>precedente</i>	393
3.1.1. “Asesor”	393
3.1.2. “Clarinete”	393
3.1.3. “Padre e Hijo”	394
3.1.4. “Metro”	394
3.1.5. “Sastrería”	395
3.1.6. “Intermediario inmobiliario”	395
3.1.7. Primeros comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos	395
3.1.7.1. El «engaño bastante» <i>precedente</i>	396
3.1.7.2. Infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante <i>silencio</i>	398
3.1.7.3. Disposición patrimonial y consumación del delito	402
3.1.8. Segundos comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos	402
3.2. Sub-estructura: <i>silencio</i> doloso atípico ante un «engaño bastante» <i>precedente</i> , semejante a la estructura de la comisión típica de estafa por <i>silencio</i> 3.1.....	406
3.2.1. “Pago por adelantado”	406
3.2.2. “Coche de segunda mano”	406
3.2.3. Primeros comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos	406
3.2.3.1. El «engaño bastante» <i>precedente</i>	406
3.2.3.2. Infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante <i>silencio</i>	407
3.2.3.3. Disposición patrimonial y consumación del delito	408
3.2.4. Segundos comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos	408
XI. CONCLUSIONES.....	410
XII. BIBLIOGRAFÍA	418
XIII. JURISPRUDENCIA	430

ABREVIATURAS

Abs.	Abschnitt
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AFG	Arbeitsforderungsgesetz
AP	Audiencia provincial
A.T.	Allgemeiner Teil
art./ arts.	artículo, artículos
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGH LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BOE	Boletín oficial del Estado español
B.T.	Besonderer Teil
c.	en contra
CC	Código civil
cfr.	confróntese
CP	Código penal
D.P.P.E.	Derecho penal. Parte especial
FJ	Fundamento jurídico
-FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, citado por año y página
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
infra	abajo
InDret	InDret, Revista para el Análisis del Derecho

JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung (no creo que Juristische Analysen)
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht bzw. Kommanditgesellschaft
KK	Beck'sche Kurzkommentare
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGP	Ley General de Publicidad
LH-	Libro Homenaje
LK-StGB	Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch
LLP	La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. v. Lindenmaier/Mohring u.a. (zit. nach Paragraph und Nummer)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
n.	nota al pie de página
n.m./ nn.mm.	nota marginal, notas marginales
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OLG	Oberlandesgericht
P.E.	Parte especial

P.G.	Parte general
p./ pp.	página, páginas
P.S.	Parte Speciale
T.	Tomo
RAE	Diccionario de la Real Academia española
R.C.D.	Revista chilena de Derecho
R.D.	Revista de Derecho
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RDPP	Revista de Derecho y Proceso penal
RDUV	Revista de Derecho Universidad de Valdivia
RG	Reichsgericht
SAP	Sentencia de una Audiencia provincial
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SGB	Sozialgesetzbuch
SK-StGB	Sistematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StGBK	Strafgesetzbuch Kommentar
StPO	Strafprozessordnung
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
StV	Strafverteidiger
TEDH	Tribunal europeo de Derechos humanos
supra	arriba
v.gr.	verbi gratia
vid.	videtur
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WG	Wechselgesetz

wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
§/ §§	parágrafo, págrafos

I. INTRODUCCIÓN

Esta investigación busca delimitar los criterios jurídico-penales conforme a los cuales debe ser afirmada, o en su caso rechazada, la relevancia típica del *silencio* en la configuración de una comisión por omisión del delito de estafa.

Quien se adentra en el estudio de esta materia advierte rápidamente que la bibliografía disponible sobre la estafa es prácticamente inabarcable. Sin perjuicio de esta circunstancia, la tesis recoge parte del amplio bagaje doctrinal y jurisprudencial de origen alemán, español, italiano y, en alguna medida, del chileno. A partir de este *humus*, brotan los argumentos y posicionamientos acerca de los principales problemas que plantea la delimitación del comportamiento típico de la estafa en comisión por omisión.

La determinación de los elementos típicos de la estafa es llevada a cabo otorgando importancia a su regulación legal. Este modo de proceder busca evitar que el estudio dogmático se vea reducido a un ejercicio intelectual, probablemente válido en el plano conceptual jurídico-penal, pero de escasa utilidad práctica por su nula o difícil compatibilidad con la legislación penal que trata sobre la estafa. Las reflexiones y propuestas de esta investigación tienen una vocación práctica, pues aquí se considera que el Derecho penal y su dogmática propia son, mediata o inmediatamente, *artes prácticas*.

El objetivo final de esta tesis es facilitar, tanto a los operadores jurídicos como a los ciudadanos, un mejor conocimiento de la norma penal de la estafa y sus modalidades comisivas. Se escriben estas líneas esperando aportar algo, por poco que sea, a una aplicación más razonable, razonada y previsible del tipo penal de este delito.

Los elementos típicos *acto de disposición* y *perjuicio patrimonial* son tratados de un modo deliberadamente tangencial, pues el foco de atención procura centrarse siempre, en la medida en que esto es posible, en la labor de delimitación entre la realización típica activa y omisiva del delito de estafa. Ambas realizaciones del tipo de estafa no presentan diferencias en lo que se refiere a la *disposición patrimonial del engañado* y el *perjuicio para el patrimonio de la víctima*. Algo semejante ocurre con la tipicidad subjetiva, pues el dolo y el ánimo de lucro son abordados sólo en aquella mínima medida imprescindible para tratar acerca de la comisión activa del delito de estafa y su comisión omisiva.

I.1. LA ESTAFA TRADICIONAL

La estafa ha sido concebida y explicada tradicionalmente como un delito de medios determinados cuya realización típica requiere cuatro elementos. En primer lugar, un «engaño» ejecutado activamente por el autor. En segundo lugar, un error causado por el «engaño» y “situado” en la psique de la víctima. En tercer término, la víctima debe realizar una disposición patrimonial en virtud del influjo inductor que sobre ella ejerce el error provocado por el «engaño». Finalmente, debe verificarse un perjuicio para el patrimonio de la víctima engañada o de un tercero. Los cuatro elementos descritos deben tener lugar en el orden cronológico en que acaban de ser enunciados. Ahora bien, no sólo deben darse según la cronología mencionada, sino que además deben encontrarse ligados por las siguientes relaciones de causalidad: el «engaño» debe causar el error de la víctima; el error de la víctima debe causar la disposición patrimonial perjudicial; y la disposición patrimonial debe causar el perjuicio para el patrimonio de la víctima o de un tercero¹.

La explicación precedente ilustra de modo sumario los factores principales de una concepción que ha influido de modo muy significativo en la discusión y aplicación de la estafa. Lo anterior justifica que aquí se aluda a esta particular caracterización del delito bajo la denominación *estafa tradicional* o *concepción tradicional de la estafa*. Ahora bien, de modo estipulativo y con el solo fin de facilitar la exposición, las doctrinas o sentencias judiciales que conciban el comportamiento del autor de estafa únicamente como la acción de *engañar a otro* provocándole un error, serán consideradas partidarias de la concepción tradicional de la estafa, con independencia de otros pormenores relativos a los elementos típicos «disposición patrimonial» del engañado y «perjuicio patrimonial» del engañado o un tercero².

¹ STS de 15 de julio de 2016, ponente Colmenero Menéndez de Luarca, M. (FJ2º), «el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial»; ANTÓN ONECA, *Estafa*, 1958, pp. 56-90.

² Entre otros, HERZBERG se enmarca en la concepción de la estafa tradicional al afirmar que la mentira (*Lüge*) es un elemento constitutivo del concepto de «engaño», y, por tanto, la estafa requiere que el autor declare (*erklärt*) un contenido informativo falso, HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 72; de modo semejante HÖRNLE suscribe el paradigma tradicional, pues sostiene que la estafa del §263 StGB alemán requiere que el autor “suscite un error”, lo cual exige que el comportamiento del autor sea necesariamente activo (*engañar*, en definitiva), HÖRNLE, *Límites*, 2012, p. 93; en la doctrina española, QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, 2015, p. 525; VALLE MUÑIZ adhiere también a la concepción tradicional sobre la estafa. En su planteamiento, la relevancia típica de un engaño exige que éste tenga dos consecuencias: el engaño debe producir error y también inducir a la realización del acto patrimonial, VALLE MUÑIZ, *El Delito de Estafa*, 1987, p.173.

Es imponente la adhesión que despierta la *concepción tradicional de la estafa* a nivel doctrinal y jurisprudencial iberoamericano. Es probable que la aceptación del modelo tradicional de estafa —particularmente la sinonimia que establece entre «engaño» y acción *engañar*— se deba al modo en que mayoritariamente es “imaginada” la conducta del autor de este delito. Aunque se trata de una conjetura, probablemente sea cierto que el autor de estafa tiende a ser visto como *alguien que engaña a otro, provocándole un error*. A partir de esta imagen de autor, ¿de qué otro modo podría éste *estafar*, si no es por medio de un engaño realizado activamente?

Por lo demás, existen buenas razones para apoyar este paradigma sobre el delito de estafa. Se trata, ciertamente, de un modelo operativo, pues permite a la doctrina y, sobre todo a los tribunales, resolver los casos que se les plantean aplicando unos criterios claramente definidos para afirmar o descartar la relevancia típica de los supuestos de hecho que deben resolver. Por otra parte, el modelo tradicional es razonable, pues al concebir el «engaño» como la realización activa de un comportamiento que consiste en *engañar* a otro, escoge un significado correcto y aceptable de aquel término y suele obtenerse una interpretación funcional del precepto legal que regula el comportamiento prohibido por el delito de estafa³. Adicionalmente, desde una perspectiva fáctica, aunque no se trate de un argumento suficiente, basta realizar una búsqueda del vocablo “estafa” en cualquier base de datos o repertorio jurisprudencial para constatar que la mayor parte de las causas por estafa conocidas por los tribunales se dirigen contra autores que han realizado la acción *engañar a otro* a quien han causado un error. Los supuestos jurisprudenciales suelen presentar una estructura ejecutiva en la que cada uno de los elementos del delito se encuentran —efectivamente es así— en una relación de concatenación causal y cronológica, tal y como lo requiere el paradigma tradicional de la estafa.

La concepción tradicional del delito de estafa —demostrando una coherencia interna innegable— excluye la comisión por omisión de este delito apoyada en su interpretación del requisito típico «engaño». Este requisito suele estar presente expresamente en el texto legal correspondiente y, cuando no lo está, la doctrina y jurisprudencia lo exigen por vía interpretativa. El paradigma predominante de la estafa entiende que el «engaño» no puede sino consistir en la realización activa del

³ Existen versiones modernizadas del paradigma tradicional sobre la estafa. Así, *v.gr.* cuando se requiere una cadena causal y una relación de imputación objetiva entre sus cuatro elementos, *cf.* GARCÍA MOSQUERA, *La Estafa de Seguro*, 2006, pp. 198 ss.; GALLEGO SOLER, *P.E. T.I.*, 2015, p. 503.

comportamiento *engañar a otro* porque la concatenación cronológico-causal de los medios determinados de la estafa requiere que, siempre y en todos los casos, el «engaño» del autor cause el error de la víctima.

Efectivamente, es innegable que la única conducta que cabe denominar «engaño» y que, a la vez, posee la virtualidad de causar un error en otro es la acción *engañar*. En atención a que esta acción no puede, como ninguna otra, ser a la vez y en el mismo sentido una omisión, la comisión por omisión de estafa es imposible en términos absolutos.

Si únicamente realiza el comportamiento prohibido en el tipo penal de estafa quien *engaña activamente* a otra persona provocándole un error, la determinación de la tipicidad de los diversos supuestos de hecho se convierte en una labor relativamente simple, pues se afirmará la tipicidad de una conducta en la medida en que ésta pueda ser considerada como la acción *engañar*. Según el modelo tradicional, el comportamiento típico del autor sólo admite dos variantes: *engañar* expresamente a otro o *engañar* implícitamente a otro. En cambio, el comportamiento de quien guarda *silencio* dolosamente y con ánimo de lucro, infringiendo omisivamente un deber de proporcionar información verdadera a quien sufre un error de relevancia patrimonial, de ningún modo configura el comportamiento típico que el autor de una estafa debe realizar⁴.

De la relación de identidad entre el requisito típico «engaño» y la acción *engañar a otro*, combinada con la concatenación cronológico-causal que debe darse entre el «engaño» del autor y el error de la víctima, se deriva que todos los supuestos en los que el error de la víctima precede cronológicamente al «engaño» del autor deben ser considerados atípicos⁵.

⁴ BOCKELMANN, *Schmidt-FS*, 1961, pp. 437 ss.; NAUCKE, *Zur Lehre*, 1964, pp. 207 ss. Como hace HERZBERG (*Die Unterlassung*, 1972), aceptan la comisión por omisión de estafa en la medida en que la omisión tenga valor de declaración. Se critica la falta de concreción del criterio en SAMSON/ GÜNTHER, *SK-StGB*, 1975, n.m. 41.

⁵ Acerca del óbice cronológico frente al error o «engaño» *precedente*, *infra* VIII.3 A) 1.iii.

I.2. BALANCE SOBRE LA ESTAFA TRADICIONAL

La adhesión a una determinada concepción sobre un determinado tipo penal debiera fundamentarse en la fuerza de los argumentos mediante los cuales es explicado el delito en cuestión. Sin pretender una enumeración exhaustiva, se requieren argumentos robustos que solventen los problemas acerca de la legitimación de la conminación penal del comportamiento punible; también deben serlo los argumentos utilizados para —y derivados de— la interpretación del enunciado legal correspondiente; finalmente, se requieren argumentos sólidos para conformar una base conceptual sobre la cual sea posible elaborar criterios, estructuras y otros instrumentos que favorezcan la justa resolución de casos concretos, sobre todo aquellos en los que la solución justa, de entrada, no es del todo clara.

Como se ha mencionado, la estafa tradicional posee un importante potencial explicativo sobre el delito y ha demostrado, durante muchos años de aplicación jurisprudencial, su capacidad de rendimiento para la solución de casos. Sin embargo, constituye un modelo incompleto. Si bien, no presenta falencias importantes sobre cuestiones referidas a la legitimación del castigo penal a título de estafa, no es de recibo el modo en que interpreta uniformemente los diversos enunciados legales que regulan este delito en diversos países. Dicha interpretación excluye la omisión como modalidad ejecutiva del delito de estafa de un modo rayano en el simplismo. A partir de una interpretación de estas características no sorprende la pobreza conceptual de los criterios que aporta para la resolución de casos complejos⁶, sobre todo respecto de la difícil labor de delimitación entre el «engaño» por comportamiento concluyente y el *silencio*, o la cuestión relativa a las obligaciones informacionales jurídico-privadas y su eventual relevancia penal a título de estafa.

Todo el modelo de la estafa tradicional se apoya, como en su quicio, en una afirmación supuestamente derivada de la interpretación de los diversos preceptos que regulan este delito: la conducta típica del autor sólo puede consistir en *engañar activamente a otro* causando su error. Esta afirmación es sostenida ante dos clases de preceptos penales de estafa cuya diferenciación es obviada, en muchos casos, por el modelo tradicional.

⁶ Antes se ha mencionado que los criterios que derivan de la estafa tradicional han demostrado con creces su capacidad para ser utilizados en la resolución de casos. Ahora bien, que dichos criterios sean operativos no implica sostener que éstos sean correctos ni que sean completos.

1) Existen preceptos legales que inequívocamente excluyen que el autor de estafa pueda realizar el comportamiento típico en comisión por omisión. Ello se debe a que la conducta del autor, también inequívocamente, sólo puede ser interpretada como *engañar* a otro a quien se causa un error. Evidentemente, ante esta clase de regulaciones, es correcto sostener que el precepto legal del tipo de estafa excluye la comisión por omisión del delito porque *el silencio no engaña*⁷.

2) Otros preceptos legales reguladores de la estafa poseen una terminología y una construcción gramatical que no obligan a interpretar que la conducta del autor consiste exclusivamente en *engañar a otro* de modo activo y causal. En otras palabras, esta segunda clase de preceptos legales regulan el delito de estafa de tal manera que su interpretación no excluye toda posibilidad de una configuración típica en comisión por omisión. Frente a esta segunda opción legislativa, es incorrecto apelar al tradicional rechazo de la estafa por *silencio* invocando el argumento de que el comportamiento del autor consiste siempre y necesariamente en *engañar activamente a otro* suscitando su error, ya que los tipos penales de la clase 2) poseen un texto legal cuyo sentido literal posible se encuentra abierto a la posibilidad de una comisión por omisión⁸.

Entre los tipos penales agrupados en 2), algunos mencionan el elemento típico «engaño» y otros, en cambio, no lo hacen. A falta de mención expresa, doctrina y jurisprudencia exigen este requisito.

Tanto cuando el «engaño» figura expresamente en el texto legal como cuando dicho término está ausente del texto legal, la jurisprudencia y la doctrina conciben el «engaño» como la realización activa del verbo *engañar*. Sin embargo, ante tipos penales del grupo 2), no debe sostenerse que su regulación legal obliga a concebir el comportamiento del autor —siempre y necesariamente— como *engañar* activamente a la víctima. Huelga decir que existe una genuina pre-comprensión del «engaño» como un fenómeno exclusivamente activo —*engañar a otro*— que contamina y

⁷ Por ejemplo, el artículo 347 del CP uruguayo, «El que con estratagemas o engaños artificiosos, indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado (...)».

⁸ Artículo 468 CP de Chile, comete el delito de estafa «[...] el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante», en combinación con el artículo 473 CP de Chile, comete asimismo el delito de estafa «El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo [...]».

predetermina la exclusión de estafas donde el autor no *engaña a la víctima, pero sí que la estafa*.

A juicio de quien escribe estas reflexiones, no han sido propuestos argumentos definitivos que justifiquen de modo satisfactorio que: a) el requisito típico «engaño» deba necesariamente ser concebido como la acción *engañar* y, en estrechísima vinculación con lo anterior, b) la conducta típica del autor sólo pueda consistir en la acción *engañar a otro* cuando la concreta regulación legal del país correspondiente posee un precepto legal de estafa que no impide inequívocamente la subsunción de un comportamiento omisivo del autor en el tipo de estafa.

El argumento por el que es rechazada tradicionalmente la comisión por omisión de estafa puede ser expresado por medio de un simple silogismo. Su premisa mayor reza *el autor del delito de estafa debe engañar activamente a la víctima, provocándole un error*. La menor, *X no engaña activamente a Y, sino que guarda silencio ante el error en el que éste se encuentra, a pesar del deber que pesa sobre el primero de proporcionar información verdadera al segundo*. La conclusión es, *X no es autor del delito de estafa*. La lógica interna de este simple silogismo es incuestionable, pero su premisa mayor merece ser revisada y, en caso de ser modificada, deben también ser revisados y reformulados otros aspectos típicos, como la caracterización de la estafa como delito de medios determinados y la clase de relación que el tipo penal requiere entre dichos medios.

Con el estudio de estos problemas, junto a otros implicados en ellos, no se pretende establecer una ruptura radical con el amplio margen de consenso existente en materia de estafa. Tal clase de ruptura, además de imprudente e innecesaria, requeriría la elaboración de un nuevo modelo o paradigma de estafa, lo que supera con creces los objetivos de este trabajo de investigación.

II. PRIMER PASO METODOLÓGICO: EL TIPO DE ESTAFA COMO PRECEPTO LEGAL

II.1. EXPLICACIÓN METODOLÓGICA

Antes de analizar las cuestiones que plantea la estafa en el plano propiamente normológico, se realizará un estudio interpretativo del tipo de estafa como precepto legal. La interpretación de las expresiones formales de algunos enunciados legales permitirá delimitar un marco de referencia para obtener la pretensión de regulación normativa que subyace materialmente a los enunciados interpretados⁹. La pretensión de regulación normativa es denominada aquí la *categoría sistemática del tipo de estafa*.

Las reflexiones acerca del tipo como precepto penal y como categoría sistemática no deben superar ni desentenderse de las fronteras delimitadas por el principio de legalidad penal. Precisamente este principio justifica y propicia que en orden a establecer la(s) norma(s) específica(s) del delito de estafa, se comience por la interpretación de su enunciado legal¹⁰. Después de haber interpretado los enunciados legales de este delito es posible tratar sobre aquello que más interesa en el plano normológico: el *tipo de estafa como categoría sistemática*.

El estudio interpretativo de la estafa como precepto legal se centra inicialmente en el comportamiento del autor del delito¹¹. Lo que se busca es establecer si el verbo típico y los medios de ejecución vinculados a él admiten únicamente la realización activa o, adicionalmente, también la comisión omisiva. El tipo de estafa ha sido caracterizado tradicionalmente como un delito de medios determinados¹². Este dato constituye para muchos, y con cierta independencia de la concreta regulación legal de la que se trate,

⁹ «El Derecho penal positivo fija, ciertamente, un marco que la elaboración dogmática no puede desbordar, marco que viene determinado por el sentido literal posible de los preceptos legales y, en cuanto no redunde en perjuicio del reo, por su aplicación analógica. Este marco constituye un *límite infranqueable* para la ciencia jurídico-penal. Mas el interior de dicho marco es a menudo amplio y permite un determinado margen de libertad a la doctrina», MIR PUIG, *El Derecho penal*, 1994, p. 136, n.m. 3.

¹⁰ Esta labor incorpora principalmente consideraciones sobre los usos del lenguaje, algunos elementos históricos y los resultados derivados de los restantes criterios de interpretación, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 459.

¹¹ Más adelante, se analiza el aporte de la víctima en la configuración del comportamiento típico, *vid. infra* VI. A) b).

¹² TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 74.

razón suficiente para descartar que el verbo típico y los medios de ejecución vinculados a él puedan ser realizados mediante una omisión¹³.

La fuerte influencia del paradigma tradicional de la estafa ha fomentado su comprensión como un delito cuyos elementos se encuentran concatenados causal y cronológicamente. Dichos elementos, así concebidos, constituirían a la vez los “medios determinados de ejecución” de este delito: «*engaño*» (*activo*) → *error* → *disposición patrimonial* → *perjuicio patrimonial*. Desde esta perspectiva, las proposiciones “la estafa es un delito de medios determinados” y “no es posible la comisión por omisión de una estafa”, constituyen un binomio anudado indisolublemente.

La caracterización de la estafa como delito de “medios determinados” es acertada, pese a su habitual conexión con la visión tradicional de este delito¹⁴. También es correcta la inclusión de la estafa entre los delitos de resultado, pues la consumación de esta clase de delitos requiere un resultado distinto de —e imputable a— la conducta jurídico-penalmente riesgosa del autor¹⁵. Si se trata de un delito de medios determinados y de resultado, como es el caso de la estafa, el legislador vincula la realización del comportamiento y la consecución de la consumación al empleo de determinados medios. No cabe duda de que la estafa corresponde a un delito de resultado de medios determinados ya que sus enunciados legales no permiten al intérprete afirmar que el comportamiento punible consiste en provocar “de cualquier modo”, y con ánimo de lucro, un perjuicio en un patrimonio ajeno. La interpretación de los enunciados legales de la estafa plantea el interesante desafío de establecer cuáles son los “medios determinados” de este delito.

Las diversas tradiciones jurídicas y técnicas legislativas han generado —como no podía ser de otra manera— textos que regulan el delito de estafa de modos diversos. Estos preceptos especifican en mayor o menor medida aquellos elementos que constituyen sus “medios determinados”, los cuales necesariamente deben concurrir para la

¹³ SILVA SÁNCHEZ, *Cuadernos*, 1987, pp. 344-345, niega la comisión por omisión de la estafa por ser un *verhaltensgebundenes Delikt*.

¹⁴ La estafa ha sido caracterizada tradicionalmente como un delito de resultado de *conducta determinada*, a diferencia de los delitos de *conducta indeterminada* o delitos de *causación*, como por ejemplo el homicidio. Mientras en estos últimos el resultado deriva del quebrantamiento de un rol “del modo que sea”, en los delitos de *conducta determinada* sólo es posible quebrantar el rol de conformidad con el modo que ha previsto la ley; JAKOBS, *La Falsedad*, 2011, p. 59.

¹⁵ JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, p. 278; ROXIN, *P.G. I*, 1997, §10, nn.mm. 102, 104.

realización típica del comportamiento y su consumación. Es así como en el estudio del delito como precepto legal, surgen las peculiaridades, matices y diferencias de los diversos enunciados legales. Ello se complementa con la determinación de los significados de los términos empleados por el legislador, en la medida en que aquéllos se enmarquen dentro del sentido literal posible del texto. Al delimitar el campo semántico de los términos empleados por la ley se debe procurar no desbordar el sentido literal posible de los textos analizados ni tampoco reducir la labor hermenéutica a la simple descripción, repetición o combinación de las palabras empleadas por el legislador, pues ello correspondería a un ejercicio gramatical ciertamente valioso, pero de escaso rendimiento.

El fruto más importante de esta primera aproximación a los enunciados interpretados es la obtención de un mínimo aparato conceptual que permita al intérprete plantear proposiciones mínimamente generalizables. De este modo, cuando las singularidades de los preceptos así lo permitan, sus textos podrán ser compatibilizados mediante la proposición de formulaciones que expresen sintéticamente *la estructura fundamental del comportamiento penalizado*. Estas formulaciones resumen en pocas palabras aquello en lo que fundamentalmente consiste la estructura del comportamiento típico. En estas formulaciones, siempre que sea posible, se emplean las mismas palabras presentes en los textos legales y, cuando esto no sea posible, se recurre a términos semejantes cuya utilización no obstaculice un genuino respeto al sentido de los enunciados y, en definitiva, a su pretensión de regulación¹⁶.

La formulación estructural realizada tal y como aquí se propone —Primer paso metodológico: el tipo de estafa como precepto legal—, no desconoce ni rebaja la importancia que merece el texto positivo de conformidad con el principio de legalidad. Ocurre más bien todo lo contrario, ya que el punto de partida de la formulación estructural y su constante punto de referencia es, precisamente, el enunciado legal.

Finalmente, la identificación de la estructura fundamental de una conducta delictiva plasmada en un texto positivo es especialmente útil para determinar si los enunciados legales, a partir de los cuales se construye la formulación, abarcan o no abarcan ciertos supuestos de hecho cuya subsunción no es evidente “a primera vista”. En esta investigación, los supuestos de hecho cuya posible subsunción en el tipo de estafa

¹⁶ La alusión al *sentido* del texto y su *pretensión normativa* implican que el delito ya no sólo es analizado como precepto legal, sino como categoría sistemática (cuestión normológica *stricto sensu*), *vid. infra* III.3.

interesa dilucidar son los casos de *silencio*, esto es, supuestos de omisión del deber de informar sin una previa realización activa de un «engaño» por parte del omitente.

II.2. EL TIPO LEGAL DE ESTAFA EN ALEMANIA

§263 StGB «Quien, con el ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, lesione el patrimonio de otro, provocando o manteniendo un error mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultación de hechos verdaderos [...]»¹⁷.

El §263 StGB no alude expresamente al término «engaño». Ello no ha impedido que la doctrina alemana mayoritaria considere que las diversas modalidades de realización típica contenidas en este párrafo se engloban en el supra-concepto «engaño»¹⁸. De conformidad con esta interpretación, el «engaño» puede consistir tanto en la provocación de un error (*engañar*) como en la mantención de un error. La segunda de estas posibilidades —mantener un error— implica que el autor configura el «engaño» mediante la utilización de un error previo a su intervención dolosa en la comisión delictiva¹⁹.

Tanto la provocación de un error (*engañar activamente a otro*) como la mantención de un error preexistente admiten tres alternativas ejecutivas: «la simulación de hechos falsos», «la deformación [...] de hechos verdaderos» y, finalmente, «la ocultación de hechos verdaderos». Si se centra la atención en esta última variante —«ocultación de hechos verdaderos»— y ésta es vinculada con la «mantención de un error preexistente», se concluye que es posible *mantener un error preexistente mediante la ocultación omisiva de hechos verdaderos*, esto es, mediante la abstención de informar en circunstancias tales que el contexto no otorgue al *silencio* un valor de mensaje (si poseyera ese valor comunicativo, se trataría de una ocultación activa).

Adoptando la idea alemana de que las diversas modalidades que ofrece el §263 StGB son formas de configuración del requisito típico «engaño», no parece aventurado afirmar que el específico supuesto de “mantención de un error pre-existente mediante la ocultación de hechos verdaderos en virtud de un *silencio* no comunicativo” configura en forma cabal y suficiente el requisito típico que la doctrina alemana

¹⁷ § 263 StGB. Betrug «Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält [...]».

¹⁸ SATZGER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 28; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m.21. Sin embargo, en el precepto de la estafa alemana no se utiliza el término *Betrug* en su acepción “engaño”, ni tampoco el verbo activo *betrügen* (*engañar*).

¹⁹ Si esto no fuera así —si el error lo hubiera causado el propio autor— se estaría ante la variante anterior, que consiste en “provocar un error”.

denomina globalmente «engaño». Esta variante de «engaño» no consiste en el despliegue de la acción *engañar a otro*, sino en la utilización que el autor hace de una situación de error («engaño» considerado como una situación de error) presente en la esfera informativa de la víctima. Esta última variante de utilización del error ajeno es, o al menos puede ser, omisiva. Lo será cuando la ocultación se limite a un *silencio* no comunicativo y, además, se refiera a un error preexistente²⁰.

De este modo, y sin perjuicio de la caracterización mayoritaria de la estafa alemana como un *verhaltensgebundenes Delikt*, el sentido literal posible del enunciado legal del §263 StGB abarca la comisión omisiva (por *silencio*) de este delito²¹.

²⁰ El error puede ser mantenido mediante un comportamiento activo o una omisión del autor, KARGL, *Lüderssen-FS*, 2002, pp. 613, 621; KINDHÄUSER, *B.T. II*, 2014, § 27, n.m. 37; en contra de esta posibilidad, LACKNER/KÜHL, *StGBK*, 2011, §263, n.m. 20; en el mismo sentido, OLG CELLE, *StV* 1994, p. 188.

²¹ Más acerca de la comisión por omisión de estafa en Alemania *vid. infra* VIII.3.

II.3. EL TIPO LEGAL DE ESTAFA EN ITALIA

Artículo 640. «El que, con artificios o insidias, induciendo a alguno a error, procura para sí o para otros un beneficio injusto con daño a otros [...]»²².

Domina en Italia la consideración de que la estafa es un delito de medios determinados y que su enunciado legal requiere cuatro elementos concatenados causal y cronológicamente: «*engaño*» → *error* → *disposición patrimonial* → *perjuicio patrimonial*. Es pacíficamente aceptado que el elemento «acto de disposición» estaría presente en el precepto de modo implícito²³.

La doctrina italiana analiza la posibilidad de cometer este delito por *silencio* atendiendo especialmente al artículo 40 CP italiano, el cual opera como cláusula de equivalencia entre la comisión activa y la comisión por omisión. La equiparación entre ambas formas de realización típica depende de la equivalencia entre el ocasionar y el no impedir (*cagionare e il non impedire un evento*)²⁴. En consecuencia, no cabría una estafa por *silencio*, pues quien se limita a no informar a la contraparte sobre la existencia de determinadas circunstancias cuyo conocimiento la llevaría a comportarse de un modo distinto, no determina un actual y concreto estado de error en el *partner* del negocio. El *silencio* de esta clase de supuestos no induce a la víctima a una falsa representación de la realidad (error), ya que simplemente la mantiene (*lascia*) en un estado preexistente de ignorancia. En atención a que el *silencio* o reticencia no genera una falsa representación, sino la ausencia de una representación, no existe un nexo causal entre la conducta del autor (*silencio*) y la inducción a error en el sujeto pasivo, requisitos ineludibles del precepto italiano de la estafa²⁵. En resumen, no es equivalente mantener la ausencia de una representación y la inducción a error, entendido este último como una representación falsa.

Aunque los motivos anteriores ya serían motivo suficiente para rechazar la equiparación entre la acción y la omisión en la estafa, adicionalmente se arguye: a) que la equiparación (art. 40 en conexión con el art. 640) requiere constatar la

²² Articolo 640 Codice Penale. Truffa. «Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno [...]». Otra posible traducción de *raggiri* es “embustes”.

²³ ANTOLISEI, *P.S.T.I.*, 2002, p. 355; FIANDACA/MUSCO, *P.S.*, 2002, p. 165.

²⁴ Articolo 40 Codice Penale. Rapporto di causalità. «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

²⁵ FIANDACA/MUSCO, *P.S.*, 2002, p. 173.

existencia –infrecuente en Italia— de un deber de decir la verdad; b) la equiparación entre la omisión y la conducta activa es rechazada en los delitos de medios determinados (*forma vincolata*), entre los cuales se encuentra la estafa²⁶; c) los medios determinados en la estafa, *artifici* o *raggiri*, deben provocar el error («induciendo a alguno a error») y, en consecuencia, ambos implican una actividad directamente orientada al «engaño» de la víctima, incompatible con un comportamiento de pura pasividad. Esta incompatibilidad enlaza con la idea de que la *Truffa* se configura también cuando el autor aprovecha un error previo de la víctima, únicamente cuando éste desarrolle un comportamiento activo de reforzamiento del error²⁷, con lo que la importancia concedida al error preexistente es más aparente que real.

A pesar de los términos utilizados por el legislador al regular los medios determinados de la estafa, la jurisprudencia dominante está a favor de que el *silencio*, la reticencia o, en general, el comportamiento omisivo pueden ser instrumentos idóneos de «engaño». El *silencio* o reticencia de circunstancias determinantes adquiere relevancia penal cuando por ellos se viola una específica obligación jurídica de comunicar a la parte interesada²⁸. Autor por *silencio* es aquél sobre quien pesa un deber de informar y omite su cumplimiento. Ahora bien, la misma jurisprudencia exige que la no entrega de información constituya una forma de insidia, como apariencia de un estado de cosas idóneo para incidir en el proceso motivacional de la contraparte²⁹. De este modo, se requiere en definitiva que el *silencio* posea, en las circunstancias del caso concreto, un valor concluyente e idóneo para engañar (*circonvenire*) a la víctima.

En conclusión, la omisión en Italia sólo es aceptada como modo de realización típica si se logra establecer su valor comunicativo como comportamiento concluyente³⁰, por lo que implícitamente se descarta que el *silencio* propiamente tal –aquél que nada transmite en el plano comunicativo— configure el comportamiento delictivo de la estafa.

Una consideración final sobre el modelo italiano de estafa. El autor del delito debe valerse de artificios o insidias y con ellos *inducir a otro a un error*. Esta exigencia legal —el autor debe provocar (inducir) el error de la víctima— implica que la

²⁶ FIANDACA/MUSCO, *P.S.*, 2002, pp. 173 - 174.

²⁷ ANTOLISEI, *P.S.T.I.*, 2002, p. 359.

²⁸ Numerosas referencias jurisprudenciales en FIANDACA/MUSCO, *P.S.*, 2002, p. 172.

²⁹ ANTOLISEI, *P.S.T.I.*, 2002, p. 357 (147); FIANDACA/MUSCO, *P.S.*, 2002, p. 172; ZAGREBELSKY/PACILEO, *Codice Penale*, 1999, p. 2112.

³⁰ FIANDACA/MUSCO, *P.S.*, 2002, p. 172.

conducta del autor debe tener necesariamente un sentido activo, lo que en el ámbito de la estafa implica comunicar una información engañosa con potencial generador de un error (representación falsa). El enunciado italiano, en definitiva, regula la estafa como un delito de medios determinados que excluye la comisión por omisión³¹.

³¹ Debiera sostenerse idéntico descarte de la comisión por omisión de estafa en Uruguay. Se encuentra regulada en el artículo 347 en los siguientes términos. «El que con estratagemas o engaños artificiosos, indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado (...)». Sin embargo, su doctrina señala que, existiendo un deber de informar, la reticencia dolosa configura un delito de estafa en la medida en que se incurra en la reticencia en perjuicio de otro y, adicionalmente, para obtener un beneficio injusto, ORDOQUI CASTILLA, en *LH-Alterini*, 1997, p. 923. Acerca del concepto de reticencia dolosa, *vid. infra* VIII.2. B).

II.4. EL TIPO LEGAL DE ESTAFA EN ESPAÑA

Artículo 248.1 CP España. «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

La figura básica del delito de estafa español corresponde también a un delito de medios determinados. Su autor no puede cometer el delito de cualquier modo o, en otras palabras, no basta con que obtenga el resultado típico de cualquier manera³². Siendo esto cierto e indiscutido, queda aún por establecer cuáles son precisamente los medios determinados que la ley requiere para la realización del comportamiento típico y la obtención del resultado previsto para la consumación del delito.

A diferencia del enunciado legal italiano y alemán, el español exige que el «engaño» sea «bastante para producir error en otro», por lo que tradicionalmente se ha entendido que el comportamiento del autor debe poseer una idoneidad o potencial engañoso suficiente para provocar un error³³. Esta idoneidad quedaría demostrada en la efectiva provocación del error de la víctima y, probablemente sea por ello, por lo que parte importante de la doctrina y jurisprudencia española considera que el artículo 248.1. CP exige que el autor *engañe activamente* y, adicionalmente, que esa realización activa provoque el error de la víctima. El error, por su parte, debe inducir a quien lo padece a realizar una disposición perjudicial para el patrimonio del disponente o de un tercero.

Fue ANTÓN ONECA quien propuso la tradicional concatenación causal-cronológica ya esbozada: «engaño» (*activo*) → *error* → *disposición patrimonial* → *perjuicio patrimonial*³⁴. Sin perjuicio de la respetable autoridad del penalista mencionado y la amplia difusión de su particular interpretación del delito de estafa, los medios determinados que supuestamente configuran la estafa y la también supuesta exigencia de una concatenación causal-cronológica entre ellos no es más que una alternativa

³² Sobre la distinción entre delitos resultativos y delitos de medios determinados, MIR PUIG, P.G., 2011, pp. 233-234, n.m. 31.

³³ Entre muchas otras, STS de 19 de octubre de 2001, ponente Conde-Pompidou Touron, C. explican que el carácter «bastante» del «engaño» depende de que éste sea «suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto».

³⁴ ANTÓN ONECA, *Estafa*, 1958, pp. 56-90.

posible, quizá frecuente, pero que no hace justicia a lo que el enunciado español dispone. La crítica de este planteamiento se centra en los dos primeros elementos o medios de ejecución determinados: «*engaño*» (*activo*) → *error*.

El enunciado legal del artículo 248.1. CP español no exige del autor un comportamiento engañoso activo ni tampoco requiere que el error de la víctima sea el efecto del «*engaño*» activo del autor, como sí lo requiere el texto italiano ya analizado, en el que expresamente se exige que la conducta del autor provoque el error de la víctima. En cambio, el enunciado español dispone algo diferente: el autor debe utilizar un «*engaño bastante para producir error en otro*», que induzca la realización de una disposición patrimonial perjudicial. En el enunciado español, nuevamente a diferencia del italiano, el verbo *inducir* («*induciéndolo a realizar un acto de disposición*») no tiene por objeto directo el error, sino al engañado y su acto de disposición. El engañado realiza un acto de disposición patrimonial perjudicial en virtud del influjo inductor de la utilización del «*engaño bastante*» obrada o, en términos algo más normativizados, atribuible al autor.

Por lo tanto, la ejecución activa del «*engaño*» –por habitual que ésta sea en el plano casuístico o fenomenológico— no constituye la única realización posible del comportamiento previsto en el precepto legal de la estafa. El enunciado español abarca la posibilidad fenomenológica «*engaño*» (*activo*) → *error*, pero admite otras variantes adicionales. Por los argumentos planteados y otros que se exponen con detalle *infra*³⁵, debe ser abandonada la idea/ pre-concepción de que el término «*engaño*» únicamente designa la acción *engañar a otro*. Debe ser descartada también la supuesta exigencia legal de una concatenación cronológico-causal de los elementos que integran el precepto legal del delito de estafa español. En consecuencia, deben ser revisados los medios determinados que la ley efectivamente requiere para la configuración del comportamiento delictivo de estafa y su resultado típico, en caso de consumación³⁶.

Una interpretación fiel al enunciado español permite observar que lo que la ley requiere es, en resumidas cuentas, que el autor *utilice un «engaño bastante» que induzca la realización de una disposición patrimonial perjudicial*. Si se acepta la

³⁵ II.6.

³⁶ Sigue presente la exigencia española de una concatenación causal entre los elementos «*engaño* (*activo*), *error*, *disposición patrimonial* y *perjuicio* cuando se señala que el tipo objetivo de la estafa requiere un «*engaño* que provoca un error en otra persona que realiza un acto de disposición patrimonial que origina un perjuicio patrimonial, económicamente evaluable. No basta la relación causal entre sus elementos; tiene que operarse [además] con criterios de imputación objetiva», GALLEGO SOLER, *P.E. T.I.*, 2015, p. 502-503.

afirmación anterior, el elemento *utilización de un «engaño»* delimita un campo semántico que comprende, en primer lugar, la *utilización activa de un «engaño»*. La *utilización activa* consiste en que el autor *use* o *se valga* activamente de un «engaño» mediante la realización activa de la conducta *engañar*. Cuando el autor realiza la *utilización activa de un «engaño»*, “estafa engañando a la víctima” o, lo mismo, “realiza la conducta *estafar* mediante la acción *engañar*”.

En segundo lugar, la *utilización de un «engaño»* puede consistir en la conducta del autor por la que éste *usa* o *se vale* de un «engaño» (error) previamente presente entre los datos de que dispone el engañado, todo ello sin transmitir información alguna a este último. Si al autor le basta con guardar *silencio* para así *utilizar el «engaño»* preexistente, aquél no engaña a la víctima, pero sí *utiliza un «engaño» inductor de una disposición patrimonial perjudicial*. Este segundo modo por el que el autor *usa* o *se vale* de un error ajeno previo, se encuentra también dentro del campo semántico de la *utilización de un «engaño»* y cabe denominarla como *utilización omisiva de un «engaño»*.

El precepto legal de la estafa española permite sostener que el comportamiento del autor consiste en “*estafar a otro, engañándole activamente*”. Pero dicho precepto permite afirmar que la conducta del autor puede asimismo consistir en “*estafar a otro sin engañarle activamente*”, cuando las circunstancias permitan al autor la utilización, mediante *silencio*, de un «engaño» o error previamente presente entre los datos de la víctima.

En definitiva, como en el caso alemán, y sin perjuicio de la caracterización de la estafa como delito de medios determinados —*verhaltensgebundenes Delikt*—, el enunciado legal del artículo 248.1. CP abarca no sólo la realización activa del delito, sino también su realización omisiva mediante *silencio*.

A) ESTUDIO PORMENORIZADO DEL ENUNCIADO LEGAL DE LA ESTAFA EN ESPAÑA

A continuación, se analizan los elementos de la estafa española siguiendo su orden de aparición en el enunciado legal. Este modo de proceder busca enfatizar que esta etapa metodológica tiene como objetivo realizar una interpretación de la estafa como precepto penal. Por tanto, todas las argumentaciones referidas a los elementos típicos de la estafa deberán conectar, ser compatibles y poder deducirse del marco señalado por la *lex lata*.

Los elementos del enunciado legal de la estafa española son cinco: a) Utilización de un «engaño bastante» por parte del autor; b) Inducción a la víctima a la realización de un acto de disposición patrimonial perjudicial; c) Acto de disposición patrimonial; d) Perjuicio patrimonial; e) Dolo y ánimo de lucro.

a) Utilización de un «engaño» por parte del autor

1. El verbo utilizar

El enunciado legal exige que el autor utilice un «engaño». Lo primero que se analizará son los significados posibles del verbo *utilizar*. El primer significado vinculado a este verbo transitivo es *usar*. Según el lenguaje común, *utilizar* es *usar*. Así, por ejemplo, en lengua castellana se puede afirmar que A *utiliza* un coche cuando lo *usa* como medio de transporte. Por su parte, el diccionario de la Real Academia española (RAE en adelante) define el verbo *utilizar* como «aprovecharse de algo». Así, cuando A coge un bolígrafo ajeno que se encuentra casualmente y firma con él unos documentos, el bolígrafo es *utilizado/ usado* por A y, de acuerdo con la última acepción citada, puede a la vez afirmarse que A *aprovecha* la presencia del bolígrafo ajeno o *aprovecha* el bolígrafo mismo, pues *se vale de él, al utilizarlo* para firmar unos documentos.

Es patente la posibilidad de *utilizar* “algo” cuando ese “algo” ya existe y está al alcance del usuario con independencia de comportamientos previos de este último; así ocurre en el ejemplo de la *utilización* del bolígrafo, pues éste no ha sido elaborado por el usuario ni éste lo ha adquirido para sí previamente. Por otra parte, también es posible *utilizar* “algo” previamente creado o elaborado por el propio usuario: A recibe una imprevista oferta de trabajo y *usa/ utiliza/ aprovecha/ se vale de* un curriculum vitae previamente redactado e impreso por él para postular al puesto de trabajo ofrecido. Los dos últimos ejemplos evidencian que el verbo *utilizar* se aplica con igual propiedad y exactitud tanto si lo *utilizado* es “algo” creado o elaborado por el usuario (curriculum), como cuando no lo es (coche, bolígrafo). En ambas situaciones se *usa/ utiliza/ aprovecha* “algo”.

El verbo transitivo *utilizar*, incorporado al art. 248.1 CP para señalar el comportamiento que debe realizar el autor de la estafa, da pie para sostener que el objeto de la utilización —*aquello que el autor utiliza*— puede corresponder, indistintamente, a una elaboración del propio autor o, por el contrario, ser “algo” no creado por él —un elemento preexistente— que el autor *utiliza/ aprovecha/ usa*.

2. Lo utilizado: el «engaño»

El precepto legal de la estafa establece que el autor debe utilizar un «engaño». Como se acaba de poner de relieve, el verbo *utilizar* puede indistintamente tener por objeto “algo” creado o elaborado por el usuario o “algo” no creado ni elaborado por éste. De esto se sigue que, al menos de entrada, el art. 248.1. CP abarcaría las *utilizaciones de «engaños»* generados por el autor y el uso o aprovechamiento de «engaños» que se presentan en la esfera de la víctima por un motivo distinto de la previa realización activa del verbo *engañar* por parte del autor. Lo afirmado hasta aquí sobre el «engaño» es correcto desde la perspectiva del enunciado legal, si se toma en consideración lo explicado *supra*³⁷ sobre los significados que cabe atribuir al verbo utilizar. En cuanto al contenido del engaño, éste debe versar sobre hechos —pasados o presentes, con exclusión de los futuros— de tal manera que los juicios de valor u opiniones no pueden configurar el contenido del «engaño», pues no son hechos comprobables procesalmente³⁸. Sin embargo, queda todavía por determinar la semántica precisa del sustantivo «engaño».

La voz «engaño» habitualmente designa (i) la afirmación explícita o implícita de una información falsa y, así entendido, consiste en la realización activa del verbo *engañar*. Esta acepción del término «engaño» es la mayoritariamente asumida por la doctrina española³⁹.

*A se hace pasar por un experto en obras de arte simulando conocimientos de los que carece y vistiendo de tal manera que resulte creíble su impostura. Gracias a su (falsa) condición de experto recibe pagos como contraprestación de sus informes sobre la autenticidad de objetos de arte sometidos a su valoración. El «engaño» que utiliza A consiste en la realización de la acción *engañar*.*

Junto a este primer significado activo del sustantivo «engaño», es posible definirlo también como (ii) una situación o estado de error. En esta segunda acepción, el «engaño» no consiste en *engañar*, sino en una *situación de «engaño»*. Según este

³⁷ II.6. A).

³⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental*, 2007, pp. 166-167; GALLEGO SOLER, *P.E. T.I.*, 2015, p. 503. En sentido contrario, VIVES ANTÓN, *P.E.*, 2015, p. 916 quien sostiene que los juicios de valor pueden ser objeto de «engaño»; en una línea semejante, LACKNER/KÜHL, *StGBK*, §263, 2011, nm. 5.

³⁹ «El *engaño* consiste en informar falsamente a otro sobre hechos relevantes para que el otro adopte una decisión libre respecto del patrimonio», BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental*, 2007, p. 166; «engaño» como «manifestación externa (verbal, escrita, mediante signos o gestos) contraria a la verdad, sin que sea precisa una puesta en escena», GALLEGO SOLER, *P.E. T.I.*, 2015, p. 502.

segundo significado, el término «engaño» designa un estado o situación informativa configurada en virtud de la presencia de información falsa en el acervo informativo de una esfera personal ajena.

A, tomador de un seguro, pierde la cosa asegurada y reclama la indemnización correspondiente. Con posterioridad a la declaración de la pérdida de la cosa, prestada verazmente, y antes de recibir la indemnización correspondiente, A no informa a la Compañía aseguradora que ha recuperado la cosa, dejando que el proceso de indemnización siga su curso ordinario, en virtud del cual recibe una transferencia bancaria por el monto de lo asegurado. En este ejemplo, A no realiza la conducta engañar. No obstante, la Compañía sufre un «engaño» entendido éste como una situación o estado de error.

Las dos acepciones de la voz «engaño», (i) acción de engañar y (ii) estado o situación informativa que consiste en la presencia de información falsa entre el acervo de datos de que dispone una persona, son recogidas por la RAE: “1. Acción y efecto de engañar; 2. Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”. La acepción (i) está presente en la definición 1. al mencionar la “acción [...] de engañar”; pero también se encuentra en la definición 2. al aludir a la “falta de verdad en lo que se dice, hace”. Estas formas de «engaño» corresponden a lo que aquí se ha denominado realización activa del verbo *engañar*. Por otra parte, la acepción (ii) está presente en la definición 1., cuando menciona que «engaño» es también el “efecto de engañar”; y en la definición 2., donde «engaño» significa la “falta de verdad en lo que se cree, piensa o discurre”. Con prescindencia de la carga psicológica de la definición 2., estos últimos «engaños» corresponden a una situación o estado configurado por la presencia de información falsa en el acervo informativo de una persona.

Es importante puntualizar que la acepción del «engaño» como *situación informativa* (ii), en cierto sentido, puede abarcar al «engaño» entendido como la realización activa *engañar* (i). Ello es así, si se toma en cuenta que al *engañar* —introducción activa de información falsa en la esfera informativa ajena— se genera una *situación o estado de «engaño»* que se hace presente en la órbita del destinatario de la información. Sin embargo, la *situación de «engaño»* no siempre deriva de la acción *engañar*, ya que hay casos en los que el *estado o situación de «engaño»* se presenta en el acervo informativo de una persona por un factor distinto de la realización activa del verbo *engañar* por parte de otro.

En definitiva, el concepto «engaño» siempre implica un estado o situación caracterizado por la presencia de información falsa en el acervo informativo-patrimonial de una esfera personal ajena. La falsedad de la información deriva de su discordancia con la realidad o, con mayor precisión, con los correspondientes hechos verdaderos⁴⁰. Se discute si la carencia de conocimientos —*ignorantia facti*— puede ser también considerada «engaño». Lo anterior parece correcto ya que la ausencia de determinados conocimientos verdaderos en un acervo informativo suele distorsionar —volver falsos— algunos de los datos presentes en dicho acervo⁴¹.

La situación de «engaño» puede ser provocada por el ejercicio de la acción *engañar* por parte de una persona distinta de quien padece el «engaño» (caso claro de hetero-«engaño») o provenir de un factor distinto de la realización activa del «engaño» (auto-«engaño» sin imprudencia y otras estructuras)⁴².

3. Formas de utilización del «engaño»

El enunciado legal del art. 248.1. CP requiere la utilización de un «engaño bastante». El autor utiliza activamente un «engaño bastante» cuando él mismo realiza la conducta *engañar a otro, provocándole un error*. Esta acción consiste en introducir la información falsa «engaño bastante» en el acervo informativo de la víctima.

Alternativamente, el autor puede utilizar un «engaño», sin engañar activamente. La utilización de un «engaño» desvinculada de la acción *engañar*, implica que la información falsa se presenta o configura en el acervo de datos patrimoniales de la esfera de la víctima con independencia del obrar del autor o, aun proviniendo de un comportamiento informativo de éste, dicha conducta no corresponde a la acción dolosa *engañar a otro*. En estos supuestos, quien posee la información veraz puede limitarse a no informar en un contexto cuyo *silencio* no posea un significado comunicativo. En ciertos casos cualificados, es posible que el autor se encuentre en condiciones de *utilizar/ usar/ valerse de/ aprovechar* el «engaño bastante» de la víctima mediante la adopción de una actitud calificable como *silencio*. Esta clase de *silencio* que nada transmite puede constituir el modo por el que el autor utiliza

⁴⁰ Es doctrina dominante la consideración de que el «engaño» debe versar sobre hechos (*Tatsachen*). Ahora bien, éstos pueden ser externos (*Äussere Tatsachen*), internos (*Innere Tatsachen*), ciertos juicios de valor expresados externamente, *cfr.* TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, nn.mm. 9-13.

⁴¹ *cfr.* KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 158. La doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania descartan el error cuando la víctima desconoce hechos, *cfr.* SATZGER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 119; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 78; RGSt 42, 40 [41]; BGH wistra 1992, 141; KG *JR* 1986, 469.

⁴² *Infra*, X.2 B) c) 3.

omisivamente el «engaño» y, a la vez, el factor que induce la realización de una disposición patrimonial perjudicial. Se trata, en definitiva, de la utilización omisiva —por *silencio*— de una situación de «engaño» ajena. Ahora bien, esta segunda forma de utilización del «engaño» —mediante *silencio* no comunicativo— requiere que el autor se encuentre en una posición de responsabilidad cualificada que inequívocamente le someta a deberes especiales de informar a la víctima *ante un riesgo de disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño»*.

4. El «engaño» utilizado debe ser «bastante para producir error en otro»

i. El «error» en el enunciado legal del delito de estafa

Un sector doctrinal concibe el «error» como un resultado intermedio previo al perjuicio patrimonial —resultado final— por el que se consuma la estafa. El error-resultado intermedio implica necesariamente un «engaño» activo del autor, pues sólo esta clase de comportamiento se encuentra en condiciones de provocarlo antes del perjuicio patrimonial⁴³. Desde esta perspectiva, la acción engañosa es considerada típica en la medida en que preceda cronológicamente al error, del cual ha de ser su causa. En atención a este factor debiera descartarse la tipicidad del comportamiento engañoso del autor en casos de error preexistente y, excepcionalmente, afirmar la tipicidad del error precedente cuando su potencial engañoso se vea reforzado en virtud del «engaño» activo. Para quienes entienden el «error» del art. 248.1. CP como un resultado intermedio, aquél es caracterizado expresa o implícitamente como un estado psíquico de la víctima consistente en la inadecuación entre la realidad y la representación cognoscitiva que se posee sobre esa realidad⁴⁴. Por motivos que se exponen a continuación, el «error» del art. 248.1. CP no debe ser considerado un resultado intermedio —de naturaleza psicológica— exigido por el enunciado legal de la estafa⁴⁵.

Aunque pudiera parecer una incoherencia con lo anterior, no se debe perder de vista que el precepto penal de la estafa española sin duda abarca supuestos de hecho en los que fenomenológicamente tiene lugar un “error” causado por un «engaño» activo del autor. No obstante, esta constatación no permite sostener que al término «error» del enunciado legal sólo pueda serle atribuido el significado o función de un

⁴³ LACKNER/KÜHL, *StGBK*, 2011, §263, n.m. 2.

⁴⁴ En esta línea, la RAE define «error» como “1. m. Concepto equivocado o juicio falso”.

⁴⁵ A favor del error concebido en términos psicológicos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental*, 2007, p. 172.

“resultado intermedio” requerido por el tipo. Si así fuera, el precepto de la estafa únicamente se referiría a la estafa ejecutada mediante «engaño» activo. Es más, si junto a la comisión activa de estafa se admitiera su comisión por omisión, tampoco cabría sostener que el «error» mencionado en el precepto consiste en un “resultado intermedio” en los casos de estafa activa, mientras que, en supuestos de estafa realizada mediante *silencio*, dicho resultado intermedio no vendría exigido por el enunciado legal. Una distinción de este estilo resulta inaceptable: si el enunciado únicamente exigiera el «error» en la estafa activa, ¿en qué consistiría este vocablo en los supuestos de estafa por *silencio*, los cuales por definición implican un error precedente y excluyen el «engaño» activo del autor? A pesar del acierto que supone admitir la comisión por omisión en la estafa, no parece razonable proponer que un mismo término legal, en este caso el «error», posea dos significados incompatibles entre sí: uno para los casos de «engaño» activo (resultado intermedio) y otro —¿quizá ninguno?— para los supuestos de estafa mediante *silencio*.

La clave interpretativa del «error» en el enunciado legal de la estafa descansa sobre dos factores conceptuales. El primero se refiere al comportamiento del autor de estafa y, el segundo, al significado del término «engaño». A continuación procede efectuar una breve explicación de ambos factores. El comportamiento del autor en la estafa consiste en la *utilización de un «engaño bastante» para producir error en otro*, utilización que puede concretarse tanto en un «engaño» activo (utilización activa de un «engaño»), como en un *silencio* —callar, no informar— en virtud del cual el autor utiliza omisivamente una situación de «engaño» o, según la terminología más habitual, un error precedente. Esta concepción del comportamiento típico de la estafa permite afirmar —segunda clave interpretativa del «error»— un concepto uniforme de «engaño», perfectamente aplicable a la comisión activa y omisiva del delito. *El «engaño» es aquella información falsa relevante patrimonialmente presente en la esfera informativa de la víctima*. Si se adhiere a este concepto de «engaño» y se comparte la idea de que el comportamiento de estafa consiste en la utilización activa u omisiva de un «engaño», se concluye que no cabe atribuir al «error» del enunciado legal un significado que ya se encuentra presente en la voz «engaño». En términos más explícitos: el «error» no consiste en la información falsa presente en la esfera informativa de la víctima, ni como resultado intermedio cuando el «engaño» es activo, ni como error precedente en la estafa por *silencio*.

El vocablo «error» posee una carga semántica fuertemente psicológica o cognoscitiva. Sin embargo, el enunciado legal no obliga a interpretar este término como un estado mental de la psique de la víctima. Lo que verdaderamente exige el enunciado es que la utilización activa u omisiva del «engaño» posea un potencial engañoso suficiente —«bastante»— como para «producir error en otro». La palabra «error» en el enunciado legal no alude al efecto que habitualmente es provocado cuando se transmite activamente un mensaje engañoso. En algunos o muchos casos de estafas activas, se verifica un fenómeno psicológico padecido por la víctima, en virtud del cual ella se representa como verdadera una información patrimonial que es falsa. Sin embargo, el «error» ni se refiere a esta inadecuación cognoscitiva ni permite sostener que el texto legal requiere —como resultado intermedio— el acaecimiento y verificación del fenómeno «error» en la psique de la víctima.

En conclusión, deben ser descartadas dos de las posibles acepciones del término legal «error». Éste no designa la información falsa presente en el acervo informativo de la víctima (dicho significado corresponde a la voz «engaño»). Tampoco corresponde a un resultado intermedio —generalmente interpretado en clave psicológica— previo al perjuicio patrimonial⁴⁶. Resta aún por determinar positivamente qué significado debe vincularse a este término legal. De modo semejante a lo expuesto en relación con un concepto uniforme de «engaño», aplicable tanto a la comisión activa como a la omisiva de estafa, es posible obtener un concepto uniforme de «error» que también valga y, de conformidad con el precepto legal, tenga sentido tanto en la estafa activa como en la estafa por *silencio*.

El «error» del art. 248.1. CP es el baremo que el legislador ha previsto para afirmar o negar el carácter «bastante» del «engaño» que el autor utiliza⁴⁷. El «engaño» utilizado por el autor, ya sea activa u omisivamente, será calificado como «bastante» en atención a su idoneidad *ex ante* para «producir error en otro». Sin perjuicio de lo que se explica a continuación sobre el problema particular de la expresión «bastante», en atención a que el precepto penal de la estafa no requiere la efectiva verificación de un error, pierde toda legitimidad la idea de que el calificativo «bastante» pudiera depender de la comprobación de un error efectivamente padecido por la víctima (*ex post*).

⁴⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1985, p. 339. A su juicio, el contenido del «error» en la estafa no tiene por qué identificarse con el «estado psíquico de desconocimiento del perjuicio patrimonial injusto».

⁴⁷ En un sentido próximo, GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1985, p. 338.

ii. El carácter «bastante» del «engaño» en el enunciado legal del delito de estafa

Desde un punto de vista semántico, la definición del adjetivo «bastante» en el Diccionario de la RAE no es especialmente útil para establecer su significado, pues se limita a señalar que bastante es aquello “que basta”. A pesar de la pobreza de esta definición, es razonable afirmar que un «engaño» es «bastante» en la medida en que *baste/ tenga suficiente potencial/ sea idóneo* «para producir error en otro» (art. 248.1 CP). No debe perderse de vista que el enunciado no afirma que se considerará bastante únicamente aquel «engaño» que efectivamente cause un «error en otro». Si así fuera, el texto legal limitaría la estafa a su comisión activa (como efectivamente lo hace el modelo italiano). Ahora bien, descartada esa limitación en el precepto español, se hace necesario contar con algún criterio que permita calificar el «engaño» como «bastante», pues de este factor dependerá la tipicidad de la conducta.

Por una decisión legislativa que no parece posible obviar, el juicio acerca del carácter «bastante» del «engaño» utilizado activa u omisivamente por el autor se encuentra unido al concepto de «error». A pesar de que el modo en que se encuentra redactado el art. 248.1 CP pareciera abonar la interpretación de que el «engaño» será «bastante» en la medida en que produzca un «error» en la víctima, si se acogiera tal interpretación únicamente los «engaños» activos admitirían el calificativo «bastante», ya que sólo engañando activamente puede ser producido el error. Por los argumentos ya expuestos se ha desestimado un concepto de «error» de esa índole⁴⁸.

Aquí se propone la interpretación siguiente: el enunciado de la estafa vincula la idoneidad del «engaño» con el «error», concebido éste no como un resultado sino como el baremo conforme al cual se debe efectuar la valoración del potencial engañoso de la información falsa presente en la esfera informativa de la víctima y, de acuerdo con este parámetro de referencia, se debe afirmar o descartar el carácter «bastante» del «engaño» utilizado por el autor. La importancia del baremo «error» para la determinación *ex ante* del carácter «bastante» del «engaño», se demuestra especialmente clara en las tentativas donde la víctima no llega a realizar el acto de disposición patrimonial inducido por la utilización del «engaño». En cambio, la importancia del baremo «error» en los restantes casos –estafa consumada y tentativa a la que únicamente resta el “perjuicio patrimonial” para la consumación— resulta

⁴⁸ *Supra* II.4. A) a) 4. i. En un sentido distinto, concibe el «error» como efecto perlocucionario del comportamiento engañoso del emisor, MAYER LUX, *Die konkludente Täuschung*, 2013, p. 246.

menos evidente. Sin embargo, también el «error» opera como baremo *ex ante* para el segundo grupo de estafas recién mencionado. Tanto es así que precisamente esta vinculación entre el «error»-baremo y el calificativo «bastante» de la *situación de «engaño»*, permite negar (acertadamente) la tipicidad del «engaño» cuando el autor se ha limitado a mentir. Aunque en este caso la utilización de una simple mentira induzca efectivamente a la víctima a la realización de un acto de disposición patrimonial perjudicial, si bien hay «engaño», éste no es «bastante», sino inidóneo. En definitiva, la simple mentira es atípica (no «bastante» *ex ante*) por carecer de la fuerza o potencial engañoso suficiente como «para producir error en otro»⁴⁹.

b) Disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» utilizado por el autor

Hay dos acepciones del verbo *inducir* que guardan relación con la temática que se viene analizando. «1. Instigar, persuadir, mover a alguien» y también como «2. Ocasionar (ser causa)»⁵⁰. Cada una de estas definiciones expresan significados que, al menos preliminarmente, parecen aplicables al enunciado legal de la estafa. Sin embargo, es dudoso que ellas aporten elementos suficientes para determinar lo que el precepto legal pretende regular mediante el verbo *inducir*. Abordando este problema, en la definición 2. el verbo *inducir* consiste en un comportamiento activo y genérico, ya que *inducir* equivale a causar u ocasionar algo “de cualquier modo”. Ahora bien, lo que el art. 248.1. CP designa mediante el uso conjugado del verbo *inducir* —«induciéndolo a realizar un acto»— no parece consistir en la causación de algo sin más o “de cualquier modo”. Por su parte, la definición 1. trata el verbo *inducir* como un comportamiento de fuerte connotación comunicativa y psicológica. Si se combinan ambas definiciones se obtiene una conceptualización del verbo *inducir* como un comportamiento activo, causal y exclusivamente psicológico-comunicativo.

La noción de inducción ha recibido cierto grado de desarrollo en sede de intervención penal. Allí, la doctrina mayoritaria entiende el verbo *inducir* en forma plenamente coincidente con la combinación de definiciones recién expuesta. Parece, pues,

⁴⁹ MAYER LUX es contraria a la utilización del término “mentira” o “simple mentira” por las connotaciones morales y religiosas que —a juicio de esta autora— se asocian a esta palabra. MAYER LUX, *R.C.D.*, 2014, pp.1024. Aquí, sin embargo, se utilizará tal y como hace la doctrina habitualmente. Por otra parte, *vid. Infra*. VI. B) 6., los requisitos excepcionales para que una mentira configure un «engaño bastante».

⁵⁰ En la RAE la voz «inducir» tiene otras dos acepciones que, por su desvinculación con el tema de esta investigación, no son citadas aquí.

oportuno echar un vistazo a esta forma de inducción en Derecho penal, para determinar si sus características y elementos coinciden con los propios de la inducción en el sector específico de la estafa.

En el ámbito de la intervención penal, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias conciben la inducción como un influjo psíquico⁵¹ y causal, que provoca en otro su resolución de realizar un determinado comportamiento. El influjo psíquico puede manifestarse de diversos modos, tales como un consejo, amenaza, provocación, etc. Únicamente realiza la noción de inducción aquella cuya supresión hipotética permite afirmar que su destinatario no habría realizado el comportamiento que el inductor pretendía (criterio de la inducción como *condicio sine qua non*). Y a la inversa, no cabe apreciar inducción cuando se comprueba *a posteriori* que aquél a quien se pretendía inducir ha realizado un comportamiento que de todos modos habría efectuado, con o sin influjo psicológico⁵². Asimismo, cuando el influjo psíquico simplemente refuerza la resolución de su destinatario, tampoco se configura la inducción (inducción fallida). Adicionalmente, la resolución de obrar del inducido debe ser imputable objetivamente al influjo psíquico desplegado por el inductor⁵³. Un factor específico de la inducción como forma de intervención penal es su finalidad, pues el objetivo perseguido es que el inducido realice un determinado comportamiento delictivo a título de autor. En atención a esta finalidad, falta la inducción cuando el influjo psíquico se orienta genéricamente a la comisión de delitos o provoca la intervención del inducido en un delito a un título distinto de la autoría (cómplice, cooperador necesario, etc.). En la estafa, en cambio, la inducción imputable al autor tiene como finalidad que la víctima realice «un acto de disposición» que, respecto de ella, no posee carácter delictivo.

En sede de intervención penal es irrelevante que el inducido conozca o desconozca que su resolución de actuar depende de un influjo psíquico ajeno. La víctima en la estafa, muy por el contrario, necesariamente debe desconocer —o descartar— que su decisión de disponer patrimonialmente deriva del «engaño bastante» que padece

⁵¹ Por todos, MIR PUIG, *P.G.*, 2011, p. 415, n.m. 57. *Cfr.* STS de 2 de diciembre de 2008, ponente Soriano Soriano, J.R., “el inductor es la persona que provoca que otro adopte una resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica antijurídica que no tenía previsto realizar, si no es por la intervención del inductor, que a través de mecanismos psíquicos que inciden sobre el proceso de convicción personal del inducido le han determinado a obrar como lo hizo”.

⁵² MIR PUIG, *P.G.*, 2011, p. 414, n.m. 54.

⁵³ MIR PUIG, *P.G.*, 2011, p. 414, n.m. 55.

y es (o ha sido) utilizado por el autor⁵⁴. Si la víctima de este delito conociera la falsedad de la información patrimonial utilizada por el autor, no cabría afirmar la inducción al acto de disposición patrimonial. Cuando se diera este caso, el conocimiento del «engaño bastante» y su falsedad, llevaría a la víctima potencial a no realizar la disposición patrimonial. Si ella, no obstante su conocimiento del carácter falso de la información engañosa que inicialmente tuvo por verdadera, decidiera igualmente disponer patrimonialmente, el acto de disposición será imputado preferentemente a la víctima, pues estaría asumiendo conscientemente el peligro de perjuicio patrimonial, incluso si lo descartara imprudentemente⁵⁵.

Como ya se ha expresado, el autor de estafa no puede inducir a la víctima de cualquier modo, sino exclusivamente mediante la utilización de un «engaño bastante». Ahora bien, el factor *que propiamente induce a la víctima a realizar la disposición patrimonial perjudicial es la utilización activa u omisiva del «engaño» por parte del autor*. Podría decirse, pues, que la utilización de un «engaño» en la estafa corresponde a una *utilización inductora*. El autor debe valerse de un «engaño» de tal modo que su utilización induzca la realización de una disposición patrimonial perjudicial.

Si se admite que la conducta inductora del autor puede consistir tanto en una utilización activa de un «engaño bastante» como en otra de carácter omisivo, resalta una diferencia fundamental entre el comportamiento inductor de la estafa y el de la intervención penal: mientras el partícipe debe ejercer activamente la inducción — sólo activamente—, en la estafa, en cambio, el autor puede hacerlo activamente (*engañando* = utilización activa de un «engaño») u omisivamente (*sin engañar* = utilización omisiva del «engaño» mediante *silencio*).

Contrariamente a lo que inicialmente pudiera parecer, son pocos los elementos comunes entre la inducción de la estafa y la propia de la intervención penal. Las dos nociones de inducción parecen coincidir sólo en lo referente al criterio de que la inducción es *condicio sine qua non* del comportamiento inducido y en que la resolución de obrar del inducido debe ser imputable objetivamente al comportamiento del inductor. Más allá de estos puntos de convergencia, lo demás son diferencias. Entre estas últimas destaca que la inducción en la estafa no puede

⁵⁴ Vid. *infra* IV.4 C).

⁵⁵ Más detalles sobre esta problemática, *infra* V., en el estudio sobre la tentativa de estafa.

ser caracterizada o reducida a una conducta exclusivamente activa y psicológico-comunicativa, tal y como es concebida la inducción en la intervención penal⁵⁶. Allí se rechaza la inducción por omisión en atención al argumento –convinciente, por cierto— de que no son idénticas la inducción a delinquir y la simple no evitación de la aparición en otro de una resolución delictiva⁵⁷. En cambio, el factor inductor en la estafa conecta con el concreto modo en que es utilizado el «engaño». En la misma medida en que son admitidas la utilización activa y omisiva de un «engaño», son también posibles respectivamente, la inducción activa y omisiva del acto de disposición de la víctima.

El enunciado español requiere que la víctima realice un *acto de disposición patrimonial inducido* por la utilización activa u omisiva del «engaño» por parte del autor. En este sentido, la *disposición patrimonial inducida* podría ser catalogada como un “resultado intermedio” cuya verificación previa a la consumación del delito viene exigida por el precepto penal. Si se considera al *acto de disposición patrimonial inducido* como “resultado intermedio”, como tal podrán aplicársele los juicios *ex ante* y *ex post* al uso en el ámbito de la imputación objetiva. Desde una perspectiva *ex ante*, la utilización activa del «engaño» crea el riesgo de realización de una disposición patrimonial perjudicial inducida (no libre). Por su parte, la utilización omisiva de un «engaño» no crea *ex ante* el riesgo mencionado, pero sí puede desestabilizarlo (normativamente)⁵⁸. Por lo tanto, el enunciado requiere que *ex post*, el riesgo creado o desestabilizado por la utilización activa u omisiva del «engaño» (respectivamente), se realice en un “resultado intermedio” que consiste en la realización de un *acto de disposición patrimonial perjudicial*, el cual debe verificarse antes del resultado «perjuicio patrimonial» requerido para la consumación.

En consecuencia, al *acto de disposición patrimonial inducido* podría aplicársele la noción de “resultado intermedio” que incorrectamente otros han aplicado al «error»⁵⁹, pues el enunciado español manifiesta que el «engaño» utilizado por el

⁵⁶ Representativo de esta concepción, JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 744. La omisión no permite fundamentar el injusto de acción de la inducción.

⁵⁷ MIR PUIG, *P.G.*, 2011, p. 416, n.m. 63. Admiten la inducción por omisión RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, 1972, pp. 851 ss. y STS de 30 enero de 1945.

⁵⁸ Las omisiones no “crean” riesgos penales jurídicamente relevantes. Sí pueden desestabilizarlos, *vid. infra* IV.4 B) b).

⁵⁹ *Vid. infra* VIII.3. A) 2. iii.

autor debe (efectivamente) provocar la realización de un *acto de disposición inducido por la utilización —imputable al autor— de un «engaño bastante»*.

Queda aún por determinar con algo más de precisión cuándo el acto de disposición patrimonial puede ser considerado como un acto *inducido*. El acto de disposición es *inducido* cuando consiste en un acto patrimonial “no libre” en dos sentidos: 1) la influencia ejercida por la inducción condiciona el acto de disposición —criterio de la inducción como *condicio sine qua non*—, ya que, de no mediar la *utilización inductora* por la que el autor *se ha valido de un «engaño bastante» para inducir la realización de un acto de disposición patrimonial perjudicial*, la víctima no habría realizado el acto de disposición⁶⁰; 2) la inducción impide que la disposición sobre el patrimonio protegido penalmente exprese un poder real (económico-personal) de su titular, ya que la carencia total o parcial de información veraz favorece la irracionalidad económica en las decisiones de contenido patrimonial. La información falsa que posee la víctima desorienta su decisión de disponer hasta volverla irracional en términos económicos (carácter perjudicial de la disposición). En definitiva, la utilización del «engaño bastante» —factor inductor de la disposición patrimonial— impide que el acto de disposición pueda ser considerado como genuina expresión de la libertad patrimonial de la víctima, pues dicho acto se ve privado de su racionalidad económica.

Parece conveniente adoptar una posición aún clara respecto de la naturaleza de la vinculación que el precepto legal establece entre la *utilización del «engaño»* y el “resultado intermedio” *disposición patrimonial inducida*. La relación entre ambos extremos podría ser comprendida como una vinculación causal, pero ello supondría concebir el enunciado como una descripción naturalística de un proceso causal. Esta concepción no es compartida en esta investigación, ya que los tipos penales, lejos de constituir descripciones de procesos causales, expresan prohibiciones y mandatos de contenido atributivo o adscriptivo⁶¹. Por lo demás, si en el ámbito de la estafa se entendiera la relación entre *utilización del «engaño»* y la *disposición patrimonial inducida* como una simple conexión causal, ésta únicamente podría afirmarse en la comisión activa del delito de estafa. Parece pues necesario determinar otros factores que, superando consideraciones causal-naturalísticas, permitan afirmar una vinculación relevante normativamente entre el comportamiento inductor del autor

⁶⁰ Es usual este criterio para la afirmación de la inducción en sede de intervención penal.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 460.

del delito —utilización de un «engaño bastante» inductora de una disposición patrimonial no libre— y la *disposición patrimonial inducida*. En realidad, los elementos para solucionar esta cuestión ya han sido abordados: el factor inductor del acto de disposición patrimonial es la utilización activa u omisiva de un «engaño» (*utilización inductora*) y ésta se encuentra vinculada normativamente a la disposición patrimonial cuando el acto de disposición pueda ser calificado como acto *inducido*. Que lo sea depende a su vez de los dos elementos previamente mencionados y que impiden afirmar el carácter libre del acto de disposición: 1) que la *utilización del «engaño»* opere como *condicio sine qua non* de la disposición patrimonial perjudicial, y 2) la irracionalidad económica del acto de disposición atribuible al «engaño» utilizado activa u omisivamente.

c) Disposición patrimonial

Por «disposición» ha de entenderse cualquier acto de entrega, pago, inversión, prestación de servicio, etc. de contenido económico-patrimonial. El precepto legal utiliza la voz «acto» por lo que el castigo de las denominadas disposiciones patrimoniales omisivas presenta inconvenientes respecto del principio de legalidad⁶². Sin embargo, predomina la consideración de que la disposición patrimonial perjudicial puede darse activa u omisivamente⁶³. Como correctivo a la sola exigencia de una relación de causalidad entre el «engaño» y la disposición se sostiene que la disposición patrimonial debe ser posterior al engaño y, adicionalmente, constituir una concreción del riesgo creado previamente por el «engaño»⁶⁴.

La disposición patrimonial debe ser realizada por el engañado, quien es inducido a ejecutarla en virtud de la utilización del «engaño» por parte del autor. La mencionada inducción implica que el engañado desconoce aquella información verdadera que le permitiría llegar a una decisión libre y favorable a los intereses de su propio patrimonio o de uno ajeno. Aquí se entiende por disposición patrimonial no libre aquella disposición realizada en virtud de la inducción ya descrita, sin que sea necesario que el engañado se encuentre incapacitado para disponer según el Derecho extrapenal.

⁶² En Italia, en cambio, se acepta esta posibilidad, *cf.* ANTOLISEI, *P.S.T.I.*, 2002, p. 360.

⁶³ BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental*, 2007, pp. 172-173.

⁶⁴ GALLEGO SOLER, *P.E. T.I.*, 2015, p. 506.

El acto de disposición patrimonial ha de ser idóneo para producir el perjuicio. Se discute si el precepto legal de la estafa requiere una relación de inmediatez entre el perjuicio y la disposición⁶⁵.

d) Perjuicio patrimonial

El perjuicio es un menoscabo para el patrimonio protegido por el tipo de estafa. La disminución del patrimonio no se identifica necesariamente con el enriquecimiento del autor. Conforme al art. 248.1. CP español, el acto de disposición debe ser «en perjuicio propio o ajeno». El concepto de «perjuicio patrimonial» depende del concepto de patrimonio con el que se trabaje. De entre los diversos posicionamientos sobre este asunto particular aquí se comparte la propuesta de PASTOR MUÑOZ. Propone un concepto personal-concreto de patrimonio en el que las valoraciones que emite su titular tienen prioridad por sobre las del mercado. En la configuración del patrimonio se debe tomar en consideración a su titular en la medida en que sus valoraciones resultan intersubjetivamente relevantes en la concreta relación económica en la que toma parte⁶⁶. Por este motivo, «la definición de patrimonio depende de la posición ocupada por su titular en la relación económica»⁶⁷. El patrimonio protegido por el tipo de estafa es un «*poder jurídicamente reconocido* del que goza el titular de una serie de bienes»⁶⁸.

No hay unanimidad respecto de la relación entre la consumación del delito y el perjuicio, pues hay quienes consideran que el menoscabo patrimonial debe haberse

⁶⁵ Contrario, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental*, 2007, p. 176; en Alemania predomina la exigencia de inmediatez, *cf.* KINDHÄUSER, *B.T. II*, 2014, §27, n.m. 40; MITSCH, *B.T. II*, 2015, p. 296; OLG Frankfurt, *MMR* 2011, 270(272); SEELMANN, *JuS*, 1982, pp. 749. La consecuencia de la ausencia de inmediatez entre disposición patrimonial y perjuicio, *infra* X.2 D) 2.2.2.

⁶⁶ La doctrina mayoritaria española postula una concepción mixta —económico-jurídica— sobre el patrimonio. De acuerdo con esta visión, forman parte del patrimonio protegido por el tipo de estafa todos los bienes con contenido económico que posean alguna clase de reconocimiento jurídico, *cf.* SOLER GALLEGO, *P.E. T.I.*, 2015, p. 502.

⁶⁷ PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, p. 76.

⁶⁸ Sólo se protege este *poder* en la medida en que su titular persiga fines reconocidos por el Derecho. Por tanto, no es posible apreciar perjuicio patrimonial cuando lo frustrado son fines ilícitos. A continuación establece un filtro procedimental para determinar la relevancia intersubjetiva del factor personal del titular en la definición del propio patrimonio: el patrimonio se personaliza en un primer nivel cuando su titular ocupa una determinada posición en una relación económica estándar ya que se asumen los fines inherentes a esa posición; se da un segundo nivel de personalización cuando los intervinientes en la relación la desestandarizan «de modo vinculante en el contexto de la interacción». Los fines propios de una posición —primer nivel de personalización— se determinan a partir de la concreta clase de relación económica. Los fines que se dan en el segundo nivel de personalización sólo serán configuradores del patrimonio en la medida en que hayan sido expresados en la relación económica en forma vinculante, *cf.* PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, pp. 79, 84.

producido efectivamente para poder considerar consumado el delito de estafa y, en sentido inverso, cierta jurisprudencia entiende que para la consumación basta con que el acto de disposición sea idóneo para provocar el perjuicio⁶⁹.

La víctima del delito de estafa es el titular del patrimonio perjudicado. La víctima y el engañado-disponente pueden coincidir en un mismo sujeto. Cuando no se da esta coincidencia tiene lugar la estructura de una estafa en triángulo, frecuente en supuestos en los que quien se encuentra en situación de «engaño» es un empleado (bancario, por ejemplo) y quien sufre el perjuicio patrimonial es la empresa para la que trabaja el engañado (Banco).

e) Dolo y ánimo de lucro

Los elementos subjetivos de este delito sólo serán tratados tangencialmente. Baste simplemente afirmar que el precepto penal sólo menciona expresamente el ánimo de lucro del autor y que, por aplicación de las reglas generales de interpretación de los tipos penales, la estafa corresponde a un delito doloso. En esta investigación se adopta un concepto cognoscitivo del dolo⁷⁰. Desde esta perspectiva, el dolo directo o dolo eventual en la estafa⁷¹, consiste en un proceso de atribución de conocimiento al autor que debe abarcar la *utilización activa u omisiva de una situación de «engaño bastante»* y la *inducción a la realización de una disposición patrimonial perjudicial* en virtud de la utilización del «engaño»⁷².

⁶⁹ BGH 19 343, §253 RN 23.

⁷⁰ JAKOBS, P.G., 1997, pp. 315 ss, nn.mm. 5-14 ss. KINDHÄUSER, A.T., 2013, §13, nn.mm. 2-3; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 255 ss. Para FRISCH, el objeto del dolo es sólo la conducta típica y no el resultado, pues éste no se ha producido cuando se realiza el comportamiento. En sentido contrario, el dolo en sus diversas modalidades requiere conocimiento y voluntad, RGSt 70, 257 (258); BGHSt 19, 295 (298); BGH NSTz 1988, 175; MIR PUIG, P.G., 2011, pp. 269-275, en especial el n.m. 100; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, P.G., 2015, pp. 284-286; ROXIN, P.G. I, 1997, §12, nn.mm. 4-5.

⁷¹ Es generalizada la admisión de ambas clases de dolo en la estafa, *cfr.* SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 165; RG 49 29, BGH MDR/D 75; *vid. infra* VIII.3. A) 2. ii.

⁷² Se sigue en esta investigación la propuesta de RAGUÉS I VALLÈS sobre el dolo como la atribución a una persona de un determinado grado de conocimiento. Según este autor, la atribución del dolo requiere poder imputar a un sujeto el correcto conocimiento de la *situación en la que actúa* («conocimiento situacional»). Para la imputación del dolo debe distinguirse entre dos posibles escenarios. 1) Que el sujeto lleve a cabo un comportamiento especialmente apto para producir un determinado resultado lesivo conociendo la peligrosidad genérica de su conducta y contando también con un perfecto «conocimiento situacional». En esta primera variante se le puede imputar dolo, pues el sujeto conoce la concreta aptitud de su conducta para realizar el comportamiento típico. 2) Que el sujeto haya realizado una conducta peligrosa, pero neutra en lo que dice relación con su aptitud para realizar un comportamiento típico. Sólo podrá serle imputado el conocimiento de la aptitud lesiva si, junto a un conocimiento abstracto de la peligrosidad y a un correcto «conocimiento situacional», concurriera además la circunstancia de que la «dinámica comisiva hace impensable que el sujeto no haya integrado los factores que conocía aisladamente en un juicio de concreta aptitud lesiva». Si bien

Es usual considerar el ánimo de lucro como la persecución de un beneficio patrimonial para el autor o para un tercero. Sin embargo, es posible interpretar este elemento subjetivo en forma amplia, esto es, como la finalidad de obtener cualquier clase de utilidad o provecho, sin que sea necesario su carácter económico. De modo análogo a la atribución de conocimiento propia del dolo, el autor del delito organiza su comportamiento con ánimo de lucro cuando pueda atribuírsele el conocimiento de que su organización dolosa beneficiará a su patrimonio o el de un tercero.

Finalmente, el CP no ha previsto una figura de estafa imprudente por lo que si ésta se diera —lo cual es perfectamente concebible en el plano estructural— se trataría de una figura impune.

RAGUÉS I VALLÈS agrega otras circunstancias para atribuir dolo en 2), la citada parece abarcar las demás, *cfr.* RAGUÉS I VALLÈS, *El Dolo*, 1999, pp. 521-523.

II.5. EL TIPO LEGAL DE ESTAFA EN CHILE

En el caso chileno, el legislador ha optado por tipificar diversas modalidades de estafa, renunciando a una descripción general del comportamiento típico. Bajo el epígrafe de las “estafas y otros engaños” se encuentra un número importante de artículos en los que predomina el recurso a la casuística. Al referirse al comportamiento típico de la estafa en Chile, la doctrina distingue una figura principal (artículo 468), otras estafas especiales –por ejemplo, la “entrega fraudulenta”, las “remuneraciones supuestas a empleados públicos”, etc.— y, finalmente, una figura residual (artículo 473)⁷³. El examen de los artículos correspondientes a la figura principal y residual puede resultar de interés por su acusada diferencia con los preceptos legales previamente analizados.

(Figura principal) Artículo 468 CP Chile. Comete el delito de estafa «[...] el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante».

(Figura residual) Artículo 473 CP Chile. Comete asimismo el delito de estafa «El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo [...]».

El denominador común de muchas de las estafas especiales y de las dos aquí citadas –principal y residual— es el empleo del verbo *defraudar*, siempre vinculado al elemento típico «engaño». Así, en la figura principal es posible defraudar realizando las alternativas que allí se enumeran o «valiéndose de cualquier otro engaño semejante». Por su parte, la figura residual establece que el comportamiento *defraudar* puede ser realizado «usando de cualquier engaño» que no se enmarque en los artículos anteriores, los cuales se limitan a ejemplificar modos diversos en los que es posible defraudar.

Sorprende la enorme influencia de un autor de ese país, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY a nivel doctrinal y jurisprudencial. Sus opiniones, muy respetables por cierto, son

⁷³ BALMACEDA HOYOS, *P.E.*, 2014, p. 381; GARRIDO MONTT, *P.E.*, 2008, p. 327. Algunos autores clasifican de otro modo los diversos tipos de estafa, sin que ello posea consecuencias prácticas relevantes, *v.gr.* POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *P.E.*, 2004, pp. 412 ss., consideran el artículo 473 como la figura básica y el 468 (más otros muchos) constituyen “estafas especiales”; una tercera sistematización en ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *P.E.*, 1999, p. 406.

reproducidas en fallos jurisprudenciales como si se tratara de la misma ley penal⁷⁴. Este autor considera que la estafa del artículo 468 (figura principal) no admitiría comisión por omisión ya que el «engaño» o simulación de ese precepto consiste en una *mise en scène*. La figura residual del artículo 473, por su parte, requiere un «engaño» no comprendido entre las estafas anteriores⁷⁵ que supere el potencial engañoso de una simple mentira. Por esta vía, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias subsumen la comisión por omisión de estafa en el artículo 473⁷⁶. En todo caso, se requiere que el sujeto que «calla» se encuentre sometido a un deber jurídico de decir la verdad o de disipar el error de la víctima⁷⁷.

A pesar de la farragosa técnica legislativa chilena, es posible afirmar que el comportamiento típico del delito de estafa se corresponde en lo fundamental con la estructura presente en las estafas alemana y española: la *utilización de un «engaño»*. De acuerdo con el CP de Chile, el autor defrauda «valiéndose de cualquier otro engaño semejante» (artículo 468 CP) o, en términos prácticamente idénticos «usando de cualquier engaño» (artículo 473 CP). En consecuencia, de modo análogo a la regulación española y alemana, la chilena no presenta obstáculo alguno para interpretar que la *utilización del «engaño»* puede ser activa (*engañar a otro*) como omisiva (*utilizar un error preexistente mediante un silencio que nada transmite en el plano comunicativo*).

En ese país sigue predominando actualmente la concepción de la estafa como delito de medios determinados al modo en que ANTÓN ONECA lo propuso: «*engaño*» (*activo*) → *error* → *disposición patrimonial* → *perjuicio patrimonial*, sin perjuicio del precario fundamento legal que en Chile cabe otorgar a esta pre-comprensión sobre la estafa. Es curioso constatar que la concepción tradicional de la estafa allí se

⁷⁴ En materia de estafa por omisión, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique de 27 de diciembre de 2007 [Ról 129-07].

⁷⁵ La referencia alude a la figura principal de estafa y las demás estafas especiales. Como ya he explicado, la figura principal requiere, siempre según ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, un ardid o puesta en escena. Las estafas especiales, por su parte, exigen un engaño activo que no necesariamente ha de ser una puesta en escena.

⁷⁶ BALMACEDA HOYOS, *P.E.*, 2014, p. 381. Este autor explica acertadamente el comportamiento omisivo en este delito. «El engaño que se basa en una omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad: Esta es una forma omisiva de engañar y que, como tal, sólo puede cometer quien está obligado a decir la verdad, generalmente, para sacar de su error a otro. Aquí lo que se hace es mantener el error». Su explicación se enmarca en el citado artículo 473. Por su parte, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *P.E.*, 1999, p. 396, tratando igualmente sobre el artículo 473, señala «En cuanto al problema del silencio o reticencia como forma de simulación [...] el mero silencio no es suficiente, pero, acompañado de apariencias externas o ciertas circunstancias jurídicas excepcionales, puede bastar para constituir simulación». Para este autor simulación y engaño son sinónimos.

⁷⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *P.E.*, 1999, p. 422.

compatibiliza, o al menos eso se pretende, con una tímida, pero generalizada admisión de la estafa por omisión⁷⁸.

⁷⁸ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *P.E.*, 1999, pp. 391-392, 397 (sigue expresamente a ANTÓN ONECA). En el mismo sentido, GARRIDO MONTT, *P.E.*, 2008, p. 332. BALMACEDA HOYOS, *P.E.*, 2014, p. 384 también cita textualmente la definición de estafa de ANTÓN ONECA y da buena cuenta del predominio de su visión en Chile; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *P.E.*, 2004, p. 418, exponen la teoría tradicional de los elementos concatenados causal y cronológicamente que, al parecer, comparten.

II.6. EL TIPO DE ESTAFA COMO PRECEPTO LEGAL: CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

Se pone término al primer paso metodológico de esta tesis doctoral —el tipo de estafa como precepto legal— mediante la proposición de algunas conclusiones y reflexiones relevantes para el desarrollo posterior de esta investigación.

A) PRIMERA CONCLUSIÓN

Los enunciados legales de las estafas alemana, española y chilena no excluyen el comportamiento típico omisivo. El precepto italiano, en cambio, admite únicamente la realización activa.

1. La interpretación dominante del precepto alemán denomina «engaño» a un supra-concepto doctrinal que agrupa las diversas modalidades de realización típica de la estafa. El «engaño» abarca variantes de comisión activa que pueden ser reconducidas a la acción *engañar*⁷⁹ y una alternativa omisiva consistente en *mantener un error preexistente mediante una omisión por la que son ocultados hechos verdaderos*. Esta última modalidad corresponde a una omisión en la medida en que exista un deber de informar y el error no haya sido previamente provocado activa y dolosamente por el autor. Éste se limita a mantener el error mediante su abstención de informar en circunstancias tales que el contexto no otorga a su *silencio* un valor de mensaje engañoso (activo). La legislación alemana no limita la estafa a su realización activa, pues su enunciado legal comprende una variante omisiva.

2. En los enunciados español y chileno emplean la voz «engaño». La interpretación de sus preceptos legales permite sostener que el comportamiento que debe realizar el autor no se corresponde exactamente con la acción *engañar a otro*. El autor de estafa debe *utilizar (usar) un «engaño»*. Aunque pudiera parecer una afirmación tautológica, “el autor utiliza activamente un «engaño» cuando *engaña a otro*”. Adicionalmente, el autor puede también *utilizar un «engaño» omisivamente* si se admite que el término legal «engaño» designa la situación de «engaño» presente en el acervo informativo del disponente. Si el autor se encuentra especialmente obligado a proporcionar al engañado la información verdadera capaz de contrarrestar su «engaño», aquél puede *utilizar omisivamente* el «engaño» mediante un *silencio* que no transmita mensaje alguno.

⁷⁹ Las modalidades activas de «engaño» consisten en que el autor provoca el error de la víctima mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultación (activa) de hechos verdaderos.

En consecuencia, y sin perjuicio de explicaciones ulteriores, los enunciados legales español y chileno no excluyen la posibilidad de que el delito de estafa sea cometido por omisión. Esta afirmación se fundamenta en una concepción del «engaño» como aquello que el autor *utiliza (usa) activa u omisivamente*.

3. Carece de fundamento la afirmación apriorística y de carácter general de que el comportamiento prohibido por el delito de estafa consistiría únicamente en el despliegue activo del verbo *engañar*. Si bien se trata de una aseveración ampliamente difundida, ella es susceptible de falsación si, como aquí, se analizan preceptos penales concretos de este delito. Este análisis exige superar las pre-comprensiones y argumentos de autoridad que hasta ahora permean la tradicional reducción de la estafa a su realización activa. Como mecanismo de superación de estos problemas que contaminan la reflexión acerca del comportamiento típico deben interpretarse en primer lugar los preceptos penales y sólo después determinar si efectivamente sus enunciados restringen o no el comportamiento típico a una determinada modalidad de comisión. De acuerdo con este criterio procedimental, aquí se ha llegado a concluir la imposibilidad de una estafa por omisión en Italia, pues su enunciado legal no deja margen alguno para la omisión en la estafa o, con más precisión, no tiene cabida la *utilización omisiva de un error no provocado por el autor*. El comportamiento del autor en el precepto italiano sólo puede configurarse mediante un comportamiento engañoso y activo, pues sólo esta clase de conducta se encuentra en condiciones de *inducir (provocar) un error en otro*. En cambio, como se ha explicado *infra*⁸⁰, los enunciados legales de las estafas alemana, española y chilena no excluyen la realización omisiva del comportamiento típico.

B) SEGUNDA CONCLUSIÓN

Es posible formular la estructura fundamental del comportamiento del autor en las estafas alemana, española y chilena

1. La estafa es un delito que requiere el aporte organizativo del engañado, pues éste debe realizar un «acto de disposición». Sin embargo, por ahora, el estudio sobre el precepto legal del delito se centra en la estructura fundamental del comportamiento del autor.

⁸⁰ II.6.

2. Las estafas alemana, española y chilena poseen como rasgo común su posible configuración activa y omisiva. En el caso español y chileno, es fácil advertir que sus modalidades activas y omisivas responden a una idéntica estructura fundamental del comportamiento delictivo del autor: *la utilización activa u omisiva de un «engaño»*. Sin embargo, aún no se ha analizado si el comportamiento del autor de la estafa alemana activa y omisiva encuentra su estructura fundamental en la *utilización de un «engaño»*.

3. En cuanto a la variante activa de este delito, el §263 StGB dispone que el autor de estafa debe provocar activamente un error o, como alternativa, mantener activamente un error. Ambas alternativas activas están vinculadas, con carácter necesario, a tres conductas posibles: la simulación de hechos falsos, la deformación de hechos verdaderos y, finalmente, la ocultación de hechos verdaderos. Son éstas y sólo éstas las conductas por las que el autor puede activamente provocar o mantener un error: la simulación activa, la deformación activa y la ocultación activa. La cuestión que ahora corresponde plantear es si los comportamientos activos de provocación o mantención de un error, realizados mediante simulación, deformación u ocultación activas, responden a la estructura fundamental de la *utilización de un «engaño»*. Esta formulación estructural no es del todo ajena a la interpretación alemana mayoritaria, pues el supra-concepto «engaño» comprende las dos variantes activas (provocación y mantención de error) y sus tres alternativas, también activas, de realización típica. Si todo este conjunto de variantes y alternativas comisivas constituye el «engaño» y el sujeto activo de la estafa alemana, «con el ánimo de obtener para sí o para un tercero», realiza activamente alguna de estas combinaciones activas previstas por el enunciado, parece posible sostener que el autor *utiliza activamente un «engaño»* para cometer el delito de estafa. Por lo tanto, y de modo análogo a lo afirmado respecto de las estafas activas española y chilena, el enunciado alemán permite sostener que la estructura fundamental del comportamiento de su autor activo consiste en *utilizar (activamente) un «engaño»* y, en consecuencia, aquél ejecuta el comportamiento típico mediante la realización activa del verbo *engañar*.

4. Por su parte, la modalidad omisiva del enunciado alemán consiste en la *mantención de un error preexistente mediante la ocultación omisiva de hechos verdaderos*. Es ésta la única figura omisiva del precepto alemán ya que su otra variante —provocación de error— y sus tres alternativas de realización típica poseen necesariamente un sentido activo, ya que sólo puede ser provocado un error en virtud de una conducta

con sentido activo⁸¹. A continuación, surge la pregunta de si, en este caso, la modalidad omisiva de la estafa alemana responde, como la activa, a la estructura fundamental *utilización de un «engaño»*. Nuevamente, la respuesta es afirmativa ya que el obligado a informar que *oculta omisivamente hechos verdaderos para así mantener una situación de error que previamente afecta a la víctima*, no hace otra cosa que *utilizar omisivamente —mediante silencio— un «engaño» preexistente* a cualquier otra intervención activa engañosa (dolosa) del mismo autor del delito.

5. Si los enunciados legales alemán, español y chileno de la estafa se interpretan prescindiendo de un concepto de «engaño» preconcebido como *engañar*, es perfectamente posible sostener que la conducta del autor de estafa consiste fundamentalmente en la *utilización activa u omisiva de un «engaño»*. Lo anterior, resumidamente, se debe a dos factores principales. En primer lugar, el verbo rector del delito —referido al comportamiento del autor— no es *engañar*, sino *utilizar un «engaño»*. En segundo lugar, no hay elemento alguno en estos preceptos que obligue a restringir la *utilización del «engaño»* a su modalidad activa ni a excluir la posibilidad de una *utilización omisiva de un «engaño»*.

Previamente se constató que el texto italiano que regula la estafa excluye la utilización omisiva del «engaño»⁸². Esta afirmación tiene importancia, pues confirma que la interpretación de los preceptos legales —primer paso metodológico—, establece un marco irrenunciable. En el caso italiano, la *utilización típica del «engaño»* debe provocar (activamente) el error de la víctima y, por ello, la formulación más abstracta de la estructura fundamental del comportamiento (segundo paso interpretativo), no puede ampliar las variantes de realización típica e incluir una omisiva. Esta inclusión supondría ir más allá del sentido literal posible del precepto legal italiano.

6. Aunque pudiera parecer un mero juego de palabras, lo habitual será que el autor de este delito *estafe engañando*, o con mayor precisión, *utilice un «engaño» mediante su realización activa*. Sin embargo, es también posible que el autor *estafe sin engañar*, o más precisamente, *utilice omisivamente un «engaño» presente en la esfera informativa de la víctima* en virtud de un factor distinto a la previa realización dolosa de una acción engañosa por parte del mismo autor. Lo peculiar de esta segunda alternativa, es que el «engaño» de la víctima preexiste a su utilización. En este caso,

⁸¹ Engaño activo expreso o concluyente, *vid. infra* VIII.1. B).

⁸² Artículo 640 CP Italia «El que, con artificios o insidias, induciendo a alguno a error [...]».

si el autor se encuentra especialmente obligado a proporcionar la información veraz que contrarrestaría el «engaño» de la víctima, y no obstante ello, se abstiene de informarle en un contexto en el que su *silencio* no transmite mensaje alguno, puede el autor *utilizar omisivamente el «engaño» preexistente*. Cuando se configura de este modo la *utilización omisiva de un «engaño»*, si bien es correcto afirmar que el autor ha cometido el delito de estafa o *ha estafado a la víctima*, no puede sostenerse que el autor la haya *engañado*. En los supuestos de omisión, el autor del delito *estafa sin engañar*.

7. La conducta que cabe calificar como activa u omisiva es la *utilización de un «engaño bastante»*. El «engaño» designa la presencia de una información falsa en un acervo informativo y su calificativo «bastante», se refiere a la idoneidad *ex ante* del «engaño» para generar la convicción de su veracidad, a pesar de su falsedad. Sólo cuando el autor *utiliza activamente el «engaño»* aquel realiza la conducta *engañar a otro*.

8. La formulación estructural de los comportamientos del autor y del engañado en la estafa posee un incipiente nivel de abstracción conceptual. Esta característica no le resta valor como expresión resumida de los medios o elementos que los textos legales han vinculado de modo necesario con ambos comportamientos. La formulación estructural supera el análisis puramente textual, pues asume los conceptos obtenidos en el primer paso interpretativo. De este modo, las formulaciones de la estructura fundamental del comportamiento delictivo de estafa expresan con fidelidad los elementos que el legislador requiere como “medios determinados” para el desarrollo del comportamiento típico y la obtención del resultado. En definitiva, los “medios determinados” del delito coinciden con los elementos que conforman su estructura fundamental⁸³.

9. El estudio del *tipo de estafa como precepto legal* permite afirmar que las proposiciones “la estafa es un delito de medios determinados” y “no es posible la comisión por omisión de una estafa” no se encuentran inexorablemente vinculadas. La estafa es, efectivamente, un delito de resultado de “medios determinados”, pero los enunciados legales analizados y su estructura objetiva fundamental se encuentran abiertas a la comisión por omisión⁸⁴.

⁸³ Vid. *Infra* X.1. B) 8.

⁸⁴ Con la excepción de la *Truffa* en Italia.

III. SEGUNDO PASO METODOLÓGICO: EL TIPO DE ESTAFA COMO CATEGORÍA SISTEMÁTICA

III.1. TOMA DE POSICIÓN EN LA “CUESTIÓN NORMOLÓGICA”

No corresponde al objeto de esta investigación un desarrollo pormenorizado sobre las diversas teorías de las normas jurídicas, en general, ni de las normas jurídico-penales, en particular. No obstante, resulta imprescindible asumir una posición clara al menos en lo que dice relación con la naturaleza, destinatarios y contenido de las normas jurídico-penales. Ello aportará un mínimo aparato conceptual para la fundamentación normológica de las modalidades que admite la comisión del delito de estafa.

Los enunciados legales, por ejemplo «Cometen estafa los que [...]»⁸⁵ son conjuntos de signos lingüísticos que por sí solos no configuran una norma de conducta jurídico-penal. Entre los enunciados legales y las normas existe una estrecha relación, tanto es así que las normas jurídico-penales «son el sentido, el mensaje prescriptivo que se desprende de tales enunciados legales»⁸⁶. La norma jurídico-penal es concebida aquí como una directiva de conducta que “dialoga” con sus destinatarios. A la vez, y sin que exista incompatibilidad con lo anterior, la norma expresa también una expectativa institucionalizada⁸⁷. Esta segunda dimensión de la norma aporta el contenido de la directiva de conducta. Por lo tanto, la infracción de una norma de conducta por parte de un sujeto sólo podrá dar lugar a una sanción cuando la infracción desestabilice expectativas y sólo en la medida en que lo haga⁸⁸.

Lo que vincula los enunciados legales y las normas jurídico-penales es una relación de sentido y no una relación meramente lógica. El enunciado legal se relaciona social y psicológicamente con contenidos que pueden ser expresados como *prohibido estafar; no estafes; no utilices un «engaño bastante» que induzca la realización de una disposición patrimonial perjudicial*, etc. Esta clase de juicios o mensajes manifiestan el contenido de una norma propia de un determinado enunciado⁸⁹, si dicho contenido guarda una *relación de sentido* con el enunciado. Si bien la distinción entre

⁸⁵ Art. 248 CP español, «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 506. Incluso la norma secundaria resulta de una combinación de varios enunciados legales, de tal manera que ni siquiera ésta debe considerarse formulada expresamente en el enunciado legal destinado al juez (p. 507, n. 8).

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, pp. 36-38.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 38.

⁸⁹ Se alude a la norma primaria.

norma y enunciado legal es de naturaleza conceptual, una y otra no son idénticas, pues difieren «en cuanto a su momento de surgimiento, contenido o naturaleza»⁹⁰.

Existe un amplio consenso doctrinal por el que se distingue entre normas jurídico-penales primarias y secundarias⁹¹. Las normas primarias se caracterizan por tener como destinatario al ciudadano, a quien prohíben la comisión de delitos. Por su parte, el destinatario de las normas secundarias es el juez, a quien la norma dirige un mensaje expresado en términos hipotéticos y le obliga a imponer una sanción penal ante los comportamientos delictivos que conozca judicialmente⁹². La norma de sanción, destinada a los jueces, tiene como presupuesto de aplicación no sólo la infracción de una directiva de conducta sino, además la defraudación de una expectativa institucionalizada que no logra ser re-estabilizada mediante mecanismos alternativos⁹³.

Las normas primarias dirigidas al ciudadano pueden ser de mandato o de prohibición. La distinción entre el mandato y la prohibición no es una cuestión meramente terminológica ya que no se reduce a un simple análisis sobre la formulación expresada en el texto legal. A continuación, se señalan los factores que diferencian una y otra clase de norma. En un sentido material, las normas primarias de prohibición pretenden impedir que sus destinatarios *irrumpan* en una esfera jurídica ajena de bienes jurídicos protegidos penalmente. En cambio, el sentido material de las normas primarias de mandato –su pretensión normativa– es que sus destinatarios realicen prestaciones positivas de salvaguarda de bienes jurídicos ajenos cuya protección se encuentra garantizada por el Derecho penal. Es habitual que las normas primarias prohibitivas adopten una forma igualmente prohibitiva y que el supuesto de hecho de la norma secundaria correspondiente sea formulado positivamente, así, por ejemplo, «[...] el que defraudare a otro»⁹⁴. Por su parte, las normas primarias preceptivas o de mandato suelen poseer una forma de mandato y, cuando esto es así, el supuesto de hecho de la

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 510. No se debe sustituir la norma jurídico-penal por una representación social o profana acerca de lo jurídico (p. 523).

⁹¹ En adelante, simplemente normas primarias y normas secundarias o de sanción. Son numerosas e interesantes las cuestiones que plantea la normología jurídica. Entre ellas, destaca el debate acerca de la naturaleza de la norma (si ésta puede considerarse como algo específicamente “jurídico-penal”) y en lo que se ha venido a llamar el “problema del destinatario de la norma”. En cuanto a este segundo problema, hay voces que consideran que el destinatario es únicamente el juez y en caso alguno el ciudadano, *cf.* SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1989, pp. 419 - 425.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, pp. 505-506.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 38.

⁹⁴ Art. 468 CP Chile (delito de estafa, figura básica).

norma secundaria adopta, por regla general, una formulación negativa de la clase “el que no...”⁹⁵.

Se finaliza esta breve toma de posición mencionando una idea relevante para el análisis normológico que se expone a continuación. Es posible que una norma primaria de mandato exprese materialmente el sentido normativo de un enunciado legal cuyo supuesto de hecho esté formulado positivamente en la norma secundaria. En este caso, la pretensión material de regulación –norma primaria— no sería única, sino doble o dual. Lo anterior implica admitir que un mismo precepto legal puede contener una norma primaria de prohibición y otra norma primaria de mandato. Esta última cuestión presenta especial interés para el delito de estafa y su posible comisión por omisión.

⁹⁵ Es posible que una norma primaria materialmente prohibitiva se exprese en forma de mandato de alguna de las conductas alternativas. Asimismo, es posible que una norma primaria materialmente de mandato se exprese formalmente como prohibición de todas las conductas alternativas, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 524.

III.2. NORMOLOGÍA DEL DELITO DE ESTAFA

El estudio previo de algunos preceptos legales de la estafa permitió concluir que el verbo típico referido al comportamiento del autor y los medios de ejecución a él vinculados no excluyen su realización omisiva. La misma conclusión se obtuvo al formular la estructura común del comportamiento del autor, presente en todos los enunciados analizados: la *utilización típica (activa u omisiva) de un «engaño»*. La utilización activa supone el despliegue del comportamiento *engañar a otro*. Por su parte, la utilización omisiva consiste en mantener y aprovechar (usar) una situación de «engaño» presente en la esfera informativa de la víctima en virtud de un factor distinto de la realización dolosa de una acción engañosa por parte del autor.

El estudio del tipo de estafa como *categoría sistemática* se sitúa en un segundo nivel analítico orientado a la identificación de las normas primarias materiales subyacentes al enunciado legal de este delito. Lo anterior puede ser expresado como un interrogante. El precepto penal del delito de estafa, ¿posee exclusivamente una norma prohibitiva o, adicionalmente, otra norma de mandato (preceptiva)?⁹⁶. Es fácil reconocer que en el precepto legal de la estafa subyace una norma primaria materialmente prohibitiva. Como es usual en esta clase de preceptos, su respectiva norma secundaria posee un supuesto de hecho formulado positivamente, por ejemplo, «[...] los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro [...]»⁹⁷. Tratándose de la estafa, el comportamiento prohibido por la norma primaria es *la utilización —dolosa y con ánimo de lucro— de un «engaño bastante» que induzca la realización de una disposición patrimonial perjudicial*.

La norma primaria prohibitiva, como directiva de conducta, dirige al ciudadano un mensaje cuyo contenido puede ser formulado como *no estafes* o, con mayor precisión, *no irrumpas en una esfera jurídica ajena mediante la utilización de un «engaño bastante» que induzca la realización de un acto de disposición patrimonial perjudicial*. Esta norma prohíbe a los ciudadanos la utilización de un «engaño bastante» como modo de irrumpir informativamente en una esfera de organización ajena. El destinatario de la norma primaria que prohíbe estafar es el ciudadano desvinculado del patrimonio de la víctima potencial de estafa. En este sentido, y

⁹⁶ Acerca de esta posibilidad general (no referida concretamente al delito de estafa), SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 459.

⁹⁷ Artículo 248.1 CP España.

aunque parezca una perogrullada, de la sola pertenencia a la Sociedad no derivan posiciones especiales de deber en favor de potenciales víctimas del delito de estafa.

El destinatario de la norma primaria de conducta puede infringir activamente la prohibición penal de estafar realizando la acción *engañar a otro* mediante la *utilización activa de un «engaño bastante»*. Esta infracción activa realiza cabalmente la idea de una *irrupción* en una esfera jurídica ajena mediante la *utilización de un «engaño bastante»*. A continuación, corresponde analizar desde la perspectiva normológica si el delito de estafa admite la comisión por omisión.

La comisión omisiva de un delito como la estafa requiere que, junto a la norma primaria prohibitiva dirigida a todo ciudadano, coexista otra norma de carácter preceptivo o mandato, destinada a determinados sujetos especialmente responsables⁹⁸. Excepcionalmente, ciertas personas se vinculan a otras como garantes de la veracidad de la información patrimonial que poseen otros. Cuando el deber de proporcionar información veraz —deber de veracidad— es integrado inequívocamente en la esfera de organización del garante, éste queda obligado a evitar o neutralizar las situaciones de «engaño» que afecten al beneficiario, siempre y cuando sean patrimonialmente relevantes⁹⁹. Los deberes de evitación y neutralización de situaciones de «engaño» ajenas comparten una misma finalidad: conjurar el riesgo de una disposición patrimonial inducida por «engaño». Sólo se encuentra obligado a conjurar este riesgo quien se haya sometido al deber jurídico-penal de veracidad en favor del potencial engañado.

Quienes excepcionalmente hayan integrado deberes de veracidad en su propia esfera de organización cumplen su deber impidiendo que el «engaño» ingrese en el acervo informativo protegido —*evitación de un «engaño»*— o, cuando el «engaño» ya se ha hecho presente en dicho acervo, proporcionando la suficiente y oportuna información veraz que lo contrarreste —*neutralización de un «engaño»*—. La evitación y la neutralización de un «engaño» constituyen las dos alternativas de cumplimiento de deberes de veracidad.

Existen buenas razones para considerar que el delito de estafa y sus normas jurídico-penales no sólo pretenden regular comportamientos realizados por ciudadanos destinatarios de la norma primaria prohibitiva. Dentro del ámbito normativo que el

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 461-462.

⁹⁹ *Infra* VIII.4.

precepto penal de la estafa pretende regular se encuentran los comportamientos realizados por garantes sometidos a deberes de veracidad. El sentido literal posible del texto legal permite sostener que a la estafa interesa el comportamiento activo del garante por el cual éste infringe su deber de veracidad («*engaño*» activo o *utilización activa de un «engaño»*) y también su eventual conducta omisiva infractora de un deber de veracidad (*utilización omisiva de un «engaño»*). Únicamente el garante de veracidad puede incurrir en esta última modalidad infractora de la prohibición penal de estafar. Se trata de una infracción omisiva que consiste en la “no entrega oportuna de información suficiente para evitar o neutralizar la presencia de un «engaño bastante» en el acervo informativo del beneficiario de la protección del garante”. Respecto de la infracción omisiva del garante de veracidad, podría parecer poco claro que ésta constituya una *utilización de un «engaño»* prevista por el tipo. Sin embargo, ello es perfectamente posible en la medida en que: 1) pueda atribuirse al garante un conocimiento cierto o altamente probable de que infringe omisivamente un deber de veracidad; 2) pueda serle atribuida la misma clase de conocimiento sobre el potencial perjudicial patrimonial del «engaño» no evitado o neutralizado por él; y finalmente, 3) pueda imputarse al autor el conocimiento de que su infracción omisiva generará un beneficio para su patrimonio o el de un tercero. Al concurrir todas estas condiciones, el garante de veracidad *utiliza típica y omisivamente* el «engaño» presente en el acervo informativo de la víctima.

Una valoración de conjunto sobre las consideraciones normológicas previas permite afirmar que en la estafa coexisten dos normas primarias. Una prohibitiva ya explicada en lo fundamental y otra norma primaria de mandato dirigida exclusivamente a garantes de veracidad. La norma primaria preceptiva de estafa y su mensaje —*informa verazmente; evita o neutraliza el «engaño»*— reflejan la pretensión de regulación de su enunciado legal, pues el garante de veracidad que infringe esta directiva de conducta realiza el comportamiento propio del autor del delito. Es posible sostener lo anterior en la medida en que su *silencio utilice omisivamente* un «engaño» previamente presente en el acervo informativo del disponente. Para ello es imprescindible que se cumplan las condiciones recién señaladas¹⁰⁰ por las que el

¹⁰⁰ Se requiere que 1) sea posible atribuir al garante el conocimiento cierto o eventual de que infringe un deber de veracidad; 2) le sea atribuible un conocimiento cierto o eventual del potencial perjudicial patrimonial del «engaño» que no evita o neutraliza; y finalmente, 3) que el omitente se valga de su infracción en circunstancias que permitan atribuirle el conocimiento de que obtendrá un lucro para sí o para un tercero en virtud de la disposición patrimonial del engañado.

garante-omitente “estafa” por silencio a la víctima pues, desde una perspectiva normativa, *irrumpe* en la esfera jurídica ajena mediante la *utilización omisiva* de un «engaño bastante» para inducir al engañado a la realización de un acto de disposición patrimonial perjudicial.

La norma prohibitiva y la preceptiva de la estafa comparten —no puede ser de otro modo— un mismo objetivo: la imputación de responsabilidad penal por la comisión del delito de estafa a quienes *irrumpan* lesivamente en una esfera informativa ajena. La *irrupción (Eingriff)* lesiva es la propiedad específica de la realización de todos los delitos comisivos o de comisión, tanto en comisión activa como omisiva. Los ciudadanos que no han integrado deberes de veracidad en sus esferas de organización, sólo pueden cometer este delito realizando activamente la *irrupción* informativa. En cambio, los ciudadanos que excepcionalmente se han constituido en garantes de la veracidad de la información patrimonial ajena pueden *irrumper* normativamente en dicha esfera, tanto activa como omisivamente. Esto se debe a que los garantes de veracidad pueden *utilizar activamente un «engaño»* —como cualquier otro ciudadano no-garante—, y pueden también *utilizar omisivamente un «engaño»* mediante la indebida no-evitación o no-neutralización del «engaño» ajeno¹⁰¹.

¹⁰¹ La consideración de que el ciudadano no-garante de veracidad únicamente puede infringir la norma primaria prohibitiva se verá luego matizada en atención a que, a partir del comienzo de la tentativa activa de estafa, quien no era hasta entonces garante de veracidad, empieza a ser destinatario de un nuevo mensaje normativo que le ordena desistir, *infra* V.3. B).

III.3. DEBERES Y NORMAS EN LA ESTAFA

Como se acaba de explicar, lo propio del delito comisivo es la imputación a su autor de una irrupción o modificación lesiva que afecta a una esfera de organización ajena. La realización típica de los delitos de comisión infringe deberes negativos reconducibles mediata o inmediatamente a la infracción del deber *neminem laedere* que alcanza a cada uno de los ciudadanos pertenecientes a la Sociedad¹⁰². La infracción del deber negativo constituye el fundamento principal de la responsabilidad penal de los delitos comisivos. Por su parte, en los delitos tipificados como omisiones puras —delitos omisivos por antonomasia— el sentido del comportamiento infractor del deber jurídico-penal es contrario al de la comisión. En los delitos omisivos se imputa al autor-omitente un comportamiento que consiste en la no-modificación favorable a una esfera jurídica ajena o, en otras palabras, en una abstención de una prestación positiva de salvaguarda ajena. La realización típica de una omisión pura infringe un deber positivo, fundamento exclusivo de la responsabilidad penal por esta clase de delitos.

El análisis normológico del delito de estafa permite aseverar que éste es un delito de comisión o comisivo y que, como tal, su realización típica infringe el deber negativo *neminem laedere*. Este deber, aplicado al ámbito patrimonial específico de la estafa, corresponde al deber *no estafar* o, con mayor exactitud, *no irrumpir informativamente en una esfera ajena mediante la utilización —activa u omisiva— de un «engaño bastante» que induzca la realización de una disposición patrimonial perjudicial*. La responsabilidad penal por la comisión por omisión de una estafa, en cuanto comisión, se fundamenta principalmente en la infracción del deber negativo *no estafes, no irrumpas....* A la vez, la norma primaria preceptiva de este delito exige del garante *conductas positivas de salvaguarda* de la veracidad de la información que detenta el potencial engañado en circunstancias en la que su realización evitaría el resultado lesivo del bien jurídico en peligro¹⁰³.

Estas últimas afirmaciones plantean —más bien, permiten volver a plantear— la cuestión relativa al fundamento de la responsabilidad penal por la comisión por omisión de delitos comisivos como la estafa. Parece estar claro que la comisión por omisión infringe un deber negativo, pues realiza una *irrupción* lesiva contraria al

¹⁰² Sin referencias concretas al delito de estafa, ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 11.

¹⁰³ Como tal le corresponderá un tipo dogmático omisivo con sus respectivos elementos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 462, n. 359.

neminem laedere. Sin embargo, el comportamiento del autor de la comisión omisiva también se caracteriza por la no-modificación favorable a una esfera jurídica ajena o, lo mismo, por una *abstención de una prestación positiva de salvaguarda ajena*. Esta abstención parece coincidir con el modo en que se incurre en responsabilidad penal por la realización típica de un delito de omisión pura (infracción de un deber positivo). ¿Qué clase de deber –negativo o positivo— resulta infringido en una comisión por omisión en la que el garante no realiza la prestación a la que se encuentra obligado como destinatario de una norma primaria de mandato?

De entrada, podría pensarse que el deber infringido es positivo porque positiva es la prestación que la norma primaria de mandato ordena realizar. La intuición jurídica parece corroborar lo anterior de un modo algo más amplio, pero que puede ser resumido en dos breves argumentos. a) El cumplimiento de los deberes positivos exige la realización de prestaciones positivas, por lo tanto, la infracción de esta clase de deberes consiste en una omisión, esto es, la abstención de una prestación debida. En cambio, b) el cumplimiento de los deberes negativos se obtiene por la sola no-*irrupción* lesiva en una esfera jurídica ajena y, como contrapartida, la infracción de deberes negativos –*irrupciones* lesivas— requieren comportamientos activos, pues sólo de este modo sería posible *irrumper* lesivamente una esfera jurídica ajena. Aplicada esta visión a la estafa como delito comisivo cuyo fundamento se encuentra en la infracción de un deber negativo, aquélla únicamente admitiría la realización típica activa. El precepto penal de la estafa aparentemente corroboraría esta idea, pues no permite sostener que la responsabilidad penal por el delito se fundamente en la infracción de un deber positivo, al modo en que, *v.gr.*, el delito de omisión del deber de socorro encuentra en la infracción del deber positivo de solidaridad su fundamento¹⁰⁴. En definitiva, quien adhiriera a la doctrina que considera que los deberes negativos se infringen sólo por acción y los positivos por omisión, debiera sostener que la estafa sólo admite comisión activa.

A continuación, se intentará esclarecer estas cuestiones y valorar si estas difundidas intuiciones jurídicas son o no correctas. Un sector de la doctrina española¹⁰⁵ pone en duda que la acción y la omisión sean las únicas alternativas de infracción de los

¹⁰⁴ La formulación negativa de su enunciado legal «El que no socorriere...» facilita la afirmación de que el fundamento de la responsabilidad por este delito se encuentra en un deber positivo (de socorrer, en este caso).

¹⁰⁵ Especialmente esclarecedor, ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013.

deberes penales negativos y positivos, respectivamente. Partiendo de la distinción entre deberes penales negativos y deberes penales positivos, se considera que unos y otros pueden ser infringidos tanto activa como omisivamente. La infracción de un deber penal negativo puede consistir en una *irrupción* activa en una esfera jurídica ajena, pero esta infracción puede darse también mediante una omisión entendida como una abstención de una prestación positiva sobre un determinado bien. La infracción omisiva de un deber negativo requiere que el sujeto infractor (garante) se encuentre especialmente obligado a realizar la prestación positiva. El garante puede *irrumper* o, lo mismo, modificar lesivamente una esfera jurídica ajena –infracción de un deber negativo— mediante un comportamiento activo y puede hacerlo omitiendo una prestación positiva a la que se encuentra especialmente obligado. En esta última variante comisiva –comisión por omisión— el garante *modifica o irrumpe* lesivamente una esfera personal ajena mediante la no prestación positiva de una determinada salvaguarda ajena (omisión, abstención de).

En la argumentación anterior late una idea relevante: el cumplimiento de un deber penal negativo no siempre se reduce a no-modificar (no irrumper) lesivamente una esfera jurídica ajena. Para los garantes, el cumplimiento de un deber negativo puede incluir la realización de prestaciones positivas¹⁰⁶, sin que esto afecte la naturaleza negativa del deber cumplido. Ahora bien, la infracción de deberes negativos cuyo cumplimiento exige la realización de alguna prestación positiva, no se encuentra abierta a cualquier ciudadano, sino exclusivamente a los garantes, pues sólo éstos han integrado en sus esferas de organización unos deberes de hetero-protección por los que se encuentran especialmente obligados a la realización de prestaciones positivas de salvaguarda en favor de los bienes jurídicos de esferas de organización ajenas. Como resulta evidente, presenta el mayor de los intereses la determinación de los factores normativos que permiten sostener que se ha producido una integración de deberes de hetero-protección en la esfera de organización de un sujeto que comienza a ocupar una posición jurídico-penal de garante¹⁰⁷. Sólo el garante es destinatario de la norma primaria preceptiva de los delitos cuya realización típica admite la comisión por omisión.

¹⁰⁶ ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 5. El deber de revocación en el desistimiento activo y (si se admiten) los deberes de salvamento por injerencia, se fundamentan en deberes negativos. Sin embargo, el cumplimiento de estos deberes requiere prestaciones positivas de “mejora”.

¹⁰⁷ *Infra* VIII.4. G).

Aplicada esta visión doctrinal al delito de estafa, se observa que sólo el garante de veracidad es destinatario del mensaje de la norma primaria de mandato de este delito. Por lo tanto, si el garante incumpliera esa norma absteniéndose de la entrega de la información veraz que debe proporcionar, incumple omisivamente un deber penal negativo. A fin de cuentas, el garante infractor de su deber de veracidad infringe el mismo deber negativo al que están sometidos los ciudadanos no vinculados a otras personas como garantes de veracidad. El contenido material de la norma primaria de mandato en la estafa se puede expresar como un mensaje imperativo de prestaciones positivas (*neutraliza el «engaño»; proporciona información verdadera*) y tiene como destinatario sólo al garante. Sin embargo, la finalidad de la norma primaria de mandato no es distinta de la propia de la norma primaria de prohibición. Ambas normas pretenden motivar al cumplimiento del deber negativo *neminem laedere*. En otros términos, una y otra buscan evitar que sus respectivas infracciones desestabilicen la expectativa general de todo ciudadano de no ser estafado en sus interacciones de contenido patrimonial-económico. Las dos normas primarias del delito de estafa protegen asimismo la expectativa del ciudadano que tiene derecho a recibir protección informativo-patrimonial de un determinado garante de veracidad.

Desde esta perspectiva, que la *irrupción* en el acervo informativo de una esfera jurídica ajena se lleve a cabo activa u omisivamente resulta ser un dato secundario, pues ambas variantes comisivas coinciden en lo esencial: la infracción de un deber negativo¹⁰⁸.

Tanto la comisión activa como la comisión por omisión de delitos requieren que el autor organice su propia esfera de libertad con el sentido de una *irrupción* lesiva. Sólo podrá ser sostenida la identidad estructural y normativa entre la comisión activa y omisiva de un mismo delito en la medida en que sus respectivos autores hayan ejercido defectuosamente su libertad de organización.

¹⁰⁸ La distinción entre acción y omisión es secundaria en el sentido de que ambas pueden infringir con la misma intensidad y gravedad un mismo deber negativo si se cumplen las condiciones requeridas para la afirmación de la responsabilidad por las consecuencias. En cambio, la distinción entre infracción activa y omisiva de un deber penal negativo cobra una relevancia primordial cuando se trata de establecer quién puede y debe responder como autor por la infracción omisiva de un deber penal negativo formulado como mandato en el plano de las normas primarias: únicamente el garante.

IV. PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD Y DELITO DE ESTAFA: PRIMERA BASE PARA UN TRATAMIENTO UNITARIO DE LA COMISIÓN ACTIVA Y OMISIVA DE ESTAFA

IV.1. GENERALIDADES ACERCA DE LA AUTORRESPONSABILIDAD

El principio de autorresponsabilidad es utilizado con significados diversos. Un primer sentido que se le atribuye es el de la responsabilidad por el hecho propio, en cuya virtud cada cual es responsable por los comportamientos que libremente organiza y, como contrapartida, nadie debe cargar con la responsabilidad derivada de comportamientos ajenos. El refrán castizo que reza “cada palo aguante su vela” expresa con palabras sencillas el núcleo fundamental de este primer sentido de la autorresponsabilidad. El segundo de sus significados es el bloqueo a la responsabilidad de terceros, tratado principalmente bajo el rótulo de la prohibición de regreso¹⁰⁹. Finalmente, la autorresponsabilidad es entendida como un requerimiento dirigido a las víctimas potenciales de delitos por el que se les exige que ellas protejan sus propios bienes jurídicos o expectativas normativas. Aquí interesa tratar esta última concepción del principio de autorresponsabilidad (*Selbstverantwortungsprinzip*).

La autorresponsabilidad como exigencia de auto-protección constituye el principio fundamental de la victimodogmática¹¹⁰. Su cometido principal es la determinación del modo en que la corresponsabilidad de la víctima debe influir en la tipicidad de la comisión delictiva y la pena aplicable a la conducta del autor. La evolución victimodogmática se ha visto marcada por ciertas constelaciones delictivas en las que la auto-protección se muestra como un aspecto especialmente relevante. Esta

¹⁰⁹ La idea de la prohibición de regreso tampoco es unívoca, pues se ha desarrollado en variantes diversas dentro del problema general de la imputación en sede de participación penal. Originariamente, y dentro de un paradigma de participación penal dominado por la exigencia de causalidad y dolo del partícipe, la prohibición de regreso niega la participación punible de un primer sujeto que coopera imprudentemente en la comisión de un delito que un segundo sujeto realiza de modo plenamente autorresponsable, ya sea dolosa o imprudentemente. Una clara exposición del desarrollo histórico y las variantes principales de la prohibición de regreso en ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 80-92. Este autor, con ciertos matices, manifiesta su adhesión al modo en que JAKOBS trata la prohibición de regreso. La idea central del autor alemán es que *no todo es asunto de todos*. Su acierto, según ROBLES PLANAS, radica en enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Desde la visión de JAKOBS existe una “prohibición de regresar” a la conducta de alguien que no ostenta una posición de garante respecto de las consecuencias derivadas de su propia conducta. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 92-93.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Beristain*, 1989, pp. 633-646; por su parte, JESCHECK rechaza el principio victimodogmático y lo califica como “inaceptable”. Presagia graves daños a la seguridad pública —pérdida de confianza en la protección penal— si se excluye el tipo penal por vía interpretativa para agresiones frente a las cuales la víctima por sí misma debería poder protegerse «como quizás sucede en la protección del secreto, la estafa o el hurto», JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 271-272.

circunstancia explica que parte importante de las reflexiones sobre la autorresponsabilidad hayan surgido en torno al delito de estafa. Es muy amplio el reconocimiento de los deberes de autoprotección de la víctima de este delito¹¹¹.

La victimodogmática ha aportado a la Teoría del delito la distinción entre los delitos de intervención o acometimiento (*Zugriffsdelikte*) y los delitos de relación (*Beziehungsdelikte*). Estos últimos, aunque su nombre podría mover a equívocos, no requieren una “especial relación personal” entre autor y víctima. Su especificidad radica en el necesario aporte organizativo que debe prestar la víctima para la comisión del comportamiento delictivo. Los delitos de acometimiento, en cambio, no demandan necesariamente una contribución de la víctima a la comisión del delito ni requieren que el autor lesione los bienes jurídicos protegidos de la víctima mediante un comportamiento organizativo de esta última. De acuerdo con estas consideraciones, la estafa corresponde a un delito de relación, pues su comisión típica completa requiere que el engañado realice una disposición patrimonial “no libre” por la desorientación que ejerce el «engaño bastante» presente en su acervo informativo.

¹¹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1985, p. 339; PÉREZ MANZANO, *Hacia un Derecho penal*, 1995, pp. 305 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *RDPP*, 1999, pp. 59-64; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, pp. 108 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, 2004, p. 39; ARROYO DE LAS HERAS, *Los delitos*, 2005, pp. 29 ss. La infracción del deber de autoprotección de la víctima de estafa puede excluir la responsabilidad penal del autor, AMELUNG GA 77, p. 17; FRISCH, *Bockelmann-FS*, 1979, p. 647; HERZBERG GA 77, pp. 289 ss.; HILLENKAMP, *Vorsatz und Opferverhalten*, 1981, p.18; GALLEGO SOLER, *ADPCP*, 2005, pp. 529 y ss.; KURTH, *Das Mitverschulden*, 1984, p. 109; LACKNER/KÜHL, *StGBK*, 2011, nm. 18; TIEDEMANN, *Klug-FS*, pp. 405, 411. En la jurisprudencia española, se excluye el carácter bastante del engaño cuando el disponente no ha tomado las cautelas para salvaguardar la integridad del patrimonio que administra (pérdida de la protección penal), STS de 13 de julio de 2007, ponente García Pérez, S.F.; STS de 9 de junio de 2006, ponente Soriano Soriano, J.R.; STS de 21 de septiembre de 1988, ponente Bacigalupo Zapater, E.

IV.2 NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LAS EXIGENCIAS DE AUTO-PROTECCIÓN DIRIGIDAS A LAS POTENCIALES VÍCTIMAS DE DELITOS

El sinalagma libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias responsabiliza a quien ejerce defectuosamente su libertad mediante comportamientos activos u omisivos que afecten —*outputs lesivos*— la autonomía que el Derecho reconoce a las demás esferas de organización. Cabe preguntarse si acaso el sinalagma comprende la responsabilidad por organizar defectuosamente la propia esfera de un modo que, si bien no genera *outputs lesivos* para ámbitos de organización ajenos, favorece irrupciones lesivas ajenas en la propia esfera organizativa. La respuesta es negativa, pues el sinalagma sólo hace responsable a quien irrumpe en esferas de organización ajenas mediante comportamientos infractores del deber negativo penal *neminem laedere*.

A pesar de que la libre auto-desprotección no genera responsabilidad por las consecuencias, la perspectiva victimodogmática indica que el ciudadano que no se auto-protecte “algo” —*sit venia verbo*— infringe en el plano normativo al facilitar que otros irrumpan lesivamente en su propia esfera de organización. Lo único que parece estar claro al respecto es que el operador deóntico infringido no corresponde al deber negativo penal *neminem laedere*. En la doctrina penal hispanoparlante, los estándares de cuidado que pesan sobre el titular del bien jurídico objeto de la protección penal se suelen denominar “deberes de auto-protección”. Su naturaleza jurídica no puede ser considerada en propiedad como un deber (mandato) penal, pues no existe una tipificación del comportamiento que consiste en faltar al cuidado propio, con la consecuente inexistencia de una sanción penal para el caso de infracción. Aunque la exigencia de auto-protección podría ser considerada como una suerte de “deber para consigo mismo”, el concepto “deber” suele reservarse para designar obligaciones jurídicas en las que existe alteridad entre aquel que puede demandar su cumplimiento y el obligado. Quien se encuentra sometido a un deber (*Pflicht*), sea éste penal o no, es un sujeto distinto del titular del correspondiente derecho.

El autocuidado exigido a los ciudadanos corresponde al concepto alemán *Obliegenheit*. Antes de proseguir, y pese a que podría parecer una afirmación exagerada, hay pocos temas “pacíficos” sobre esta materia. No parece existir un consenso manifiesto sobre la exacta naturaleza jurídica de la *Obliegenheit*, su ámbito de operatividad, su origen o fundamento, los efectos en caso de infracción, etc. A

continuación, se describen sumariamente dos visiones relevantes sobre algunas de las cuestiones que plantean las *Obliegenheiten*.

A) APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA

Las *Obliegenheiten* en Derecho penal se han desarrollado en el ámbito de la imputación extraordinaria en supuestos de error vencible de tipo, de prohibición y *actio libera in causa* en casos de ausencia de acción e inimputabilidad¹¹². La *Obliegenheit* viene a ser una carga que pesa sobre el destinatario de normas de conducta, en virtud de la cual se le exige mantenerse en condiciones de poder cumplirlas. La *Obliegenheit* así entendida, podría ser vista como una limitación a la libertad de los ciudadanos de dudosa legitimidad, pues éstos se encontrarían sometidos al peso de avizorar constantemente para sí las condiciones que le permiten cumplir adecuadamente las normas de conducta. No obstante, la *Obliegenheit* referida a la imputación extraordinaria, si bien afecta la libertad de organización de los ciudadanos, lo hace de un modo que permite considerar que dicha libertad es respetada en su núcleo fundamental. Es del todo razonable exigir a cada ciudadano que vele por encontrarse en condiciones de cumplir las normas de conducta cuando esto sea necesario¹¹³.

De acuerdo con esta primera visión, el contenido de la *Obliegenheit* no es precisamente una exigencia de auto-cuidado, sino el requerimiento dirigido a cada ciudadano por el que se le demanda mantenerse en condiciones de cumplir las normas. La *Obliegenheit* vinculada a casos de imputación extraordinaria poco tiene que ver con la auto-protección exigida a las potenciales víctimas de delitos. Sólo parecen coincidir en que los sujetos a los que afecta no se someten a ellas por libre elección, sino por la posesión del estatus de ciudadano. Más allá de este punto de contacto ínfimo —y además discutible, ya que a nadie se le obliga a pertenecer a una Sociedad determinada—, la *Obliegenheit* que exige el auto-cuidado y la que desencadena la imputación extraordinaria de responsabilidad penal, poco tienen en común, más allá de su nombre. Ello se confirma si se toma en cuenta que, entre las consecuencias que, desde diversas perspectivas se han asociado a la infracción de la exigencia de auto-

¹¹² SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 550.

¹¹³ SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 550.

protección¹¹⁴, no se encuentra la sanción punitiva para el infractor, como sí ocurre con la imputación extraordinaria.

Para otro grupo doctrinal, como se ha adelantado, la *Obliegenheit* designa la exigencia de auto-protección que el Derecho dirige a los ciudadanos para considerarles como víctimas potenciales de delitos. Respecto de su naturaleza jurídica, se trataría de una regla de conducta impuesta a la víctima potencial por la cual se le exige velar por el cuidado de sus propios bienes jurídicos y expectativas normativas. La *Obliegenheit* operaría paralelamente y a semejanza de las normas de conducta que tienen por destinatarios a los autores potenciales, quienes se ven sometidos a deberes primarios, ya sean positivos o negativos¹¹⁵.

Cada ciudadano posee la expectativa normativa de ser tutelado penalmente en calidad de víctima al verse expuesto a un comportamiento delictivo ajeno. Las consecuencias del incumplimiento de la auto-protección afectarían a la expectativa mencionada. En este sentido, mientras algunos proponen soluciones que implican la total exclusión de la protección penal para el ciudadano infractor¹¹⁶, otros se muestran partidarios de una disminución de la tutela penal, mediante una reducción de la pena imponible al autor¹¹⁷.

De acuerdo con las explicaciones previas, bajo la común denominación *Obliegenheit* subyacen dos exigencias normativas muy distintas. El concepto de *Obliegenheit* que fundamenta una imputación extraordinaria de responsabilidad para el autor no presenta rasgos coincidentes con la idea de privar a un ciudadano de su condición de víctima mediante la privación de la tutela penal por infringir su propio cuidado. Por

¹¹⁴ *Infra* IV.2 D).

¹¹⁵ Así, MONTIEL, *InDret* (4), 2014, especialmente pp. 8, 10, 11-13, con abundante bibliografía. Destaca el origen iusprivatista de las *Obliegenheiten*. SÁNCHEZ-OSTIZ difiere radicalmente de MONTIEL. El primero, textualmente, «No obstante, parece difícil considerar la conducta descuidada de la víctima como objeto de una incumbencia derivada de las normas penales, cuando resulta que es atípico dirigir cursos de riesgo para la propia vida, salud, integridad y otros bienes personales; es decir, que será atípico exigir como objeto de una incumbencia lo que no es típico a efectos de la norma primaria»; *cfr.* SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 552.

¹¹⁶ Cuando la víctima incumple su *Obliegenheit* de auto-protección, la consecuencia jurídica es la retirada de la protección jurídico-penal, *cfr.* CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 1998, p. 249, aunque este autor implícitamente se refiere a los delitos de intervención. Desde un punto de vista sistemático, incorpora la auto-protección como criterio de imputación objetiva. Al introducir a la víctima en el sistema de imputación jurídico-penal, no se la sanciona cuando no vela por su auto-protección. Los “deberes de auto-protección” —así los denomina— designan sintéticamente aquellos presupuestos cuyo incumplimiento acarrearán la imputación o adscripción preferente al ámbito de la víctima de lo que ella y el autor han organizado en conjunto, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 1998, pp. 301-302.

¹¹⁷ En este sentido, HÖRNLE, *GA* 2009, pp. 626 ss.

lo demás, los destinatarios de una y otra *Obliegenheit* son distintos y también diferente el contenido de lo exigido a unos y otros.

Para evitar posibles equívocos, en la presente investigación se trabajará con el concepto —ya no más con el término— *Obliegenheit* traducido al castellano como *incumbencia*. En lo sucesivo, la noción incumbencia se referirá únicamente a la exigencia de auto-protección que pesa sobre los ciudadanos en cuanto víctimas potenciales de delitos¹¹⁸.

B) LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO

Uno de los problemas más oscuros que plantea la incumbencia de auto-protección es el de su fundamento. No es tarea fácil justificar, con carácter general, que sólo pueden contar con una tutela penal plena aquellos ciudadanos que cuidan, o han cuidado, los bienes jurídicos que otro lesiona mediante una conducta delictiva. Sin embargo, al menos intuitivamente, parece tener sentido exigir a los ciudadanos el cuidado de sus propios bienes por su cercanía con éstos, y en atención a que son ellos los primeros interesados en su conservación libre de peligros.

Se agrava la dificultad en la búsqueda de un fundamento convincente para las incumbencias cuando se sostiene que la tutela penal es objeto de *merecimiento*. Si así fuera, cada ciudadano tendría que “ganarse” (merecer) la protección penal mediante el cumplimiento del cuidado que requieren sus bienes jurídicos y que se le exige por la incumbencia¹¹⁹. De este modo, quien incumple el estándar de auto-cuidado se hace “indigno” (no merecedor) del amparo jurídico-penal ante eventuales injerencias delictivas que lesionen los bienes que previamente ha descuidado¹²⁰.

El principio de subsidiariedad, vinculado a la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*, es probablemente el argumento más socorrido para fundamentar los

¹¹⁸ La decisión de utilizar el término *incumbencia* para designar la exigencia de auto-protección no implica un posicionamiento frente a la afirmación de que las *Obliegenheiten* jamás operan en el ámbito de la imputación extraordinaria y que únicamente designan la exigencia de auto-protección dirigida a las víctimas potenciales de delito. Esta cuestión particular excede el objeto de esta investigación y, respecto de este problema, “se suspende” cualquier juicio a favor o en contra.

¹¹⁹ ROPERO CARRASCO sostiene terminantemente que la imposición de deberes de protección a la víctima es incompatible con el Derecho penal español, con los fines y principios que le orientan. ROPERO CARRASCO, *La respuesta del Derecho penal*, 2005, pp. 124-126.

¹²⁰ Las consideraciones victimodogmáticas han creado una terminología paralela al merecimiento y necesidad de pena, planteando el *merecimiento* y *necesidad de protección penal*. Mientras la idea de merecimiento de protección penal posee un contenido indudablemente axiológico, la necesidad de pena corresponde a consideraciones de política criminal. SILVA SÁNCHEZ, *LH-Beristain*, 1989, p. 638.

“deberes de auto-protección”¹²¹. Las exigencias de auto-cuidado son directamente deducidas del mencionado principio. La auto-protección es considerada como principio interpretativo aplicable a toda clase de tipos penales. Por esta vía, los tipos penales se restringen de tal manera que no deben ser castigados los comportamientos lesivos que afectan a víctimas que *no merecen ni necesitan* la protección punitiva, pues ellas mismas podrían haberse protegido suficientemente si lo hubiesen querido¹²². Desde esta perspectiva, sólo es *necesaria* la intervención estatal jurídico-penal cuando la víctima potencial fracase en su auto-protección. Se llega a afirmar que la restricción del Derecho penal mediante exigencias de auto-protección fortalecería la protección de los bienes jurídicos¹²³.

Una peculiaridad del planteamiento que se acaba de examinar es que SCHÜNEMANN acude a la teoría del Contrato social para fundamentar las restricciones a la libertad de los ciudadanos, entre ellas, la auto-protección. Es el Contrato social el que, a su juicio, impide considerar legítima la aplicación del *ius puniendi* a la conducta del autor cuando la víctima potencial no se ha protegido a sí misma¹²⁴.

C) CONTENIDO DE LA EXIGENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN

En cuanto al contenido de la exigencia de auto-protección, parece claro que la incumbencia no impone a la víctima un deber de oponerse activamente ante las agresiones a las que pueda verse sometida. Una obligación de este estilo fomentaría el ejercicio ciudadano de la justicia por mano propia y podría afectar sensiblemente la paz social.

Sin perjuicio de posteriores precisiones y matizaciones, el contenido de la incumbencia se corresponde con el de una norma de cuidado por la que se exige a la

¹²¹ Con este fundamento, SCHÜNEMANN formula por primera vez la máxima victimodogmática de los deberes de auto-protección en *ZStW* 90 (1978), pp. 54 ss.

¹²² SCHÜNEMANN, *Límites*, 2012, p. 80.

¹²³ La exigencia de auto-protección a la víctima es legítima, pues se trata de una protección preferible y más eficaz que la que el Derecho penal se encuentra en condiciones de proporcionar. El cuidado de la propia víctima es también preferible a la protección del Derecho civil, pues éste “llega” demasiado tarde. La auto-protección cumplida, en cambio, “llega” a tiempo al garantizar la indemnidad del bien jurídico del que se trate, SCHÜNEMANN, *Límites*, 2012, p. 80.

¹²⁴ SCHÜNEMANN, *ZStW*, 114 (2002), pp. 1-62; SCHÜNEMANN, *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 51, 61 ss.; SCHÜNEMANN, *Límites*, 2012, pp. 80-81. Este autor vincula la subsidiariedad con el contrato social, según el cual el ciudadano renuncia sólo a la libertad que es necesaria para garantizar la protección entre los ciudadanos, de tal manera que el ciudadano reserva para sí un margen de libertad y poder de disposición sobre sus bienes jurídicos. Sólo necesita del Estado allí donde sus propias fuerzas son insuficientes para protegerse a sí misma.

víctima potencial que no favorezca conscientemente la puesta en peligro de sus bienes jurídicos ni aumente conscientemente la intensidad del peligro al que se encuentran sometidos los bienes de los que es titular¹²⁵. En materia de estafa, la incumbencia se exige al engañado-disponente con independencia de que éste sea o no la víctima del delito.

D) CONSECUENCIAS ASOCIADAS A LA INFRACCIÓN DE LA INCUMBENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN

Es amplio el debate acerca de las consecuencias jurídico-penales que debe provocar la infracción de la auto-protección de la víctima. Entre las diversas propuestas de solución para estos casos se observan dos variantes claramente diferenciables. La primera postula la total *exclusión de la protección penal* para la víctima; la segunda —menos radical— propone la *mantención de la tutela penal* para la víctima, pero aplicando al comportamiento del autor una *sanción penal rebajada*.

a) Total exclusión de la protección penal para la víctima

La *total exclusión de la protección penal* para la víctima potencial constituye la alternativa de solución más generalizada para los casos de incumplimiento de la incumbencia de auto-protección¹²⁶. La exclusión total de la pena para el autor se debe a la atipicidad de su comportamiento, pues el incumplimiento de la incumbencia impediría que el autor pueda llegar a lesionar de un modo suficientemente peligroso los bienes jurídicos de la víctima.

La idea fundamental de esta solución es que cada ciudadano es el primer llamado a proteger sus propios bienes. Sólo en la medida en que éste cumpla su incumbencia y, pese a ello, su auto-protección resulte insuficiente, sus bienes jurídicos merecen ser protegidos penalmente.

El principio de subsidiariedad del Derecho penal corroboraría la solución de la atipicidad y la consecuente exclusión total de la pena para el autor, pues la protección penal es subsidiaria a la auto-protección que incumbe a cada ciudadano en cuanto víctima potencial de delitos. El principio de subsidiariedad, incorporado a la interpretación de los tipos penales, permite excluir la tipicidad de los

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Beristain*, 1989, p. 642.

¹²⁶ AMELUNG, *GA* 1977, pp. 1 ss.; FRISCH, *Bockelmann-FS*, 1979, p. 647; LACKNER/KÜHL, *StGBK*, 2011, n.m.18; GIEHRING *GA* 73, 1; HERZBERG *GA* 77, pp. 289 ss; HILLENKAMP, *Vorsatz und Opferverhalten*, 1981, p.18; KURTH, *Das Mitverschulden*, 1984, p. 109; TIEDEMANN, *Klug-FS*, 1983, pp. 405, 411.

comportamientos que, si bien atentan contra los bienes de una víctima determinada, ésta no los ha protegido previamente¹²⁷. En todo caso, la idea rectora de la exigencia de auto-protección, incorporada a la interpretación del delito, debe utilizarse para determinar el ámbito de lo prohibido-permitido en la medida en que se trate de un contexto normativo orientado a la protección de la libertad y autonomía frente a otras esferas de organización¹²⁸.

b) Mantención de la tutela penal para la víctima. Reducción de la pena aplicable al autor

No es abundante el respaldo doctrinal a la idea de mantener la tutela penal en favor de la víctima que incumple su propia protección. En las dos variantes que se examinan a continuación, se propone *mantener la tutela penal* para la víctima, pero aplicando una importante *reducción de la sanción penal* atribuible al comportamiento del autor.

1. Reducción de la pena por disminución del injusto

Se ha propuesto *disminuir la pena asociada al comportamiento típico del autor* en atención a la *reducción de la magnitud del injusto penal* provocada por la infracción de la auto-protección de la víctima¹²⁹. Esta propuesta se asienta en una concepción del injusto penal como entidad normativa conformada por dos dimensiones que admiten graduación: el desvalor del comportamiento y el desvalor del resultado¹³⁰. El injusto penal disminuye en la misma medida en que mengüen los desvalores de conducta y/o de resultado del correspondiente delito.

El descuido de la víctima puede reducir el injusto penal por la disminución y, eventualmente, eliminación del desvalor del resultado, entendido éste en sentido jurídico, esto es, como peligro o lesión del bien protegido. En cambio, la infracción de la auto-protección de la víctima no afecta al desvalor de la conducta del autor, pues éste se mantiene inalterado por mucho que la víctima incumpla su incumbencia de

¹²⁷ SCHÜNEMANN, *Límites*, 2012, p.80.

¹²⁸ Un ámbito jurídico-penal no orientado a la protección de la libertad y autonomía de las esferas de organización es el de los tipos penales basados en la solidaridad.

¹²⁹ HÖRNLE, *Límites*, 2012, pp. 93, 95. Propone, al menos eso parece, aplicar exigencias de auto-protección a nivel general y no sólo para delitos de relación como la estafa. La autorresponsabilidad incorporada a la interpretación de la estafa lleva a considerarla como un comportamiento prohibido penalmente respecto del cual puede discutirse cuándo y de qué manera un grave descuido en la auto-protección de la víctima potencial debe afectar a la pena imponible al autor del delito. Desde su perspectiva, son dos las consecuencias asociables a la infracción de la auto-protección de la víctima: la ausencia de pena o su disminución, una y otra en función del grado de *disminución del injusto*.

¹³⁰ STRATENWERTH, *Disvalor*, 2006, pp. 22-54.

auto-protección. El incumplimiento de la propia protección jamás se encuentra en condiciones de excluir por completo el desvalor del comportamiento.

Sin perjuicio de todo lo anterior, podría legitimarse la total supresión de la sanción penal para casos en los que la desprotección de la víctima se encuentre vinculada a un desvalor de resultado insignificante. Como criterio general, la sola omisión de la auto-protección jamás será argumento suficiente para excluir totalmente el injusto como desvalor de conducta que concierne principalmente al autor¹³¹.

Al igual que en Alemania, la legislación penal española no posee una cláusula general de atenuación —mucho menos de exclusión— de la pena en función de la reducción del injusto penal por la infracción de la auto-protección de la víctima. Sin embargo, estos casos permitirían invocar la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7^a ¹³².

2. Reducción de la pena por castigo a título de tentativa

La segunda solución en la que se mantiene la tutela penal de la víctima en caso de infracción de su incumbencia, sostiene que dicha infracción *puede* provocar la configuración de una tentativa de delito. Sin perjuicio de posteriores precisiones, la atribución de responsabilidad al autor por una tentativa de delito requiere que su conducta posea un sentido heterolesivo inequívoco y, adicionalmente, que dicha conducta genere *ex ante* un peligro para el bien jurídico protegido.

Si el sentido heterolesivo y la peligrosidad del comportamiento del autor se deben exclusivamente al comportamiento infractor de la incumbencia de la víctima, correspondería sostener la atipicidad. En estos casos, únicamente la víctima debe cargar con las consecuencias lesivas derivadas de su falta de auto-cuidado. En cambio, es típico el comportamiento del autor y la función sancionadora del Estado mantiene su justificación en supuestos en los que la víctima potencial infringe su auto-protección y el autor lleva a cabo un comportamiento que genera *ex ante* un riesgo de

¹³¹ HÖRNLE, *Límites*, 2012, pp. 95, 97-98. Adhiere a la posibilidad de rebajar la pena para el autor en atención a una sensible disminución del injusto penal provocada por la desprotección de la víctima. Considera que la rebaja de la pena o su descarte en casos de infracción de la auto-protección debieran estar previstas *de lege lata* en la Parte general del StGB. Con un asidero legal claro sería posible tomar en cuenta el comportamiento de la víctima por el que ésta omite su auto-protección tanto para rebajar como para, excepcionalmente, excluir por completo la pena. Propone que el legislador establezca una cláusula general de rebaja o exclusión de la pena dejando en claro que únicamente son exigibles a las víctimas las medidas de auto-protección *razonables* y que la víctima en la situación concreta de riesgo debe tener “sospechas reales” de éste.

¹³² Artículo 21 CP, «Son circunstancias atenuantes: 7.^a Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

lesión relevante para los bienes jurídicos de la víctima potencial. En consecuencia, hay tentativa de delito cuando la víctima infringe su auto-protección en circunstancias en las que el riesgo jurídico-penal acompaña a la conducta típica del autor, aunque luego ese preciso riesgo no se realice en el resultado típico en virtud de la infracción del propio cuidado de la víctima. La sanción a título de tentativa es compatible con que el comportamiento del autor ocasione causalmente el resultado requerido para la consumación del hecho típico. En tal caso, la infracción de la auto-protección de la víctima rompe el nexo de imputación entre el comportamiento típico y resultado.

Hay también un comportamiento típico de tentativa si el delito no alcanza la consumación porque la conducta típica ha quedado incompleta en virtud de la infracción de la incumbencia de auto-protección de la víctima. En este último caso, la infracción de la incumbencia generaría el fracaso del intento antes de que el comportamiento típico se haya completado (tentativa inacabada). Esto último vale tanto para delitos de resultado como para delitos que consuman por el solo acabamiento del comportamiento prohibido.

VI.3 BALANCE GENERAL SOBRE LA INCUMBENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INFRACCIÓN. TOMA DE POSICIÓN

A) NECESIDAD DE UN TRATAMIENTO DOGMÁTICO

Siendo indudable la validez político-criminal del principio de subsidiariedad en la etapa de conminación penal, es llamativo el modo en que se pretende que dicho principio fundamente una exigencia general de autocuidado dirigida a los ciudadanos. No es evidente la afirmación de que el Derecho garantiza la tutela penal para los ciudadanos en la medida en que ellos mismos hayan fracasado en el intento por protegerse a sí mismos, pues de este modo y bajo el alero de la subsidiariedad, se termina favoreciendo con la impunidad a quienes se injieren en ámbitos de organización ajenos cuyo titular se ha comportado de modo descuidado. Es sorprendente constatar el “giro” que experimenta el principio de subsidiariedad al ser utilizado como mecanismo de *desprotección de ciudadanos*, los cuales «han establecido el poder estatal precisamente con la finalidad de asumir menos tareas de auto-protección»¹³³.

La cuestión sobre las consecuencias jurídico-penales de la infracción de la auto-protección exigida a cada ciudadano es un problema que puede ser tratado satisfactoriamente dentro de la dogmática penal de la tentativa de delito, distinguiendo claramente entre las perspectivas *ex ante* y *ex post*, todo ello de acuerdo con los criterios aportados por la Teoría de la imputación objetiva. Se trata de un problema estrictamente dogmático, pues su debate corresponde a una cuestión de proporcionalidad y no un asunto de subsidiariedad propio de una discusión político-criminal¹³⁴. Es, por tanto, metodológicamente incorrecto derivar consecuencias dogmáticas “directamente” a partir de consideraciones político-criminales sobre la subsidiariedad en Derecho penal. Las indeseables consecuencias de este modo de proceder quedan patentes cuando, tras sostener que la víctima descuidada pierde por completo la tutela penal, debiendo quedar impune el autor, se concluye que, ahora en el plano dogmático, el comportamiento del autor debe ser juzgado como atípico. La afirmación de la atipicidad del comportamiento del autor, obliga a sostener una contradicción inaceptable: un comportamiento *ex ante* típicamente peligroso para los

¹³³ ROXIN, P.G. I, 1997, §14, n.m. 19.

¹³⁴ Esta distinción suele ausente en los planteamientos que incorporan el Derecho penal a principios político-criminales, v.gr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARRÉ, P.G., 2006, p. 42.

bienes jurídicos de una víctima, debe ser considerado atípico (¿también *ex ante*?) si ésta infringe su propia protección.

La solución de la atipicidad es propuesta habitualmente como la única consecuencia jurídico-penal aplicable a los casos en los que la víctima infringe su incumbencia. De este modo, trata de modo uniforme casos que presentan diferencias relevantes y que, por este motivo, justifican un esfuerzo por proponer soluciones diversificadas. En otras palabras, la solución sobre las consecuencias de la infracción de incumbencias de auto-protección no puede limitarse a la simple constatación del antecedente “incumplimiento de la incumbencia de auto-protección de la víctima” para luego afirmar como efecto o consecuencia (supuestamente) necesaria la “atipicidad del comportamiento del autor”. Es fácil de advertir que el margen de exclusión de la tutela penal para los ciudadanos descuidados puede llegar a ser muy amplio e indeseable, y todo ello, aplicando una construcción dogmáticamente defectuosa.

La amplia adhesión a la solución de la atipicidad por consideraciones de subsidiariedad demuestra la necesidad de distinguir con mayor claridad la política criminal de la dogmática penal. La política criminal puede ser caracterizada como un conjunto de argumentos predominantemente descriptivo-valorativos, relativos al fenómeno delictivo y, particularmente, su regulación normativa. Sus descripciones, críticas, propuestas y valoraciones se desenvuelven en un plano discursivo “escasamente condicionado”. Sus planteamientos deben respetar las reglas de la lógica argumentativa y resultar coherentes con los principios político-criminales — entre éstos juega un papel fundamental el principio de *subsidiariedad*— que hayan sido adoptados en el correspondiente discurso. A diferencia de la política criminal, las argumentaciones y soluciones dogmáticas se encuentran sometidas a un estricto “condicionamiento estructural”. Podría decirse que la dogmática es el resultado de un riguroso proceso de sedimentación y refinamiento de la política criminal. En dicho proceso, la dogmática ha elaborado a lo largo de los años un sofisticado aparato conceptual con el que procura dar solución a diversos problemas, atendiendo siempre al principio de *proporcionalidad*. En este sentido, es posible afirmar que todo problema dogmático corresponde a un problema de proporcionalidad, pues su solución dogmático-penal es siempre reconducible a la cuestión fundamental acerca

del “sí” o “no” de la responsabilidad penal y al *quantum* de responsabilidad que se debe atribuir a un sujeto determinado (*proporcionalidad*)¹³⁵.

Es dogmático, no político-criminal, el problema que plantea la conducta del “autor” que no supone un peligro relevante de lesión de bienes jurídicos ajenos porque sólo puede ser considerada peligrosa a consecuencia de ciertos comportamientos descuidados de la víctima. También es un problema dogmático, y como tal, una cuestión de proporcionalidad, el que plantea el comportamiento del autor *ex ante* peligroso, que *ex post* no explica por completo la lesión que experimentan los bienes de la víctima, pues la conducta de ésta también ha contribuido a la lesión de sus propios bienes. El principio de *proporcionalidad* —con su prohibición de sobrevaloración del aporte— soluciona correctamente esta clase de supuestos. En el primero, permite sostener la atipicidad de la conducta del “autor” y la plena imputación del resultado lesivo a la propia “víctima” que incumple su auto-protección. Respecto del segundo caso, las consideraciones de proporcionalidad permiten sostener la imputación parcial de la lesión a la víctima y al autor. La conducta descuidada de la víctima puede disminuir cuantitativamente la densidad de la conexión de antijuridicidad entre la lesión y la conducta del autor. Por esta vía pueden y deben ser tenidas en cuenta las incumbencias de auto-protección, las cuales adquieren relevancia cuando el comportamiento de la víctima *ex ante* lleve a considerar la inexistencia de un injusto típico en el comportamiento del autor (también desde una perspectiva *ex ante*), o la imposibilidad de imputar el resultado concretamente producido exclusivamente a la conducta del autor (perspectiva *ex post*).

Adicionalmente, la estafa en triángulo permite observar con claridad meridiana la inconsistencia de un planteamiento en el que la víctima pierde irremediabilmente la tutela penal de su patrimonio a título de estafa por el solo incumplimiento de la incumbencia de auto-protección del engañado. En la estafa triangular, el engañado-disponente (eventual incumplidor de la incumbencia) y el titular del patrimonio perjudicado (víctima del delito) no coinciden. Este aspecto pone de relieve lo insatisfactoria que puede llegar a ser la idea de privar completamente de la tutela penal

¹³⁵ Estas ideas entroncan con las expuestas por SILVA SÁNCHEZ en *LH-Beristain*, 1989, pp. 633 ss., 641 ss., donde ya planteaba la cuestión de que la victimodogmática es “dogmática” y se asienta precisamente en la idea de *proporcionalidad*. Años más tarde, en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Prólogo a la edición española” en *Límites*, 2012, pp. 13-17.

a una víctima que no ha incumplido sus propias incumbencias de auto-protección, pues el incumplimiento sólo es atribuible al disponente-engañado. Sin perjuicio de lo anterior, parece posible, al menos conceptualmente, que el titular del patrimonio (víctima de la estafa) incurra en un descuido de su auto-protección *in eligendo*, si hubiera delegado o facultado a un disponente de quien no cabría esperar un correcto cumplimiento de las incumbencias de propia orientación.

B) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA EXIGENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN

Se exige el cumplimiento de la incumbencia a la víctima del delito. Sin embargo, en la estafa, la víctima puede no coincidir con el engañado-disponente (estafa en triángulo). Por este motivo, lo más preciso es considerar que el sujeto que debe cumplir la incumbencia es el titular de un acervo informativo con facultades para administrar su propio patrimonio o el de un tercero. Al titular del acervo informativo-patrimonial —potencial engañado— se le exige: a) no favorecer conscientemente la puesta en peligro del patrimonio protegido por el delito de estafa; b) no aumentar conscientemente la intensidad del peligro que amenaza al patrimonio protegido por el tipo de estafa; y c) acopiar la información verdadera suficiente para realizar disposiciones patrimoniales libres y conformes con la racionalidad económica.

Es importante explicitar el significado de dos de los conceptos recién nombrados. El *peligro* corresponde al riesgo típico de estafa, entendido éste como *riesgo de que se realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por la utilización de un «engaño bastante»*. El *patrimonio* que protege el tipo de estafa, según el modelo asumido en esta investigación, es tutelado como *poder real* para su titular. Que lo sea depende directamente de que el acervo informativo de quien lo administra cuente con la suficiente información verdadera que permita la libre formación de su voluntad en el acto de disposición.

Las exigencias a) y b) se corresponden con los deberes de “cuidado externo”¹³⁶ o “deberes objetivos de cuidado”¹³⁷ ampliamente reconocidos en el ámbito de la imprudencia. El “cuidado externo” demanda el cumplimiento de 1) el *deber de omitir acciones peligrosas*¹³⁸; 2) el *deber de actuar cuidadosamente en situaciones*

¹³⁶ Se trata de los deberes que ENGISCH propuso como obligaciones de *äußere Sorgfalt*, ENGISCH, *Untersuchungen*, 1964, pp. 269-270, 273-279.

¹³⁷ JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 622 y ss.

¹³⁸ ENGISCH, *Untersuchungen*, 1964, pp. 283-290.

*peligrosas*¹³⁹ y, finalmente, 3) el *deber de preparación e información antes de la ejecución de la acción peligrosa*¹⁴⁰.

En un contacto de contenido patrimonial, quien se encuentra en la posición de potencial engañado cumplirá la exigencia a) de su incumbencia de auto-protección — no favorecer conscientemente la puesta en peligro del patrimonio protegido por el delito de estafa—, observando los deberes de cuidado externo 1) y 3) cuyo cumplimiento evita la exposición del patrimonio al riesgo típico de la estafa. Asimismo, el potencial engañado cumple el segundo aspecto de la incumbencia —b) no aumentar conscientemente la intensidad del peligro que amenaza al patrimonio protegido por el delito de estafa— si observa el deber de cuidado externo 2) que le exige actuar cuidadosamente en situaciones peligrosas.

A continuación, se utilizan los principales conceptos de la tríada de deberes de cuidado para determinar el contenido de lo que la incumbencia de auto-protección exige al titular de un acervo informativo patrimonial en cuanto potencial engañado. En todos los supuestos, el baremo propuesto para valorar el cumplimiento o incumplimiento de la incumbencia corresponde al juicio de un hombre medio situado *ex ante* en la posición del potencial engañado¹⁴¹.

1) Deber de omitir acciones peligrosas

De entrada, podría parecer que el *deber de omitir acciones peligrosas* obliga al potencial engañado a abstenerse de intervenir en contactos negociales de contenido patrimonial. Pero lo anterior no es razonable ya que la participación en el sector de los negocios e intercambios posee una innegable e importante utilidad social. Ahora bien, la utilidad de la interacción en el sector de los negocios comporta también

¹³⁹ ENGISCH, *Untersuchungen*, 1964, pp. 290-306.

¹⁴⁰ Denomina de este modo el tercer deber, JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 625. Si bien JESCHECK sigue expresamente en este tema a ENGISCH, este último denomina el tercer deber como “cumplimiento del deber jurídico de vigilancia” (*Rechtsbeachtungspflicht*), ENGISCH, *Untersuchungen*, 1964, pp. 306-326. Parece claro que, con el cambio de terminología, JESCHECK quiso evitar que el deber de examen previo sea entendido únicamente como una obligación de examinar disposiciones jurídicas, pues su alcance (también en ENGISCH) es más amplio.

¹⁴¹ Se trata de una extrapolación del juicio de peligro *ex ante* conforme al cual, en esta investigación, se afirma o niega la tentativa punible, *vid. supra* V.2. Para el ámbito de las incumbencias, su cumplimiento o infracción queda predeterminado mediante un juicio de peligro *ex ante* realizado de acuerdo con el baremo del observador objetivo u hombre medio en la posición del potencial engañado. JESCHECK, en cambio, al tratar el “deber objetivo de cuidado” utiliza el baremo del comportamiento que habría realizado una persona concienzuda y juiciosa, que forme parte del ámbito al que pertenece el autor, bajo una consideración *ex ante* de la situación. De este modo, en comparación con el baremo que aquí se propone, los deberes de cuidado se ven aumentados de modo excesivo, *cfr.* JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, p.626.

peligros, entre otros, el riesgo de ser engañado y de que ello redunde en un perjuicio patrimonial propio o ajeno. Por lo tanto, el “riesgo patrimonial por contacto negocial” y, más concretamente, el riesgo de ser engañado en esta clase de contactos, puede ser considerado un riesgo permitido¹⁴². De ello deriva que, por regla general, la incumbencia de auto-protección no exige al potencial engañado “no negociar”. Sin embargo, y excepcionalmente, la incumbencia del potencial engañado le exigirá “no negociar” cuando, desde una perspectiva *ex ante*, ese comportamiento represente una conducta peligrosa porque el titular del acervo informativo no cuenta con la capacitación necesaria para negociar sin sobrepasar el riesgo permitido¹⁴³.

El potencial engañado puede decidir participar en un sector negocial siendo consciente de su incapacidad para evitar ser estafado por otro. En estos supuestos, habitualmente será posible confiar el asunto a alguien experimentado o a un profesional. Quien conscientemente realiza la conducta peligrosa con insuficiente capacidad para mantenerla dentro del riesgo permitido infringe su incumbencia de auto-protección en una modalidad denominada *culpa por asunción (Übernahmeverschulden)*¹⁴⁴.

Cuando el engañado potencial se dispone a negociar poseyendo *ex ante* las capacidades y conocimientos necesarios para mantenerse dentro del “riesgo patrimonial por contacto negocial” (permitido), su incumbencia de auto-protección no le obliga a “no negociar”, sino atender a las medidas de cuidado que correspondan.

2) Deber de actuar cuidadosamente en situaciones peligrosas

Al titular de un acervo informativo-patrimonial que, como tal, puede llegar a ocupar la posición de engañado en una relación negocial, le incumbe no aumentar conscientemente la intensidad del peligro que amenaza al patrimonio protegido por el tipo de estafa. El potencial engañado sólo se encuentra en condiciones de “aumentar” el peligro patrimonial en la medida en que éste ya exista previamente. Por tanto, y a diferencia del deber 1) en el que la incumbencia exige “no negociar”, ahora incumbe

¹⁴² ENGISCH enumera diversos ámbitos de riesgo permitido y señala la imposibilidad de realizar una enumeración exhaustiva. El primer requisito para que las acciones peligrosas se consideren como riesgo permitido es que no se pueda conseguir la finalidad socialmente útil mediante otra conducta no peligrosa. En segundo lugar, la acción peligrosa debe ser apropiada para la consecución de la finalidad de interés social. En tercer lugar, el autor debe poseer la capacidad suficiente para llevar a cabo la conducta peligrosa con una probabilidad elevada de éxito, ENGISCH, *Untersuchungen*, 1964, p. 287.

¹⁴³ *Vid. infra* VIII.4. C) f) 2.

¹⁴⁴ JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 624-625.

al potencial engañado obrar de modo cuidadoso ante un peligro patrimonial ya existente. Se trata, pues, de que el potencial engañado, quien participa actualmente en el sector de riesgo permitido “riesgo patrimonial por contacto negocial”, mantenga el peligro de resultar engañado dentro del ámbito permitido de riesgo. La incumbencia de mantener el peligro dentro del margen del riesgo permitido es cumplida por el potencial engañado si éste se comporta de modo diligente en sus contactos de contenido patrimonial. Si, en infracción de su incumbencia, aumentara el riesgo, éste quedaría fuera de los límites de su permisión.

3) Deber de preparación e información antes de la ejecución de la acción peligrosa

Al potencial engañado en un delito de estafa, la incumbencia de auto-protección le exige, en mayor o menor medida, una cierta *preparación e información* previa a su intervención en contactos negociales patrimonialmente riesgosos. La incumbencia podrá considerarse cumplida mediante un examen “sencillo” sobre las condiciones del negocio en el que se decide participar, siempre y cuando el contacto patrimonial se desarrolle en un contexto en el que, *ex ante*, no existan motivos para apreciar un incremento significativo del riesgo de que un «engaño bastante» se haga presente en el acervo informativo de su titular.

En el caso contrario, esto es, cuando la complejidad circunstancial, técnica o jurídica¹⁴⁵ permitan apreciar *ex ante* una mayor probabilidad de ocupar la posición de engañado en un delito de estafa, deberá ser mayor también la preparación y acopio previo de información para considerar que el potencial engañado ha cumplido su incumbencia de auto-protección.

C) INCUMBENCIAS DE AUTO-PROTECCIÓN Y DEBILIDAD DEL POTENCIAL ENGAÑADO

Al potencial engañado incumbe su auto-protección informativa. Incumplida ésta, puede resultar informativamente desorientado de un modo imputable exclusivamente a su propio descuido. El potencial engañado, de quien se espera que tenga por falsos *v.gr.* «engaños» burdos, si los considerara información verdadera por infringir su auto-protección, puede adquirir la competencia exclusiva por su propia desorientación de tal modo que él y sólo él cargará con las consecuencias de la disposición patrimonial perjudicial que realice. Idéntica consecuencia cabe aplicar al engañado

¹⁴⁵ «El deber de información puede consistir especialmente en comprender el alcance de disposiciones jurídicas y otras normas de comportamiento impuestas para una actividad determinada», JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, p. 625.

potencial que se coloca en una situación de desorientación por no recabar la información que le correspondía, o no procesar correctamente ciertos datos, por desgana, descuido u otro motivo que no excluya la exigibilidad de la incumbencia incumplida. Finalmente, carga el engañado con la responsabilidad por su «engaño» cuando adopta libremente un modelo de decisión alternativo al de la lógica racional y económica, o adopta un modelo de decisión manifiestamente supersticioso¹⁴⁶. Quien decide basar sus decisiones de contenido patrimonial en la superstición, lo hace por su cuenta y riesgo¹⁴⁷.

También incumbe al potencial engañado protegerse ante mentiras de contenido patrimonial, aunque sólo sean punibles excepcionalmente a título de estafa¹⁴⁸. La simple mentira corresponde a una tentativa *ex ante* inidónea e impune incluso si resultara ser eficaz desde una perspectiva *ex post*. Nuevamente, el potencial engañado debe soportar las consecuencias lesivas derivadas de la desorientación provocada por la simple mentira. Del mismo modo que puede esperarse que el potencial engañado no tenga por verdaderos «engaños» burdos, se espera también que no atribuya a una simple mentira un potencial engañoso del que carece.

El alcance de la solución que se acaba de exponer tiene dos importantes limitaciones. En primer lugar, se afirma que el potencial engañado *puede* cargar con toda la responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de —y atribuibles a— la infracción de su incumbencia de auto-protección. En muchos casos, del incumplimiento de la incumbencia del potencial engañado derivarán otras consecuencias jurídico-penales distintas a la exclusiva responsabilidad del potencial engañado por su propia desorientación¹⁴⁹. En segundo lugar, la solución que se comenta sólo es válida respecto de potenciales engañados “normales”. Con el calificativo “normal” se designa a la generalidad de los potenciales engañados que no son *estructuralmente débiles*.

¹⁴⁶ En esta clase de casos, la «debilidad y sus consecuencias deben explicarse como un ejercicio de libertad de la víctima», PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, p. 245.

¹⁴⁷ Fue absuelta la curandera que, pese a utilizar sus poderes mágicos y después de recibir importantes sumas de dinero, no evitó la muerte de un enfermo terminal de cáncer con un carcinoma hepático avanzado y metástasis. El TS consideró que la curandera se valió de un «engaño burdo», STS de 2 de febrero de 2007, ponente Martín Pallín, J.A.

¹⁴⁸ *Infra* VI. B) 6.

¹⁴⁹ *Vid. infra* VI.3 D).

Hay personas que no se encuentran en condiciones fácticas de tomar las medidas de auto-protección que de entrada le incumben según su rol en la relación de contenido patrimonial en la que participan. Se trata de *potenciales engañados estructuralmente débiles*. Son personas con algún déficit en su capacidad intelectual o volitiva que les impide procesar correctamente información patrimonial o tener una actitud suficientemente crítica frente a las afirmaciones de las demás personas con quienes interactúan. Son *estructuralmente débiles* los enfermos mentales, los niños, los sujetos con sus capacidades intelectuales disminuidas, las personas que han experimentado un proceso anormal de socialización y, finalmente, personas con disminuciones físicas (v.gr. un ciego)¹⁵⁰. Lo característico del *engañado estructuralmente débil* es su desorientación a pesar de que su *partner* comercial cumpla las obligaciones informacionales impuestas por su posición en el negocio correspondiente. Por otra parte, los «engaños» burdos y simples mentiras (estas últimas, inidóneas *ex ante* y, por tanto, tentativas inidóneas no irreales) son eficaces cuando son utilizados contra *engañados estructuralmente débiles*.

Cuando la *debilidad estructural del potencial engañado* corresponde a una causa de inimputabilidad, no es posible la configuración de un delito de estafa. El inimputable no puede realizar su contribución al comportamiento típico por su incapacidad para disponer de sus bienes en sentido jurídico¹⁵¹. En cambio, cuando el déficit del potencial engañado no permita sostener su inimputabilidad penal, deberá ser considerado como una víctima “normal” y, como tal, sometida a incumbencias de auto-protección.

La idea de la debilidad del potencial engañado admite graduación. En este sentido, es posible que el potencial engañado —jurídico-penalmente imputable— se encuentre levemente o gravemente debilitado, pero sin transformarle ello en una víctima *estructuralmente débil*. El plan del autor puede incluir la utilización o

¹⁵⁰ PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, pp. 246, 250.

¹⁵¹ PASTOR MUÑOZ distingue la debilidad relevante y la no relevante para el Derecho. Para afirmar la relevancia de la debilidad, ante la opción de delimitarla conforme con los criterios de capacidad jurídico-privados o los requisitos de la culpabilidad penal, se decanta por esta segunda alternativa. Por lo tanto, quien negocia con un inimputable asume mayores deberes de veracidad para orientar a la víctima de tal manera que ésta pueda ejercer su libertad en el ámbito patrimonial. Siendo relevante el déficit de la víctima, ¿lo es a título de estafa? PASTOR MUÑOZ considera que no, porque un inimputable no llevaría a cabo un acto de disposición en sentido jurídico. En consecuencia, al estructuralmente débil no se le puede engañar de modo relevante a título de estafa. Ante esta clase de debilidad, aunque mediara engaño, sólo cabría sostener una sustracción. PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, pp. 257-258.

aprovechamiento de la grave debilidad del potencial engañado. Si el autor adaptara su comportamiento negocial al déficit del potencial engañado, desmarcándose del estándar de su posición en el contacto negocial, incorpora a su esfera de organización unos deberes de veracidad mayores que la obligación informacional aneja a su posición en el negocio correspondiente¹⁵². En esta coyuntura, una eventual infracción de la exigencia de auto-protección del engañado no generará, por regla general, efecto alguno en la imputación del resultado, el cual será plenamente imputable al comportamiento del autor. La inobservancia de la exigencia de auto-protección tampoco parece disminuir el desvalor de resultado del delito cuando el sujeto gravemente debilitado no cumple la incumbencia. En estos casos, lo más probable es que la incumbencia resulte ser inexigible al potencial engañado.

También cabe la posibilidad de que el autor aproveche una debilidad moderada o leve del potencial engañado. En este último supuesto, aunque el autor adaptara su comportamiento a la debilidad del potencial engañado, éste corresponde a un engañado normal, y como tal, no se encuentra debilitado de un modo relevante para el delito de estafa.

D) SOLUCIONES DIVERSIFICADAS PARA LOS CASOS EN LOS QUE EL ENGAÑADO INFRINGE SU INCUMBENCIA DE AUTO-PROTECCIÓN. PRIMER ESBOZO DE UNA PROPUESTA DE DIVERSIFICACIÓN

Aquí se comparte la concepción del injusto penal como una suma o combinación entre el desvalor de conducta y el desvalor de resultado¹⁵³. Este segundo desvalor consiste en la lesión o peligro para el bien jurídico protegido por el Derecho penal. En esta línea conceptual, es parcialmente asumible la afirmación ya citada de que *la sola omisión de la auto-protección es un argumento insuficiente para excluir totalmente el injusto como desvalor de conducta* que concierne primordialmente al autor. Esta regla, sin embargo, no debe ser entendida ni aplicada de modo absoluto. Es posible concebir comportamientos descuidados de la víctima que afecten al carácter peligroso *ex ante* del comportamiento del autor de modo determinante y en tal medida intenso que —como se ha mencionado recientemente— la conducta de este último sólo pueda ser considerada peligrosa *ex ante* a consecuencia de la infracción de la incumbencia de la víctima. En cambio, cuando el comportamiento del autor *ex ante* “por sí mismo”

¹⁵² PASTOR MUÑOZ, asimila adaptación con asunción. PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, p. 258.

¹⁵³ En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, p. 255; ROXIN *P.G. I*, 1997, §10, n.m. 93

sea peligroso para los bienes jurídicos de la víctima (desvalor de la conducta), la infracción de la auto-protección constituirá, efectivamente, *un argumento insuficiente para excluir totalmente el injusto como desvalor de conducta*. En estos casos, la infracción de la incumbencia de la víctima puede desencadenar la exclusión de la consumación del delito y la afirmación de una tentativa de delito en la medida en que dicha infracción permita sostener la ruptura del nexo de imputación entre el riesgo *ex ante* y el resultado de lesión o peligro *ex post*. Esta solución parece apropiada para estos supuestos, pues la tentativa punible se caracteriza por la presencia de un riesgo típico *ex ante* que, desde una perspectiva *ex post*, no se realiza en resultado alguno o produciéndose éste, el peligro o lesión resultante no es imputable al comportamiento *ex ante* riesgoso.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la infracción de la incumbencia de la víctima puede resultar insuficiente para sostener la ruptura del nexo de imputación entre riesgo *ex ante* y resultado (peligro o lesión) *ex post*. En esta última tesitura correspondería sostener la imputación del delito consumado exclusivamente a la conducta delictiva del autor, lo cual no impide la aplicación de la atenuante analógica del art.21.7^a sobre la base de una disminución del desvalor de resultado en virtud del incumplimiento de la incumbencia de la víctima. La posibilidad de invocar la atenuante aumenta el potencial distintivo de las soluciones que aquí se han ido exponiendo. Ahora bien, debe reconocerse que no es del todo fácil determinar en qué consistiría la semejanza¹⁵⁴ entre la infracción de la incumbencia de la víctima y alguno de los demás supuestos de atenuación de pena previstos en el mismo art. 21 CP español.

Queda, pues, en evidencia que la presente investigación postula que los diversos casos expuestos no deben ser juzgados incurriendo en el automatismo antes criticado¹⁵⁵, pues hay supuestos en los que la incumbencia incumplida por la víctima no sienta una base suficiente para invocar la atenuante ni tampoco permitirá excluir el nexo de imputación entre resultado y comportamiento *ex ante* riesgoso.

Las propuestas anteriores dan buena cuenta del modo en que las perspectivas de la imputación objetiva —juicios *ex ante* y *ex post*— y el enfoque victimodogmático pueden coincidir a la hora de delimitar las aportaciones del autor y de la víctima a la

¹⁵⁴ La analogía, por definición, implica una afirmación simultánea tanto de una *semejanza* como de una *desemejanza*.

¹⁵⁵ Infracción de la incumbencia de auto-protección por parte de la víctima = atipicidad del comportamiento del autor.

lesión del bien jurídico. En este sentido, merece la pena reiterar que, en aquellos supuestos en los que el comportamiento del autor *ex ante* constituye una tentativa punible, la incumbencia de auto-protección exige cuidados que, si la víctima no los adopta, dejan abierta la posibilidad de que el resultado no sea imputado al autor del hecho lesivo. Este planteamiento, válido para toda clase de delitos, adquiere especial relevancia en el campo de los delitos de relación entre los cuales se encuentra la estafa. En esta clase de delitos, la producción de la lesión no sólo requiere el aporte organizativo del autor —*utilización activa u omisiva de un «engaño bastante»*—, sino también un determinado comportamiento de la víctima —*realización de un acto de disposición patrimonial perjudicial*—. El comportamiento organizativo del engañado puede disminuir el desvalor de resultado del injusto siendo posible invocar la aplicación de una atenuante analógica del art. 21.7^a. También puede generar la ruptura del nexo de imputación entre el resultado «perjuicio patrimonial» y el comportamiento típico o, finalmente, impedir el resultado. En estos dos últimos casos, sólo cabrá apreciar una tentativa de estafa.

En resumidas cuentas: a) si el «engaño» utilizado *ex ante* es no-bastante en su modalidad de «engaño» burdo, se configura una conducta atípica; b) si la víctima realiza un acto de disposición patrimonial perjudicial inducido por un «engaño» burdo debe mantenerse inalterada la negación de la tipicidad del hecho del autor; c) si el autor utiliza un «engaño» *ex ante* «bastante» y, por su parte, el engañado infringe su incumbencia con ruptura de toda conexión entre la utilización del «engaño» y el perjuicio patrimonial, se debe sostener la tipicidad de la tentativa de estafa y descartar su consumación; d) si el autor utiliza activa u omisivamente un «engaño bastante» y el engañado realiza una disposición patrimonial perjudicial infringiendo su incumbencia, pero esta infracción resulta insuficiente como para sostener la ruptura del nexo de imputación entre riesgo *ex ante* de estafa y resultado *ex post*, el autor puede ser castigado por el delito de estafa consumado, cuya pena, eventualmente, podrá ser rebajada mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7^a.

IV.4 OTRAS CUESTIONES VINCULADAS AL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD EN LA ESTAFA

A) ORGANIZACIÓN AUTOLESIVA DEL RIESGO

Lo característico de la infracción de una incumbencia de auto-protección es su débil configuración organizativa autolesiva, pudiendo ser denominada como una forma de *organización autolesiva en sentido débil*. Esta característica explica que el incumplimiento de la incumbencia a lo sumo desencadene la sanción de la conducta del autor a título de tentativa por la disminución del desvalor de resultado o se rebaje la pena aplicando la atenuante analógica. El incumplimiento de la incumbencia jamás constituye, por sí mismo, razón suficiente de exclusión de la sanción penal por atipicidad del comportamiento del autor.

Ahora bien, un engañado-víctima puede ejercer defectuosamente su libertad de organización mediante una consciente realización de comportamientos auto-lesivos o de auto-exposición al riesgo. La autolesión organizada exclusiva y conscientemente por el ciudadano titular de los bienes jurídicos perjudicados suele generar comportamientos atípicos (tales como el suicidio, las autolesiones corporales, los daños a la propiedad propia, etc.)¹⁵⁶. Estas conductas autolesivas constituyen expresiones de una libertad organizativa (defectuosa, por cierto) *en sentido fuerte* y no cubiertas por el riesgo permitido. Pese a corresponder a comportamientos desaprobados, no puede afirmarse su tipicidad por encontrarse fuera del fin de protección de la norma típica. La prohibición de matar *a otro*, de lesionar *a otro*, etc. no comprende la prohibición típica de autolesión, a menos que la autolesión se tipificara como tal, esto es, sin que la conducta típica requiera una *irrupción* en una esfera de organización ajena.

Podría parecer que la autolesión organizada por el propio titular de los bienes lesionados supone una infracción de la incumbencia de auto-protección exigida a todo ciudadano y, adicionalmente, que la infracción de la incumbencia resultaría superada o “absorbida” por la organización autolesiva *en sentido fuerte*¹⁵⁷. Sin embargo, el ciudadano que por sí solo organiza su autolesión —por ejemplo, mediante un

¹⁵⁶ Su atipicidad no implica que el Derecho las considere valiosas. En casos como el suicidio, éste se encuentra claramente desvalorado y ello explica la punibilidad del auxilio al suicidio, sin perjuicio de que el suicida quede impune si sobrevive al intento por poner término a su vida.

¹⁵⁷ “Lo más” (autolesión por organización *en sentido fuerte*) absorbería “lo menos” (incumplimiento de la incumbencia de auto-protección).

comportamiento suicida— no infringe la incumbencia de auto-protección de sus bienes y expectativas. Lo afirmado podría sorprender, pero puede ser explicado del modo siguiente: el operador deóntico de la incumbencia no transmite al ciudadano el mensaje *protégete de ti mismo*, sino *protégete (a ti mismo) frente a los demás ciudadanos que pueden poner en riesgo tus bienes o defraudar tus expectativas normativas*. En definitiva, la incumbencia de auto-protección exige el cuidado propio frente a comportamientos ajenos hetero-lesivos ajenos o, si se prefiere, frente a los *outputs* lesivos que otros ciudadanos pueden organizar en perjuicio de la víctima al interactuar con ésta en el multiforme entramado de interacciones sociales.

Por lo tanto, la organización autolesiva, consciente e inconsciente, ejercida exclusivamente por quien es titular de los bienes y expectativas lesionados, no infringe la incumbencia de auto-protección frente a hetero-lesiones organizadas por terceros, a menos que el modo escogido para organizar la propia lesión consista precisamente en la exposición de los propios bienes a procesos lesivos organizados por otros.

Conceptualmente, si bien la organización autolesiva no implica necesariamente la infracción de la incumbencia de auto-protección, es posible que una autolesión realizada en el ejercicio de la propia libertad de organización *en sentido fuerte* “coincida” con una infracción de la incumbencia de auto-protección —organización *en sentido débil*— exigida a la misma esfera de organización que despliega el comportamiento autolesivo. Este fenómeno tiene lugar cuando un ciudadano (víctima potencial) organiza su autolesión mientras otro ciudadano (autor) organiza la hetero-lesión de los mismos bienes y expectativas que la víctima potencial no-protege. Esta clase de supuestos será analizada con más detalle en el apartado siguiente y corresponde estructuralmente a una *coorganización* del riesgo por parte del autor y de la víctima. Por ahora, procede puntualizar que estos supuestos de *coorganización* permiten sostener que la víctima infringe su incumbencia de auto-protección (organización *en sentido débil*) frente a la heterolesión del autor, a la vez que organiza *en sentido fuerte* su propia lesión. En estos casos, y solo en ellos, tiene cierto sentido afirmar que el titular de un ámbito de organización incumple su incumbencia de auto-protección y, adicionalmente, organiza su autolesión.

B) COORGANIZACIÓN DE UN RIESGO

La *coorganización* de un riesgo típicamente relevante requiere un aporte o intervención organizativa tanto del autor como de la víctima del delito correspondiente. Su configuración requiere que tanto el autor como la víctima ejerzan

sus libertades de organización de modo que sus respectivos comportamientos generen un mismo riesgo situado fuera del riesgo permitido —por tanto, desaprobado por el Derecho— y, eventualmente, típico¹⁵⁸. Ambos comportamientos coinciden en el objeto sometido a riesgo: en uno y otro caso se trata de los bienes jurídicos o expectativas normativas de la víctima.

Lo *coorganizado* constituye un contexto común compartido por víctima y autor, dotado de un mismo significado objetivo¹⁵⁹. Lo *coorganizado* ha de ser objetivamente riesgoso y potencialmente lesivo para los bienes y expectativas de la víctima. Este común significado objetivo es compatible con la ya mencionada contraposición de los sentidos de cada contribución organizativa (auto- y hetero-lesión), pues ambas son, en definitiva, riesgosas para la esfera organizativa de la víctima.

a) Coorganización del riesgo en delitos dolosos de intervención¹⁶⁰

En delitos dolosos de intervención, como por ejemplo el homicidio, la *coorganización* del riesgo por parte del autor y la víctima no forma parte de la estructura específica del comportamiento típico como tal. En esta clase de delitos, la *coorganización* corresponde a un fenómeno comisivo excepcional. Su consecuencia normativa es la imputación preferente del riesgo y/o del resultado a la propia víctima. La organización conscientemente autolesiva de la víctima genera la atipicidad de lo que otro —con sentido conscientemente heterolesivo— organiza “con ella” o “junto a ella”.

Lo anterior, en sede de imputación objetiva, puede ser explicado utilizando el criterio del ámbito de protección de la norma. La realización dolosa de comportamientos heterolesivos se encuentra fuera del riesgo permitido y, yendo más allá, algunos de ellos generan riesgos típicos. Sin embargo, decae la tipicidad objetiva de esta clase de organizaciones heterolesivas cuando tienen lugar en el marco de una *coorganización*

¹⁵⁸ Mientras no se manifieste lo contrario, un comportamiento lesivo y un comportamiento riesgoso son expresiones sinónimas. Por lo tanto, de las conductas lesivas o riesgosas *ex ante* pueden derivar lesiones a bienes o defraudaciones de expectativas imputables *ex post* a dichas conductas. Lo anterior no obsta a que más adelante cobre importancia la diferenciación entre riesgo (peligro) y lesión como modalidades específicas de lo requerido para la consumación de los delitos. Sobre este particular, *vid. infra* VI. A) c), respecto del delito de estafa.

¹⁵⁹ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 1998, p. 290.

¹⁶⁰ Sin perjuicio de que *infra*. VIII.4. D) c) se analizan algunos supuestos en los que la conducta imprudente tiene relevancia en la configuración del comportamiento típico de la estafa dolosa, en el presente apartado se excluye intencionadamente el estudio sobre la *coorganización* en delitos imprudentes. Se busca evitar un alejamiento injustificado del objeto de estudio de esta tesis: el delito doloso de estafa en comisión por omisión.

con el titular de los bienes afectados, si éste *coorganiza* conscientemente su autolesión.

A y B comentan lo divertido que sería caminar sobre un determinado lago congelado. B decide atravesar caminando ese lago de hielo quebradizo. Con su coche, A recoge a B en un lugar lejano al lago y lo transporta hasta allí, donde B camina por el hielo y sufre lesiones corporales siendo plenamente consciente del riesgo que corría.

B organiza una conducta conscientemente riesgosa y portadora de un sentido objetivamente autolesivo. Su comportamiento es atípico objetivamente por encontrarse fuera del ámbito de protección del tipo de lesiones corporales, pues este delito prohíbe la organización de lesiones corporales que afecten a otras personas y no la autolesión. En cuanto a la organización heterolesiva de A, ésta corresponde a una cooperación atípica en una autolesión —también atípica— organizada por B¹⁶¹. El riesgo de lesión y el eventual resultado de lesión son imputados preferentemente a la esfera de organización titular del bien que ha sido sometido a riesgo o, cuando sea el caso, resulta lesionado.

En conclusión, la *coorganización* del riesgo en delitos dolosos de intervención genera la imputación preferente de la organización riesgosa a la víctima. Por tanto, el comportamiento conscientemente heterolesivo del autor y el conscientemente autolesivo de la víctima son objetivamente atípicos. Expresado sintéticamente, la atipicidad objetiva *en delitos dolosos de intervención* se fundamenta en la consciente *coorganización hetero- y auto-lesiva del riesgo*.

Ahora bien, la *coorganización* en delitos dolosos de intervención provoca la imputación preferente del riesgo o lesión al ámbito de responsabilidad de la “víctima”, siempre y cuando la conducta organizativa del autor se haya mantenido en el marco de *organización conjunta* con la víctima. Este marco no requiere una suerte de acuerdo mutuo entre autor y víctima, pues alude a algo distinto y de carácter objetivo: autor y víctima deben poner en riesgo un mismo bien jurídico, realizando cada cual un comportamiento organizativo dotado de una intensidad lesiva equiparable o equivalente. Cuando así sea, el riesgo —y la eventual lesión del bien— debe imputarse preferentemente al comportamiento conscientemente autolesivo de la víctima.

¹⁶¹ Un ejemplo y reflexiones semejantes en ROXIN, *P.G. I*, 1997, § 11, nn.mm. 85-86.

La solución de la atipicidad objetiva en casos de coorganización del riesgo en delitos dolosos de intervención es correcta normativamente en la medida en que el autor no haya instrumentalizado a la víctima ni haya infringido un deber especial de protección respecto de ella^{162 163}.

b) Coorganización en la estafa, delito doloso de relación

La configuración típica de la estafa como delito doloso de relación presenta la peculiaridad de que el comportamiento delictivo requiere la *coorganización del riesgo típico* por parte del autor y la víctima.

La *coorganización* de autor y víctima da lugar a un contexto de sentido común a ambos¹⁶⁴. Lo *coorganizado* es uno o más riesgos objetivamente lesivos para los bienes y expectativas de la víctima. La *coorganización* se plasma en un ejercicio defectuoso de las libertades de organización de autor y víctima. El autor la ejerce con un sentido intersubjetivamente heterolesivo y, la víctima, con un sentido intersubjetivamente autolesivo.

En la estafa, el aporte organizativo del autor se concreta en el ejercicio de su libertad utilizando un «engaño bastante» presente en el acervo informativo de la víctima orientado a que ésta realice su aporte organizativo ejerciendo su libertad de organización mediante la realización de una disposición patrimonial perjudicial para sí misma o un tercero, disposición que debe haber sido inducida por el «engaño bastante» utilizado por el autor.

El aporte del autor a la *coorganización* del comportamiento típico de estafa consiste en la utilización activa u omisiva —con dolo y con ánimo de lucro— de un «engaño bastante» presente en el acervo informativo de la víctima o de quien administra el patrimonio de esta última. El aporte del titular del acervo informativo a la

¹⁶² CANCIO MELIÁ integra la atención al comportamiento de la víctima en la imputación objetiva. Centra su atención en los delitos de intervención, pues no simpatiza con la distinción entre éstos y los delitos de relación. Desconfía de la conveniencia de una victimodogmática propiamente tal, ya que la dogmática penal poseería instrumentos suficientes y adecuados para tomar en consideración la conducta de la víctima, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 1998, pp. 290 y ss.

¹⁶³ Efectivamente, correspondería afirmar una autoría mediata típica si la víctima fuera instrumentalizada para que lleve a cabo su autolesión. Por otra parte, si el autor fuera inequívocamente garante de protección de la víctima, su organización hetero-lesiva infringiría deberes negativos jurídico-penales por los cuales respondería, de tal manera que no se desencadenaría la imputación preferente a la víctima por *coorganización* del riesgo. En los dos últimos casos —autoría mediata y posición de garante— no se configura la *coorganización* del riesgo de la que deriva la imputación preferente del riesgo a la víctima. La responsabilidad preferente de la víctima se fundamenta en la especial y estrecha relación entre aquella y sus propios bienes o expectativas normativas.

¹⁶⁴ IV.4 B) a).

coorganización del comportamiento típico consiste en realizar una disposición patrimonial inducida por la utilización dolosa y con ánimo de lucro del «engaño bastante» por parte del autor. La *coorganización* genera un contexto común de sentido, en el cual el riesgo típico se encuentra en condiciones de progresar hacia una estafa consumada¹⁶⁵.

Si autor y engañado *coorganizan* en la estafa el comportamiento típico, pareciera que de ambos depende que el riesgo típico se desestabilice de modo jurídico-penalmente relevante. Sin embargo, el riesgo puede ser considerado típico desde que el autor organiza “su parte” en la *coorganización* mediante la utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante» presente en el acervo informativo del engañado. Para efectos del *iter criminis*, el riesgo es típico —y existe normativamente la tentativa inacabada e imperfecta—cuando el autor comienza su aporte de modo que le es imputable un conocimiento cierto o altamente probable de su sentido hetero-lesivo. Para sostener el riesgo típico, no es necesario “esperar” a que el autor termine la utilización típica del «engaño bastante». Por lo tanto, aún antes del aporte organizativo del engañado, es ya típico el *riesgo de que se realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por «engaño»*.

Estas afirmaciones se sustentan en la idea de la desestabilización de un foco de peligro. Lo organizado por el autor desestabiliza el foco de peligro asociado a una determinada información falsa desorientadora. En virtud de esta desestabilización, el foco de peligro deviene en el riesgo típico del delito, sin que deba esperarse a que la víctima realice su aporte organizativo mediante la disposición patrimonial perjudicial¹⁶⁶.

La contribución organizativa del engañado completa el comportamiento típico y consolida el contexto común entre autor y titular del acervo. En dicho contexto común, el riesgo típico puede mantenerse como tal, haciendo posible a la vez el desarrollo de la comisión de estafa hacia su consumación.

Mientras la *coorganización* en delitos de intervención es meramente eventual y, por otra parte, un factor desencadenante de la atipicidad del riesgo *coorganizado* por autor

¹⁶⁵ Vid. *infra* V.2.

¹⁶⁶ La idea de la *desestabilización del foco de peligro* en la comisión por omisión fue acuñada por GIMBERNAT ORDEIG. Realiza una comisión por omisión quien, a pesar de su deber de mantener controlado un «foco de peligro», permite su *desestabilización* al no adoptar las correspondientes medidas de precaución. Entre otras muchas citas posibles, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 2001, p. 20.

y víctima, la *coorganización* en la estafa —delito doloso de relación— constituye un requisito típico imprescindible para la completa configuración del comportamiento punible. En la estafa, delito doloso de relación, la *coorganización del riesgo* desencadena la imputación preferente de éste al autor y no a la propia víctima.

C) DISPOSICIONES PATRIMONIALES ECONÓMICAMENTE IRRACIONALES Y CASOS DE “DUDA DE LA VÍCTIMA” EN LA ESTAFA

Las disposiciones patrimoniales económicamente irracionales y los casos de “duda de la víctima” en la estafa merecen ser examinadas atentamente. En dicho examen, no se debe olvidar que cada una de estas constelaciones de casos plantean la interesante cuestión de si en ellas tiene lugar el aporte organizativo de la víctima en la *coorganización* del riesgo típico de estafa o se trata, más bien, de una simple infracción de su incumbencia de auto-protección, ambas —aporte a la *coorganización* e infracción de la incumbencia— o, finalmente, ninguna de ellas.

a) Las disposiciones patrimoniales económicamente irracionales

La conducta injusta que el Derecho penal desapueba y juzga intolerable a través del tipo de estafa requiere la realización de una disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño bastante», cuya falsedad es *razonablemente ignorada o descartada por el engañado*¹⁶⁷. Esta última debe realizar la disposición patrimonial de modo tal que intersubjetivamente sea posible sostener que ha obrado *fiándose razonablemente* de la veracidad del contenido informativo falso comprendido por el «engaño bastante». Ahora bien, sólo es *razonable que la víctima se fíe* de la veracidad del «engaño» si *razonablemente ignora o descarta la falsedad del «engaño bastante»*. La *confianza razonable* a la que se hace referencia no equivale a la certeza plena —sumamente inusual, en todo caso— sobre la veracidad del contenido informativo patrimonial del «engaño». La *confianza razonable* alude a aquélla que se funda sobre una base sensata, aceptable, “lógica”, etc.

Será *razonable* la confianza que la víctima deposita en la veracidad del «engaño» cuando a éste se le pueda atribuir el adjetivo calificativo «bastante» (requisito típico). Como ha sido analizado *supra*¹⁶⁸, el calificativo «bastante» alude al potencial engañoso *ex ante* de la información falsa. Dicho potencial ha de ser “suficiente como

¹⁶⁷ Descartar la falsedad implica afirmar la veracidad del contenido informativo del «engaño bastante» o, al menos, comportarse como si se tratase de información verdadera.

¹⁶⁸ II.4. A) a) 4. ii.

para provocar un error en una persona”. Por lo tanto, *la víctima se fía razonablemente de la veracidad del «engaño» utilizado por el autor, en la medida en que aquél pueda ser calificado como «bastante»*. Existe, por tanto, una estrecha relación entre el carácter «bastante» del «engaño» utilizado por el autor y el margen dentro del cual es *razonable* que la víctima *confíe* en la veracidad de la información falsa correspondiente: a mayor potencial engañoso de la información falsa¹⁶⁹, mayor será el margen en el que la víctima podrá *confiar razonablemente* en la veracidad del «engaño». Sin embargo, esta relación no debe llevar a concebir el «engaño bastante» y la *razonable confianza en su veracidad* como factores vinculados entre sí de modo necesario.

Es posible que el autor utilice un «engaño bastante» y que la “víctima” realice la disposición patrimonial conociendo a ciencia cierta la falsedad de la información con la que cuenta y, no obstante lo anterior, disponga patrimonialmente “como si” tal información fuese verdadera. Ante esta circunstancia, quien realiza la disposición asume todo el riesgo de sufrir perjuicios patrimoniales y no puede ser considerada “víctima” de estafa, pues su conducta demuestra una decisión consciente de obrar de un modo económicamente irracional¹⁷⁰.

Idéntica solución debe aplicarse a quien dispone patrimonialmente sin conocer con seguridad plena la falsedad del «engaño bastante», pero admitiéndola como una posibilidad altamente probable. Si a pesar del conocimiento de la alta probabilidad de la falsedad del «engaño», la inveracidad fuera descartada sin una base razonable y se llevara a cabo una disposición patrimonial orientada “como si” el «engaño bastante» fuese verdadero, quien realice tal disposición no puede ser considerado “víctima” de estafa, pues ha realizado conscientemente un comportamiento económicamente irracional¹⁷¹.

¹⁶⁹ Este potencial o idoneidad debe ser “al menos” «bastante» como para provocar un error en otra persona.

¹⁷⁰ La doctrina alemana suele descartar la condición de víctima en estos casos por incumplimiento de uno de los requisitos de la estafa: la inconsciencia de la autolesión (*Unbewusste Selbstschädigung*). En Alemania se suele resaltar la caracterización autolesiva del comportamiento del disponente-engañado, v.gr. SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 41.

¹⁷¹ El concepto «disposición patrimonial económicamente irracional» toma aspectos del planteamiento de PASTOR MUÑOZ. La autora formula un modelo de decisión de la víctima de estafa para establecer la clase de información que ésta necesita para tomar decisiones patrimoniales económicamente racionales (libres). Propone como modelo de decisión el «vigente en el mercado» y, de acuerdo con dicho modelo, el tipo de estafa «protege el patrimonio como poder jurídicamente reconocido para la interacción en el mercado». Una de las consecuencias que se extraen de este modelo es la siguiente: «quien opte por tomar sus decisiones de disposición con base en un modelo alternativo lo hace por su cuenta y riesgo» (p. 188). Así ocurre, v.gr. con el modelo de

Tras estas aclaraciones sobre las disposiciones patrimoniales económicamente irracionales¹⁷², se plantea la cuestión de si éstas poseen el sentido objetivamente autolesivo que configura el aporte típico de la víctima en la *coorganización* del riesgo de estafa. La respuesta es negativa y se puede formular retomando la consideración acerca de lo que constituye el injusto penal de la estafa. La conducta injusta y penalmente desaprobada por el delito de estafa requiere objetivamente —o intersubjetivamente, como se prefiera— que la víctima *razonablemente ignore o descarte la falsedad de la información que el tipo penal denomina «engaño bastante»*. De ningún modo puede considerarse configurado el riesgo típico de estafa cuando la supuesta “víctima” que conoce a ciencia cierta la falsedad del «engaño bastante» o, conociendo la falsedad como altamente probable, la descarta sin una base razonable. Conductas de estas características no son siquiera subsumibles en el tipo penal, pues éste requiere necesariamente una *coorganización* en la que el autor organiza dolosamente una hetero-lesión patrimonial y la víctima organiza una disposición patrimonial *ignorando o descartando razonablemente* su sentido auto-lesivo¹⁷³. La idea de autolesión, en los casos de estafa triangular, corresponde al sentido perjudicial de la disposición para el patrimonio de un tercero¹⁷⁴.

No se encuentra en el ámbito de protección de la norma del delito de estafa el castigo por auto-lesiones patrimoniales organizadas con conocimiento cierto o eventual de su carácter lesivo. Las disposiciones patrimoniales irracionales económicamente corresponden a auto-lesiones patrimoniales realizadas con dolo eventual y objetivamente atípicas.

Antes de finalizar, el lector podría pensar que el requisito típico que aquí se ha denominado como *confianza razonable* en la veracidad del «engaño bastante» constituye una adición injustificada de un nuevo requisito “subjetivo” referido a la

decisión supersticioso, *cf.* PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, p.178. En cuanto al asunto ahora analizado, la potencial víctima que decide conscientemente realizar una disposición patrimonial perjudicial se desmarca voluntariamente de la protección jurídico-penal de su patrimonio ya que no sigue el modelo de racionalidad vigente en el mercado.

¹⁷² El disponente conoce —con certeza o como algo altamente probable— la falsedad del «engaño bastante», y pese a ello, realiza una disposición patrimonial “como si” el «engaño» fuese verdadero.

¹⁷³ El delito de estafa requiere que la víctima no sea consciente de su auto-lesión, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 41.

¹⁷⁴ En la estafa en triángulo (*Dreieksbetrug*), el delito sigue siendo de autolesión (*Selbstbeschädigungsdelikt*) aunque la disposición patrimonial del engañado (*des Getäuschten*) no perjudique su propio patrimonio, MITSCH, *B.T. II*, 2015, p. 298; GEPPERT, *JuS* 1977, pp. 69-75.

víctima del delito de estafa. Efectivamente, esta exigencia podría ser vista de este modo, pero ni es “nueva” ni es “subjetiva”.

En esta investigación doctoral interesa determinar aquello en lo que consiste la conducta desaprobada por el tipo penal de la estafa. La desvaloración típica corresponde a un juicio objetivo¹⁷⁵. Los conocimientos del autor —y eventualmente los de la víctima, tal y como ocurre en la estafa— pueden tener relevancia y ser tomados en cuenta al realizar el juicio objetivo de desaprobación típica. Estos conocimientos o desconocimientos son objetivos, pues forman parte de la realidad desaprobada, esto es, corresponden a circunstancias relevantes que existen objetivamente. Se trata de una parte de la realidad que trasciende la psique del autor y/o víctima. Lo subjetivo o individual no es en sí mismo parte de la base del juicio de desaprobación, sino un criterio de selección para incluir segmentos objetivos de la realidad en la base de este juicio¹⁷⁶. La realidad misma opera como base de la desaprobación objetiva de los peligros típicos. De ella sólo son tomadas en cuenta aquellas “partes” relevantes normativamente. La relevancia normativa sólo puede referirse a realidades *conocidas o cognoscibles* por el autor, la víctima (como ocurre con la estafa) o un participante medio en el ámbito correspondiente.

Las disposiciones patrimoniales que el Derecho penal desaprueba, en lo que concierne al delito de estafa, son aquellas realizadas por ciudadanos que razonablemente ignoran o razonablemente descartan la falsedad de la información comprendida en un «engaño bastante» presente en sus acervos informativo-patrimoniales. En otras palabras, el segmento de realidad objetiva que resulta ser normativamente relevante para este delito —en lo que dice relación con la conducta de la víctima—, es la información («engaño») cuya falsedad puede razonablemente ser ignorada por la víctima, o en su caso, puede ser razonablemente descartada. Por lo tanto, es objetivo el requisito típico por el cual se exige que la víctima *ignore o descarte razonablemente* la falsedad del «engaño».

Finalmente, que la víctima debe *ignorar o descartar razonablemente* la falsedad del «engaño» para ser considerada como tal, simplemente garantiza que la disposición patrimonial perjudicial que ella realiza ha sido inducida por la utilización activa u omisiva del «engaño bastante» —utilización dolosa y con ánimo de lucro, atribuible

¹⁷⁵ Se supera la vinculación cuasi-necesaria entre “lo subjetivo” como lo interno o de la psique y “lo objetivo” como lo externo a la psique del agente, en ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, p. 82.

¹⁷⁶ ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, p. 82.

al autor— y que, por este motivo, el disponente puede ser considerado como un sujeto engañado.

b) “Duda de la víctima” en la estafa

La “duda de la víctima” entra en juego cuando ésta, a pesar de la organización hetero-lesiva del autor, no tiene por verdadero el contenido informativo sobre el que versa el «engaño bastante». La jurisprudencia alemana ha sostenido la compatibilidad entre duda de la víctima y su error teniendo en consideración casos en los que la veracidad de los hechos falsos ha sido considerada como altamente probable¹⁷⁷. Otro sector jurisprudencial y doctrinal considera suficiente motivo para compatibilizar duda y error de la víctima la sola “posibilidad” de tener por verdaderos los hechos falsos¹⁷⁸.

Lo propio de una duda es que el sujeto cognoscente —la víctima, en estos supuestos— vacila entre la afirmación y la negación de la veracidad de una proposición referida a un determinado objeto de conocimiento. La “duda de la víctima” que interesa analizar en el delito de estafa es aquella que responde a un fundamento o base *razonable*, sensata, aceptable, lógica, etc. Por este motivo, no presentan interés los problemas referidos a víctimas dubitativas, temerosas, aversas al riesgo patrimonial, sino a los supuestos en los que es *razonable dudar*.

Tras estas ideas preliminares, es conveniente precisar que la persona que duda “no ignora”, pues al vacilar entre la afirmación y negación de una proposición, ambos extremos son conocidos. La duda implica saber que una proposición presentada como verdadera puede serlo o no, siendo *razonable* la vacilación entre una y otra posibilidad. En consecuencia, *quien duda no ignora* y, por este motivo, la duda impide afirmar el requisito típico por el cual la víctima debe *ignorar razonablemente la falsedad del «engaño bastante»*. En otros términos, la duda excluye que el sujeto que vacila entre la afirmación y la negación de la veracidad de un dato pueda considerarse engañado¹⁷⁹. La duda es incompatible además con el *descarte razonable de la falsedad del engaño* ya que cuando se descarta la falsedad de un dato se pone término

¹⁷⁷ BGHSt 47, 83 [88]; BGH wistra 1990, 305.

¹⁷⁸ BGH StV 2003, 276 [277]; BGH NJW 2012, 1377 [1382]; OLG Stuttgart ZWH 2012, 113[114]; LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, n.m. 71; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 30; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, nn.mm. 84 ss. El argumento, pobre por cierto, por el que se acepta la configuración del elemento error cuando el potencial engañado duda, es que quien duda igualmente terminará encontrándose en la posición de víctima, *cfr.* SATZGER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 124.

¹⁷⁹ Partidario de la incompatibilidad entre la duda y el error, GALLEGO SOLER, *P.E. T.I.*, 2015, p. 506; KINDHÄUSER, *B.T. II*, 2014, §27, n.m. 34;

o nunca existió, según sea el caso, la vacilación propia de la duda. La duda no es compatible con el *descarte razonable de la falsedad del engaño* por otro motivo. Este *descarte* implica una adhesión—al menos implícita— a la veracidad del contenido engañoso.

Quien duda conoce su propia incertidumbre o vacilación entre dos extremos contrarios: la adhesión y el rechazo de lo que se le propone como un juicio verdadero. Es posible que la “duda de la víctima” derive en una de las variantes de disposición patrimonial económicamente irracional. En concreto se trata de aquella en la que se conoce la alta probabilidad de la falsedad del «engaño», pero se descarta su inveracidad sin una base razonable¹⁸⁰.

Los casos de “duda de la víctima” permiten sostener que ésta es consciente de, al menos, tres datos: a) su conducta puede estar basada en una falsedad y, de ser así, su acto de disposición probablemente perjudicará su propio patrimonio u otro ajeno, según corresponda; b) su acto de disposición puede estar apoyado en información patrimonial verdadera y que, si se da esta posibilidad, la disposición probablemente será ventajosa para el patrimonio correspondiente; c) le incumbe recabar información adicional para encontrarse en condiciones de disponer patrimonialmente conforme a la racionalidad económica.

La víctima que duda sobre la veracidad del «engaño bastante» puede, al cumplir su incumbencia de auto-protección, salir de su duda y decidir no realizar la disposición patrimonial en absoluto o hacerlo de modo no perjudicial y coherente con el conocimiento adquirido sobre la falsedad del «engaño bastante». En ambas alternativas de comportamiento, la víctima obra conforme a la racionalidad económica y recibe la tutela penal a título de estafa. En estos casos en los que la víctima potencial supera su duda, el comportamiento del autor genera el riesgo típico *ex ante* de estafa sin que el desarrollo de la comisión de estafa supere la dimensión organizativa del autor. La tentativa debiera quedar fijada como tentativa acabada. Lo anterior se debe a que después de haber sido superada la duda, la víctima no realiza disposición patrimonial alguna o, realizándola, no se trata de una disposición inducida

¹⁸⁰ Cuando se lleva a cabo la disposición patrimonial orientándola “como si” el «engaño bastante» fuese verdadero, quien realiza tal disposición no es “víctima” de estafa, pues conscientemente desarrolla un comportamiento económicamente irracional que corresponde a una auto-lesión atípica, organizada con dolo (al menos) eventual.

por el «engaño bastante». En consecuencia, el comportamiento del autor es punible únicamente como tentativa de delito, pues la estafa no alcanza la consumación.

Por otra parte, la víctima puede infringir su incumbencia de auto-protección si — conociendo c)— no acopia suficiente información verdadera y su duda permanece inalterada¹⁸¹. Si el sector negocial fuera complejo, la incumbencia de auto-protección le exigiría obtener hetero-protección informativo-patrimonial y, de este modo, la duda acabaría. También cabe la posibilidad de que la “duda de la víctima” persista incluso tras el cumplimiento de su incumbencia de auto-protección. Esto último ocurre cuando sigue siendo razonable dudar de la veracidad de los datos de relevancia patrimonial contenidos en el «engaño bastante» después del cumplimiento de la exigencia mínima de auto-protección¹⁸². En ambos casos —cumplimiento o infracción de la incumbencia— la víctima que duda puede realizar una disposición patrimonial orientada hacia un perjuicio propio o ajeno cuando dispone “como si” el contenido informativo del «engaño» fuese verdadero, todo ello a pesar de su duda razonable sobre la veracidad del «engaño». Si la víctima que duda obrase de este modo, su comportamiento deviene en una disposición patrimonial económicamente irracional¹⁸³.

Según lo analizado hasta ahora, ¿sería correcto en estos casos sostener la reducción del castigo al autor mediante la afirmación de una tentativa de estafa por infracción de la incumbencia de auto-protección?¹⁸⁴ No corresponde aplicar esta solución por mucho que haya sido infringida la incumbencia de auto-protección. Para esta clase de supuestos prima la solución de la atipicidad objetiva porque la “supuesta víctima” desarrolla conscientemente un comportamiento económicamente irracional, esto es, una auto-lesión patrimonial y atípica, organizada con dolo eventual. Se debe sostener la atipicidad objetiva por incumplimiento del requisito típico de que la víctima organice la disposición patrimonial *ignorando o descartando razonablemente* su sentido auto-lesivo. En definitiva, es atípica objetivamente la organización patrimonialmente autolesiva realizada con consciencia de estar descartando de modo no-razonable la inveracidad del «engaño»¹⁸⁵.

¹⁸¹ Se deja de lado una posible intervención de un tercero, quien podría despejar la duda (de este modo, la “víctima” descubriría la falsedad) o generar la convicción sobre la veracidad del «engaño bastante».

¹⁸² Alude a este supuesto concreto, GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1985, p. 339.

¹⁸³ Esta conducta, sin ser idéntica, equivale al descarte —sin base razonable— de la inveracidad del «engaño».

¹⁸⁴ *Vid. Infra*. VI. B).

¹⁸⁵ Similar, AMELUNG, *GA* 1977, pp. 1 ss.

Por lo tanto, la infracción o cumplimiento de la incumbencia de auto-protección no opera como un factor determinante de la solución normativa aplicable a los casos de “duda de la víctima” en los que ésta decide conscientemente realizar una disposición patrimonial económicamente irracional¹⁸⁶. Los casos de “duda de la víctima” pueden presentarse tanto en supuestos de cumplimiento como de incumplimiento de la incumbencia de auto-protección.

D) RIESGO PATRIMONIAL POR CONTACTO NEGOCIAL

Los riesgos forman parte del entramado de relaciones sociales. La vida en Sociedad y sus interacciones conllevan un margen inevitable de peligros que cabe denominar como “riesgos generales de la vida”: el peligro de caer al suelo al bajar escaleras, el riesgo de recibir un pelotazo en un ojo durante un partido de tenis, etc. Sobre esta primera base riesgosa, existen ámbitos sociales más específicos en los que se generan “riesgos sectoriales” y, entre éstos, algunos poseen un fuerte grado de regulación normativa, como por ejemplo, el “riesgo sectorial” del tráfico vial. Es posible sostener que tanto los “riesgos generales de la vida” como los “riesgos sectoriales” se enmarcan en lo que la doctrina trata como ámbitos de riesgo permitido¹⁸⁷.

Para la comisión activa y omisiva de estafa reviste especial interés un “riesgo sectorial” específico que aquí será denominado “riesgo patrimonial por contacto negocial”. Se trata del peligro al que se exponen todos los agentes que interactúan en negocios de contenido patrimonial. Todos ellos conocen el riesgo, menor o mayor según el negocio específico del que se trate, de resultar perjudicados patrimonialmente si, en términos más coloquiales, los negocios “no van bien”. Uno de los motivos por

¹⁸⁶ Parte de la doctrina afirma que no merece protección penal a título de estafa quien realiza una disposición patrimonial perjudicial en caso de duda sobre la veracidad o falsedad de la información patrimonial con la que cuenta. Ahora bien, todo parece indicar que la total desaparición de la *Schutzbedürftigkeit* y la atipicidad objetiva derivarían de la infracción de incumbencia de auto-protección; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Beristain*, 1989, p. 645. La duda basada en indicios concretos excluye el error porque una víctima potencial que duda «debería hacer un examen más detenido» y, de no realizarlo, deja de merecer la protección penal, *cfr.* SCHÜNEMANN, *ZStW* 90 (1978), p. 11, 54 ss.; SCHÜNEMANN, *LK-StGB*, 2001, §201, nn.mm. 13, 24.

¹⁸⁷ ROXIN, *P.G. I*, 1997, §10, nn.mm. 38-40. Entiende que el riesgo permitido deriva del principio de adecuación social, pero esta última es, a su juicio, excesivamente inespecífica. Dentro del riesgo permitido, distingue dos grupos de casos: en primer lugar, los *riesgos jurídicamente irrelevantes o permitidos* (autorizados) en forma general, como ocurre con el tráfico vial, práctica de deportes, etc.; en segundo lugar, los *riesgos insignificantes y socialmente tolerados de modo general*, para los que se excluye la tipicidad por la ausencia de lesión del bien jurídico protegido por ciertos preceptos, como cuando se entrega un pequeño regalo de año nuevo al cartero (en Alemania, funcionario público). El “riesgo patrimonial por contacto negocial”, se encontraría en el primer grupo de ROXIN, *riesgos permitidos en forma general*. JESCHECK, en cambio, excluiría el tipo en este ámbito acudiendo a la «adecuación social», pues ejemplifica este tópico aludiendo a «pequeños engaños, usuales en el tráfico negocial», JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, p. 269.

los que puede resultar perjudicado quien interviene en el sector de “riesgo patrimonial por contacto negocial” es la presencia en su acervo informativo de datos falsos que le desorientan y pueden llevar a tomar decisiones patrimoniales perjudiciales. Mientras los datos falsos a los que se acaba de aludir no constituyan un «engaño bastante» utilizado de modo jurídico-penalmente relevante, el riesgo de resultar perjudicado permanece en el ámbito del riesgo permitido. En consecuencia, el “riesgo patrimonial por contacto negocial”, como riesgo permitido, incluye el peligro de que se utilice información falsa y realicen disposiciones patrimoniales inducidas por esa clase de información en las interacciones de contenido patrimonial. Desde esta perspectiva, la afirmación de mentiras o «engaños» burdos en contactos negociales se mantiene dentro del riesgo permitido, a pesar de que pueda llegar a producir peligros o lesiones para bienes jurídicos (patrimonio ajeno), no obstante la evitabilidad de dichos peligros o lesiones¹⁸⁸.

Ante una concurrencia de intereses, el Derecho penal realiza una ponderación propia en virtud de la cual puede decidir que ciertos peligros o lesiones se mantengan dentro del ámbito del riesgo permitido. La ponderación consiste en un análisis de costes y beneficios vinculados al establecimiento de la prohibición penal —conminación penal abstracta— de una conducta. El espacio permitido de “riesgo patrimonial por contacto negocial” y su delimitación respecto de los riesgos prohibidos jurídico-penalmente es el resultado de una ponderación entre dos intereses contrapuestos. En el sector de los intercambios de contenido económico, un interés relevante es la agilidad de las transacciones; otro interés se refiere a la fiabilidad de la información disponible para realizar dichas transacciones. El Derecho decide cuál de los intereses concurrentes prevalece, decisión fundamentalmente estratégica en la que prefiere el interés que mejor contribuya funcionalmente al sector de los contactos de contenido patrimonial. Para que los contactos negociales se desarrollen con fluidez se requiere un importante grado de confianza en las informaciones dadas y recibidas, y a la vez, por paradójico que parezca, se requiere que los agentes que interactúan en este sector acepten que no toda información recibida siempre será verdadera. Lo contrario, esto es, un régimen de desconfianza en el que cada agente tuviera que comprobar exhaustivamente uno por uno los datos relevantes para tomar decisiones patrimoniales, entorpecería el tráfico de modo significativo, generándose además altísimos costes de transacción para lograr acuerdos entre partes. Por lo tanto, al decidir aquello que forma parte del

¹⁸⁸ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 526.

riesgo permitido y lo que será prohibido por el Derecho penal, parece evidente (por su disfuncionalidad) la inconveniencia de una prohibición penal de toda conducta por la que se inserte o mantenga información falsa de relevancia patrimonial en un acervo ajeno. En consecuencia, para fomentar la necesaria fluidez de los contactos de contenido patrimonial, una parte de esas conductas es permitida por el Derecho penal, en concreto, aquélla parte en la que no se configuran utilizaciones de «engaños bastantes»¹⁸⁹.

Las utilizaciones de «engaños» no-«bastantes» son impunes porque forman parte del “riesgo patrimonial por contacto negocial”. Su inclusión en el riesgo permitido podría parecer una contradicción valorativa entre el Derecho penal y, en especial, el Derecho privado. Sin embargo, no existe tal contradicción. La permisón de un riesgo no implica su valoración positiva. Como acaba de ser mencionado, la permisón de riesgos es una decisión estratégica (no valorativa) obtenida mediante una ponderación de intereses en conflicto, según un análisis de pros y contras. Dado que la inclusión o exclusión de determinados comportamientos en el riesgo permitido obedece a un criterio de funcionalidad, no cabe sostener que el Derecho penal valora como “buenas” o “positivas” las conductas que incluye dentro del “riesgo patrimonial por contacto negocial”. De este modo, es perfectamente coherente con la unidad del Ordenamiento jurídico la impunidad penal por riesgo permitido de un determinado comportamiento —*v.gr.* silencio del vendedor que no declara al comprador el vicio oculto de la cosa ofrecida—, mientras otra rama del Derecho, como el ámbito jurídico-privado lo desvalora y, eventualmente, asocia a consecuencias jurídico-privadas tales como la indemnización de perjuicios, anulabilidad de actos jurídicos, etc.¹⁹⁰.

a) Riesgos de desorientación, incumbencias de auto-orientación y deberes de hetero-orientación

¹⁸⁹ «(...) son casos de riesgo permitido todos aquellos en los que la autorización en general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien jurídico se deriva de la toma en consideración de la concurrencia necesaria de otros intereses, merecedores también de la protección jurídica, que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección (en virtud de una ponderación de todos los intereses concurrentes)», PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 517.

¹⁹⁰ Lo que sí supondría una incoherencia valorativa es la protección jurídico-penal de bienes obtenidos por «engaños» no «bastantes» penalmente, pero sí relevantes para el Derecho civil. La accesoriadad relativa del Derecho penal evita esta clase de contradicciones, *vid. infra* VII.2. Como se ve, tal accesoriadad no afecta la validez de la mantención dentro del riesgo penalmente permitido de conductas desvaloradas por otros ámbitos del Derecho.

En el ámbito patrimonial, la información verdadera *orienta*, pues da noticia al interesado sobre aquello que ignora y necesita saber, confirma o desmiente el auténtico estado de un negocio en particular, etc. Los datos veraces presentes en un acervo informativo permiten a quien los posee *orientar* sus decisiones hacia un fin que habitualmente consiste en la obtención de beneficios, según un criterio de racionalidad económica. Cada esfera de organización necesita suficiente información orientadora —sólo lo es la verdadera— que le permita deliberar y tomar decisiones de acuerdo con un acervo informativo que se corresponda con la realidad patrimonial que es administrada por cuenta propia o ajena.

Sin embargo, incluso quien posee información verdadera suficiente para su *orientación patrimonial* no tiene garantizado que obtendrá beneficios al intervenir en contactos de contenido patrimonial. Cualquier titular de un acervo informativo se encuentra sometido al riesgo general de la vida por el que los negocios y decisiones patrimoniales “no resultan tal y como se había previsto”. Efectivamente, ni el cumplimiento de la propia incumbencia de orientación, de un deber de hetero-orientación jurídico-privado ni, finalmente, el cumplimiento de un deber hetero-orientación jurídico-penal, garantizan el “éxito” de una operación patrimonial, sino algo muchísimo más modesto. La incumbencia de auto-orientación y los deberes de hetero-orientación se limitan a hacer posible que el titular del acervo informativo-patrimonial tome decisiones patrimoniales *libres*, entendiendo por tales aquéllas no condicionadas o inducidas por datos falsos desorientadores¹⁹¹ que, por ser tenidos como verdaderos, merman la libertad de las decisiones de contenido patrimonial. Estas últimas no manifiestan la libre autonomía personal del titular del acervo en el ámbito patrimonial, cuando el titular y el acervo informativo correspondiente se encuentran condicionados por un concreto *riesgo de desorientación*.

El «engaño» —información patrimonial falsa— *desorienta* porque dificulta o puede llegar a imposibilitar que el titular del acervo informativo-patrimonial adopte decisiones patrimoniales orientadas a la obtención de beneficios. La información patrimonial que se tiene por verdadera siendo falsa en la realidad expone al titular del acervo informativo a un *riesgo de desorientación*. Desde la perspectiva de la libertad patrimonial, los actos de contenido patrimonial inducidos por «engaños» suficientemente desorientadores —«engaños bastantes» relevantes para la

¹⁹¹ No son otra cosa que *situaciones de engaño*.

configuración de un delito de estafa—, no pueden considerarse genuinas manifestaciones de la libertad personal del disponente-engañado en el ámbito patrimonial. Ello se debe a que un determinado *riesgo de desorientación*, derivado de datos falsos presentes en un acervo patrimonial, condiciona (induce) una decisión *desorientada* que desembocará habitualmente en un resultado perjudicial para los intereses del titular del acervo informativo o los de un tercero. La falta de libertad patrimonial no debe ser entendida de un modo “fatalista” ya que existe la posibilidad de que, por “buena suerte” u otros factores imprevisibles, la decisión patrimonial realizada por la esfera organizativa sometida al *riesgo de desorientación* termine beneficiando los intereses del patrimonio en cuestión.

*Supra*¹⁹² ha sido analizado un concepto de incumbencia “general”, y por tanto, válido para toda clase de delitos. Ahora interesa establecer la incumbencia específica que el Derecho exige a la víctima potencial del delito de estafa. La terminología empleada hasta ahora sufrirá algunas modificaciones por la incorporación de los conceptos de *orientación* y *desorientación*. En los contactos de contenido patrimonial, como derivación del *casum sentit dominus*, rige de entrada el criterio general de la propia incumbencia de orientación (auto-orientación) patrimonial. Lo anterior permite sostener que todo aquel que participa en el sector de “riesgo patrimonial por contacto negocial” le corresponde velar por la veracidad de la información que recaba o recibe para así encontrarse en condiciones de decidir libremente la realización de disposiciones patrimoniales.

La regla básica de que la responsabilidad por la orientación incumbe preferentemente al propio titular de un acervo informativo puede ser modificada directamente por las partes que interactúan en un negocio o contacto patrimonial determinado y, remotamente, por una normativa sectorial o usos del tráfico correspondiente. Tiene lugar una alteración, redistribución o reconfiguración de la propia incumbencia de orientación cuando una esfera organizativa distinta de la potencial víctima de «engaño» integra la orientación informativa ajena en su propia esfera de organización como un *deber de veracidad* y de un modo intersubjetiva y normativamente inequívoco. Cuando esto ocurre, se sienta la primera base por la que se sobrepasa el espacio del riesgo permitido, abriéndose la posibilidad de la configuración normativa del riesgo típico del delito de estafa. Éste consiste, básicamente, en el riesgo de que

¹⁹² VI.3.

se realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño bastante» utilizado activa u omisivamente por el potencial autor.

La víctima potencial de estafa y el garante de veracidad cumplen, respectivamente, su incumbencia de auto-orientación y deber de veracidad mediante la neutralización de riesgos de desorientación actuales o eventuales. Esta neutralización requiere el acopio suficiente y pertinente de información verdadera para la orientación de la víctima potencial conforme a sus intereses —obtención de beneficios—, todo ello bajo el presupuesto de que la víctima potencial se comporta de acuerdo con un criterio de racionalidad económica. Para la valoración acerca del cumplimiento o incumplimiento de la incumbencia se parte de la base de que la víctima potencial no busca intencionalmente el perjuicio patrimonial propio o del titular del patrimonio que administra, si éste fuera el caso¹⁹³.

¹⁹³ Sin embargo, cabe imaginar supuestos de hecho en los que se busque un perjuicio “temporal” en vistas a la obtención de otro “beneficio” posterior.

V. *ITER CRIMINIS* Y ESTAFA: SEGUNDA BASE PARA UN TRATAMIENTO UNITARIO DE LA COMISIÓN ACTIVA Y OMISIVA DE ESTAFA

En este punto, parece oportuno tratar algunas cuestiones que plantean la tentativa de estafa y su desistimiento. Serán analizadas procurando perfilar, en primer lugar, los principales conceptos que vertebran las propuestas de solución, a sabiendas de que se trata de una materia de suyo “resistente” a la simplificación. El objetivo de este estudio es la obtención de criterios normativos aplicables a la tentativa activa y omisiva de estafa.

Para conseguir un planteamiento satisfactorio sobre las etapas previas a la consumación de estafa y su desistimiento, en primer lugar, será revisada su regulación en el CP español. Los conceptos fundamentales que salen a relucir mediante el examen de los respectivos preceptos legales son: la tentativa inacabada, la tentativa acabada, la consumación, el desistimiento propiamente tal (pasivo) y el desistimiento activo. De modo análogo a los pasos metodológicos precedentes —estudio del precepto legal y el posterior examen de la categoría sistemática— se interpretarán los enunciados legales que regulan la tentativa en el Código penal español para luego incorporar consideraciones de carácter normológico.

V.1. LA TENTATIVA INACABADA Y ACABADA DE ESTAFA

La distinción entre tentativa acabada e inacabada goza de un amplio respaldo doctrinal y jurisprudencial. A nivel español, la importancia que ha adquirido esta diferenciación obedece a que la regulación legal del artículo 16.1 CP describe una y otra clase de tentativa. De conformidad con esta normativa, la *tentativa acabada* consiste en la realización de todos los actos externos que objetivamente deberían producir el resultado y la *inacabada*, por su parte, en la realización de parte de esos actos¹⁹⁴. El StGB también trata sobre una y otra clase de tentativa (§§ 23-24) las cuales son vinculadas al modo en que el autor debe comportarse para ser beneficiado con la impunidad¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Art.16.1 CP español, «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

¹⁹⁵ ROXIN, A.T. II, 2003, §30, nn.mm. 152 ss., 211 ss. El desistimiento (*der Rücktritt von Versuch*) beneficia al autor con la impunidad sin que se requiera la eficacia de dicho desistimiento. Sí se exige que el desistimiento sea voluntario y manifieste un serio esfuerzo por conseguirlo. El autor desiste de modo suficiente de la tentativa inacabada cuando abandona la ejecución (*das Aufgeben*) y, respecto de la acabada, al evitar la consumación (*die Verhinderung der Vollendung*).

Centrando el discurso en la regulación española, es el autor quien realiza todos o parte de los actos que conforman la *tentativa acabada* e *inacabada*, respectivamente. Lo anterior obliga a considerar que el acabamiento de la tentativa de estafa depende exclusivamente de la cantidad de actos que el autor lleva a cabo y que «objetivamente deberían producir el resultado». Este «resultado» no debe ser interpretado en sentido material pues, si así fuera, el art.16.1 excluiría la tentativa de delitos de mera actividad. Parece correcto entenderlo en sentido jurídico, esto es, como aquel resultado de la Parte Especial que consiste en la lesión o peligro para un bien jurídico (lesión, en el delito de estafa). De este modo, la regulación de la tentativa inacabada y acabada incluye los delitos de mera actividad. Esta interpretación del elemento «resultado» supone una adhesión al criterio según el cual toda tentativa —al menos la *idónea*— genera un resultado de peligro para un bien jurídico¹⁹⁶.

La *tentativa inacabada* comprende el desarrollo de la comisión desde la primera conducta ejecutiva del autor por la que supera el ámbito de los actos preparatorios y se extiende hasta el grado ejecutivo en el que un solo “acto” adicional pondría término al desarrollo ejecutivo emprendido. La *tentativa inacabada de estafa* se inicia cuando el autor, dolosamente y con ánimo de lucro, comienza a utilizar un «engaño bastante». La utilización activa de «engaño» inicia una tentativa inacabada cuando el autor comienza a *engañar* al titular de un acervo informativo-patrimonial. La utilización omisiva de un «engaño» puede considerarse tentativa inacabada de estafa desde el primer momento en el que el autor-omitente no neutraliza el «engaño bastante» presente en el acervo informativo del engañado-disponente.

La *tentativa acabada*, de conformidad con el art.16.1 CP, corresponde al completo desarrollo ejecutivo del comportamiento que corresponde al autor. La tentativa de estafa se encuentra acabada desde el último aporte organizativo del autor, esto es, desde que éste completa la utilización activa u omisiva del «engaño bastante». Esta tentativa se mantiene como acabada durante toda la fase previa a la consumación y puede, eventualmente, quedar “fijada” como tentativa acabada desde que ésta fracase en virtud del advenimiento de un factor impeditivo¹⁹⁷. Por tanto, la calificación como *tentativa acabada* se mantiene invariable durante todo el desarrollo comisivo que

¹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (arts.16-18), 1997, pp. 122-123.

¹⁹⁷ Lo mismo cabe afirmar respecto de una tentativa inacabada de estafa que no podrá progresar (hacia la tentativa acabada) por el fracaso del delito en virtud de un impedimento que, con independencia de la voluntad del autor, no permite —de modo definitivo— la consumación.

corre por cuenta del engañado. El aporte organizativo del engañado se desarrolla y progresa sin modificar el *status* acabado de la tentativa. Dicho aporte consiste en la realización de una disposición patrimonial perjudicial para el patrimonio del propio engañado (engañado y víctima coinciden) o de un tercero (víctima y engañado no son la misma persona)¹⁹⁸.

En el ámbito penológico, el artículo 62 CP español dispone una rebaja de pena obligatoria para las tentativas de delito¹⁹⁹. La ausencia de consumación constituye razón suficiente para rebajar la pena. Esta rebaja será de uno o dos grados en atención al *quantum* naturalístico de la ejecución típica (tentativa inacabada o acabada) y «al peligro inherente al intento». El CP no obliga al juez a una rebaja de dos grados en caso de tentativa inacabada y de sólo un grado en caso de tentativa acabada. De acuerdo con el art. 62 es posible que una tentativa inacabada sea castigada con la pena inferior en un grado, pues esta tentativa puede alcanzar un grado importante de peligrosidad. Es así como el concreto «grado de ejecución alcanzado» —tentativa acabada o inacabada— no basta por sí solo para justificar la disminución de uno o dos grados, pues el juez deberá tomar en consideración además el «peligro inherente al intento», factor netamente normativo y directamente dependiente de la objetiva configuración del riesgo típico.

El art.16.1 CP proporciona el fundamento general de la sanción de la *tentativa inacabada y acabada*. Son punibles las tentativas en las que el autor ha realizado todo o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado. Ahora bien, el art.16.1 no define el adverbio *objetivamente*, de tal manera que dicho término debe ser interpretado. Un acto es de aquellos que *objetivamente* deberían producir el resultado cuando, analizado desde una perspectiva *ex ante*, sea posible afirmar que el acto enjuiciado posee suficiente peligrosidad y que —de no mediar un factor impeditivo de la consumación— se habría producido el resultado en sentido jurídico (peligro o lesión). Este juicio de peligro *ex ante* debe realizarse de acuerdo con el

¹⁹⁸ Cuando la víctima y el engañado no corresponden a un mismo sujeto, tiene lugar la estructura de la estafa en triángulo.

¹⁹⁹ Artículo 62 CP España, «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

baremo del observador objetivo u hombre medio en la posición del autor²⁰⁰ ²⁰¹. Cuando el acto o los actos realizados por el autor no generen *realmente* un peligro, y su autor se encuentre en una situación de error invencible, por suposición errónea del peligro, existirá base suficiente para afirmar que el o los actos son de aquéllos que *objetivamente* deberían haber producido el resultado, ya que de acuerdo con el juicio *ex ante* en la posición del autor, el hombre medio habría afirmado la peligrosidad²⁰² ²⁰³.

Finalmente, puede emitirse un juicio de peligro *ex post* sobre la tentativa inacabada y acabada²⁰⁴. Si el hombre medio —al margen de la posición del autor, no omnisciente ni experto— no advertiría el peligro, debe ser afirmada una tentativa inidónea *ex post* (punible). Si este hombre medio, en cambio, *ex post* afirmara la existencia del peligro, debe sostenerse una tentativa idónea²⁰⁵.

²⁰⁰ No se trata del juicio de peligro *ex ante* de las teorías subjetivas, pues éstas lo formulan sobre la base del juicio del propio autor y no sobre la base del hombre medio en la posición del autor, así SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (arts.16-18), 1997, p. 126.

²⁰¹ Un juicio *ex post* que tomara como referencia la producción o no producción del resultado, obligaría a sostener que todas las tentativas son plenamente inidóneas (no peligrosas). Efectivamente, la no consumación del delito demuestra *ex post* que el intento poseía un defecto estructural que ha impedido que la ejecución del plan tuviera éxito. El defecto estructural determina la inidoneidad *ex post*, con independencia de que aquél resultara perceptible o imperceptible para el autor o un tercero. Esta clase de juicio *ex post* lo puede realizar un espectador omnisciente y corresponde a un concepto de tentativa plenamente objetivista (que únicamente incluye los elementos de necesidad y posibilidad), SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (arts.16-18), 1997, p. 125.

²⁰² SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (arts.16-18), 1997, p.126.

²⁰³ Los casos de error no invencible sobre los hechos (el hombre medio en la posición del autor no habría incurrido en él), pero invencible por déficits cognitivos —menor perspicacia— o emocionales —mayor agitación, menor serenidad— parecen corresponder a tentativas idóneas *ex ante* e inidóneas *ex post*, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (arts.16-18), 1997, p. 128.

²⁰⁴ Ambas *ex ante* idóneas.

²⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (arts.16-18), 1997, p. 126.

V.2. DOBLE DIMENSIÓN ORGANIZATIVA DE LA ESTAFA. IMPLICANCIAS EN SU *ITER CRIMINIS*

La estafa posee una doble dimensión organizativa: la *dimensión organizativa del autor* y la *dimensión organizativa del engañado*. La primera designa el comportamiento típico del autor. Consiste en la *utilización activa u omisiva —dolosa y con ánimo de lucro— de un «engaño bastante»*. La dimensión organizativa del autor comprende el juicio de peligrosidad *ex ante* de acuerdo con el baremo del hombre medio en la posición del autor.

El comienzo del desarrollo de la *dimensión organizativa del autor* requiere que el riesgo típico —peligrosidad *ex ante*— se encuentre en su esfera de organización. Por tanto, lo peligroso no es el «engaño bastante», sino su utilización dolosa y con ánimo de lucro, ejercida activa u omisivamente. El peligro consiste en el riesgo de que el engañado realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño bastante» utilizado activa u omisivamente por el autor. En la comisión activa de estafa, el foco de peligro se encuentra habitualmente desestabilizado *ab initio* en virtud de la realización activa y dolosa del «engaño». Sea expresa o implícita, la acción *engañar* normalmente no permite distinguir con nitidez un foco de peligro atípico previo a su desestabilización y su consiguiente conversión en el riesgo típico de estafa. Sin embargo, en algunos supuestos de comisión activa, sí es posible realizar esta distinción, en la medida en que una “información falsa” se halle en el acervo informativo de la víctima potencial antes de la realización activa del «engaño». Esto ocurre cuando el autor-*garante* confirma engañosamente la supuesta veracidad del foco de peligro mediante un comportamiento activo expreso o implícito. En todo caso, no se debe perder de vista que en la comisión activa de estafa el paso del foco de peligro atípico a un «engaño bastante» típico sólo es posible en la medida en que exista una coincidencia plena entre el contenido engañoso del foco atípico y el «engaño» activo de la tentativa típica.

La afirmación del comienzo de la tentativa de estafa en comisión activa u omisiva, implica necesariamente que una esfera de organización se ha constituido como *garante de veracidad* en favor del acervo informativo-patrimonial del engañado. Este *garante* no sólo conoce el *riesgo de disposición patrimonial perjudicial*, sino también que puede y, sobre todo, debe neutralizar o, lo mismo, estabilizar el foco desestabilizado (riesgo típico). El *garante de veracidad* estabiliza el *riesgo típico del delito de estafa* mediante la entrega activa y oportuna de información verdadera

suficiente para conjurar el «engaño bastante». Al estabilizar el riesgo típico del delito de estafa, cumple el mandato de desistimiento activo que la norma primaria dirige a aquél a quien se le atribuye la autoría de la comisión en grado de tentativa^{206 207}.

A primera vista podría parecer que la estabilización y desestabilización del foco de peligro vinculado al riesgo de estafa depende exclusivamente del comportamiento del *garante*, esto es, de si éste cumple o incumple su deber de veracidad. Sin embargo, la estabilización y desestabilización del foco peligroso dependen también del comportamiento de aquél en cuya esfera informativa se encuentra presente la información falsa. En este punto sale a relucir la dimensión de la estafa como delito de relación y de autolesión²⁰⁸. Por una parte, el *garante*-autor activo de la tentativa de estafa o, tratándose de una comisión omisiva, el *garante*-autor por asunción o injerencia²⁰⁹, pueden mantener la utilización activa u omisiva del «engaño bastante», y su dominio doloso durante un espacio temporal relativamente prolongado. Mientras el autor mantenga la tentativa en este “estado de avance”, el riesgo típico permanece desestabilizado y, consecuentemente, persiste la amenaza de que el riesgo típico se realice en el resultado. Por otra parte —aquí puede se puede observar con claridad el papel de la víctima en la (des)estabilización del riesgo— a mayor cercanía o inminencia temporal de la disposición patrimonial inducida por «engaño», aumenta la inestabilidad del riesgo.

Lo siguiente podría parecer una obviedad. Cumplidos los factores objetivos y subjetivos de la tentativa de estafa, es posible sostener la existencia normativa del riesgo típico de este delito. La afirmación del riesgo típico es compatible con un comportamiento o actitud del engañado por la que éste retrasa su decisión de disponer patrimonialmente. Ello puede obedecer a una prolongada deliberación o a otra causa. En esta tesitura, a pesar de que el foco de peligro corresponde al riesgo típico de la estafa, éste permanece contenido —y esta es la peculiaridad de la figura analizada—

²⁰⁶ *Vid. infra* V.3. B).

²⁰⁷ Es posible que se conjure el foco de peligro de “información falsa” potencialmente perjudicial incluso antes de su desestabilización, esto es, antes de que constituya un riesgo típico. Así ocurre cuando se realiza la entrega de información verdadera que contrarresta la información falsa presente en el acervo afectado en cumplimiento de una obligación extrapenal o por algún otro motivo (ético, por ejemplo).

²⁰⁸ La idea de autolesión se plasma propiamente cuando coincide en una misma persona la condición de titular del acervo informativo afectado por «engaño bastante» y la condición de titular del patrimonio perjudicado. Sin embargo, es comúnmente aceptada la idea de que en la estafa en triángulo (*Dreieksbetrug*), el delito sigue siendo de autolesión (*Selbstbeschädigungsdelikt*) aunque la disposición patrimonial del engañado (*des Getäuschten*) no perjudique su propio patrimonio, MITSCH, *B.T. II*, 2015, p. 298.

²⁰⁹ La alusión se refiere a la injerencia informativa que no realiza directamente la tentativa activa de estafa.

no por el *garante de veracidad*, sino por la propia víctima potencial. Mientras la realización de la disposición patrimonial perjudicial no pueda aún considerarse como un evento actual, inminente o cercano temporalmente, la propia víctima mantiene el riesgo en un “estado de contención” o “estabilidad”. Resulta interesante constatar que en este delito la fase de contención o estabilización del riesgo puede ser brevísima e, incluso, inapreciable si el afectado por el «engaño» dispone patrimonialmente tan pronto como la información falsa ingresa en su acervo informativo. Ahora bien, es posible que el riesgo se mantenga estabilizado o contenido durante un espacio temporal amplio de días, semanas, meses e incluso años. Sea como fuere, tan pronto como el engañado tome la decisión de disponer patrimonialmente y el acto de disposición se acerque temporalmente o resulte ya inminente, el riesgo típico sale este peculiar estado de “contención”.

La competencia del autor por el peligro puede derivar de la utilización activa de un «engaño bastante» —cuando el autor realiza dolosamente y con ánimo de lucro la acción *engañar a otro*— o, alternativamente, de la utilización omisiva de un «engaño bastante», cuando éste se halle presente en el acervo informativo del engañado en el momento en el que se inicia su utilización omisiva. La “utilización por omisión” requiere que el autor sea garante de veracidad del engañado, que se le pueda atribuir un conocimiento cierto o de la alta probabilidad del *riesgo de disposición patrimonial perjudicial* que afecta al engañado y, finalmente, que se pueda atribuir al autor una infracción dolosa de su deber jurídico-penal de revocar el «engaño» (deber de veracidad).

Por su parte, la *dimensión organizativa del engaño* consiste en un comportamiento —por regla general, activo— del sujeto en cuya esfera informativa se halla presente el «engaño bastante». La *dimensión organizativa del engaño* se desarrolla en la medida en que éste organice defectuosamente el acto de disposición patrimonial perjudicial²¹⁰. El carácter defectuoso de esta organización se debe a que la decisión de disponer se ve influenciada por el influjo desorientador de la utilización del «engaño bastante» presente en el acervo informativo-patrimonial del engañado.

Los conceptos de *tentativa inacabada* y *acabada* del art.16.1 son “unidireccionales”, pues atienden exclusivamente a los actos que el autor lleva a cabo²¹¹. La redacción

²¹⁰ Acerca de la disposición patrimonial por omisión, *vid.* II.4. A) c).

²¹¹ De herencia alemana, la distinción entre *tentativa acabada* y *tentativa inacabada* sólo depende de que el autor haya terminado o no su aportación, MIR PUIG, P.G., 2011, p. 357, n.m. 62.

legal no se hace cargo de delitos de relación como la estafa en los que parte de los hechos que *objetivamente* deberían producir el resultado corren por cuenta del engañado. De acuerdo con el art. 16.1 CP, la *tentativa acabada de estafa* se mantiene invariablemente como tal, con independencia del avance que la realización típica experimenta por el desarrollo parcial o total de la *dimensión organizativa del engañado*. La tentativa de estafa debe considerarse acabada, si se diera el caso, mientras el engañado delibera y aún no lleva a cabo la disposición patrimonial; lo mismo cuando el engañado ha cesado en la deliberación y comienza a disponer; otro tanto cuando se ha realizado la disposición y ésta es todavía revocable; finalmente, la *tentativa acabada* abarca también la fase típica en la que la disposición patrimonial no admite revocación y aún no tiene lugar el «perjuicio patrimonial»²¹² o ha sobrevenido un factor impeditivo de la consumación²¹³.

Es común describir la estafa como un delito de autolesión y caracterizar el comportamiento de la víctima como una “disposición patrimonial autolesiva”. Este modo de referirse a la *dimensión organizativa del engañado* no es incorrecto del todo, pero presenta el problema de que, en propiedad, sólo designa una de las dos variantes comisivas del art. 248.1 CP en lo que a la víctima se refiere. Quien dispone patrimonialmente puede hacerlo en perjuicio propio, lo cual tiene lugar cuando engañado y víctima corresponden a un mismo sujeto. En la estafa en triángulo, en cambio, engañado y víctima no coinciden. El engañado es quien realiza la disposición patrimonial inducida por «engaño bastante», pero aquél no es el titular del patrimonio que puede resultar perjudicado por la disposición. En estos supuestos, no es la víctima quien realiza la disposición patrimonial²¹⁴.

Las consideraciones anteriores propician el uso de la nomenclatura aquí propuesta — *dimensión organizativa del engañado* en la estafa— para designar tanto la

²¹² Este fenómeno tiene lugar en la esfera de organización de la víctima, con independencia de que ésta coincida o no con el sujeto engañado-disponente.

²¹³ Con estricto apego al artículo 16.1 CP español, desarrollos comisivos de avance muy desigual deben ser calificados de modo uniforme como tentativas acabadas, pues su autor ha practicado todos «los actos que objetivamente deberían producir el resultado». Es así como la tentativa acabada de estafa comprende tres niveles de progreso comisivo: el completo desarrollo de la *dimensión organizativa del autor* sin aporte organizativo del engañado; el completo desarrollo de la *dimensión organizativa del autor* sumado a un incompleto desarrollo de la *dimensión organizativa del engañado*; y, finalmente, el completo desarrollo de ambas *dimensiones organizativas* sin la verificación del resultado típico o, verificándose, el «perjuicio patrimonial» no sea imputable objetivamente (juicio *ex post*) a los comportamientos del autor y del engañado.

²¹⁴ Vid. *infra* IX.2. B), sobre la comisión omisiva de la estafa en triángulo.

contribución del engañado que es además la víctima del delito, y también el aporte del engañado-disponente que no es la víctima del delito (estafa en triángulo).

La terminología derivada de la regulación del artículo 16.1 CP de España —tentativa inacabada y acabada— puede ser vinculada con la *doble dimensión organizativa de la estafa*. Al realizar esta tarea, se observan cuatro configuraciones diversas de un delito incompleto de estafa.

- a) el desarrollo incompleto de la *dimensión organizativa del autor*: tentativa inacabada;
- b) el completo desarrollo de la *dimensión organizativa del autor* sin aporte organizativo del engañado: tentativa acabada;
- c) el completo desarrollo de la *dimensión organizativa del autor* sumado a un incompleto desarrollo de la *dimensión organizativa del engañado*: tentativa acabada.
- d) el completo desarrollo de ambas *dimensiones organizativas* sin la verificación del resultado típico o, verificándose, el «perjuicio patrimonial» no sea imputable objetivamente (juicio *ex post*) a los comportamientos del autor y del engañado: tentativa acabada.

A partir de este breve análisis sobre la doble dimensión organizativa de la estafa y su *iter criminis* pueden extraerse dos importantes conclusiones preliminares. En primer lugar, *el pleno desarrollo de la dimensión organizativa del autor y del engañado constituye un requisito necesario, pero insuficiente para la consumación del delito de estafa*. En segundo lugar, *la tentativa de estafa no sólo ni siempre se desarrolla exclusivamente en la esfera de organización del autor*²¹⁵.

Es importante tener en cuenta que el final de la tentativa acabada no tiene lugar cuando el «engaño» entra o se configura en la esfera del engañado sino cuando el autor finaliza la utilización de dicho «engaño bastante». Desde el primer momento a partir del cual la tentativa debe considerarse acabada (letra b), la realización típica puede seguir adelante en la *dimensión organizativa* del comportamiento típico que corresponde al *engañado*. A mayor desarrollo de la *dimensión organizativa del engañado*, mayor es el peligro para el patrimonio protegido por la estafa, pues la lesión del bien jurídico se transforma en algo cada vez más probable y, en su caso,

²¹⁵ Aunque la redacción del artículo 16 CP español pareciera sugerir lo contrario.

inminente. Sin embargo, la *tentativa acabada* se mantiene inmutable como tal durante todo el progreso de la *dimensión organizativa del engañado*.

La consumación del delito de estafa requiere el pleno desarrollo de la *dimensión organizativa del autor y del engañado*. Se ha desarrollado por completo la *dimensión del engañado* cuando éste realiza la disposición patrimonial perjudicial de modo que ésta no puede ya ser revocada. Ahora bien, el pleno desarrollo de la dimensión organizativa que corresponde al engañado no consuma por sí solo el delito de estafa. Esto se debe a que la consumación como tal —efectivo perjuicio en el patrimonio del engañado o un tercero— no se verifica por la sola disposición patrimonial perjudicial, incluso cuando ésta es irreversible. La consumación de la estafa depende de factores ajenos a la organización del autor y del engañado. La constatación anterior no obsta a la imputación objetiva del resultado a los comportamientos que han desarrollado la doble dimensión organizativa de la estafa. Se trata, simplemente, de un fenómeno propio de los delitos de resultado, en los cuales siempre —en mayor o menor medida— la efectiva realización del riesgo típico en el resultado depende de factores o cursos causales que no son del todo atribuibles al comportamiento típico. La consumación del delito de estafa, en definitiva, tiene lugar cuando el riesgo típico se concreta en un resultado consistente en un *perjuicio real y efectivo para el patrimonio del engañado o un tercero*. En todo caso, la consumación del delito de estafa no requiere el enriquecimiento del autor²¹⁶.

²¹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental*, 2007, p. 175.

V.3. EL PROBLEMA DEL DESISTIMIENTO EN LA ESTAFA

A) ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DESISTIMIENTO

Tras el inicio de la comisión de un delito, éste se mantiene en grado de tentativa mientras no se haya consumado y en la medida en que el autor no haya desistido eficazmente de la comisión iniciada²¹⁷. La doctrina más extendida considera que el desistimiento de la tentativa inacabada, tanto de delitos de mera actividad como de resultado, consiste en que el autor se abstenga voluntariamente de continuar con la comisión del delito: *desistimiento pasivo*. En otras palabras, para el *desistimiento pasivo* basta con “detener” la comisión iniciada. En cambio, el desistimiento de la tentativa acabada de los delitos de resultado no consiste sólo en “no seguir adelante” con la comisión iniciada, pues requiere un comportamiento del autor en virtud del cual éste evite activamente la consumación del hecho típico: *desistimiento activo*. Por lo tanto, para la doctrina dominante española, lo primero que habría que determinar es el grado de tentativa que se ha configurado —inacabada o acabada— y, a partir de este dato, se deberá exigir un desistimiento activo para la impunidad de la tentativa acabada y un simple desistimiento pasivo para la impunidad de la tentativa inacabada²¹⁸.

Este planteamiento y modo de proceder parecen confirmados por el texto del artículo 16.2, ya que: (1) El CP beneficia con la impunidad a quien evita voluntariamente la consumación «[...] desistiendo de la ejecución ya iniciada»; aquí el CP se referiría al desistimiento pasivo de la tentativa inacabada, tanto de delitos de mera actividad como de delitos de resultado. (2) Se otorga también la impunidad a quien evita voluntariamente la consumación del delito «impidiendo la producción del resultado»; ahora el CP español aludiría al desistimiento activo de la tentativa acabada de delitos de resultado.

Más allá del acierto o desacierto de la interpretación anterior, no cabe duda que el CP condiciona la obtención del beneficio de la impunidad por desistimiento a quien lo realiza voluntariamente y, además, logra con éxito la evitación de la consumación (*desistimiento eficaz*). El artículo 16.2 CP distingue dos alternativas de evitación

²¹⁷ Artículo 16.2 CP español. «Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

²¹⁸ Entre otros, MIR PUIG, P.G., 2011, p. 368, n.m.107; QUINTERO OLIVARES, P.G., 2010, pp. 626-627.

voluntaria de la consumación: **α**) el desistimiento «de la ejecución ya iniciada» y **β**) la evitación de «la producción del resultado». Para la opinión dominante, **β**) se refiere en exclusiva al *desistimiento activo* de los delitos de resultado y, más específicamente, comprendería aquellos casos en los que el comportamiento típico se ha completado —tentativa acabada— y sólo falta la producción del resultado para la consumación del delito. Desde esta perspectiva, la exigencia de un *desistimiento activo* obedecería a que el pleno desarrollo del comportamiento típico requiere ser contrarrestado activamente, pues de lo contrario se consumiría el correspondiente delito de resultado²¹⁹. Siguiendo con esta visión, la voluntaria evitación de la consumación **α**), por su parte, se referiría al *desistimiento pasivo* de las tentativas inacabadas, pues sólo respecto de éstas la simple pasividad realiza un desistimiento eficaz. Por lo tanto y en forma sumaria, la alternativa **α**) trataría del desistimiento pasivo de la tentativa inacabada y **β**) del desistimiento activo de la tentativa acabada de los delitos de resultado. Finalmente, para la interpretación dominante, el núcleo del art. 16.2 CP consistiría en la distinción entre desistimiento pasivo y activo, los cuales se encontrarían vinculados en forma necesaria a la tentativa inacabada y acabada, respectivamente²²⁰.

Lo anterior, a juicio de quien escribe estas líneas, merece ser revisado. El texto legal ya ha sido examinado. Respetando su sentido literal posible, la pretensión de regulación de la norma del precepto del art. 16.2 CP español es la *concesión del beneficio de la impunidad para el autor que, habiendo dado comienzo a la realización típica de un delito determinado, luego cumple voluntariamente su deber de evitar eficazmente su consumación*²²¹. Por lo tanto, *el desistimiento de toda tentativa consiste en la voluntaria y eficaz evitación de su consumación mediante la neutralización del riesgo generado por el delito intentado*.

A partir de estas premisas acerca de la pretensión de regulación normativa del precepto examinado, surge la posibilidad de re-interpretar aquello que la ley regula al conceder la impunidad al autor de tentativa que voluntariamente evita la consumación

²¹⁹ Sería ésta la razón por la que la ley española beneficia con la impunidad a quien evita la consumación del delito «impidiendo la producción del resultado».

²²⁰ MIR PUIG, P.G., 2011, p. 368, n.m. 107.

²²¹ Partidario del desistimiento como una conducta debida, JAKOBS, JZ, 1988, pp. 519 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (arts.16-18), 1997, p. 142.

ya sea, **α**) por desistimiento «de la ejecución ya iniciada» o **β**) por evitación de «la producción del resultado».

Parece razonable interpretar los desistimientos **α**) y **β**) de tal modo que su distinción tenga algún sentido. Un elemento que, ya de entrada, diferencia una y otra alternativa de desistimiento es la alusión expresa en **β**) a un «resultado» que debe ser evitado por el autor para impedir la consumación del correspondiente delito. Es razonable entender que el desistimiento **α**) se refiere a la evitación de la consumación de las tentativas de delitos de mera actividad, pues la consumación de esta clase de delitos no requiere la verificación de un «resultado» en sentido material y distinto de la conducta típica. Por este motivo, la evitación de la consumación **α**) no requiere que el autor impida la verificación de un «resultado». Habida cuenta de que sólo la variante de desistimiento **β**) hace referencia a la evitación de un «resultado» como modo de impedir la consumación, el desistimiento **α**) puede ser concebido del modo ya mencionado. El desistimiento **α**), por su referencia a delitos de mera actividad, abarca únicamente sus tentativas inacabadas, pues las “tentativas acabadas de delitos de mera actividad” configuran delitos consumados que, como tales, cierran al autor la posibilidad-deber de desistir. La interpretación aquí propuesta respecto de **α**) es, ciertamente, muy discutible. Lo que, en cambio, parece encontrarse fuera de toda duda razonable es que *el desistimiento de un delito de mera actividad deberá ser activo o podrá ser meramente pasivo dependiendo de la clase de comportamiento (activo o pasivo) que sea necesario para la eficaz neutralización del riesgo típico y, consecuentemente, la evitación de la consumación*. Por tanto, sea que **α**) se refiera a las tentativas inacabadas en general (como lo entiende la doctrina dominante) o, como aquí se propone, exclusivamente a las tentativas inacabadas de delitos de mera actividad, no es de recibo la idea dominante de que el desistimiento pasivo de una tentativa inacabada sea siempre y en todos los casos eficaz para evitar la consumación.

Por su parte, el desistimiento **β**) se refiere a los delitos de resultado, pues el art.16.2 menciona expresamente que el autor evita la consumación «impidiendo la producción del resultado». Como se acaba de señalar, siendo discutible la interpretación aquí propuesta sobre el sentido y alcance de **β**), debiera en todo caso ser admitida la afirmación de que *el desistimiento de la tentativa de un delito de resultado deberá ser activo o podrá ser meramente pasivo dependiendo de lo que resulte necesario para la eficaz neutralización del riesgo y con total independencia de si se trata de una tentativa acabada o inacabada de un delito de resultado*. Por lo tanto, sea que se

adopte la doctrina mayoritaria o la aquí propuesta respecto de **β**), la eficacia del desistimiento de la tentativa de un delito de resultado no exige necesariamente un desistimiento activo porque es perfectamente posible que el desistimiento pasivo sea suficiente para una eficaz neutralización del riesgo.

Parece posible admitir el beneficio de la impunidad para el autor que realiza un desistimiento pasivo de una tentativa acabada de un delito de resultado. Un ejemplo sobre este asunto.

En medio de una lucha cuerpo a cuerpo, A empuña una daga para matar a B acuchillándole repetidamente por la espalda. B resulta herido letalmente, pero su muerte no parece inminente. A decide retirarse del lugar a sabiendas de que B no ha perdido la consciencia y que con toda seguridad pedirá auxilio a un grupo de personas que le aprecian y se encuentran a pocos pasos del sitio de la reyerta. La víctima actúa del modo previsto por A y sobrevive.

En este caso, el autor ha realizado por completo el comportamiento típico del delito de homicidio. El autor del intento lleva a cabo, voluntaria y eficazmente, un desistimiento pasivo de la tentativa acabada de homicidio (delito de resultado). Este supuesto permite resaltar la consideración ya planteada en el sentido de que el art. 16.2 CP no vincula el desistimiento activo con la tentativa acabada, ni el desistimiento pasivo con la inacabada. Si se fuera coherente con la interpretación dominante, habría que castigar a A por tentativa acabada de homicidio. Esta solución, sin embargo, es incorrecta desde la perspectiva que aquí se propone ya que el autor consigue una eficaz neutralización del riesgo mediante un *desistimiento pasivo* y, por lo tanto, el delito debe quedar impune. En todo caso, no debe olvidarse que el desistimiento eficaz beneficia al autor «sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta», art. 16.2 CP, *in fine.*, en el ejemplo, un delito de lesiones graves²²².

²²² En contra de esta solución GILI PASCUAL quien exige que el autor que desiste elija, de entre las posibles, la opción que maximice la probabilidad de éxito en la evitación de la consumación (alternativa óptima). Considera que únicamente la elección de la alternativa óptima posee el significado de que el autor se ha posicionado a favor del Derecho. La exigencia de la elección de la alternativa óptima aseguraría también la mejor protección de los bienes jurídicos, GILI PASCUAL, *Indret (2)*, 2012, p. 25. Aquí en cambio, se considera que la realización de un comportamiento voluntario que efectivamente evita la consumación (eficacia) constituye un desistimiento que hace innecesaria la pena con total independencia de si la vía de desistimiento elegida era la óptima o no lo era. Si el desistimiento voluntario activo o pasivo resulta ser eficaz, su autor debe recibir el beneficio de la impunidad.

Cabe pensar en delitos en los que, en atención al modo comisivo empleado por su autor, el desistimiento eficaz de la tentativa inacabada no puede consistir sólo en la “no continuación” de la comisión. Este puede ser el caso de algunas tentativas inacabadas de estafa que no admitan ser desistidas eficazmente por una simple “detención” de la comisión iniciada. Es posible que la tentativa inacabada de estafa no admita un desistimiento pasivo eficaz²²³.

En conclusión, *la modalidad del desistimiento (activo o pasivo) que debe llevar a cabo el autor para impedir eficazmente la consumación de una tentativa no depende de que esta última corresponda a una tentativa acabada de un delito de resultado o a una tentativa inacabada de delito de mera actividad o de resultado. La clase de desistimiento (activo o pasivo) requerido para impedir eficazmente la consumación depende del concreto modo en que se ha dado comienzo a la tentativa y, en definitiva, de aquello que resulte necesario y suficiente para neutralizar exitosamente el riesgo creado mediante el intento*²²⁴.

B) EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA DE ESTAFA

La estafa es un delito de resultado y como tal, su desistimiento se enmarca en la alternativa **β)** “desistimiento eficaz de delitos de resultado”. En **β)**, el autor impide la consumación evitando «la producción del resultado», tanto si la comisión del delito corresponde a una tentativa acabada o inacabada de estafa.

Rige para la estafa el criterio general propuesto acerca de la clase de desistimiento que el autor debe realizar para la eficaz evitación de la consumación. Una vez más, la eficacia de la modalidad activa o pasiva del desistimiento no guarda directa relación con el grado de desarrollo típico de la estafa como tentativa acabada o inacabada. *La clase de desistimiento que debe adoptar el autor para evitar la consumación depende del delito del que se trata y del concreto modo en que ha comenzado el intento. En consecuencia, sólo atendiendo a los dos últimos factores mencionados es posible dilucidar si el desistimiento pasivo es suficiente para la evitación eficaz de la consumación y, en caso de que no lo sea, si el autor debe realizar un desistimiento activo para impedir la consumación.*

²²³ Vid. *infra* V.3. B).

²²⁴ En contra, MIR PUIG, P.G., 2011, p. 368, n.m. 107. «Mientras que en la tentativa inacabada basta con suspender la ejecución (en los delitos de comisión activa, basta con dejar de realizar los actos ejecutivos que faltan), en la tentativa acabada es preciso algo más: un desistimiento activo (incorrectamente: «arrepentimiento activo») consistente en hacer algo que impida que la ejecución ya completa produzca el resultado».

El análisis sobre el desistimiento eficaz de una tentativa de estafa puede ser un buen campo de prueba para validar la operatividad de las propuestas anteriores. La principal cuestión que se planteará es si acaso el *desistimiento pasivo* de una tentativa de estafa inacabada se encuentra en condiciones de impedir eficazmente su consumación. La cuestión anterior, formulada ahora como pregunta, es la siguiente: ¿existe la posibilidad de que el *desistimiento pasivo* de una tentativa inacabada de estafa sea eficaz neutralizando el riesgo? Como ya ha sido señalado, aquí se postula que *la clase de desistimiento (activo o pasivo) eficaz para la neutralización del riesgo no depende directamente del carácter acabado o inacabado de la tentativa*²²⁵.

La tentativa inacabada de estafa requiere que la dimensión organizativa del autor no se haya desarrollado por completo. A continuación, se proponen algunas tentativas inacabadas de este delito: (a) supuestos en los que el «engaño» se encuentra en el acervo informativo del engañado, pero resta aún que el autor consiga aumentar su potencial engañoso para que pueda ser calificado como «bastante»; (b) casos en los que el autor, tras haber conseguido que el potencial engañoso de la información falsa presente en el acervo del engañado configure un «engaño bastante», no ha concluido aún su utilización, pues *v.gr.* el engañado sólo podrá disponer patrimonialmente transcurrido un determinado plazo²²⁶; (c) casos de «engaño» activo, expreso y «bastante», en los que el destinatario del mensaje falso todavía delibera acerca de la veracidad de la información que el autor le ha manifestado como verdadera, en circunstancias en las que del resultado de la deliberación depende a su vez la decisión del potencial engañado de disponer patrimonialmente.

El desistimiento pasivo de la tentativa inacabada (a) —se trataría de una tentativa *ex ante* inidónea, pero en proceso de convertirse en idónea— parece suficiente para evitar la consumación del delito de estafa²²⁷. En cambio, para las tentativas inacabadas de

²²⁵ Implícitamente se asume que el desistimiento activo de una tentativa inacabada o acabada de estafa puede ser eficaz para evitar su consumación, pues lo contrario implicaría afirmar que las tentativas de estafa no admiten desistimiento.

²²⁶ Puede tener lugar este caso cuando el engañado no puede efectuar un pago (disposición patrimonial) por una puntual falta de liquidez que en breve se subsanará.

²²⁷ Podría darse el caso de una estafa cuyo autor hubiera previsto una progresión en el despliegue de un engaño activo durante, *v.gr.*, cuatro días. En el primer día, un engaño “parcial” se encuentra ya en el acervo informativo del engañado. En el segundo y tercer día el engaño sigue siendo parcial, pero se incrementa la cantidad de información falsa que abarca y el potencial engañoso de dicha información. Al final del día tercero el autor voluntariamente adopta una conducta pasiva por la que no sigue desarrollando la conducta *engañar*. En estas circunstancias, todo parece indicar que la pasividad del autor constituye un desistimiento eficaz. Sin embargo, no se trataría propiamente de un *desistimiento pasivo* de una tentativa inacabada de estafa, sino de un pseudo-*desistimiento pasivo* de una tentativa inidónea, impune en atención a que el «engaño» nunca llegó a ser

estafa (b) y (c), un desistimiento pasivo del autor no se encuentra en condiciones de neutralizar eficazmente que la *utilización activa u omisiva —con dolo y ánimo de lucro— de un «engaño bastante» induzca la realización de una disposición patrimonial perjudicial*. El desistimiento de ambas tentativas inacabadas debe ser activo, pues el riesgo derivado de la presencia del «engaño bastante» en el acervo del engañado requiere un comportamiento activo que lo elimine del todo o al menos, su potencial engañoso «bastante». Ante tentativas inacabadas de estafa tales como (b) y (c), si el autor se limitara a “detener” el desarrollo de su dimensión organizativa, el riesgo típico seguiría amenazando al patrimonio protegido por el delito de estafa y es perfectamente posible que el engañado siga adelante con su contribución organizativa en el comportamiento típico.

En consecuencia, el desistimiento eficaz de la tentativa acabada de estafa y de ciertas variantes de tentativa inacabada requiere *un comportamiento activo por el que el autor cumple un deber de veracidad mediante la entrega, oportuna y suficiente, de información verdadera al engañado* para que este último pierda tal condición. Ahora bien, excepcionalmente, el autor de la estafa que desiste voluntariamente podría evitar eficazmente la consumación sin realizar un comportamiento por el que entrega voluntariamente la información veraz neutralizadora del «engaño bastante» al engañado. Efectivamente, el autor puede disuadir al engañado de realizar la disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño» y animarle a realizar otra no perjudicial o, incluso, a no realizar disposición alguna. Si en tal caso el objeto sobre el que recaía el «engaño bastante» deja de estar disponible para el engañado, el autor de la tentativa habría desistido eficazmente. Para los demás casos, la neutralización del riesgo requiere que el autor cumpla su deber de desistir proporcionando al engañado oportuna y suficiente información verdadera.

Desde la perspectiva normológica, el mandato de desistimiento activo en la estafa podría formularse del siguiente modo: *neutraliza el riesgo típico proporcionando información verdadera que contrarreste el «engaño bastante» ajeno que se encuentra integrado en tu esfera de organización*²²⁸. Vale la pena detenerse en una conclusión

«bastante» *ex ante*. La tentativa inacabada *ex ante* no peligrosa es aquella que ni siquiera el hombre medio en la posición del autor afirmaría el peligro, sino sólo sujetos con una configuración cognitiva o emocional por debajo del hombre medio compartirían la hipótesis del autor.

²²⁸ En esta explicación normológica subyace la consideración del desistimiento como un comportamiento debido. En un sentido próximo, JAKOBS, P.G., 1997, p. 899, n.m. 2, quien explica el beneficio de la impunidad

normológica que deriva del mandato de desistimiento mencionado. La norma transmite el mandato a partir del inicio de la comisión activa u omisiva de la estafa. El mensaje preceptivo comienza con la tentativa inacabada, se mantiene tras el acabamiento de la tentativa y persiste hasta el último instante previo a la consumación de este delito²²⁹. Como ya se ha explicado, el mandato de desistimiento ordena proporcionar la información veraz con potencial neutralizador suficiente para conjurar el riesgo de desorientación que deriva de la presencia de información falsa —«engaño bastante»— en el acervo informativo del engañado. La existencia de este mandato y su efecto (la impunidad) para el caso de ser cumplido eficazmente, hace posible una nueva formulación de la directiva de conducta que prohíbe estafar. El mensaje de la norma sería: *te permito utilizar activa u omisivamente «engaños bastantes» que afecten acervos informativos ajenos —cuya protección informativa has incorporado a tu propia esfera de organización como un deber de veracidad— en la medida en que neutralices activa y eficazmente el riesgo típico de estafa antes de la consumación del delito.*

Si se entiende, como aquí, que el desistimiento excluye el injusto de la conducta de tentativa y no, *v.gr.*, su punibilidad o sancionabilidad, la figura del desistimiento lleva a la sorprendente conclusión de que el Derecho penal, en el ámbito de los delitos de resultado, permite que los ciudadanos creen y/ o mantengan riesgos típicamente relevantes respecto de los cuales son competentes, bajo la condición de que los neutralicen antes de la realización del riesgo en el resultado (consumación). Es llamativo que, en virtud del desistimiento, se “permita” o legitime *ex post* lo que *ex ante* ha sido prohibido penalmente y, si fuera el caso, ha sido objeto de un mandato de desistimiento inicialmente incumplido²³⁰.

para quien desiste de su tentativa por un afán del legislador de no cortar la retirada mediante la conminación penal. Asimismo JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, p. 579.

²²⁹ Con mayor precisión aún, hasta el momento en el que normativamente se configura la tentativa perfecta, la cual ya no admite desistimiento. *Vid. infra* V.4.

²³⁰ La perspectiva predominante en Alemania concibe el desistimiento voluntario como una causa de exclusión de la punibilidad. Por este motivo, muchos de los argumentos expuestos en la presente tesis sobre el desistimiento de la tentativa de estafa no son extrapolables a ese país, *cfr.* ROXIN *P.G. I*, 1997, §23, n.m. 17 en relación con §7, n.m. 8; ROXIN, *A.T. II*, 2003, §29, n.m. 29; JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 736 ss. En términos semejantes, hay quien fundamenta el desistimiento en España como una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria, *cfr.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *P.G.* 2015, pp. 430, 452; para otro sector doctrinal, el desistimiento es concebido como un elemento negativo del tipo de tal modo que su realización voluntaria excluye el tipo, *cfr.* BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARRÉ, *P.G.*, 2006, p. 386; MIR PUIG, *P.G.*, 2011, p. 365, n.m. 99.

Finalmente, y por evidente que pueda resultar esta afirmación, el desistimiento pasivo no se encuentra en condiciones de detener el desarrollo de una tentativa de estafa en comisión por omisión. Allí sólo es posible un desistimiento eficaz por conducta activa.

V.4. LA TENTATIVA IMPERFECTA Y PERFECTA DE ESTAFA

Como se ha propuesto previamente²³¹, la calificación de un supuesto de hecho como tentativa inacabada o acabada no predetermina el modo —activo o pasivo— en el que podrá/ deberá ser desistida eficazmente. Por otra parte, la calificación como inacabada o acabada de una tentativa nada indica acerca del último momento en el que el autor puede aún desistir. Los conceptos de tentativa acabada e inacabada son, en este sentido, muy deficientes, ya que se limitan a describir unidireccionalmente una fenomenología prestando exclusiva atención a los actos que el autor ha llevado (o no) a cabo²³².

Parece conveniente complementar la descripción fenomenológica de las clases de estafa —artículo 16.1 y 2. CP— con otra de carácter normativo. Una perspectiva de esta índole puede aumentar las posibilidades explicativas sobre la progresión del proceso comisivo hacia la consumación y, junto con ello, esclarecer el momento en el que termina la posibilidad-deber de desistir del autor. Las reflexiones y soluciones a los problemas que se exponen a continuación son aplicables, en principio, a toda clase de delitos. Sin embargo, la argumentación se desarrolla aludiendo al delito de estafa.

La afirmación, con base descriptiva, por la que se sostiene el inicio de la tentativa inacabada de estafa implica otra afirmación, de naturaleza normativa, sobre la existencia del riesgo típico de este delito. Durante la tentativa inacabada, el autor controla el proceso comisivo —y le asiste la posibilidad/ deber de desistir— mientras el *riesgo de disposición patrimonial perjudicial inducida por «engaño»* todavía se encuentre en su esfera de organización. Si la tentativa fenomenológicamente inacabada progresa hacia la consumación, puede alcanzar el grado ejecutivo denominado tentativa acabada²³³. A partir de la tentativa acabada de estafa, el riesgo típico puede permanecer normativamente en la esfera organizativa del autor o puede

²³¹ V.3. B).

²³² BAMBERGER sostiene que el desistimiento de la tentativa idónea de una comisión por omisión requiere que el autor evite el resultado. El desistimiento de la tentativa omisiva inidónea, en cambio, requiere un comportamiento por el que el autor manifieste un esfuerzo por la evitación. No se requiere que el desistimiento sea idóneo. Téngase en cuenta que en Alemania no se requiere la eficacia del desistimiento (al menos, el texto legal no la exige). A juicio de este penalista, tiene sentido la distinción entre tentativa activa acabada e inacabada en delitos activos, por su vinculación con los requisitos que debe cumplir el desistimiento voluntario. En cambio, sin ser rotundo, la distinción carecería de sentido para la tentativa de delitos omisivos, BAMBERGER, *Versuch*, 1978, pp. 278-283.

²³³ Tiene lugar cuando el autor de estafa ha concluido la utilización activa u omisiva de un «engaño bastante» presente en un acervo informativo-patrimonial ajeno.

ocurrir que este último pierda (definitiva o temporalmente) el control de dicho riesgo simultáneamente con el acabamiento de la tentativa. El autor de la tentativa puede mantener el riesgo de estafa en su esfera de organización y controlarlo —aún después de la tentativa acabada— durante un espacio temporal breve o prolongado. Durante esta fase, el autor mantiene la posibilidad-deber de desistir de la tentativa, pues todavía puede desistir con éxito y evitar la consumación²³⁴.

Las consideraciones anteriores permiten observar la utilidad de distinguir entre tentativas no sólo en atención a su grado de avance fenomenológico, como ocurre con la tentativa inacabada y acabada. Una perspectiva normativa que ha abordado esta tarea con algunos aciertos relevantes es aquella que distingue la tentativa imperfecta de la tentativa perfecta²³⁵. En esta investigación se propone adoptar esta nomenclatura y parte de su modelo explicativo acerca del fenómeno normativo comúnmente denominado como *iter criminis*. La tentativa normativamente imperfecta tiene como correlato fenomenológico tanto a la tentativa inacabada como a la acabada. Los rasgos

²³⁴ En todo caso, siempre existirá la posibilidad de que el autor pierda el control del riesgo por un factor impeditivo de la realización típica que provoque el fracaso del delito. Se trata sobre la pérdida transitoria del control pocas líneas más abajo en V.4.

²³⁵ Se ha tomado de BENLLOCH PETIT la nomenclatura y algunos elementos de la caracterización que este autor propone para la tentativa perfecta e imperfecta. Son muy numerosos, sin embargo, los puntos de desencuentro entre su planteamiento y el aquí defendido. BENLLOCH PETIT propone un fundamento diferenciado según se trate de una tentativa perfecta o imperfecta. La punibilidad de la tentativa perfecta descansa sobre la objetiva existencia normativa del riesgo típico, el cual solo se hace presente en el *iter* cuando el autor ha perdido el control de dicho riesgo. De este modo, los conceptos “perfección de la tentativa”, “riesgo típico objetivo” y “pérdida del control del riesgo” estarían concatenados indisolublemente. En cambio, la punibilidad de la tentativa imperfecta atiende a un factor distinto: un pronóstico por el que se sostiene que el autor habría seguido adelante con la comisión de no haberse producido el fracaso del delito. La formulación de este juicio hipotético no sólo opera como pronóstico, pues a través de él se afirma también que en la tentativa imperfecta existe o está presente un “cierto peligro”. Ahora bien, este peligro consiste en la posibilidad de que más tarde —en la tentativa perfecta— surja el riesgo objetivo típico. La propuesta de BENLLOCH PETIT es criticable, pues retarda en exceso la afirmación de la existencia normativa del riesgo típico, pues la descarta en la tentativa imperfecta (inacabada naturalísticamente). *Cfr.* BENLLOCH PETIT, *El desistimiento*, 1998, pp. 57-61, 84. Para este autor lo propio de la tentativa imperfecta es el pleno control del peligro. Esta afirmación, si bien es asumible, no ocurre lo mismo con las consecuencias que extrae a partir de esta premisa, pues sostiene que el desistimiento de la tentativa imperfecta necesariamente será eficaz debido a que el “control pleno” excluiría toda posibilidad de fracaso en la evitación, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento*, 1998, pp. 88-89. Aquí, en cambio, se considera que la ejecución incompleta de un delito jamás permite asegurar que indefectiblemente se conseguirá la consumación, pues cualquier curso conlleva siempre una cuota de incertidumbre. Del mismo modo, los comportamientos de desistimiento son igualmente falibles y portadores de un porcentaje de inseguridad de éxito. Aunque sea pleno el control del riesgo e imperfecta la tentativa, ello no permite considerar que siempre y en todos los casos la “no continuación” conseguirá necesariamente la evitación perseguida. No es prudente trabajar sobre la base de una presunción como la que propone este penalista en materia de desistimiento: el desistimiento pasivo de la tentativa imperfecta siempre y por definición es eficaz. Sin lugar a dudas, BENLLOCH PETIT se ve condicionado en esta materia por su idea de que en la tentativa imperfecta aún no existe el riesgo típico, sino sólo un peligro futuro de éste.

normativos que la caracterizan son la existencia del riesgo típico, el control que el autor ostenta sobre dicho riesgo y la posibilidad-deber que asiste al autor de desistir voluntaria y eficazmente del delito intentado. La tentativa perfecta, por su parte, tiene sólo un correlato fenomenológico: la tentativa acabada. Normativamente, en la tentativa perfecta existe el riesgo típico, pero el autor ha perdido definitivamente su control. En el proceso comisivo de una estafa, la pérdida definitiva del control del riesgo tiene lugar —necesariamente y como muy tarde— cuando, tras la realización de la disposición patrimonial por parte del engañado, la disposición pasa a ser definitivamente irrevocable. Finalmente, como rasgo derivado de la pérdida del control del riesgo, la tentativa perfecta se caracteriza por la imposibilidad de que su autor pueda ya desistir voluntaria y eficazmente del delito intentado.

La distinción entre tentativa perfecta e imperfecta permite realzar la idea de que el acabamiento naturalístico de una tentativa no siempre ni necesariamente coincide con la pérdida del control del riesgo por parte del autor²³⁶. La tentativa acabada de estafa que tiene lugar por la utilización activa u omisiva (con dolo y ánimo de lucro) de un «engaño bastante», es normativamente imperfecta y, como tal podrá ser desistida, mientras el autor mantenga el control del riesgo. Dicho control se extiende habitualmente durante todo el desarrollo de la *dimensión organizativa del engañado*, mientras éste, afectado en su acervo informativo por la presencia de un «engaño bastante», realiza la disposición patrimonial inducida por el «engaño» utilizado por el autor.

Por otra parte, la tentativa naturalísticamente acabada de estafa —que corresponde al *completo desarrollo de la dimensión organizativa del autor*— sólo configura normativamente una tentativa perfecta desde el momento en el que su autor pierde definitivamente el control del riesgo y no puede ya desistir²³⁷. En este punto, es importante precisar con mayor exactitud qué clase de pérdida de control elimina toda posibilidad subsiguiente de desistir. No debiera ser rechazada *a priori* la posibilidad de un desistimiento posterior a una pérdida transitoria del control, en la medida en que

²³⁶ BENLLOCH PETIT, *El desistimiento*, 1998, p. 56, n. 87. Desde el particular punto de vista de este autor, el riesgo típico incluso puede surgir con posterioridad al acabamiento de la tentativa. No se comparte esta afirmación ya que el riesgo típico nace normativamente en el inicio mismo de la tentativa inacabada.

²³⁷ El autor de una tentativa imperfecta —naturalísticamente acabada— podrá desistir durante todo el tiempo que media entre la última aportación ejecutiva del autor y la pérdida del control del riesgo. La jurisprudencia española, en clara contradicción con esta perspectiva normativa, admite el desistimiento posterior a la pérdida del control del riesgo (tentativa perfecta) y concede el beneficio de la impunidad. Numerosas referencias jurisprudenciales sobre este punto en GILI PASCUAL, *Indret* (2), 2012, pp. 13-14.

—tras ser recuperado— el autor pueda aún desistir voluntaria y eficazmente. Si el autor perdiera momentáneamente el control del riesgo, y tras recuperarlo, desistiera eficazmente de la tentativa imperfecta, no se observa obstáculo alguno para que goce del beneficio de la impunidad del mismo modo que el autor que desiste sin haber perdido en momento alguno dicho control²³⁸.

Lo que siempre y en todos los casos cierra definitivamente toda posibilidad de cumplir el deber de desistir es la también definitiva pérdida de control del riesgo típico. El autor puede perder definitivamente el control del riesgo, en primer lugar y como caso más evidente, cuando irrumpe en el *iter* un factor impeditivo de la consumación ajeno a la voluntad del primero²³⁹. En segundo lugar, es también definitiva la pérdida del control del riesgo cuando el engañado ha realizado la disposición patrimonial perjudicial y dicha disposición es irrevocable. Finalmente, el autor pierde el control del riesgo sin posibilidad de recuperarlo cuando dicho riesgo se realiza en el resultado «perjuicio patrimonial» y se consuma la estafa, todo ello de acuerdo con los criterios de la imputación objetiva del resultado.

A continuación, serán aplicados a un caso hipotético los principales conceptos sobre el *iter criminis* de la estafa.

“Ferrari”

A, dueño de una agencia de viajes, contrata a la Compañía aseguradora B. El seguro tiene por objeto la cobertura de eventuales daños materiales de un coche Ferrari, propiedad de A. El seguro únicamente cubre los daños provocados mientras conduce A, su mujer o sus hijos mayores de edad. Por otra parte, no abarca siniestros derivados de caso fortuito.

Un hijo del asegurado, menor de edad, mientras conduce el coche por las inmediaciones de la casa familiar, choca contra el tronco de un árbol que acaba de caer a consecuencia de una fuerte e inusual ventisca. A denuncia el siniestro ante uno de los agentes de B, declarando que los daños se habían producido mientras él mismo conducía y que se debían a una colisión contra otro coche que, infringiendo la normativa vial, avanzaba en sentido contrario al Ferrari. Tras la colisión, el coche

²³⁸ En la doctrina española GILI PASCUAL es partidario de esta posibilidad, pero de acuerdo con una fundamentación que aquí no es compartida, GILI PASCUAL, *Indret* (2), 2012, pp. 13-14.

²³⁹ La tentativa imperfecta no podrá pasar al estado normativo de tentativa perfecta. El correlato fáctico de la tentativa, en casos de fracaso del intento, puede consistir tanto en una tentativa acabada como inacabada.

“ficticio” se habría dado a la fuga, según la declaración de A. Para corroborar su declaración falsa, A pide a su amigo y vecino C que preste una declaración jurada ante notario en la que asegure haber visto conducir al asegurado A cuando un turismo desconocido chocó contra el Ferrari. D, perito de la Compañía B, es el encargado de los siniestros de coches de gama alta. Su tarea consiste en evaluar los daños e informar acerca de sus causas. D recibe de A dos billetes de avión a un lujoso destino turístico, sin coste alguno para A, debido a su condición de propietario de una agencia de viajes. El perito declara que el Ferrari presenta claros signos de haber colisionado contra otro coche que iba en contra del sentido del tránsito. Con todos estos antecedentes, B toma la decisión de indemnizar a A mediante una transferencia interbancaria, pues B y A tienen sus respectivas cuentas corrientes en bancos distintos. Esta clase de operaciones bancarias tardan tres días en hacerse efectivas, de tal manera que el banco donde el beneficiario tiene su cuenta corriente no recibirá el importe antes de que hayan expirado los tres días mencionados. Gracias a una conversación telefónica con agentes de la aseguradora B, A averigua el día “X” en que B dio orden de pago a su banco en favor de A. La experiencia de A le permite conocer con exactitud el día en que podrá disponer del dinero. El día “X” + un día, un agente de la empresa B encuentra en el despacho de D los billetes de avión gestionados por la agencia de viajes de A. Sospechando la existencia de una irregularidad, avisa a sus superiores y éstos ordenan inmediatamente la cancelación de la transferencia bancaria. Más tarde, una vez revisado el informe pericial y siendo éste cotejado con las fotografías del coche, se confirma la falsedad de las declaraciones y demás antecedentes presentados por A y D. A no llegó a recibir dinero alguno en su cuenta corriente por concepto de indemnización pues la Compañía pudo revocarla a tiempo.

No será analizada la responsabilidad penal de los intervinientes C y D. Respecto de A, éste conoció que su declaración falsa, sumada al también falso informe pericial, provocaría un «engaño bastante» en los acervos informativos de los agentes de la Compañía de seguros. No parece necesario justificar con detalle el dolo típico en este supuesto ni el ánimo de lucro de su autor, pues es manifiesto que A busca obtener una indemnización que, de no mediar «engaño», no recibiría. La tentativa de estafa comenzó con la declaración falsa de A ante los agentes de B, pues de este modo se inició el desarrollo de la *dimensión organizativa del autor* como tentativa imperfecta en el plano normativo e inacabada en el plano naturalístico. Cuando el perito D

presentó su informe falso, se completó la utilización activa de un «engaño bastante» desarrollada en la esfera organizativa del autor. La mencionada utilización activa de «engaño» finalizó cuando la Compañía estuvo en posesión de todos los antecedentes falsos aportados directa o indirectamente por el autor (tentativa acabada). Sin embargo, tras el término de la utilización activa del «engaño bastante», la comisión de estafa se mantuvo normativamente como tentativa imperfecta, pues el control del riesgo típico siguió en manos del autor. El autor pudo desistir durante todo el desarrollo de la comisión en la *dimensión organizativa del engaño* y hasta antes de que sobreviniera el fracaso del intento²⁴⁰. En virtud del control del riesgo, allende el término de la utilización activa del «engaño bastante», puede ser imputada al autor la utilización, ahora omisiva, del mismo «engaño bastante» previamente utilizado en forma activa. La fase de utilización omisiva —en el marco de una comisión activa de estafa— tuvo lugar durante los días posteriores al acabamiento del aporte organizativo (activo) del autor en la comisión.

Por lo tanto, durante el desarrollo de la *dimensión organizativa del engaño* como tentativa imperfecta, el autor mantuvo el control sobre el riesgo típico, pues este riesgo no dejó de estar integrado en la esfera de organización del autor. Dicho control le permitió desistir y justifica la afirmación de que el autor continuó utilizando omisivamente el «engaño bastante» mientras: i. el engañado aún no había realizado la disposición patrimonial; ii. mientras la realizaba y, iii. tras la realización del acto de disposición que no llegó a ser irrevocable²⁴¹.

Las afirmaciones anteriores no pretenden alterar la solución de este caso que, claramente, corresponde a una tentativa de estafa en comisión activa. Se trata simplemente de constatar que, en el seno de una comisión activa de este delito, puede existir una fase omisiva relevante en la que el autor sigue controlando dolosamente el «engaño bastante» más allá de la tentativa acabada activa, esto es, durante la tentativa todavía imperfecta.

La disposición patrimonial tuvo lugar en virtud de la orden que la Compañía dio a su banco para que realizara la transferencia interbancaria en favor de la cuenta corriente de A. Con esta orden y su cumplimiento por parte del Banco de B, la *dimensión*

²⁴⁰ Cuando un agente de la empresa B avisa a sus superiores el hallazgo de los billetes de avión en el despacho de D.

²⁴¹ En esta última alternativa de desarrollo de la *dimensión organizativa del engaño*, la disposición patrimonial debe ser todavía revocable.

organizativa del autor se desarrolló por completo, junto a un incompleto desarrollo de la *dimensión organizativa del engañado*, pues la disposición patrimonial perjudicial no llegó a ser irreversible. Si bien el Banco cumplió la orden de pago inmediatamente, la posibilidad de retractación de la disposición patrimonial obliga a considerar la tentativa de estafa como imperfecta²⁴². En el caso analizado la tentativa quedó fijada como acabada y normativamente imperfecta, pues cuando tuvo lugar el factor impositivo de la consumación (fracaso de la tentativa) —aviso a los superiores de la Compañía de los billetes de avión descubiertos— el autor aún controlaba el riesgo típico (dolosa y omisivamente) y todavía podía/ debía desistir del intento. Aunque el autor perdió definitivamente el control a partir del fracaso de la tentativa, ésta no llegó a realizar la noción de tentativa perfecta.

En definitiva, el caso “Ferrari” corresponde a una tentativa acabada de una estafa en triángulo en comisión activa, cuyo engañado realizó el acto de disposición, pero dicho acto no llegó a ser irreversible. La retractación de la transferencia interbancaria como consecuencia del surgimiento del factor impositivo de la consumación, fijó el *iter criminis* del caso planteado en una tentativa imperfecta de estafa, caracterizada por un completo desarrollo de la *dimensión organizativa del autor* y un incompleto desarrollo de la *dimensión organizativa del engañado*²⁴³.

²⁴² La tentativa perfecta del delito de estafa requiere el completo desarrollo de las *dimensiones organizativas de autor y del engañado*, faltando exclusivamente la verificación del resultado típico «perjuicio patrimonial» para la consumación del delito.

²⁴³ Según el relato del caso analizado, no parece posible sostener un incumplimiento de las incumbencias de auto-protección de la Compañía, pues no consta que los superiores jerárquicos del perito D hubieran descuidado un deber de vigilancia respecto de sus informes. En todo caso, si existiera esta clase de falta de auto-protección, ésta permitiría invocar, como mucho, la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7ª CP.

V.5. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA TENTATIVA DE ESTAFA

A) FASE OMISIVA DE LA TENTATIVA ACTIVA DE ESTAFA

Probablemente sea correcto sostener que, por regla general, la tentativa acabada de un delito de resultado coincide con la pérdida definitiva del control del riesgo típico. Se trata de una tentativa acabada simultánea a la tentativa perfecta del delito correspondiente. En la estafa, por tratarse de un delito cuyo comportamiento típico debe ser coorganizado por el autor y la víctima²⁴⁴, la realización del comportamiento típico no puede considerarse terminada a partir del momento en que se puede afirmar su tentativa acabada. El *iter* de la estafa continúa más allá de la tentativa acabada tras el completo desarrollo de la dimensión organizativa del autor, cuando resta aún todo el desarrollo de la *dimensión organizativa del engañado*. Lo que en la estafa es regla general —su tentativa acabada y perfecta no coinciden—, puede darse en otros delitos en los que su autor mantenga el control del riesgo aún después del acabamiento naturalístico de su aporte a la realización típica²⁴⁵. En la estructura de una tentativa imperfecta en la que el autor mantiene un control del riesgo típico tras la tentativa acabada, este control puede consistir en uno de naturaleza omisiva o, si se prefiere, una fase omisiva de control del riesgo. Lo omitido es el cumplimiento del deber de desistir de la comisión típica previamente iniciada.

No se suele otorgar suficiente relieve a la fase omisiva post ejecutiva de las tentativas. Probablemente se deba a que la omisión no introduce un factor causal adicional a los actos ejecutivos previos²⁴⁶. Sin embargo, en ciertas ocasiones, junto a un comportamiento activo y causal, la omisión —fase de control omisivo del riesgo— juega también un papel determinante. *En los casos en los que el aporte organizativo del autor se compone de una fase activa y otra omisiva, la valoración del juicio de imputación objetiva deberá proyectarse sobre ambas conjuntamente*²⁴⁷.

²⁴⁴ Vid. *supra* IV.4 B) b).

²⁴⁵ La tentativa acabada no corresponde a un instante tras el cual se plasmará inmediatamente la frustración o la consumación, pues esta clase de tentativa puede tener una prolongación en el tiempo, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (arts.16-18), 1997, p. 135, n. 351.

²⁴⁶ Al Derecho penal no solo interesan los procesos causales, sino preponderantemente la formulación de juicios de imputación de riesgos en el plano normativo. En este plano, el Derecho punitivo debe tomar en consideración tanto los procesos causales como los procesos normativos denominados omisiones.

²⁴⁷ En todo caso, no debe perderse de vista que se trata de una configuración excepcional de la tentativa. No siempre existe un lapso de tiempo relevante entre la tentativa acabada y la consumación, e, incluso cuando dicho espacio temporal existe, el autor no necesariamente ostenta un control omisivo que permita afirmar que la comisión del delito persiste normativamente.

B) DOLO DE ESTAFA Y COMIENZO DE LA TENTATIVA

La tentativa imperfecta de estafa comienza por la *desestabilización dolosa* del peligro de que una esfera organizativa realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño bastante», en circunstancias por las que este «engaño» compete preferentemente a una esfera personal distinta del engañado²⁴⁸. Para sostener la desestabilización normativa del riesgo *ex ante*, no basta un juicio por el que se pronostica que un determinado negocio “irá mal” porque se producirá un perjuicio patrimonial inducido por la utilización activa u omisiva de un «engaño». El riesgo típico de estafa se configura como tal —esto es, se desestabiliza de un modo penalmente relevante— en la medida en que pueda atribuirse al autor la utilización típica de un «engaño bastante».

Autor del delito de estafa es aquél a quien se le atribuye un *conocimiento concreto del riesgo* que amenaza a la libertad patrimonial del titular del acervo informativo donde se encuentra el «engaño bastante»²⁴⁹. Si, en cambio, al autor sólo se pudiera atribuir un conocimiento genérico del riesgo o un desconocimiento negligente, se configurarían supuestos en los que el elemento subjetivo correspondería, respectivamente, a una imprudencia con representación y sin ésta (ambas penalmente atípicas).

El párrafo precedente pone en evidencia que, sin la atribución de dolo al autor, al menos el dolo eventual, no cabe afirmar la existencia de un riesgo típico de estafa, por mucho que pueda pronosticarse el peligro de que se realice una disposición patrimonial inducida por una situación de «engaño». *La tentativa de estafa comienza desde que pueda atribuirse al autor un conocimiento cierto o altamente probable —dolo directo y eventual, respectivamente—, de que otra esfera de organización realizará una disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño bastante» que el autor utiliza o ha utilizado y, adicionalmente, se pueda atribuir a este último*

²⁴⁸ En un sentido próximo, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 2001, p. 20.

²⁴⁹ *Supra* II.4. A) e) n. 64 se ha aludido al concepto de dolo asumido en la presente investigación. Concebido como atribución de conocimiento, el dolo debe ser coetáneo al comportamiento típico de tal modo que —en virtud del principio de *simultaneidad o coincidencia*— son irrelevantes tanto el *dolus antecedens* como el *dolus subsequens*, *cfr.* JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, p. 317; RAGUÉS I VALLÈS: *La ignorancia*, 2007, pp. 159-160. Un comportamiento puede ser considerado delictivo en la medida en que sus elementos objetivos y subjetivos “coincidan” durante la realización típica.

un conocimiento cierto o altamente probable de que esa disposición beneficiará a su patrimonio o el de un tercero.

De acuerdo con esta concepción, se inicia la tentativa de estafa en comisión por omisión cuando pueda atribuirse al garante un conocimiento cierto o altamente probable —dolo directo y eventual, respectivamente—, del riesgo de disposición patrimonial perjudicial por «engaño» que afecta al beneficiario de la heteroprotección informativa, en circunstancias en las que dicho riesgo compete preferentemente al garante-omitente. Adicionalmente, la tentativa requiere que sea posible atribuir al garante el conocimiento de que su organización defectuosa omisiva beneficiará a un tercero o a sí mismo (ánimo de lucro).

En los delitos dolosos, el dolo debe ser coetáneo a la realización típica. Esta afirmación supone la negación de toda relevancia típica para el *dolus subsequens*, pues éste surge con posterioridad a la realización del comportamiento típico. La comisión típica de estafa, en cuanto delito doloso, requiere también el dolo coetáneo a la realización típica, ya sea directo o eventual. El dolo de estafa es coetáneo no sólo cuando pueda ser atribuido al autor desde el primer instante del inicio de la tentativa fenomenológicamente inacabada. El dolo es asimismo coetáneo a la realización típica si surge —más bien desde que puede ser imputado al autor— después de que la tentativa se encuentra fenomenológicamente acabada y normativamente imperfecta.

El *dolo de estafar* es coetáneo a la realización típica si es atribuible al autor en las tentativas imperfectas en las que (1) únicamente se ha desarrollado de modo incompleto la *dimensión organizativa del autor* (tentativa inacabada); (2) se ha desarrollado completamente la *dimensión organizativa del autor*, pero el engañado no ha comenzado aún su aporte organizativo; (3) se ha desarrollado sólo parcialmente la *dimensión organizativa del engañado*; (4) la *dimensión organizativa del engañado* se ha desarrollado completamente, siendo aún revocable la disposición patrimonial. Excepcionalmente, el dolo puede ser atribuido al autor durante la fase omisiva de control del riesgo que tiene lugar tras el pleno desarrollo de la dimensión organizativa del engañado y que puede extenderse hasta el momento previo a la definitiva irrevocabilidad de la disposición patrimonial del engañado. Siempre y sin excepciones, el dolo posterior a (4) es irrelevante para la configuración típica de un delito de estafa.

En suma, puede considerarse coetáneo el dolo atribuible al autor durante la tentativa imperfecta, incluso durante la fase omisiva de control del riesgo, hasta el momento

previo a la tentativa perfecta por la que el autor pierde definitivamente el control del riesgo típico. Sólo a partir de la tentativa perfecta, la atribución de dolo al autor será siempre irrelevante (*dolus subsequens*).

VI. DESCRIPCIÓN NORMATIVA DEL DESARROLLO COMISIVO DEL DELITO DE ESTAFA: TERCERA BASE PARA UN TRATAMIENTO UNITARIO DE LA COMISIÓN ACTIVA Y OMISIVA DE ESTAFA

El actual estado de avance de la investigación permite realizar una primera propuesta acerca de la comisión del delito de estafa. Se trata de una descripción normativa sobre el proceso o desarrollo de la realización típica de este delito. La base conceptual de esta propuesta proviene de los temas examinados en los capítulos previos. Como se podrá apreciar a continuación, la descripción normativa del desarrollo comisivo del delito de estafa se vale de las principales conclusiones del estudio sobre el tipo de estafa como precepto penal y, aunque menor medida, del análisis de la estafa como categoría sistemática²⁵⁰. También se recogen los resultados de la aplicación del principio de autorresponsabilidad al delito estudiado²⁵¹ y, finalmente, asume los conceptos principales del capítulo sobre *iter criminis* de la estafa²⁵².

El desarrollo de la comisión del delito de estafa puede ser explicado como un proceso de configuración de tres bloques o grupos de elementos normativos. Se trata de: A) la dimensión organizativa del autor; B) la dimensión organizativa del engañado; y, finalmente, C) los elementos adicionales que son requeridos para la consumación del delito de estafa y que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima.

A) BLOQUES DE ELEMENTOS NORMATIVOS EN LOS QUE SE DESARROLLA LA COMISIÓN DE ESTAFA

Los tres bloques o grupos de elementos normativos de la comisión de estafa serán expuestos en forma de *proceso analítico* que, para rendir fruto, debe ser aplicado en estricto orden. Se ha escogido esta alternativa expositiva, pues facilita la observación de la potencialidad explicativa de la descripción normativa que se propone. El potencial aludido se refiere a que permite sostener soluciones diversificadas para las comisiones de estafa que presentan diferencias normativamente relevantes.

a) Dimensión organizativa del autor

En primer lugar, se analiza si el autor ha realizado la conducta que consiste en la utilización activa u omisiva de un «engaño».

²⁵⁰ *Vid. supra* III.

²⁵¹ *Vid. supra* IV.

²⁵² *Vid. supra* V.

En segundo término, corresponde determinar la clase de información falsa («engaño») utilizada por el autor. Puede tratarse, alternativamente, de un «engaño bastante», una *simple mentira* o un «engaño» burdo. Esta triple posibilidad guarda una relación directa con el paso siguiente.

El tercer paso consiste en emitir un juicio *ex ante* por el que se afirma o niega la peligrosidad objetiva de la información falsa utilizada por el autor. Desde la perspectiva del *iter criminis*, el juicio *ex ante* de peligrosidad se refiere a la tentativa inacabada (normativamente imperfecta) de estafa.

b) Dimensión organizativa del engaño

Lo primero que se debe examinar es el estado en el que se encuentra el acervo informativo del engañado. Dicho estado se determina en función de la presencia de un «engaño bastante» o de un «engaño» no «bastante»²⁵³. La presencia de una u otra clase de «engaño» se debe combinar, en ciertos casos, con la distinción entre sujetos engañados “normales” no debilitados, sujetos engañados normales y debilitados (grave o levemente) y, finalmente, sujetos engañados *estructuralmente débiles*²⁵⁴.

En segundo lugar, corresponde establecer si el engañado ha cumplido o incumplido su incumbencia de auto-protección informativa.

Como tercer punto de estudio, en la *dimensión organizativa del engaño*, se debe indagar si éste ha efectuado una disposición patrimonial inducida por «engaño» o, por el contrario, ha realizado una disposición patrimonial no inducida por este factor.

Finalmente, todavía en la dimensión organizativa del engaño, se debe formular un juicio *ex post* acerca de la peligrosidad objetiva de la tentativa de estafa que, en este estadio ejecutivo, corresponde a una tentativa acabada (normativamente imperfecta o perfecta²⁵⁵). En algunos supuestos, el juicio de peligrosidad *ex post* debe hacerse cargo de eventuales debilidades cognitivas del engañado (graves o leves, según corresponda).

c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa

²⁵³ La ausencia total de «engaño» se excluye del análisis por su irrelevancia típica.

²⁵⁴ *Vid. supra* VI. B) 10.

²⁵⁵ La tentativa podrá corresponder a una normativamente perfecta si la irrevocabilidad de la disposición patrimonial perjudicial es inmediata (acompaña, prácticamente, a la disposición).

Aquí interesa establecer el estado en el que se encuentra el patrimonio de la víctima²⁵⁶. Se debe afirmar o negar el «perjuicio patrimonial». Dicho «perjuicio» corresponde al resultado típico como requisito para la consumación del delito de estafa.

Finalmente, se formula un segundo juicio *ex post* que afirma o niega la imputación del «perjuicio patrimonial» al comportamiento del autor o del engañado. Si se imputa el resultado al autor, se configura una estafa consumada. El caso opuesto — imputación del «perjuicio patrimonial» al engañado—, configura una tentativa acabada y perfecta de estafa.

B) SOLUCIONES NORMATIVAMENTE DIVERSIFICADAS EN ATENCIÓN A LA DIVERSA CONFIGURACIÓN DE LOS BLOQUES A), B) Y C)

La aplicación del proceso analítico propuesto arroja al menos diez combinaciones relevantes. Sus peculiaridades sirven de fundamento para sus respectivas soluciones normativas. Éstas han quedado distribuidas del siguiente modo: tres modalidades de estafa consumada; dos formas de tentativa idónea (punible); una tentativa inidónea punible; tres tentativas irreales impunes y, finalmente, un caso que ni siquiera realiza la noción tentativa.

La aplicación del proceso analítico y la diversidad de combinaciones que adoptan los elementos que configuran la comisión de estafa, justifican la necesidad de contar con soluciones normativamente diversificadas²⁵⁷.

1. Delito consumado de estafa (1ª variante)

a) Dimensión organizativa del autor

El autor utiliza activa u omisivamente un «engaño bastante». Desde la perspectiva *ex ante*, la utilización del «engaño» genera el peligro objetivo que permite afirmar una tentativa inacabada e imperfecta de estafa.

b) Dimensión organizativa del engañado

En el acervo informativo del engañado está presente un «engaño bastante». El engañado cumple su incumbencia de auto-protección y efectúa una disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante». Desde la perspectiva *ex post*, se

²⁵⁶ “Víctima” puede ser el propio engañado o un tercero.

²⁵⁷ Otros modelos resolverían de modo uniforme combinaciones que aquí arrojan soluciones distintas. Basta tener en cuenta que, en la presente propuesta, el incumplimiento de la incumbencia de orientación del engañado no permite sostener “automáticamente” la atipicidad del comportamiento del autor, *Vid.* VI.3 D).

confirma la peligrosidad objetiva de la tentativa acabada de estafa, sea que corresponda a una tentativa normativamente imperfecta o perfecta del delito²⁵⁸.

c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa

El patrimonio de la víctima es afectado por un «perjuicio». Conforme al juicio *ex post* de imputación del resultado, el «perjuicio patrimonial» es imputado exclusivamente al comportamiento del autor. Por lo tanto, el delito de estafa se ha consumado.

En esta primera variante de delito consumado de estafa se realizan plenamente todos los elementos de su injusto penal.

2. Delito consumado de estafa (2ª variante)

La dimensión organizativa del autor (a) y los elementos adicionales requeridos para la consumación del delito de estafa (c) son idénticos a la combinación anterior²⁵⁹.

b) Dimensión organizativa del engañado

El engañado incumple su incumbencia de auto-protección. Este incumplimiento no genera la ruptura del nexo de imputación entre el resultado «perjuicio patrimonial» y el comportamiento del autor²⁶⁰. Ahora bien, la incumbencia incumplida permite sostener una disminución de la gravedad del injusto penal de la estafa consumada. Por este motivo, se puede aplicar al delito consumado la atenuante analógica del art. 21, 7ª CP español, fundamentada en el incumplimiento de la auto-protección informativa por parte del engañado.

3. Tentativa idónea de estafa (1ª variante)

a) Dimensión organizativa del autor

Su desarrollo es idéntico al de las combinaciones anteriores²⁶¹. El autor utiliza activa u omisivamente un «engaño bastante». Desde la perspectiva *ex ante*, la utilización del

²⁵⁸ Son dos los “nexos de riesgo” que se deben analizar conforme a los criterios de imputación objetiva. En primer lugar, el nexo entre la utilización del «engaño bastante» y el «acto de disposición», pues el acto de disposición debe ser la concreción del riesgo que crea la utilización del «engaño» (analizada aquí en b). En segundo lugar, el nexo entre el acto de disposición y el perjuicio económico (se analiza en c); semejante, PÉREZ MANZANO, *Hacia un Derecho penal*, 1995, pp. 299-300.

²⁵⁹ 1ª variante de delito consumado de estafa.

²⁶⁰ En todo caso, el juicio *ex post* de imputación objetiva del resultado debe ser formulado en el paso analítico c).

²⁶¹ 1. Delito consumado de estafa (1ª variante) y 2. Delito consumado de estafa (2ª variante).

«engaño» genera un peligro objetivo que permite afirmar una tentativa inacabada e imperfecta de estafa.

b) Dimensión organizativa del engañado

El acervo informativo del engañado se encuentra afectado por la presencia de un «engaño bastante». El engañado incumple su incumbencia de auto-protección con tal intensidad que genera la ruptura del nexo de imputación del resultado «perjuicio patrimonial» y el comportamiento activo u omisivo del autor²⁶².

El engañado realiza la disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» utilizado por el autor y, desde la perspectiva *ex post*, se afirma la peligrosidad objetiva de la tentativa acabada de estafa, imperfecta o perfecta en el plano normativo.

c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa

El patrimonio de la víctima se encuentra afectado por un «perjuicio». Conforme al juicio *ex post* de imputación del resultado, el «perjuicio patrimonial» se imputa exclusivamente al comportamiento descuidado del engañado por su incumplimiento de la incumbencia de auto-protección. Por lo tanto, se descarta la consumación del delito de estafa y se afirma la configuración de una tentativa idónea, acabada y perfecta desde la irrevocabilidad de la disposición patrimonial.

4. Tentativa idónea de estafa (2ª variante)

a) Dimensión organizativa del autor

Su desarrollo es idéntico al de las combinaciones anteriores²⁶³.

b) Dimensión organizativa del engañado

El acervo informativo se encuentra afectado por la presencia de un «engaño bastante». En la presente variante, se consideran conjuntamente la posibilidad de que el engañado cumpla su incumbencia de auto-protección y la posibilidad de que la incumpla²⁶⁴. En uno y otro caso, el engañado realiza una disposición patrimonial

²⁶² Nuevamente, se puede precisar que el juicio *ex post* de imputación objetiva del resultado debe ser formulado en el paso analítico c).

²⁶³ 1. Delito consumado de estafa (1ª variante); 2. Delito consumado de estafa (2ª variante) y 3. Tentativa idónea de estafa (1ª variante).

²⁶⁴ En esta variante, si el engañado incumpliera su incumbencia, la ausencia de resultado «perjuicio patrimonial» en c) no se debe a tal incumplimiento.

inducida por el «engaño bastante» utilizado por el autor. Desde la perspectiva *ex post* se afirma la peligrosidad de la tentativa acabada de estafa, normativamente imperfecta o perfecta.

c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa

No tiene lugar el resultado «perjuicio patrimonial». La ausencia del resultado típico se debe a un factor impeditivo de la consumación no imputable al autor, al engañado ni a la víctima²⁶⁵.

Es posible aplicar una atenuante analógica a esta tentativa idónea de estafa, si el engañado hubiera infringido su incumbencia de auto-protección (art.21, 7^a).

5. Tentativa inidónea punible de estafa

a) Dimensión organizativa del autor

El autor utiliza activa u omisivamente un «engaño bastante». El juicio *ex ante* sobre la peligrosidad objetiva de este comportamiento es afirmativo. Por lo tanto, se configura una tentativa inacabada e imperfecta de estafa.

b) Dimensión organizativa del engañado

En el acervo informativo del sujeto potencialmente engañado no hay informaciones falsas susceptibles de ser consideradas como «engaño». El titular del acervo impide la configuración de un «engaño» en virtud de sus conocimientos especiales (superiores), *ex ante* imprevisibles para el autor. Tales conocimientos pueden ser calificados como imprevisibles en la medida en que excedan el rol del potencial engañado en el contacto comercial correspondiente.

Respecto del cumplimiento de la incumbencia de auto-protección, el potencial engañado incurre en un “exceso de diligencia” (*ex ante* imprevisible para el autor).

Si el no-engañado realiza una disposición patrimonial, ésta no será inducida por «engaño» alguno. Por lo tanto, no puede ser sostenida la peligrosidad *ex post* de la tentativa, ni —en (c)— el «perjuicio patrimonial».

²⁶⁵ “Engañado” y “víctima” se nombran por separado por la posibilidad de que no coincidan ambas condiciones en un mismo sujeto (estafa en triángulo).

En consecuencia, el comportamiento del autor configura una tentativa inidónea punible.

6. Delito consumado de estafa (3ª variante)

Antes de analizar la dimensión organizativa del autor, se debe puntualizar que el potencial engañado corresponde a un sujeto *normal*, pero *gravemente debilitado* para su propia orientación patrimonial²⁶⁶.

a) Dimensión organizativa del autor

La conducta del autor consiste en la utilización activa u omisiva de un contenido informativo que corresponde a una *simple mentira* («engaño» no «bastante»). El autor, utiliza la *simple mentira, adaptando* su conducta a la *grave debilidad* del potencial engañado.

b) Dimensión organizativa del engañado

La *grave debilidad* del engañado *favorece* (refuerza) el potencial engañoso de la *simple mentira*, de tal manera que esta última constituye un «engaño bastante» o, en términos más exactos, un «engaño» *relativamente* «bastante»²⁶⁷.

Es posible que el engañado cumpla o incumpla su incumbencia de orientación. En cualquier caso, efectúa una disposición patrimonial inducida por el «engaño» *relativamente* «bastante». Desde la perspectiva *ex post*, se confirma la peligrosidad objetiva de la tentativa acabada de estafa, imperfecta o perfecta desde el punto de vista normativo.

c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa

El patrimonio de la víctima es afectado por un «perjuicio». Conforme al juicio *ex post* de imputación del resultado, este «perjuicio patrimonial» se imputa exclusivamente al comportamiento del autor que *adaptó* su conducta a la *grave debilidad* de la víctima *normal*.

²⁶⁶ Un sujeto se considera *normal* por contraposición con la *víctima estructuralmente débil*, vid. *infra* VI. B) 10. En el presente proceso analítico, se consideran como *estructuralmente débiles* sólo las víctimas que corresponden a sujetos jurídico-penalmente inimputables.

²⁶⁷ Su usa la expresión *relativamente* como referencia al sujeto *gravemente debilitado*. Por lo tanto, la mentira constituye «engaño bastante» *sólo para ese concreto sujeto, gravemente debilitado*.

La solución normativa aplicable a la presente combinación es la afirmación de un delito de estafa consumado. El eventual incumplimiento de la incumbencia de orientación del engañado no disminuye el injusto del delito consumado, pues se trata de un sujeto gravemente debilitado en su capacidad orientativa²⁶⁸.

7. Tentativa irreal e impune de estafa (1ª variante)

Nuevamente, al igual que en la combinación anterior²⁶⁹, antes de estudiar la dimensión organizativa del autor, se debe tener en consideración que el potencial engañado corresponde a un sujeto *normal*, pero *gravemente debilitado* para su propia orientación²⁷⁰.

a) Dimensión organizativa del autor

El autor utiliza activa u omisivamente una *simple mentira* que, como tal, constituye un «engaño» no «bastante». Por lo tanto, al realizar el juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad objetiva de la conducta del autor, aquélla debe ser negada.

b) Dimensión organizativa del engañado

La anterior negación de la peligrosidad *ex ante* guarda directa relación con la circunstancia de que la *grave debilidad* del engañado *determina* —y no sólo favorece o refuerza— el carácter «bastante» de la *simple mentira*²⁷¹.

Sea que el engañado cumpla o incumpla su incumbencia de orientación, realiza una disposición patrimonial inducida por «engaño». El juicio de peligrosidad *ex post* sobre la tentativa acabada es afirmativo, en el entendido de que dicha peligrosidad resulta atribuible exclusivamente a la *grave debilidad* del engañado. La afirmación anterior sólo es correcta en la medida en que el autor *no adapte* su comportamiento a la *grave debilidad* del engañado “normal”.

c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa

²⁶⁸ Es dudosa la exigibilidad del cumplimiento de la incumbencia, tratándose de un sujeto normal y gravemente debilitado. Si se considerara exigible tal cumplimiento y la incumbencia fuera infringida, se debiera descartar de todos modos la disminución del injusto penal.

²⁶⁹ 6. Delito consumado de estafa (3ª variante).

²⁷⁰ Rige aquí el criterio según el cual un sujeto es considerado *normal* en la medida en que no corresponda a alguna de las víctimas *estructuralmente débiles* (sujetos inimputables, jurídico-penalmente), *Vid.* VI. B) 10.

²⁷¹ Objetivamente inidónea para provocar error en otro.

Es posible que sobrevenga el «perjuicio patrimonial». Cuando sea éste el caso, al realizar el juicio *ex post* sobre la imputación del resultado, éste se imputa exclusivamente al aporte organizativo del engañado *gravemente debilitado*.

8. Tentativa irreal e impune de estafa (2ª variante)

Al igual que en las dos combinaciones previas²⁷², se debe aludir en primer lugar a la debilidad que presenta el potencial engañado en su capacidad de orientación. Se trata de un sujeto *normal*, ahora *leve o moderadamente* debilitado para orientarse por sí mismo en contactos de contenido patrimonial.

a) Dimensión organizativa del autor

El autor realiza la utilización activa u omisiva de una *simple mentira* («engaño» no «bastante»). El juicio *ex ante* niega la peligrosidad objetiva de la conducta del autor.

A diferencia de la 1ª variante de tentativa irreal e impune²⁷³, aquí es del todo irrelevante que el autor *adapte o no adapte* su comportamiento a la *moderada o leve debilidad* del engañado “normal” que tiene por verdadera una *simple mentira*.

b) Dimensión organizativa del engañado

La moderada o leve debilidad del engañado *favorece* el carácter «bastante» de la *simple mentira*²⁷⁴, a pesar de su inidoneidad objetiva para provocar error en otro.

Lo más acorde con la presente combinación es que el engañado no cumpla su incumbencia de auto-protección, pues se trata de un sujeto normal y sólo levemente debilitado en el plano orientativo. Pese a todo lo anterior, se configura un «engaño bastante» en su acervo informativo. Por este motivo, realiza una disposición patrimonial inducida por «engaño». En el juicio de peligrosidad *ex post* de la tentativa acabada, tal peligrosidad sólo es atribuible a la *moderada o leve debilidad* del engañado.

c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa

²⁷² 6. Delito consumado de estafa (3ª variante) y 7. Tentativa irreal e impune de estafa (1ª variante).

²⁷³ 7. Tentativa irreal e impune de estafa (1ª variante).

²⁷⁴ En este punto se observa una diferencia relevante con la combinación anterior, pues allí, la *grave debilidad* del engañado es determinante para la configuración del «engaño bastante».

Si sobreviene un «perjuicio patrimonial» para la víctima, el juicio *ex post* de imputación del resultado, vinculará el «perjuicio» exclusivamente al aporte organizativo del engañado *levemente debilitado*.

9. Tentativa irreal e impune de estafa (3ª variante)

a) Dimensión organizativa del autor

El autor utiliza activa u omisivamente un «engaño» burdo. El juicio *ex ante* niega la peligrosidad objetiva de la conducta del autor como tentativa inacabada de estafa.

b) Dimensión organizativa del engañado

En el acervo informativo del engañado se halla un «engaño» no «bastante». A partir de este punto, el análisis posterior es sencillo. Siendo el engañado un sujeto *normal*, su situación informativa originada por un «engaño» burdo (*ex ante* objetivamente inidóneo) debiera verse acompañada del incumplimiento de su propia incumbencia de orientación. Luego, el engañado efectúa una disposición patrimonial inducida por el «engaño» burdo (no «bastante»). En el juicio *ex post* debe ser negada la peligrosidad objetiva de la tentativa acabada.

c) Elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa

Puede tener lugar el perjuicio patrimonial de la víctima. Cuando así ocurriera, el juicio *ex post* de imputación objetiva del resultado afirmará que el «perjuicio patrimonial» es imputable exclusivamente al aporte organizativo del engañado.

El aspecto fundamental de la tentativa irreal que se acaba de analizar es que el «engaño» burdo compete exclusivamente al engañado “normal”, incluso si éste se encontrara leve, moderada o gravemente debilitado en su capacidad de orientarse por sí mismo.

10. Comportamiento impune a título de estafa

Finalmente, se analiza una combinación de elementos que ni siquiera permite sostener una tentativa irreal. Esta variante se refiere sujetos engañados *estructuralmente débiles*²⁷⁵.

²⁷⁵ En el presente proceso unitario de análisis de la comisión activa y omisiva de estafa, los términos *víctima estructuralmente débil* han sido reservados para los sujetos que, incluso si reciben información verdadera de su

a) Dimensión organizativa del autor

El autor utiliza activa u omisivamente un «engaño bastante» o un «engaño» no «bastante». En esta segunda alternativa, el «engaño» no «bastante» puede corresponder tanto a una *simple mentira* como a un «engaño» burdo. No cabe sostener la peligrosidad *ex ante* incluso si el autor utilizara un «engaño bastante». La ausencia de peligrosidad objetiva de la tentativa de estafa se debe a que el inimputable engañado no puede realizar una disposición patrimonial en el sentido jurídico-penal del concepto.

Cualquiera que sea el posterior desarrollo de (b) y (c), incluso cuando sobreviene un «perjuicio patrimonial», el autor despliega un comportamiento impune a título de estafa, sin perjuicio de otras realizaciones típicas imputables al autor.

C) ESQUEMA-RESUMEN DE LAS SOLUCIONES NORMATIVAMENTE DIVERSIFICADAS EN ATENCIÓN A LA DIVERSA CONFIGURACIÓN DE LOS BLOQUES A), B) Y C)

partner negocial, no son capaces de orientarse y, adicionalmente, su debilidad corresponde a una causa de inimputabilidad jurídico-penal.

Dimensión organizativa del autor		Dimensión organizativa del engañado					Esfera de organización de la víctima		Dolo que, de surgir en el momento indicado, es coetáneo a la realización típica	
Tentativa Dacabada		Tentativa imperfecta					Tentativa perfecta		d <i>dolus subsequens</i>	
Tentativa Dacabada		Tentativa acabada					Fase omisiva de control D		D	
Comportamiento	Peligrosidad <i>ex ante</i> de la tentativa inacabada e imperfecta	Estado del acervo informativo	Incumplimiento de autoprotección	Comportamiento	Peligrosidad <i>ex post</i> de la tentativa acabada, imperfecta o perfecta	Estado patrimonial	Justo <i>ex post</i> (imputación del resultado)	Solución	Observaciones	
utilización activa u omisiva de un «engañado bastante»	✓	presencia de un «engañado bastante»	cumplimiento	disposición patrimonial inducida por engaño	✓	perjuicio	imputación exclusiva del perjuicio al comportamiento activo u omisivo del autor	Delito de estafa consumado		
utilización activa u omisiva de un «engañado bastante»	✓	presencia de un «engañado bastante»	incumplimiento	disposición patrimonial inducida por engaño	✓	perjuicio	imputación exclusiva del perjuicio al comportamiento activo u omisivo del autor	Delito de estafa consumado	atenuante analógica por infracción de la incumbencia de autoprotección	
utilización activa u omisiva de un «engañado bastante»	✓	presencia de un «engañado bastante»	incumplimiento	disposición patrimonial inducida por engaño	✓	perjuicio	imputación exclusiva del perjuicio al comportamiento descuidado del engañado	Tentativa idónea	infracción de la incumbencia provoca una ruptura del nexo de imputación del resultado	
utilización activa u omisiva de un «engañado bastante»	✓	presencia de un «engañado bastante»	cumplimiento o incumplimiento	disposición patrimonial inducida por engaño	✓	no perjuicio	X	Tentativa idónea	ausencia de resultado atenuante no imputable al autor, analógica en caso de infracción de incumbencia víctima	
utilización activa u omisiva de un «engañado bastante»	✓	ausencia de engaño (conocimientos superiores del potencial engañado, <i>ex ante</i> imprevisibles, imponden o remueven el «engañado bastante»)	cumplimiento (exceso de diligencia, <i>ex ante</i> imprevisible)	en su caso, disposición patrimonial <u>no</u> inducida por engaño	X	no perjuicio	X	Tentativa <u>indónea</u> punible	los conocimientos especiales superiores del potencial engañado, serán <i>ex ante</i> imprevisibles en la medida en que excedan su rol en el contacto negocial	
utilización activa u omisiva de una simple mentira (engañado <u>razonablemente</u> bastante)	✓	grave debilidad del engañado <u>favorece</u> el carácter bastante del engaño	cumplimiento o incumplimiento	disposición patrimonial inducida por engaño	✓	perjuicio	imputación exclusiva del perjuicio al comportamiento activo u omisivo del autor	Delito de estafa consumado	el autor <u>adapta</u> su conducta la grave debilidad de la víctima "normal"	
utilización activa u omisiva de una simple mentira (engañado <u>no</u> bastante)	X	grave debilidad del engañado <u>determina</u> el carácter bastante del engaño	cumplimiento o incumplimiento	disposición patrimonial inducida por engaño	✓ (atribuible a la grave debilidad del engañado)	si/ no perjuicio	en su caso, imputación exclusiva del perjuicio al aporte organizativo del engañado <u>gravemente debilitado</u>	Tentativa <u>irreal</u> , impune	autor <u>no adapta</u> su conducta a la grave debilidad de la víctima "normal"	
utilización activa u omisiva de una simple mentira (engañado <u>no</u> bastante)	X	moderada o leve debilidad del engañado <u>favorece</u> el carácter bastante del engaño	cumplimiento o incumplimiento	disposición patrimonial inducida por engaño	✓ (atribuible a la moderada o leve debilidad del engañado)	si/ no perjuicio	en su caso, imputación exclusiva del perjuicio al aporte organizativo del engañado <u>moderadamente o levemente debilitado</u>	Tentativa <u>irreal</u> , impune	irrelevancia de una eventual adaptación de la conducta del autor a la moderada o leve debilidad de la víctima "normal"	
utilización activa u omisiva de un engaño burdo	X	presencia de un engaño <u>no</u> bastante	cumplimiento o incumplimiento	disposición patrimonial inducida por engaño	X	si/ no perjuicio	en su caso, imputación exclusiva del perjuicio al aporte organizativo del engañado	Tentativa <u>irreal</u> , impune	el engaño burdo compete exclusivamente al engañado "normal", con independencia de su debilidad leve, moderada o grave	
Dimensión organizativa del potencial engañado estructuralmente débil										
utilización activa u omisiva de un «engañado bastante» o <u>no</u> bastante (burdo o simple mentira)	X	presencia de un «engañado bastante»	X	X	X	si/ no perjuicio	X	Comportamiento impune a título de estafa	el imputable engañado no dispone patrimonialmente en sentido jurídico-penal	

VII. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES SOBRE LA COMISIÓN DEL DELITO DE ESTAFA: CUARTA BASE PARA UN TRATAMIENTO UNITARIO DE LA COMISIÓN ACTIVA Y OMISIVA DE ESTAFA

VII.1 DEBERES POSITIVOS E INSTITUCIONALIZACIÓN EN LA COMISIÓN DE ESTAFA

Hasta ahora se ha aludido principalmente a la noción de delito de comisión y su vinculación con los deberes penales negativos. La realización típica —activa u omisiva— de una estafa consiste en la infracción de un deber penal negativo reconducible al *neminem laedere*. Intencionadamente, han sido evitadas referencias directas a las cuestiones que plantea la integración de deberes positivos en la configuración de la responsabilidad penal por delitos de comisión o comisivos como la estafa. Se trata de una problemática amplia y compleja. Sin embargo, parece oportuno esbozar los principales conceptos implicados en esta cuestión, debido a su importante ligamen con la comisión por omisión del delito de estafa, particularmente en contextos negociales regulados.

Un concepto estipulativo de deber positivo puede ser de utilidad como primera aproximación a su análisis. Se entenderá por tal a la obligación jurídica que tiene por objeto una prestación portadora de un sentido de mejora, protección o salvaguarda en favor de un bien jurídico ajeno. En términos amplios, el deber positivo se caracteriza por su contenido —una prestación positiva—, por nacer directa o indirectamente de un comportamiento libre del obligado y, finalmente, por su orientación hacia el mantenimiento de un mundo común entre el obligado y quien tiene derecho a la prestación positiva. Pueden derivar deberes positivos de fuentes tan diversas como un contrato, la relación paterno-filial, la pertenencia a la Sociedad civil, etc.

A) DEBERES POSITIVOS GENERALES Y ESPECIALES

Es posible distinguir entre deberes positivos generales y deberes positivos especiales. Los primeros se fundamentan en la idea de la *solidaridad mínima*. Ésta obliga a cada ciudadano con la colectividad, ya que los individuos en Sociedad deben contribuir al bienestar de los demás²⁷⁶ y no corresponde al Estado el cumplimiento directo de los deberes positivos generales²⁷⁷. La solidaridad mínima es un título de atribución de

²⁷⁶ ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 5.

²⁷⁷ PAWLIK, *Das Unrecht*, 2012, pp. 257 ss.

responsabilidad penal distinto de la organización de la propia esfera jurídica de libertad (comisión activa y comisión por omisión en sentido estricto)^{278 279}.

La *solidaridad mínima* posee dos variantes: la solidaridad activa y la solidaridad pasiva. La solidaridad activa fundamenta el delito de omisión del deber de socorro (art. 195.1 CP) y del deber de impedir delitos (art. 450 CP). Ambos se encuentran tipificados como omisiones puras por las que el ciudadano se ve sometido a deberes positivos generales: el deber solidario de socorrer a otro y el deber solidario de impedir determinados delitos. Ambos deberes afectan al ciudadano con relativa –no total— independencia de los concretos actos de libertad organizados antes de incurrir en la omisión²⁸⁰. El ciudadano se somete “indirectamente” a los deberes positivos generales, cuando libremente entra o permanece en la Sociedad civil. Otro tanto ocurre con el deber positivo general de solidaridad pasiva. Su correspondiente deber positivo general se encuentra plasmado jurídico-penalmente en el deber de tolerancia que afecta a quien debe soportar un comportamiento realizado en estado de necesidad agresivo²⁸¹. En este caso, la prestación posee un sentido positivo, aunque su cumplimiento consista en un acto de tolerancia.

Por su parte, los deberes positivos especiales recaen, en primer término, sobre personas determinadas que libremente adquieren posiciones específicas de deber, por ejemplo, los funcionarios públicos. Éstos se someten a esta clase de deberes mediante su vinculación con el Estado para ejercer a su nombre algunas funciones o servicios que le son propios. Otros muchos deberes positivos especiales derivan, en cambio, de relaciones “no estatales”, las cuales presentan configuraciones jurídicas de diversa intensidad. Así, *v.gr.*, derivan deberes positivos especiales de las relaciones paterno-filiales. También son deberes positivos especiales los deberes del tráfico, algunas obligaciones vinculadas con relaciones de confianza especial, derivados del matrimonio y sus equivalentes funcionales, etc. Esta enumeración pone de manifiesto que las nociones “deber positivo especial” y “deber positivo funcional (estatal)”,

²⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 480. No se trata de un bien jurídico.

²⁷⁹ La *solidaridad mínima* otorga fundamento a la responsabilidad por los delitos de omisión pura ya mencionados, pero no corresponde al bien jurídico protegido por estos delitos. Los bienes jurídicos protegidos son los bienes personales concretos a los que implícitamente se refiere el tipo de la omisión del deber de socorro y explícitamente la omisión del deber de impedir delitos. Algo análogo podría afirmarse del deber de tolerancia en cuanto que éste no protege el “bien” de la solidaridad pasiva, sino aquél bien jurídico que se busca resguardar mediante el ejercicio del estado de necesidad agresivo.

²⁸⁰ *Cfr.* ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 5.

²⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 478-479.

no son idénticas ni sinónimas y se relacionan entre sí como género y especie. En sentido lato, los deberes positivos especiales —estatales o no— son deberes de solidaridad, pues su orientación y sentido es la creación, mantenimiento y fomento de mundos en común con otros ciudadanos.

Los deberes positivos especiales derivan de una posición adquirida mediante el libre ingreso en un contexto pre-configurado. Esto ocurre al entrar en una institución en “sentido fuerte” —como es el caso del Estado— o en una institución en sentido algo más “débil” o, simplemente, en un contexto institucionalizado —como las relaciones paterno-filiales y las posiciones pre-configuradas por deberes del tráfico—²⁸². En adelante se reserva la expresión *institución* únicamente para aquéllas que lo son en sentido estricto o “fuerte”. Los demás fenómenos institucionalizados en menor medida e intensidad serán denominados *contextos institucionalizados*²⁸³.

²⁸² Muy acertada la crítica que dirige ROBLES PLANAS contra el planteamiento de JAKOBS para quien la infracción de un deber positivo especial permite la imputación penal por el resultado en forma equivalente a la infracción de deberes negativos. ROBLES PLANAS sostiene, en cambio, que «mientras los deberes negativos permiten la imputación directa del daño a quien los infringe, los deberes positivos sólo permitirían una imputación indirecta o débil, ajena por completo a lo que conocemos como imputación objetiva del resultado», ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 6.

²⁸³ El Estado puede ser considerado como la institución por antonomasia. Como tal, y centrando la atención en el ámbito propiamente jurídico-penal, el Estado vela por el respeto del deber negativo *neminem laedere* y garantiza, adicionalmente, derechos y libertades mediante el cumplimiento de deberes positivos especiales (estatales). El Estado garantiza el cumplimiento de dichos deberes por medio de ciudadanos concretos que libremente ingresan a la función pública asumiendo una posición que les somete a deberes positivos especiales: los funcionarios públicos. Éstos, por su condición de funcionarios, no son “automáticamente” garantes en sentido propio, ya que sólo lo son aquéllos que asumen compromisos de contención de riesgos cuyo incumplimiento les hace responsables por la infracción de un deber penal negativo. Los funcionarios públicos “no-garantes” se someten y adquieren deberes positivos especiales (estatales) asociados a su posición y, en caso de infringirlos, ello no permitirá la imputación de un resultado en comisión por omisión (infracción de un deber negativo). Únicamente será posible esta última clase de imputación si el Estado asumiera un compromiso específico de contención de riesgos. Este último caso puede darse *v.gr.* en un centro penitenciario en el que el funcionario público competente, en representación del Estado, asume un compromiso inequívoco de protección de los reclusos. La infracción de este deber penal negativo permite, pues, la imputación de resultados por la correspondiente comisión de delito. A la posición que corresponde a un funcionario público ROBLES PLANAS la denomina “posición de garantía institucional”. Acertadamente puntualiza que dicha posición no se identifica con las posiciones de garante que fundamentan la responsabilidad penal por infracción de un deber negativo. Por este motivo, añade este autor, la sanción penal a la infracción de deberes derivados de una “posición de garantía institucional” requiere el quebrantamiento de un deber expresamente tipificado como “omisión pura especial” u “omisión pura de garante”. En esta investigación es compartido el planteamiento de ROBLES PLANAS y sus consecuencias. Sin embargo, la nomenclatura “posición de garantía institucional” no parece del todo afortunada, pues se presta a confusión con las posiciones de garante que fundamentan deberes negativos. Por este motivo, parece prudente reservar los términos y la idea de “posición de garantía” para la responsabilidad por las consecuencias por infracción de deberes negativos. Lo que ROBLES PLANAS denomina “posición de garantía institucional” alude a los deberes que derivan del ingreso del ciudadano en una institución estatal. Aquí se aludirá a ese fenómeno como “deberes positivos especiales” asumidos por ciudadanos, de modo semejante a las expresiones “deberes positivos generales” reservadas a los deberes de solidaridad activa y pasiva. *Cfr.*

Todo deber positivo especial posee un elemento organizativo que se añade —y así supera— a la solidaridad mínima. La dimensión organizativa se manifiesta en el libre ingreso en la institución o contexto pre-conformado, y eventualmente, en la libre configuración del contexto en el que se participará. El fundamento común de los deberes positivos especiales es la idea de una *solidaridad cualificada*. El deber positivo de crear mundos en común con otros, se refuerza por un título adicional a la sola pertenencia a la Sociedad. El título adicional que fundamenta la *solidaridad cualificada* es la posición institucionalizada (pre-configurada) y libremente adquirida por el ciudadano.

Por regla general, el infractor de deberes positivos especiales se encuentra sujeto a responsabilidad extrapenal, salvo los casos de tipificación expresa, como ocurre en los comúnmente denominados delitos de infracción de un deber²⁸⁴. En todo caso, y aunque lo primero resulte casi evidente, cuando se infringe un deber positivo especial no previsto como delito y, en segundo término, cuando el legislador ha tipificado expresamente la infracción de un deber positivo especial, una y otra responsabilidad jamás serán equiparables a la responsabilidad derivada de la realización de delitos de comisión activa u omisiva por los que son infringidos deberes penales negativos²⁸⁵.

ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, pp. 13-14. Finalmente —aparentemente contra la propuesta de ROBLES PLANAS—, aquí se postula que los “deberes positivos especiales” de ciudadanos no son adquiridos exclusivamente por el ingreso en una institución estatal.

²⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 473. *Vid. infra* VII.1 B) donde se trata sobre las instituciones.

²⁸⁵ El planteamiento aquí propuesto tiene un parentesco directo con el sistema tripartito de omisiones de SILVA SÁNCHEZ. Este autor constata la existencia de omisiones más graves que las omisiones propias *standard*, como la del deber de socorro, pero que no alcanzan el desvalor propio de la comisión activa ni puede afirmarse que sean idénticas a ella en el plano estructural y material. Se trata de las omisiones de gravedad intermedia que requieren una tipificación expresa y SILVA SÁNCHEZ denomina *delitos de omisión cualificados, agravados o delitos de omisión de garante*. Estas formas de omisión pueden ser puras o referidas a un resultado. Han sido codificadas como cualificaciones sobre los tipos de omisión pura y operan como puente intermedio entre la omisión pura (*fundamentada en la solidaridad mínima*) y la comisión por omisión equivalente a la comisión activa (*fundamentada en la responsabilidad por organización*). Los delitos de omisión agravados, no idénticos a la comisión activa, se basan en la infracción de deberes de solidaridad cualificada. Estas omisiones de gravedad intermedia, se fundamentan en la *solidaridad mínima*, pero se advierte en ellas una incipiente y limitada dimensión organizativa (mayor o menor), que halla su plenitud en la comisión por omisión equivalente con la comisión activa. Entre la comisión por omisión equivalente a la comisión activa y las omisiones de gravedad intermedia, existe una diferencia gradual. Otro tanto puede decirse de la diferencia entre la omisión que expresa deberes de *solidaridad mínima* (una institución) y la omisión de gravedad intermedia que expresa la infracción de deberes de *solidaridad cualificada*. La diferencia obedece a que, si bien responden a un vínculo institucional que recae sobre un sujeto, en la omisión de gravedad intermedia esta vinculación es de una mayor “densidad”, *cfr.* SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 478.

Lo expuesto hasta ahora acerca de los deberes especiales permite poner de manifiesto dos afirmaciones relevantes. En primer lugar, tanto el autor responsable por una comisión por omisión de delito como el autor responsable por un delito de omisión cualificado (delito de omisión de garante) son garantes en virtud de deberes especiales. En segundo lugar, sólo es posible sostener una comisión por omisión de delito en la medida en que concurren los siguientes factores: i. un garante constituido como tal en virtud de un deber especial y ii. la identidad estructural y normativa entre la comisión activa y la comisión por omisión del correspondiente delito.

La sanción penal de la infracción de los deberes positivos generales y especiales no deriva de los tipos comisivos de la Parte Especial, ya que éstos —por regla general— tipifican la infracción de deberes negativos. La infracción de deberes positivos generales o especiales fundamenta la responsabilidad penal si y solo si el legislador así lo ha previsto específicamente. Los deberes positivos especiales, junto con fundamentar excepcionalmente la responsabilidad penal cuando el legislador hubiera tipificado expresamente su infracción, son relevantes también en el plano jurídico-penal para la determinación del carácter aprobado o desaprobado de comportamientos realizados por quienes ocupan posiciones vinculadas con deberes positivos especiales, sean estatales o no. Estas ideas demuestran ser muy importantes para la estafa en general y, sobre todo, para su comisión por omisión que tiene lugar en el contexto de una relación previa contractual entre autor y engañado, o existe una obligación de origen legal por la que el autor debe informar al engañado.

En el juicio de imputación objetiva de los delitos comisivos se debe atender a la posición y deber del eventual responsable y, más en particular, al cumplimiento o incumplimiento de los deberes positivos especiales que sobre él recaen. Este modo de proceder da buena cuenta de la unidad del Ordenamiento jurídico, por la que el Derecho penal toma en cuenta los deberes positivos especiales procedentes de la normativa extrapenal. La infracción de esta clase de deber no genera por sí sola la responsabilidad por las consecuencias (propia de la infracción de deberes penales negativos), pero sí es determinante para sostener el carácter desaprobado de un comportamiento creador de riesgo y, en esta medida, cumple un importante rol en la afirmación o descarte de la responsabilidad penal por infracción de un deber negativo.

Un sector doctrinal sostiene la existencia de ámbitos tan intensamente preconformados jurídicamente —relaciones paterno-filiales y deberes del tráfico— que el ingreso en esta clase de contextos implicaría la realización de un acto (implícito)

de asunción de un compromiso de contención de riesgos, cuyo incumplimiento generaría responsabilidad penal por infracción de un deber negativo. Sin perjuicio de esta regla general, el mismo grupo doctrinal sostiene la posibilidad de que la entrada en los dos contextos citados no constituya un acto de asunción, si el interesado expresamente manifiesta su negativa a asumir el compromiso como garante²⁸⁶. Contextos menos pre-configurados que los anteriores –se alude a la confianza especial y el matrimonio o sus sustitutos—, se regirían por una regla general inversa a la anterior: el ingreso en esta clase de relaciones no supondría un acto implícito de asunción con las características y consecuencias mencionadas, salvo que quien entra en esta clase de contextos, expresamente adopte un compromiso con sentido de asunción.

Parece correcta la constatación básica de la anterior propuesta doctrinal. Se trata de la desigual intensidad de la pre-configuración de las posiciones y contextos en los que se desenvuelven los deberes positivos especiales. Sin embargo, resulta seriamente inconveniente la utilización de dos criterios distintos para dar por configurada la asunción²⁸⁷. El criterio laxo permitiría sostener la existencia de un compromiso de asunción siempre que se entable o nazca una relación paterno-filial y una vinculación enmarcada en los deberes del tráfico. Por otra parte, el criterio estricto rige para los demás contextos preconformados –matrimonio o equivalentes y la confianza especial—, para los cuales se requeriría un comportamiento explícito de asunción. El fundamento para la adopción de uno y otro criterio depende de la intensidad de la preconfiguración jurídica: mientras mayor sea ésta, se justificaría una mayor laxitud para apreciar el compromiso y, viceversa, a menor preconformación, mayor exigencia para sostener el compromiso de asunción (debe ser explícito en estos casos). En sí misma, ya de entrada resulta bastante dudosa la afirmación de que las relaciones paterno-filiales poseen una regulación mayor o más intensa que las matrimoniales. Todo indica que el grado de juridificación de una y otra relación es semejante y por ello, se vuelve aún menos claro el motivo por el que a partir de este dato (mayor o menor intensidad de regulación), se debe considerar que el ingreso en estas relaciones conlleva o no un compromiso de asunción.

²⁸⁶ ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 12.

²⁸⁷ *Infra* VIII.4. se trata *in extenso* sobre los deberes de hetero-protección en virtud de la asunción bilateral y unilateral.

Es innegable la importancia que posee la diversa intensidad de la regulación de los deberes positivos especiales. El nivel de detalle de su preconfiguración y de las consecuencias de su incumplimiento son datos muy relevantes para determinar en sede penal el carácter aprobado o desaprobado del comportamiento infractor y creador de un riesgo, para determinar la infracción de deberes penales negativos (delitos de comisión). Sin embargo, la pre-configuración de un contexto o relación no debiera prejuzgar o “dar por descontado” que la entrada en él constituya una genuina asunción de un compromiso de contención de riesgos. La diferenciación entre deberes positivos especiales (sin asunción) y deberes negativos (en virtud de asunción) depende estrictamente de la efectiva realización de un comportamiento por el que inequívocamente se asume el compromiso, y no del nivel de preconfiguración del contexto al que se ingresa. Por ejemplo, de una relación paterno-filial pueden derivar únicamente deberes positivos especiales o, adicionalmente, deberes negativos por asunción. Así, si un niño de pocos meses de vida enferma por falta de cuidado y resulta lesionado gravemente, su padre no responderá penalmente por estas lesiones si vive en el extranjero y su relación con el menor se limita al pago periódico de los gastos de su manutención. Sobre este padre sólo recaen deberes positivos especiales respecto de su hijo, de tal manera que no responderá penalmente por las lesiones si en el momento en que su hijo las sufre, no se encuentra vinculado a él por un verdadero compromiso de asunción de contención de riesgos. Ello se ve con especial claridad cuando dicho compromiso lo ha asumido exclusivamente otra persona, por ejemplo, la madre. En cambio, si el padre de familia ejerciera diaria y directamente el cuidado del menor que enferma, aquél infringiría un deber negativo y respondería penalmente por el delito comisivo de lesiones, en virtud de una genuina asunción del cuidado del menor por parte del padre. Una diferencia tan grande de las consecuencias de una y otra infracción del deber de cuidado del menor, no depende de la intensidad de la regulación o pre-configuración genérica de la relación paterno-filial —idéntica en estos casos—, sino de la ausencia o presencia de una asunción inequívoca de un compromiso de hetero-protección.

La menor o mayor intensidad de la preconfiguración de los deberes positivos especiales —incluidos los estatales— no puede predeterminar genéricamente un factor tan relevante para la responsabilidad penal como es la realización de un genuino acto de asunción. La intensidad de la regulación, como mucho, puede servir como un “indicio de asunción” o como el origen normativo remoto de un deber jurídico-penal

de hetero-protección²⁸⁸, pero ésta luego deberá ser comprobada en el caso concreto que sea objeto de análisis. Lo que sí parece posible, en cambio, es reconocer algunos campos específicos en los que ciertas tipologías negociales (contractuales, habitualmente) suelen verse acompañadas por comportamientos inequívocos de asunción. Sin embargo, lo anterior no dependerá directamente de la regulación extrapenal de cierta clase de deberes positivo-especiales, sino de la apreciación conjunta de dicha regulación y las cláusulas contractuales al uso, las prácticas acostumbradas en el campo negocial del que se trate, etc. En todo caso, no se debe perder de vista que cualquier “generalización” de este estilo sólo permitirá obtener “indicios de asunción” más o menos robustos, pero jamás definitivos. Lo verdaderamente definitivo es la configuración de un genuino acto de asunción que permita afirmar la existencia de un compromiso específico de contención de riesgos y la consecuente responsabilidad penal por infracción de deberes negativos. Si no se llega a corroborar lo anterior con total claridad, el título de imputación de responsabilidad corresponderá simplemente a una infracción de deberes positivos especiales.

B) INSTITUCIONES E INSTITUCIONALIZACIÓN

Las instituciones pueden ser definidas como “representaciones complejas sobre situaciones tipificadas, relaciones de acciones y procesos”. Su carácter preconformado (preconfigurado o tipificado) permite a los individuos “alcanzar una cierta medida de esperabilidad de las conductas de los demás”²⁸⁹. La preconfiguración facilita el conocimiento de las expectativas que recaen sobre los ciudadanos a quienes afecta una institución o forman parte de ella. La preconformación social de una institución puede tener orígenes diversos por lo que conviene precisar que sólo algunas instituciones han sido juridificadas²⁹⁰. La regulación y reconocimiento jurídico de algunas instituciones las dota de permanencia e impide —o al menos limita— la libre disposición de las expectativas y efectos asociados a ellas²⁹¹. Tres parecen ser las notas principales de lo que socialmente se entiende como institución: a) su preconfiguración; b) la generación de confianza, entendida ésta como una

²⁸⁸ *Vid. infra* VIII.4. C) f) 1. y VIII.4. G) 8.

²⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Indret* (4), 2014, p. 1.

²⁹⁰ Entre las que no lo han sido, se encuentra la amistad como relación especial de confianza. El sustrato común a toda institución es la confianza, SILVA SÁNCHEZ, *Indret* (4), 2014, p. 1.

²⁹¹ JAKOBS, P.G., 1997, p. 994, n.m. 114.

esperanza o expectativa de determinadas prestaciones o abstenciones; y, con algunos matices, c) cierta indisponibilidad de a) y, consecuentemente, de b).

Es conveniente distinguir entre instituciones en sentido estricto (Estado, Sociedad, solidaridad, etc.) y contextos institucionalizados (relaciones paterno-filiales, confianza especial)²⁹². La diferencia entre aquéllas y éstos radica en la densidad que alcanza su preconfiguración y sus correspondientes expectativas sociales y jurídicas. La distinción entre institución y contexto institucionalizado es gradual, siendo menor la intensidad de la preconfiguración en los contextos institucionalizados que en las instituciones *stricto sensu*. Tanto para las instituciones en sentido estricto como para los contextos institucionalizados, la preconformación es un factor “orientador”, pues permite saber qué es aquello que puede legítimamente esperarse de quienes se incorporan a una institución o contexto institucionalizado mediante el ejercicio de su libertad de organización. Es relevante considerar que esta distinción no es un constructo privativo del ámbito jurídico-penal, pues hay instituciones “dentro” y “fuera” de esta área del Derecho. Los contextos institucionalizados, en cambio, resultan de procesos de regulación extrapenales, de los cuales sólo algunos son integrados en el Derecho penal para la determinación del carácter aprobado o desaprobado de un comportamiento. De las instituciones extrapenales y los contextos institucionalizados derivan deberes positivos cuya infracción no permite fundamentar la responsabilidad penal.

a) La confianza especial

A continuación, procede realizar un breve análisis sobre la confianza especial. Ésta merece ser tratada con un mayor grado de detalle por la frecuencia con la que la doctrina, especialmente la alemana, subordina la posibilidad de una comisión por omisión de estafa a la presencia del elemento *relación de confianza* entre autor y víctima.

La confianza especial ha sido caracterizada aquí como un *contexto institucionalizado* que no alcanza una preconfiguración e indisponibilidad suficientemente intensa como para ser considerada como una institución propiamente tal. Sin embargo, JAKOBS la considera una institución que puede fundamentar la responsabilidad penal en delitos patrimoniales. Esta institución generaría un deber de garante que «sólo mejora la situación de los bienes», a diferencia de lo que ocurre con la injerencia y la asunción

²⁹² JAKOBS, P.G., 1997, p. 993, nn.mm. 57 ss. Para él, cada una de ellas corresponden simplemente a “instituciones”.

que producen un efecto negativo sobre los bienes, directo e indirecto, respectivamente²⁹³.

Si se analiza la propuesta de este autor, la confianza especial plantea verdaderas zonas límite entre la competencia por organización y la institucional, pues no es tarea fácil distinguir los casos de asunción (responsabilidad por organización) de los de confianza especial (institución). JAKOBS propone delimitar entre asunción y confianza especial mediante el *principio del empeoramiento*, exclusivo de la asunción. La asunción impide otra protección eficaz desde una perspectiva *ex ante*²⁹⁴.

El fundamento de la confianza especial puede encontrarse en (a) la confianza de que los demás no actuarán contradiciendo sus propios actos (*venire contra factum proprium*). También se ha propuesto fundamentarla (b) en la asignación de la facultad de administración de la esfera jurídica ajena más allá de la administración de la desprotección que se ha generado²⁹⁵. Lo expresado en (a) no parece de recibo, pues si la expectativa por la que se confía en otro es originada por los actos propios de este último, parece más bien tratarse de una variante de responsabilidad por organización. En todo caso, la principal crítica a este fundamento es que deriva un amparo normativo a partir de una confianza surgida en el plano fenomenológico. Lo adecuado o aceptable es la consideración de que una norma genera una confianza autorizada y no al revés. Si bastara con la constatación de que una persona determinada confía en que le será proporcionada una cierta información en atención al comportamiento desplegado por quien ostenta esa información (*venire contra factum proprium*) habría que admitir la protección penal en casos de confianza unilateral, extremo del todo inaceptable.

A diferencia de (a), el fundamento (b) se basa en la interesante idea de que las posiciones de garante institucionales pueden ser consideradas como *topoi* de la adquisición de la facultad de administración de la esfera jurídica ajena. El núcleo de la competencia institucional se encontraría, pues, en la asignación de la facultad de administración de una esfera jurídica ajena. Esta visión cuestiona la idea de que el fundamento propio y suficiente de toda institución radique únicamente en su importancia social o carácter esencial para el mantenimiento de la identidad social. Así, por ejemplo, los cónyuges no son garantes uno del otro siempre ni a todo evento;

²⁹³JAKOBS, P.G., 1997, p. 999, n.m. 67.

²⁹⁴JAKOBS, P.G., 1997, p. 999, n.m. 67.

²⁹⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 617-618.

es “posible” que al matrimonio se añada una asunción tácita o expresa de protección y sólo en esa medida se podrá valorar e imputar una comisión por omisión. En definitiva, no interesa el matrimonio como institución *en sí* ni su mera existencia formal. Adquiere su verdadero peso institucional y relevancia en el ámbito de la comisión por omisión como *modo de acceder a la gestión de bienes jurídicos de otro*. En resumen, el competente institucionalmente —padre, funcionario, médico rural y el obligado en una relación en la que exista una confianza especial normativamente garantizada— asumiría la administración de la protección de un bien jurídico desde una posición jurídica pre-configurada y relativamente indisponible en la que ha entrado voluntariamente²⁹⁶. Este segundo fundamento propuesto para la institución confianza especial y, en general, para toda institución, resalta acertadamente la importancia de no reducir las instituciones a meras formalidades en las que cualquier incumplimiento podría atentar contra la institución y generar responsabilidad penal. A pesar del acierto anterior, no se ve el rendimiento explicativo que aportaría la fundamentación (b) sobre las instituciones, pues el factor decisivo para sostener la responsabilidad penal de quien ha infringido un deber derivado de la institución que encarna o a la que pertenece —aquí se incluiría la confianza especial— depende, en definitiva, de que previamente se haya asumido una función de hetero-protección.

A nivel teórico, *de lege ferenda*, es posible que una institución con base solidaria ordene crear un “mundo en común patrimonial” por medio de la entrega oportuna y suficiente de información relevante para la toma de decisiones racionales en las interacciones negociales. También cabe la posibilidad de denominar confianza especial a esa supuesta institución solidaria y, qué duda cabe, si existiera, reforzaría la protección de expectativas muy relevantes en el campo patrimonial. Sin embargo, no hay razones suficientemente convincentes para afirmar la existencia normativa de tal institución. El fundamento solidario que subyace a las instituciones hasta ahora reconocidas como tales tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos de índole estrictamente personal y no existen indicios suficientes en la legislación penal y extrapenal para afirmar su ampliación a la protección del patrimonio. Por otra parte, la propia idea de “confianza especial”, o simplemente “confianza”, debe ser utilizada con cautela para no llegar al extremo de considerar digna de protección una confianza unilateral desprovista de amparo normativo.

²⁹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 617, 618, 619 (n. 328).

No hay obstáculo para incorporar el concepto de “confianza” o “confianza especial” como calificativo propio de ciertas relaciones o vinculaciones patrimoniales – “relaciones de confianza”— que se constituyen como contextos institucionalizados en los que debe darse un flujo recíproco de información entre las partes. La confianza propia de estas relaciones no es un elemento vago que designa una disposición subjetiva a fiarse de los demás en el campo patrimonial. Cabe denominar “relaciones de confianza” a aquellas en las que las obligaciones informacionales se encuentran reguladas por ley, principalmente, al tratar sobre contratos y establecer deberes de lealtad e información entre las partes²⁹⁷. Adicionalmente, las partes pueden crear “relaciones de confianza” por medio de cláusulas contractuales que crean o reconfiguran deberes de información. En estos casos, quienes celebran acuerdos de este tipo conforman un *contexto institucionalizado de confianza especial* que permite, de un modo amparado normativamente, esperar ser informado. En muchas ocasiones, la propia naturaleza del contrato (mandato, compraventa, donación, asesoría, etc.) puede permitir que la correspondiente relación negocial sea considerada como una “relación de confianza”. En suma, las relaciones de confianza son aquellas en las que el elemento “confianza” tiene amparo normativo y no se reduce a una disposición subjetiva por la que fácticamente se confía en otro *partner* de un negocio.

A modo de conclusión, la confianza especial en ningún caso logra la densidad o fuerza normativa de una institución basada en la solidaridad y, en el hipotético caso de que lo fuera, no está de más recordar que la omisión que consiste en la infracción de deberes solidarios o institucionales jamás llegará a constituir una comisión por omisión idéntica estructural y normativamente a una comisión activa²⁹⁸.

C) INSTITUCIONES JURÍDICO-PENALES: SOLIDARIDAD MÍNIMA Y BINOMIO LIBERTAD/RESPONSABILIDAD

²⁹⁷ De la legislación española, a modo meramente ejemplar. En el art. 1483 CC se deduce que el vendedor tiene un deber precontractual que deriva de la buena fe y que consiste en su obligación de declarar al comprador las cargas o gravámenes que recaen sobre el inmueble. Dichas cargas no han de ser manifiestas y además deben ser de tal naturaleza que pueda presumirse que su conocimiento es determinante del consentimiento del comprador; Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, BOE 17 Octubre 1980: arts. 11 y 12: imponen deberes de declaración contractual; regula la mala fe del asegurado que no declara la agravación del riesgo; otros deberes de información que puedan llegar a tener relevancia penal en del delito de estafa por omisión se encuentran en las leyes que tratan directamente de este asunto, como la Ley General de Publicidad 34/1998 (LGP) y el Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU).

²⁹⁸ PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, pp. 230 ss.; ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices*, 2007, p. 92; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 467 ss.

Una institución social juridificada pertenece propiamente al Derecho penal cuando la infracción de los deberes derivados de ella basta para fundamentar de modo suficiente la responsabilidad penal. Según este criterio, la *solidaridad mínima* entre ciudadanos, y el binomio *libertad de organización/ responsabilidad por las consecuencias*²⁹⁹ debieran ser consideradas como instituciones jurídico-penales en el sentido más “fuerte” del término³⁰⁰. Sintetizando al máximo esta cuestión, todas las expectativas normativas de cumplimiento de los mandatos y prohibiciones penales, y —en caso de infracción— las expectativas referidas a la responsabilidad penal de los infractores se articulan en torno a la solidaridad y al binomio libertad/ responsabilidad. Las principales propiedades del fenómeno institucional —preconfiguración y generación de confianza, ambas indisponibles— se realizan cabalmente tanto en la solidaridad como en el binomio libertad/ responsabilidad.

En definitiva, *el binomio libertad/ responsabilidad y la solidaridad determinan todo el marco de la “esperabilidad de las conductas de los demás” en el concreto ámbito social juridificado que denominamos Derecho penal*. Siendo cierto lo anterior, estas instituciones poseen sentidos y orientaciones radicalmente distintos. El sentido de la institución *solidaridad mínima* —activa y pasiva— ya ha sido examinado³⁰¹. Tiende a la creación, mantenimiento y fomento de mundos en común entre ciudadanos mediante la imposición de deberes positivos generales que recaen sobre toda persona que libremente pertenece o se mantiene en una Sociedad³⁰². La *solidaridad cualificada*, a diferencia de la mínima, no constituye una institución jurídico-penal en sentido “fuerte”. Se caracteriza por añadir a la condición de ciudadano, en virtud del ejercicio de la libertad de organización, un factor que intensifica la idea de la solidaridad mínima. La *solidaridad cualificada* genera deberes positivos especiales de naturaleza y consecuencias extrapenales, salvo expresa tipificación excepcional, tal y como ocurre con los delitos de infracción de deber y las omisiones puras de garante. No se me escapa que este planteamiento acerca del fundamento de los delitos de infracción de deber es “inusual”. En las antípodas de mi propuesta se encuentra la

²⁹⁹ En adelante se aludirá a este fundamento de la responsabilidad penal como binomio libertad/ responsabilidad o, simplemente, binomio institucional.

³⁰⁰ Ya apuntaba JAKOBS en su Manual que el binomio libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias realiza el concepto de institución en sentido amplio, JAKOBS, P.G., 1997, p. 994, n.m. 57. En esta tesis se considera que el binomio libertad/ responsabilidad corresponde a una institución en sentido estricto (sentido “fuerte”).

³⁰¹ Vid. *supra* VII.1 A).

³⁰² La Sociedad misma como institución, SILVA SÁNCHEZ, *Indret* (4), 2014, p. 1.

visión que fundamenta los delitos de infracción de deber en una lesión directa a alguna de las instituciones que son consideradas de igual relevancia que el binomio libertad/responsabilidad³⁰³. Desde mi perspectiva, en Derecho penal no hay instituciones en sentido fuerte más allá de la solidaridad mínima y el binomio libertad/responsabilidad. En cambio, para los partidarios de esta clase de delitos, existe un orden social valioso e insuficientemente protegido a través de la sola garantía de la libertad. Este orden comprende dos grupos de presupuestos. El primer grupo se refiere a los presupuestos de la vigencia organizada del Derecho: el monopolio estatal de la violencia y los deberes de funcionarios que hacen posible el funcionamiento del Estado. El segundo grupo está conformado por los presupuestos de la existencia personal: la protección de peligros drásticos y la relación paterno-filial. A través de los delitos de infracción de deber, ambos grupos reciben una protección mayor que los demás objetos de protección del Derecho penal al no requerir un comportamiento organizativo para la configuración de estos delitos. ROBLES PLANAS critica que las “instituciones” protegidas por los delitos de infracción de deber puedan considerarse lesionadas de un modo jurídico-penalmente relevante sin el ejercicio de la libertad organizativa. De ello deriva que la mera “no prestación” positiva o de fomento de la institución de forma contraria a deber constituiría fundamento suficiente de la responsabilidad penal³⁰⁴. El gran problema de esta clase de delitos es que el núcleo del reproche resida en la lesión “desde dentro” de los deberes de lealtad hacia la institución a la que se encuentra vinculado el sujeto activo y no en la “organización externa del daño³⁰⁵”. En definitiva, a los delitos de infracción de un deber les afecta un serio problema de legitimación, pues no hace falta un acto de libertad organizativa para que se genere responsabilidad por las consecuencias. Es muy cuestionable la suficiencia de una “exteriorización de la infracción de un deber impuesto en forma

³⁰³ Según esta visión, la infracción de un deber positivo institucional y la infracción de un deber negativo en comisión por organización defectuosa pueden ser equivalentes. El presupuesto de esta equivalencia es la “igualdad de importancia” entre la institución y el binomio libertad/responsabilidad para la existencia de la sociedad; JAKOBS, P.G., 1997, pp. 994 ss. Al margen de la visión de JAKOBS, la imposibilidad general de la equivalencia entre la infracción de un deber positivo institucional y la infracción de un deber negativo no radica en la mayor o menor importancia de las instituciones en juego. Lo que impide la equivalencia es la ausencia de una identidad estructural entre la infracción de un deber positivo institucional *sensu stricto* y la infracción de un deber negativo penal en virtud del ejercicio defectuoso de la libertad de organización.

³⁰⁴ Así, en referencia a la intervención penal, este autor señala el absurdo que supone que la madre que contrata a un sicario sea considerada autora antes de que el sicario actúe. ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 33-34.

³⁰⁵ ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 33-34.

institucional, esto es, sin que pueda justificarse frente al propio destinatario del deber su vinculación (basada en el ejercicio de su libertad) con el deber”³⁰⁶.

El sentido del binomio libertad de organización/ responsabilidad por las consecuencias es la *separación*. Pretende que ningún ciudadano irrumpa lesivamente en una esfera jurídica ajena. Los deberes derivados de este binomio son, por lo tanto, deberes negativos reconducibles a la idea fundamental del *neminem laedere*. Este binomio institucional genera en los ciudadanos la expectativa de que los demás ejercerán su libertad de organización sin irrumpir lesivamente en la esfera personal de los demás miembros de la sociedad. Igualmente garantiza que quien defraude la anterior expectativa deberá responder penalmente.

D) DUALISMO “SOLIDARIDAD Y BINOMIO LIBERTAD/ RESPONSABILIDAD”

Un sector importante de la doctrina ha realizado esfuerzos notables por delimitar y distinguir con la mayor claridad posible la responsabilidad penal institucional con base en la solidaridad y la responsabilidad penal por organización basada en el deber *neminem laedere*. Es alto el rendimiento que ha prestado su tajante distinción entre una y otra variante de la responsabilidad penal. Sin embargo, resulta llamativo constatar que éstas tienden a ser concebidas como vías irreconciliables de fundamentación. Es como si la responsabilidad penal por organización fuese “agua”, la responsabilidad penal institucional “aceite” y la relación entre una y otra una verdadera “imposibilidad química” de unión, combinación o articulación. Tal dualismo binario es atractivo por su simpleza, pero en materia de responsabilidad penal es erróneo –al menos parcialmente equivocado— desconocer y restar importancia a algunos importantes puntos de contacto entre la responsabilidad por organización y la responsabilidad institucional, esta última en sentido débil y en su sentido más “fuerte”. A continuación, se aludirá a algunos puntos de convergencia entre estas variantes de la responsabilidad penal.

Tanto para la visión dualista como para la que aquí se expondrá, la solidaridad mínima entre ciudadanos corresponde a una institución penal en sentido estricto. Sin embargo, su carácter institucional no impide reconocer que dicha institución posee una pequeña, pero real dimensión de libre organización: el ciudadano, al ingresar o mantenerse libremente en una Sociedad, acepta someterse al deber solidario institucional. Por lo tanto, la operatividad de esta institución requiere el ejercicio de la libertad de

³⁰⁶ ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 56-57.

organización. Por otra parte, cuando los ciudadanos ejercen su libertad organizativa en contactos sociales de diversa índole, la interacción organizativa les hace ocupar posiciones dotadas de algún grado de institucionalización social, sea ésta juridificada o no. Por ejemplo, cuando un profesional de la nutrición acepta libremente ser contratado por un deportista de élite, el primero adquiere una posición institucionalizada contractualmente que le somete a deberes positivos especiales (extrapenales). Ya aquí se puede observar una dimensión institucional —mejor, “institucionalizante”— que deriva y acompaña al libre ejercicio de la libertad de organización. En consecuencia, el deportista puede esperar legítimamente que el experto en alimentación determine correctamente lo que le conviene comer cada día. Si el nutricionista lesionara gravemente la salud del cliente a través de una dieta defectuosa, infringiría deberes extrapenales contractuales. Ahora bien, es posible que el comportamiento organizativo defectuoso del nutricionista permita sostener adicionalmente su responsabilidad penal fundamentada en el binomio libertad/responsabilidad. Ello ocurrirá cuando los términos del contrato y el concreto comportamiento del nutricionista permitan sostener que asumió en términos inequívocos un compromiso de salvaguarda ajena. Es bastante claro que los deberes jurídicos extrapenales institucionalizan unas expectativas que luego son —¡deben ser!— tomadas en cuenta para afirmar o descartar una eventual responsabilidad penal basada en un fundamento *principalmente* organizativo. Que el fundamento de la responsabilidad penal sea *principal* o *preferentemente* organizativo implica sostener que, si bien deben darse los elementos propios del binomio libertad/responsabilidad³⁰⁷, no debe atenderse *exclusivamente* a dicho binomio. Con mayor precisión: *en la configuración de la responsabilidad organizativa deben ser analizados otros elementos que institucionalizan la posición del posible responsable por su libre organización defectuosa (lesiva)*. En este ejemplo, se debe tomar en consideración la clase de contrato, el nivel de confianza que es legítimo depositar en un asesor en temas de alimentación, etc. La celebración de contratos y otros actos jurídicos bilaterales o unilaterales, son manifestaciones muy relevantes del ejercicio de la libertad de organización, y los deberes positivos especiales que derivan de su ejercicio —solidaridad cualificada— se encuentran regulados en tal medida que es posible sostener que se trata de una libertad ejercida en un contexto institucionalizado,

³⁰⁷ Sobre todo, la idea de la *irrupción* en una esfera jurídica ajena.

o al menos "más" fuertemente institucionalizado que el que se da por el mero hecho de vivir en sociedad (la genérica "libertad institucionalizada")³⁰⁸.

En lo que sigue, se retoma la crítica al dualismo binario en la fundamentación de la responsabilidad penal. Con el ejemplo del nutricionista y el apunte previo acerca de la vinculación de la solidaridad institucional con la libertad organizativa, se pretende resaltar que el binomio libertad/ responsabilidad y los factores de institucionalización se entrecruzan y relacionan de un modo relevante para el Derecho penal. Nada más alejado de la realidad jurídico-penal que la incompatibilidad absoluta ilustrada con la imagen del "agua y el aceite", pues en términos más amplios que el específico del Derecho penal, debiera reconocerse que todo el engranaje social, en mayor o menor medida, se encuentra "lubricado institucionalmente". Sin la institucionalización como fenómeno articulador de las expectativas intersubjetivas, los contactos sociales y sus consecuencias se volverían imprevisibles y, en esa medida, caóticos. Las piezas del aparato social adquieren movilidad y coordinación gracias al fenómeno social de la institucionalización. Sin ella no sabríamos qué esperar los unos de los otros en Sociedad.

Más que al "aceite", las instituciones se asemejan al cañamazo de un tapiz. Si la Sociedad fuera un tapiz dotado de dinamismo, las instituciones corresponderían a la tela tosca de cáñamo que sostiene y permite tanto la confección como la existencia del gobelino. Ahora bien, el cañamazo, aun siendo indispensable, no basta por sí solo para que pueda ser considerado un colorido tapiz. Sobre el entramado de cáñamo alguien capacitado debe dar puntadas, anudar hilos, elegir los materiales, etc. En esta imagen, imperfecta como toda analogía, los agentes sociales corresponden a los artífices del tapiz resultante. A los ciudadanos corresponde el ejercicio de la libertad de organización, pero no pueden ejercitarla "de cualquier manera", pues el despliegue de la libertad personal en Sociedad es —qué duda cabe— una libertad institucionalizada³⁰⁹. Así como un artesano no da puntadas ni anuda hilos "en el aire", la libertad en Sociedad es ejercida en un complejo entramado de relaciones sociales que se encuentran preconfiguradas en menor o mayor medida.

En el ámbito específico del Derecho penal, esta libertad se encuentra fortísimamente institucionalizada en cuanto a sus límites y consecuencias por dos instituciones

³⁰⁸ En un sentido muy próximo, SILVA SÁNCHEZ, *Indret* (4), 2014, p. 2.

³⁰⁹ «(...) todas las relaciones sociales se hallan en mayor o menor medida institucionalizadas», ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 10.

fundamentales: el *binomio libertad/ responsabilidad* y la *solidaridad mínima*. Por lo tanto, el trozo del tapiz social que conocemos como Derecho penal, se sostiene sobre un entramado en el que predominan dos clases de filamentos institucionales: los solidarios y los derivados del binomio libertad/ responsabilidad. Junto a ellos, hay también unos pocos “hilos” de origen extra-penal que se incorporan al cañamazo específicamente jurídico-penal. Estos filamentos corresponden a deberes positivos especiales recogidos expresamente por el legislador, como ocurre con los delitos de infracción de deber y las omisiones de gravedad intermedia. Las divergencias entre la responsabilidad institucional solidaria y de la derivada del ejercicio de la libertad de organización son de gran calado y no deben ser subestimadas. Por ello es correcto, conveniente y útil trabajar con una responsabilidad penal que obedezca a dos fundamentos diferenciados entre sí. Sin embargo, la constatación de sus diferencias no debe llevar a sostener un dualismo en el que ambos fundamentos constituyen factores irreductiblemente disociados.

La responsabilidad penal es un fenómeno social juridificado que puede ser fundamentado *exclusivamente* en atención a la infracción de derechos y deberes positivos institucionales en sentido estricto. Éstos corresponden a los comúnmente denominados derechos/ deberes penales de solidaridad mínima cuya dimensión organizativa es ínfima. En los demás supuestos, la responsabilidad penal se fundamenta atendiendo *exclusiva* o *preferentemente* al ejercicio defectuoso de la libertad de organización y la consecuente responsabilidad por las consecuencias. En la afirmación de la responsabilidad por infracción de un deber negativo lo determinante es la libre organización defectuosa. Este factor, siempre determinante, puede ser el elemento *exclusivo* o sólo *preferente* en la fundamentación de la responsabilidad. Lo característico de esta última alternativa de infracción de deberes negativos penales es que la fundamentación de la responsabilidad, si bien es realizada en atención a la organización defectuosa, integra otros factores institucionalizados de origen extrapenal y que cumplen un rol coadyuvante en la delimitación del ámbito del legítimo o ilegítimo ejercicio de la libertad de organización. Esta explicación alude a los numerosos puntos de contacto existentes entre las relaciones institucionalizadas y la libertad de organización. Así ocurre cuando quien ejerce la libertad de organización para asumir un compromiso de una determinada hetero-protección tiene un vínculo

institucional previo (en sentido “débil”) con el beneficiario del compromiso libremente asumido³¹⁰.

Los principales factores extrapenales institucionalizados que pueden integrarse en la configuración de la responsabilidad *preferentemente* organizativa son, en concreto, las relaciones paterno-filiales, las matrimoniales o equivalentes, la confianza especial, los deberes del tráfico y los deberes genuinamente estatales³¹¹. Según esta propuesta, cada una de estas relaciones y deberes, corresponden a deberes especiales positivos derivados de la entrada y, en muchos casos, la libre configuración de contextos institucionalizados en los que participa el potencial responsable. La responsabilidad por organización incorpora elementos de institucionalización extrapenal, principalmente mediante su atención a normativas extrapenales en la formulación del juicio de imputación objetiva³¹². Así por ejemplo, en una plaza pública A se acerca a B, un completo desconocido. El primero clava dolosamente un cuchillo en el abdomen de B, quien muere en el acto. Aquí, la responsabilidad penal por el homicidio atiende *exclusivamente* al binomio libertad/ responsabilidad, siendo ésta la vía de fundamentación más frecuente para los delitos realizados en comisión activa fuera de contextos institucionalizados. En cambio, en el caso del nutricionista planteado al comienzo de este apartado, si éste hubiera asumido inequívocamente un compromiso de salvaguarda ajena que impidiera atribuir las consecuencias lesivas a la propia víctima, la responsabilidad penal por las lesiones del cliente se fundamentará *preferentemente* (no exclusivamente) en el binomio institucional libertad/ responsabilidad.

Que la responsabilidad penal se base *preferentemente* en este binomio implica sostener que lo *determinante* es la responsabilidad por organización —activa u omisiva— del autor, sin olvidar a la vez que la configuración de dicha responsabilidad necesita incluir todos los aspectos institucionalizados de la relación existente entre

³¹⁰ En términos semejantes, SILVA SÁNCHEZ, *Indret* (4), 2014, p. 2. “Existen por lo demás, situaciones de superposición entre vínculos institucionales y actos de organización débil, media o incluso fuerte. Por poner un ejemplo de Derecho penal: el padre que tiene un vínculo institucional con su hijo puede, además, realizar un acto de libertad organizativa en cuya virtud asuma la concreta protección de aquél para un determinado contexto de acción”.

³¹¹ Para JAKOBS, cada una de estas relaciones y deberes corresponden a instituciones cuya “lesión” (incluso la no organizativa) constituye fundamento suficiente para afirmar la responsabilidad penal, JAKOBS, *P.G.*, 1997, pp. 994 ss.

³¹² ROBLES PLANAS admite la relevancia de la normativa extrapenal para calificar una determinada acción u omisión como conductas merecedoras de desaprobación penal por su vinculación con la producción de resultados, ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 12.

autor y víctima (deberes del nutricionista ante el deportista, términos del contrato, el modo en que el contrato se fue cumpliendo en el tiempo, etc.). En casos como éste, salta a la vista que la infracción (activa u omisiva) de deberes positivos especiales constituye un factor relevante —coadyuvante— para la afirmación del carácter desaprobado del comportamiento infractor del deber penal negativo *neminem laedere*, incluso si se considerara que el nutricionista cometió activamente el delito. Si, por el contrario, se analizara este caso como una comisión por omisión de lesiones, junto con estudiar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes positivos especiales derivados de la relación contractual, será necesario confirmar que el autor efectivamente asumió un compromiso inequívoco de hetero-protección —administración de la alimentación y, consiguientemente, de la salud del cliente— imprescindible para sostener la responsabilidad por infracción de un deber penal negativo.

El lector tendrá ocasión de comprobar *infra*³¹³ cómo la visión aquí propuesta acerca de los puntos de encuentro entre el binomio libertad/ responsabilidad y muchos factores de institucionalización —ligados a deberes positivos especiales— influye determinadamente en el proceso analítico sobre las comisiones activas y omisivas de estafa. Asimismo, esta propuesta y sus consecuencias se encuentran presentes en el modo en que se justifica la afirmación y la negación de la responsabilidad penal por la comisión omisiva de una estafa³¹⁴.

³¹³ VIII.

³¹⁴ *Infra* X.2. E).

VII.2 PROTECCIÓN EXTRAPENAL Y PENAL DEL PATRIMONIO: ACCESORIEDAD RELATIVA Y “REVALIDACIÓN”

Aquí se ha explicado el modo en que las expectativas, derechos y deberes jurídico-privados pueden superponerse a otras expectativas, derechos y deberes jurídico-penales. Esta afirmación no implica que cada uno de los elementos de la tríada jurídico-privada resulte absorbido o transformado en otra expectativa, derecho o deber de naturaleza jurídico-penal. La superposición o solapamiento a la que se hace alusión, no difumina la distinción entre los ámbitos normativos penal y extrapenal, ni tiende a su confusión, pues su coexistencia normativa es perfectamente compatible con su diferenciación. Cuando tiene lugar el solapamiento o superposición de expectativas normativas, queda de manifiesto la función de refuerzo sancionatorio que cumple el Derecho penal ante ciertas defraudaciones de expectativas.

A este respecto, es muy relevante tener en cuenta el principio de la *accesoriedad relativa* del Derecho penal en la protección del patrimonio³¹⁵. Este principio reconoce la autonomía fundamental del Derecho punitivo en la determinación de las condiciones requeridas para la protección del patrimonio a través del tipo de estafa y los demás delitos patrimoniales. Ahora bien, junto a esta autonomía, la *accesoriedad relativa* evita eventuales contradicciones valorativas entre la protección penal y la extrapenal de sus respectivos derechos, deberes y expectativas patrimoniales. El mencionado principio obliga a excluir del amparo penal patrimonial todo aquello que la normativa extrapenal valore negativamente y prive de reconocimiento o protección jurídica. De este modo, la valoración negativa que hace el Derecho extrapenal de una determinada posición de poder patrimonial obliga al Derecho punitivo a excluirla de la protección penal del patrimonio^{316 317}.

³¹⁵ PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, pp. 65 ss.

³¹⁶ Distingue PASTOR MUÑOZ tres grupos de bienes: los que el Derecho privado reconoce y por encontrarse en la esfera patrimonial que el propio Derecho avala (la del propietario o legítimo poseedor) no han recibido un juicio o valoración negativa; luego, bienes que el Derecho reconoce, pero han sido adquiridos de modo contrario al Derecho (posesión ilegítima); en tercer lugar, bienes que el Derecho no reconoce y se encuentran fuera del comercio. Sólo estos últimos no podrán ser jamás objeto de protección penal, PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, pp. 65-66.

³¹⁷ El reparto de las competencias de orientación no puede desentenderse de las regulaciones de estas competencias en el Derecho extrapenal. La distribución de los riesgos de orientación debe respetar las determinaciones del Derecho civil en su dimensión negativa. Cuando el Derecho civil determina que es competencia de la víctima auto-procurarse información, no puede hacer el Derecho penal una valoración inversa que obligue al autor a proporcionar información en un sentido contrario al Derecho extrapenal. *Vid. infra* VIII.2. A).

El principio de la *accesoriedad relativa* puede ser fundamentado desde la teoría de sistemas. Aunque esta aproximación teórica no constituya el principal recurso argumentativo del presente trabajo de investigación, puede aportar a la comprensión del modo en que se relaciona el Derecho punitivo con otras ramas del Derecho. El sistema jurídico forma parte de una sociedad provista de un constante dinamismo. El sistema jurídico realiza una reproducción de sus elementos asignando funciones propias a elementos que provienen de otros sistemas³¹⁸. El sistema de imputación “Derecho penal” tiene su propia estructura y operatividad por la cual determina si se ha traspasado el umbral de lo punible. El penal es un sistema clausurado, pero no absolutamente clausurado³¹⁹. La normativa extrapenal no forma parte de su operación *per se*. Para que la normativa no-penal pueda ser tomada en cuenta por el sistema penal se requiere que este último revalide la normativa extrapenal.

La revalidación consiste, pues, en la reproducción que un sistema jurídico hace de elementos de otro sistema asignándoles una función propia. El sistema jurídico-penal puede revalidar normas jurídicas extrapenales, reglas del arte, normas técnicas e incluso otros sistemas de regulación no formales³²⁰. Las normas extrapenales que el sistema penal revalida regulan y en cierta medida predeterminan los criterios utilizados en la imputación penal, en concreto, para la determinación del riesgo no permitido y el típicamente relevante.

La revalidación no implica que la normatividad social extrapenal determine en sede penal el parámetro de cuidado de una determinada actividad riesgosa. Sin embargo, resulta evidente que dicha normativa desempeña —como normatividad social que es— un papel relevante, ya que es a partir de ella como se configuran los roles: por ejemplo, el rol de mandatario se rige por sus normas contractuales y las cláusulas pactadas por las partes pueden re-distribuir las cargas informativas que cada parte debe cumplir³²¹. La importancia del rol así configurado es capital ya que sólo podrá

³¹⁸ No se adhiere aquí a la idea de que el sistema jurídico produce todos sus elementos según lo que se ha denominado *autopoiesis* en sentido puro y que genera una absoluta clausura del sistema; en el mismo sentido, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, pp. 399-400.

³¹⁹ Aunque la suya no sea una clausura absoluta. *Vid. infra* VIII.4. B).

³²⁰ PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 400.

³²¹ PIÑA ROCHEFORT cita como ejemplos de revalidación: establecimiento del delito de conducción bajo la influencia del alcohol —revalidación mediante ley— o cuando una sentencia condena por provocación de un daño habiéndose superado la velocidad permitida —revalidación mediante una sentencia—. La revalidación mediante ley es, en realidad, una revalidación *mediata* ya que la ley es una de las estructuras de la operación del sistema jurídico. En cambio, la revalidación mediante sentencia corresponde a una revalidación *inmediata* y *directa*, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, pp. 399-400.

llegar a tener relevancia penal la defraudación de una expectativa por parte de quien ha incumplido las obligaciones que social y normativamente se vinculan con su rol.

Ahora bien, la infracción de una obligación informacional por la que se defraudan expectativas informativas extrapenales no necesariamente desencadena la aplicación del sistema jurídico-penal. Ello sólo ocurre en la medida en que el sistema “Derecho penal” revalide la norma extrapenal y, de este modo, la obligación informativa que de ella deriva. Por otra parte, el comportamiento que cumple con una obligación extrapenal —en cumplimiento del rol correspondiente— excluye toda posibilidad de aplicación del sistema “Derecho penal”. La razón de esta última afirmación, siempre dentro de la teoría de sistemas, es la “inexistencia de la defraudación de un rol”³²², elemento imprescindible para la reacción penal.

A continuación, un ejemplo ilustrativo sobre la cuestión de la defraudación del rol extrapenal. Caso “Secretaria”.

*La secretaria A deja cada mañana sobre la mesa de su jefe B las facturas que se deben pagar. C, un alto cargo de la misma empresa, advierte casualmente que una de esas facturas ya ha sido pagada, pero abandona la habitación sin retirarla de la mesa. B da orden de pago de todas las facturas que se encuentran sobre su mesa*³²³.

Suponiendo que C hubiera obrado con ánimo de lucro, surge la cuestión acerca de la posible relevancia penal del comportamiento de C a título de estafa. La relevancia jurídico-penal del caso debe ser descartada ya que C no incumplió su rol (extrapenal). C no evitó el error de B y, de este modo, no impidió el acto de disposición patrimonial perjudicial, pero no pesaba sobre él una obligación informacional que le obligara a sacar a B de la situación de «engaño» que le afectaba. El conocimiento que casualmente obtuvo no reconfiguró el rol de C y, en esa misma medida, no otorgó a B una expectativa amparada normativamente de que C evitaría eventuales errores que pudieran afectar negativamente a la empresa en el ámbito patrimonial. En definitiva, no se encontraba dentro de la competencia o rol de C la entrega de información correcta sobre las facturas que se deben pagar en la empresa.

No es compartido aquí el criterio de delimitación entre la estafa penal y el incumplimiento informativo contractual que propone sostener la estafa penal siempre

³²² PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 400.

³²³ Caso propuesto por HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 76.

que lo dolosamente incumplido (silenciado) afecte a un elemento esencial del negocio y que el incumplimiento, además, frustre de modo relevante su finalidad económica, aunque la frustración sea parcial³²⁴. En este planteamiento, los demás casos – incumplimiento de un aspecto inesencial del negocio y la frustración “irrelevante” de su finalidad económica—, darían lugar a una estafa con efectos únicamente en el ámbito jurídico-privado. El motivo por el que esta visión es considerada incorrecta obedece a que se limita a extrapolar la normativa extra-penal al ámbito jurídico-penal, sin proponer elementos que permitan diferenciar entre una estafa como ilícito civil y una estafa como delito penal.

Según la propuesta examinada, se configuraría una estafa penal en cualquier compraventa anulable en razón de que el vendedor dolosamente no ha declarado al comprador un dato que afecta a la cualidad sustancial de la cosa vendida, cuya existencia es positiva o negativamente determinante de la voluntad del comprador, todo lo cual viciaría el consentimiento del comprador por dolo. Habría aparentemente una estafa penal si el vendedor dolosamente y con ánimo de lucro no informara al comprador de que, por ejemplo, la finca vendida padece de aluminosis, pues ello afecta a un elemento esencial del negocio y se frustra así de modo muy relevante la finalidad económica de la compraventa. En esta investigación se considera que el problema no es tan simple y no es de recibo un criterio por el que tan ampliamente se sostenga la relevancia penal de ilícitos civiles. No es difícil advertir el enorme efecto ampliatorio de la responsabilidad penal a título de estafa según la propuesta que se viene criticando, aunque allí se señale –acertadamente— la importancia restrictiva de las cláusulas penales (contractuales) que se refieran al evento perjudicial³²⁵.

³²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *LLP*, 2009, pp. 17 ss.

³²⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *LLP*, 2009, pp. 17 ss.

VII.3 SOLAPAMIENTOS NORMATIVOS Y DELITO DE ESTAFA

El contrato de asesoría legal, patrimonial y financiera puede ser útil para ilustrar parte importante de las ideas desarrolladas en los párrafos anteriores³²⁶.

A es un abogado especializado en operaciones del mercado de valores, pues ha realizado estudios de postgrado en la materia, publicaciones científicas y destinado muchos años de su vida profesional a la asesoría profesional en este campo. B es una persona mayor de edad cuya formación académica se limita a los estudios escolares de primaria y secundaria. Es titular de una gran fortuna obtenida hereditariamente. B contrata a A como su asesor legal, patrimonial y financiero.

A continuación, se analizan algunos de los derechos, deberes y expectativas asociadas a la celebración y ejecución de este contrato. A es titular de un derecho positivo especial extrapenal, con su correspondiente expectativa normativa jurídico-civil, por el que confía recibir la remuneración pactada y tener acceso a la información necesaria para poder desempeñar correctamente su labor como asesor. Su posición contractual no le otorga un derecho *a la información* o derecho *informativo* propiamente tal, pues no puede acudir a un tercero o a la judicatura para que B sea compelido a entregarle dicha información. Si el asesorado B no proporcionara a A la información que éste necesita, este último podría desvincularse del contrato de asesoría y B probablemente incumpliría su incumbencia de auto-protección. A se somete contractualmente a deberes positivo-especiales referidos al cumplimiento de sus labores como asesor, entre los que destaca su deber de informar a B para que éste pueda tomar decisiones patrimoniales que no perjudiquen sus intereses. Su posición contractual le somete, pues, a una *obligación informativa*.

El asesorado B posee una expectativa normativa jurídico-civil —se trata de un derecho positivo especial contractual— de recibir la asesoría contratada, la cual le hace titular de un *derecho a la información* o *derecho informativo*. Como contrapartida a este derecho, recae sobre B una obligación positivo-especial de naturaleza jurídico-privada, cuyo cumplimiento consiste básicamente en remunerar al asesor. También corresponde a B entregar a A —o al menos permitirle el acceso a— la información patrimonial que requiera para cumplir con su rol contractual de asesor. Sin embargo, como se ha comentado pocas líneas más arriba, B no está sometido a

³²⁶ VII.1, en adelante.

una *obligación informacional* en favor de A, ni este último es propiamente titular de un *derecho informacional* frente a B.

Por sí sola, la vinculación contractual de asesoría legal, patrimonial y financiera genera derechos y deberes extrapenales, que corresponden a expectativas normativas jurídico-civiles, estabilizadas mediante el contrato de asesoría y su regulación legal pertinente. Ahora bien, a las expectativas normativas jurídico-civiles del asesor y asesorado, puede superponerse una expectativa normativa jurídico-penal del asesorado, como refuerzo sancionatorio de sus intereses patrimoniales. Esta superposición o solapamiento de expectativas consiste en que “junto a” o “sobre” el derecho (jurídico-privado) del asesorado a ser informado por su asesor en el contexto contractual que les vincula, el primero —sin perder su condición de asesorado en Derecho privado— añade a su posición contractual inicial, en lo que interesa en razón del objeto de esta tesis, la de *potencial engañado en un delito de estafa*. Lo que se acaba de mencionar no representa una novedad o cuestión excepcional, en atención a que cualquier ciudadano puede ser considerado *engañado-víctima potencial del delito de estafa* y, en general, de otros muchos delitos. Sin embargo, la aseveración anterior requiere alguna precisión adicional.

Que todo ciudadano con facultades de administración de un patrimonio propio o ajeno puede ser considerado como víctima potencial del delito de estafa o, al menos, como potencial engañado-disponente, es una afirmación verdadera en la medida en que se haga referencia a la comisión activa de este delito, mas no a su comisión por omisión. Sólo de algunos ciudadanos se puede afirmar que tienen el estatus de potencial víctima del delito de estafa en comisión por omisión. Algo semejante se puede sostener sobre la autoría de este delito: cualquier ciudadano puede ser autor de estafa en comisión activa, pero en comisión por omisión, únicamente aquéllos que inequívocamente ocupan la posición cualificada de garantes de veracidad en favor de engañado-víctima potencial de estafa³²⁷.

A, sin salir de su posición jurídico-civil de asesor, puede constituirse como *garante de veracidad* en favor del patrimonio de B, mediante un comportamiento que de modo intersubjetiva y normativamente inequívoco incorpore el riesgo de que B sea estafado en el ámbito de organización de A. En supuestos como el aquí analizado, desde el

³²⁷ Sin perjuicio de que, como se analiza *infra*. VIII.4. D) b) 1., todo autor de estafa, incluso el de una estafa activa, es garante de veracidad “al menos” a partir del comienzo de la tentativa.

primer momento existe una vinculación indiciaria de asunción (contrato de asesoría). Sin embargo, la mencionada vinculación contractual resulta insuficiente normativamente para sostener que A ha integrado inequívocamente en su propia esfera de organización un deber de hetero-protección informativa en favor de B, y todo ello de un modo jurídico-penalmente relevante para la comisión por omisión de estafa. En efecto, para que A pueda ser considerado potencial autor en comisión por omisión de estafa y B potencial víctima del mismo delito en comisión omisiva, debe resultar inequívoco intersubjetiva y normativamente que A ocupa la posición de garante de veracidad de B. Siendo correctas las aseveraciones anteriores, todavía hacen falta elementos adicionales para afirmar la relevancia jurídico-penal de la infracción omisiva de un deber de veracidad en la que incurre un garante cuando no neutraliza o remueve el «engaño bastante» que se encuentra presente en el acervo informativo patrimonial de la víctima potencial³²⁸.

En este trabajo, las expresiones *obligación de informar* u *obligación informacional* se reservan para las obligaciones jurídico-privadas de proporcionar información conforme con la verdad. Asimismo, la terminología *derecho informacional* o *derecho a ser informado* también se refiere a la facultad reconocida por el Derecho privado o público extra-penal, por la que el titular del derecho informativo puede exigir a otro que le proporcione información verdadera. En cambio, las expresiones *derecho de veracidad*, propio de la engañado-víctima potencial de estafa y la de *deber de veracidad*, propio del garante de veracidad, se mueven en el plano jurídico-penal y se refieren específicamente a la expectativa de recibir oportuna y suficientemente información veraz.

En el caso planteado, al derecho jurídico-privado a ser informado de B y la obligación informacional que pesa sobre A, se les superponen el derecho de veracidad jurídico-penalmente relevante de B en cuanto víctima-engañado potencial del delito de estafa en comisión por omisión, y el deber de veracidad penal que grava al asesor A, en cuanto garante de veracidad en favor de B y eventual autor en comisión por omisión del delito de estafa. Esta clase de superposiciones o solapamientos normativos referidos a derechos y expectativas de contenido informativo-patrimonial, tienen lugar cuando los potenciales autor y víctima de estafa –antes de ocupar estas posiciones

³²⁸ *Infra* IX.1. G).

jurídico-penales— se encontraban en contextos, relaciones o contactos por sí mismos generadores de derechos, obligaciones y expectativas jurídico-civiles.

El asesorado B tiene, como víctima potencial de estafa, un derecho de veracidad jurídico-penal y la expectativa aneja que le permite confiar legítimamente en el amparo informativo de su asesor A —ahora *garante de veracidad*— frente al riesgo típico de ser estafado. La expectativa normativa penal del asesorado permite a éste confiar en que no será víctima de estafa porque el *garante de veracidad* cumplirá su deber de veracidad. Esta expectativa penal no elimina la de carácter jurídico-privado del mismo asesorado, en virtud de la cual espera que su asesor desempeñe correcta y oportunamente el deber de información derivado de su posición en el contrato. Como se ha expresado repetidamente, ambas expectativas pueden superponerse y coexistir sin que ello suponga contradicciones valorativas ni una absorción de la expectativa civil en la penal. La infracción penal de un deber de veracidad puede tener una suerte de correlato jurídico-privado, en el sentido siguiente: al infringir el deber penal, se ve incumplida también una obligación informacional. Cuando se da este solapamiento, cada frustración —la penal y la extrapenal— genera sus propias y diversas consecuencias jurídicas.

Sin embargo, no se debe perder de vista que las diversas modalidades de estafa en comisión activa no tienen lugar, al menos no necesariamente, en un contexto que vincule al autor y la víctima potencial en una relación previa dotada de contenido patrimonial. El autor que comete una estafa activa —«engaño» expreso o implícito— sin estar previamente relacionado con el engañado-víctima de un modo relevante patrimonialmente, infringe directamente la prohibición penal de estafar y, sólo indirectamente podría considerarse que infringe un deber jurídico-penal de veracidad si —como en esta investigación ha sido propuesto— se tiene por tal al deber de desistir que pesa sobre quien ha comenzado la comisión de la estafa³²⁹.

Siguiendo con las estafas activas y el fenómeno del solapamiento de expectativas jurídico-privadas y penales, es posible que la comisión activa tenga lugar en el seno de una relación previa entre autor y víctima, dotada de contenido patrimonial. En estas circunstancias es también posible que los derechos, deberes y expectativas jurídico-privadas y penales se superpongan o solapen. Como se ha expresado repetidamente,

³²⁹ También el comienzo de la tentativa inacabada e imperfecta genera la posibilidad-deber de desistir del intento de estafar a otro. El deber de desistir corresponde normativamente a un deber de veracidad.

cuando tiene lugar esta clase de solapamiento normativo, cada frustración —penal y extrapenal— genera sus propias y diversas consecuencias jurídicas.

Finalmente, la comisión por omisión de estafa tiene lugar en contextos en los que autor y engañado-víctima potenciales se vinculan de algún modo relevante en el plano jurídico-patrimonial antes de que ambos se posicionen, respectivamente, como autor y víctima potencial en el plano jurídico-penal. En esta clase de comisión de estafa deben analizarse, en primer término y con la mayor precisión posible, los deberes, obligaciones y expectativas informacionales propias de una relación o contacto de contenido patrimonial que liga a los potenciales autor y engañado-víctima. Luego, en un segundo momento analítico, se debe determinar si el potencial autor de estafa ha integrado en su propia esfera de organización, además, un deber jurídico-penal de veracidad y, como contrapartida, si el engañado-víctima posee una expectativa y derecho de veracidad de naturaleza penal.

VII.4 LA ESTAFA COMO CONTRATO CIVIL CRIMINALIZADO

La jurisprudencia española reconoce ampliamente la doctrina del “contrato criminalizado” o “contrato nulo punible”³³⁰. Esta doctrina es invocada frecuentemente para fundamentar la autoría de estafa de quien celebra un contrato civil o mercantil teniendo, desde un principio, la intención de incumplirlo o el conocimiento de que no podrá cumplirlo.

La parte que, en un negocio criminalizado como estafa, es considerada autora del delito, utiliza dolosamente y con ánimo de lucro la celebración del contrato como mensaje engañoso por el que afirma falsa y activamente “cumpliré mis obligaciones”, mientras el hecho interno verdadero es la decisión inicial del autor de incumplir el contrato para así sacar provecho del cumplimiento de la contraparte engañada³³¹.

El TS ha manifestado la importancia de distinguir entre el dolo civil propio del incumplimiento contractual y el dolo penal que permite sostener la infracción de la prohibición de estafar. Este Tribunal advierte que, si no se les diferenciara con claridad, existe el serio peligro de aplicar sanciones penales a ilícitos meramente civiles o mercantiles. En esta misma línea, ha declarado que mucho se juega el Derecho punitivo con esta distinción, pues de ella depende su aplicación como *ultima ratio* y el cumplimiento del principio de mínima intervención³³².

Pese al enfático discurso sobre la necesidad de diferenciar dolo civil y dolo penal, el TS no propone ninguna diferencia conceptual entre una y otra clase de dolo. Ante este escenario, no queda más alternativa que interpretar que el TS español considera el dolo civil y el dolo penal como elementos idénticos y que, pese a su identidad fundamental, se les debe considerar como elementos de diversa naturaleza, jurídico-civil y jurídico-penal, respectivamente. Resulta sorprendente que la distinción entre una y otra clase de dolo, de la cual depende la afirmación de un simple ilícito civil o uno de carácter jurídico-penal, deba hacerse atendiendo exclusivamente al momento

³³⁰ Entre las numerosas SSTS que adhieren al planteamiento del “contrato civil criminalizado”, la más antigua parece ser la 25 de enero de 1960, ponente Quintano Ripollés, A. (FJ2º). En esta STS se confirma la condena del tribunal *a quo* por un delito de estafa, basada en el criterio del negocio civil criminalizado.

³³¹ El TS considera que un negocio jurídico o contrato debe quedar «criminalizado bajo la forma de la estafa cuando, con ocasión de la contratación de negocios jurídicos de carácter privado, ya sean civiles o mercantiles, uno de los contratantes —el sujeto activo— simula desde el principio el propósito de contratar con otra persona, cuando lo verdaderamente apetecido es aprovecharse del cumplimiento de la otra parte contratante, pero sin intención de cumplir la suya», STS de 14 de junio de 2005, ponente Giménez García, J. (FJ2º).

³³² STS de 17 de noviembre de 1997, ponente De Vega Ruiz, J.A. (FJ2º).

en el que el dolo es atribuible al contratante incumplidor: en la celebración misma del contrato o con posterioridad a dicha celebración.

De acuerdo con el TS español, si el contratante incumplidor obra dolosamente, esto es, con decisión de incumplir o conocimiento de su imposibilidad de hacerlo, antes de la celebración del contrato, se le debe atribuir un dolo de naturaleza penal en virtud del cual el contrato debe ser criminalizado a título de estafa. Si, en cambio, el dolo del contratante que incumple sus obligaciones surge —se le puede atribuir— después de la celebración del contrato, el dolo posee naturaleza civil y se debe descartar la configuración típica de una estafa como negocio civil criminalizado^{333 334}.

En algunas SSTs, la doctrina del negocio nulo criminalizado es invocada con otro sentido y en referencia a otro problema. Se utiliza para “recordar” que los tipos penales dolosos requieren que el dolo sea coetáneo a la realización del comportamiento típico y que, en consecuencia, el *dolus subsequens*, esto es, posterior a la realización de la conducta objetivamente típica, carece de relevancia jurídico-penal³³⁵. La corrección de este criterio es patente y no plantea objeción alguna. Cuando la conducta engañosa consista en la celebración de un contrato, debe ocultarse dolosamente la decisión inicial de no cumplir o la imposibilidad de hacerlo.

La doctrina de los contratos criminalizados no parece aportar verdaderamente un criterio aceptable para delimitar los ilícitos civiles contractuales (básicamente, la nulidad del contrato por causa ilícita) y los injustos penales de estafa cometidos al

³³³ «Esta distinción descansa en la existencia de un engaño inicial y causante en uno de los contratantes que da lugar al incumplimiento contractual, pero tal incumplimiento queda criminalizado, dando vida a la existencia del dolo penal propio del delito de estafa porque desde el principio existe una discordancia entre la voluntad interna de uno de los contratantes de no cumplir y enriquecerse, y la exteriorizada y engañosa que manifiesta un propósito de cumplimiento inexistente, radicando aquí el engaño», STS de 14 de junio de 2005, ponente Giménez García, J. (FJ2º).

³³⁴ En la jurisprudencia alemana no existe un equivalente al criterio de los contratos civiles criminalizados. Sin embargo, hay un punto de encuentro con el criterio examinado cuando la jurisprudencia de ese país sostiene que el cliente de un hotel no se encuentra sometido a un deber jurídico-penal de declaración si, durante el hospedaje, (no antes) sobreviene su ruina patrimonial, *cfr.* OLG Hamburg NJW 69, 335 y BGH 6 198. Habría, en cambio, un engaño activo implícito si al momento de la celebración de cierto contrato, una parte ocultara la voluntad inicial de incumplimiento o su —también inicial— incapacidad de cumplir la correspondiente obligación contractual, *cfr.* SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 2014, §263, nn.mm. 16-16ª.

³³⁵ STS 393/1996, de 8 de mayo, ponente Bacigalupo Zapater, E. (FJ1º). Sin embargo, no se comparte plenamente la afirmación rotunda de que «el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de la estafa». En su comisión por omisión, el «engaño bastante» *precede* a su utilización dolosa por parte del autor de la comisión por silencio (*Vid. infra.* IX.1. B)). Es más, el dolo de estafar puede surgir de modo típicamente relevante en una fase omisiva de control del riesgo típico posterior al pleno desarrollo de la dimensión organizativa del engañado (*Vid. infra.* VIII.4. D) c) 2. i. y ii.).

celebrar un contrato o, en el seno de una relación contractual previa, mediante el «engaño» consistente en ocultar que no se cumplirá con las obligaciones derivadas del contrato. Sin ánimo de tratar todos los problemas que esta doctrina plantea, se hará referencia a dos de ellos.

En primer lugar, de acuerdo con la doctrina del contrato civil criminalizado, la ocultación del dolo de incumplimiento al momento de la celebración del contrato implica que tal dolo posee naturaleza penal. En consecuencia, el contratante que *ab initio* decide incumplir o conoce que no podrá cumplir, debe ser considerado como autor de un delito de estafa. No parece adecuado solucionar esta cuestión de modo tan simple. El dolo por sí solo no constituye razón suficiente para sostener que un incumplimiento contractual configura el tipo penal de la estafa³³⁶. Sí parece claro, en cambio, que la presencia de dolo de incumplir las obligaciones contractuales al momento de celebrar el contrato genera su nulidad por causa ilícita³³⁷. Ahora bien, la sola anulabilidad de un contrato por dolo o «engaño» no necesariamente configura el tipo penal de una estafa.

Lo más adecuado es examinar esta clase de casos y establecer si el comportamiento del potencial autor —contratante que celebra un contrato con la voluntad oculta de incumplirlo— permite sostener la configuración típica de un «engaño bastante» utilizado activamente por el autor. En muchos casos, la celebración de un contrato, sobre todo si es nominado y con apariencia de validez, ciertamente permitirá sostener la realización activa de un «engaño» *ex ante* «bastante» por el cual se hará presente un contenido informativo falso en el acervo informativo de la contraparte diligente. Evidentemente, este examen debe complementarse con el estudio de la configuración de los demás elementos típicos del delito de estafa. Este modo de proceder se aleja del serio riesgo de trivialización de los casos si éstos son analizados limitando el estudio a la constatación de la existencia del dolo en el momento mismo de la celebración. Así como el dolo es insuficiente razón para sostener el tipo de estafa, la celebración de un contrato anulable por causa ilícita tampoco da razón suficiente para considerar configurado el comportamiento típico del delito de estafa.

³³⁶ Existen SSTS que apoyan este punto de vista, al menos en cuanto a reconocer que la sola constatación del dolo de incumplimiento, previo a la celebración de un contrato, no permite delimitar el ilícito penal de estafa del meramente civil; así STS de 8 de julio de 1983, ponente Hijas Palacios, J. (FJ2º); con mayor claridad, STS de 4 de octubre de 1985, ponente Castro Pérez, B.F. (FJ2º)

³³⁷ El artículo 1269 CC trata acerca del ilícito civil por engaño antecedente.

En segundo lugar, la doctrina examinada sostiene que el dolo de incumplir surgido con posterioridad a la celebración del contrato jamás podrá ser relevante para la configuración de una estafa típica. Esta rotunda afirmación parece incorrecta. Es preciso recordar que los contratos civiles pueden insertar a las partes en posiciones obligacionales equivalentes, pero también pueden propiciar que una de las partes ocupe una posición que le constituya como garante de veracidad en favor de la contraparte. Sea que se verifique una u otra alternativa, con posterioridad a la celebración del contrato e incluso tras una serie de cumplimientos parciales, una de las partes podría decidir no seguir cumpliendo el contrato y engañar a su contraparte para hacerle confiar en que seguirá cumpliéndolo. Este dolo posterior a la celebración del contrato, acompañado de un efectivo incumplimiento, dará lugar a la responsabilidad extrapenal de la parte que dolosamente incumple. Sin embargo, es perfectamente posible que el contratante que dolosamente decide incumplir sus obligaciones después de la celebración del contrato, oculte esta decisión mediante un «engaño bastante» activo en un contexto contractual que, al concurrir los demás elementos de la estafa, permitan afirmar la tipicidad del comportamiento a título de estafa. Si el contratante no realizara un «engaño bastante» activo, sino que simplemente guardara *silencio* sobre su decisión de no cumplir, difícilmente podría configurarse una comisión de estafa por *silencio*, más allá del incumplimiento contractual. Excepcionalmente, se realizaría en este caso una comisión por omisión de estafa si el incumplidor que guarda *silencio* estuviera constituido como garante de veracidad de su contraparte y en el acervo informativo de esta última estuviera presente un «engaño bastante»³³⁸.

A fin de cuentas, la idea de los contratos civiles criminalizados no corresponde a uno o varios criterios que, propiamente, generen una doctrina. En ocasiones, las SSTs citan esta pseudo doctrina para recordar el principio de simultaneidad o congruencia que requiere que el dolo sea coetáneo a la realización del comportamiento típico. En otros casos, tal y como ocurre en la mayoría de las sentencias que la invocan, esta doctrina es utilizada para fundamentar la autoría del delito de estafa del contratante que oculta su intención inicial de incumplir el contrato. En realidad, cuando la

³³⁸ Se debe procurar no confundir el objeto del engaño (hecho interno consistente en la voluntad de incumplir) y el dolo de engañar (conocimiento del riesgo que el silencio sobre ese hecho interno entraña para el patrimonio del otro contratante). Esta distinción tiene relevancia, porque es posible guardar silencio sobre el objeto del engaño, sin conocimiento (sin dolo) del riesgo concreto asociado a ese silencio. PÉREZ DEL VALLE, *ADPCP*, 1996, p. 828.

jurisprudencia argumenta acerca de la posibilidad de que un contrato civil o mercantil puede ser relevante jurídico-penalmente para la configuración de una estafa, realiza una suerte de *excusatio non petita* por la que pone de manifiesto una idea muy básica: los contratos y otros actos jurídicos pueden ser utilizados como medios para la realización típica de delitos. En este sentido, los contratos civiles o mercantiles no sólo pueden ser “criminalizados” a título de estafa, sino también a título de apropiación indebida (art. 252 CP español y ss.), insolvencias punibles (art. 257 CP español y ss.), etc.

VIII. LA COMISIÓN POR OMISIÓN DEL DELITO DE ESTAFA: ASPECTOS ESPECÍFICOS

VIII.1. LA ESTAFA ES UN DELITO DE COMISIÓN O “COMISIVO”

El delito de comisión posee la estructura *lato sensu* de una injerencia. Lo propio del delito comisivo —ya sea en realización activa u omisiva— es la irrupción jurídicamente desaprobada en la esfera jurídica de terceros. Esta clase de realización típica lesiona la autonomía ajena mediante la creación de riesgos desaprobados que empeoran el estado de determinados bienes jurídicos ajenos³³⁹. La responsabilidad penal por un delito de comisión se fundamenta en la infracción del deber negativo que prohíbe dañar a otros, *neminem laedere*.

El delito de omisión, en cambio, posee una estructura normativa completamente distinta de la propia del delito de comisión. El delito omisivo consiste en la ausencia jurídicamente desaprobada de una intervención necesaria para la salvaguarda de bienes jurídicos de terceros. La responsabilidad penal por delitos de omisión se fundamenta, a diferencia de la comisión por omisión, en la vulneración de la idea de la solidaridad³⁴⁰.

La omisión no es una forma de conducta —“no hacer algo”— paralela a la acción —“hacer algo”—, sino una forma de realización típica distinta de la comisión. La omisión delictiva, a diferencia de la comisión, no consiste en una intromisión en una esfera jurídica ajena, sino en la “no realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico previamente en peligro”³⁴¹.

³³⁹ La imagen liberal de separación de esferas jurídicas se manifiesta en el principio básico *neminem laedere*. Este principio se ve complementado con el *casum sentit dominus* que impone a cada ciudadano el deber de soportar los riesgos que se ciernen sobre él por procesos no imputables objetivamente a actos de organización lesiva de terceros.

³⁴⁰ El principio del *casum sentit dominus* tiene excepciones que vienen dadas por la existencia de los delitos de omisión del deber de socorro o asistencia. La excepción consiste en que el ordenamiento jurídico obliga a personas a cuya organización no es imputable un proceso lesivo que amenaza a un determinado sujeto, a actuar en evitación de la lesión (deber de solidaridad). Otra excepción al *casum sentit dominus* deriva de la existencia del estado de necesidad agresivo que impone un deber de tolerar a terceros que actúan bajo su amparo mientras están amenazados por procesos lesivos. Existen por tanto deberes de solidaridad activa y deberes de solidaridad pasiva (sacrificio) que «alteran significativamente el modelo derivado de la combinación del *neminem laedere* y el *casum sentit dominus*». La solidaridad es, por tanto, un título de imputación de responsabilidad penal distinto de la organización de la propia esfera jurídica de libertad (comisión activa y comisión por omisión en sentido estricto), SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 471, 480.

³⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 443.

En consecuencia, son tres las modalidades delictivas fundamentales: la *comisión activa*, la *comisión por omisión* y la *omisión*. La comisión activa y la comisión por omisión son idénticas normativa y estructuralmente, pues una y otra consisten en una irrupción desaprobada en la esfera jurídica de un tercero. Su identidad estructural permitiría denominarlas en conjunto simplemente como comisión. Sin embargo, la afirmación de su identidad fundamental en el plano estructural y normativo, es compatible con la distinción entre aquellas comisiones en las que un movimiento corporal pone en marcha un curso causal lesivo —comisiones activas— y las demás irrupciones que realizan la idea de la injerencia sin el movimiento corporal que desencadene un curso causal lesivo —comisiones por omisión—. En la comisión omisiva, el responsable de la infracción penal ha de haber incorporado previamente a su esfera de organización un deber de hetero-protección en favor de la víctima, ya sea por asunción o por injerencia *sensu stricto*, de tal manera que resulte inequívoco intersubjetiva y normativamente que a él compete la contención de riesgos concretos que amenazan a determinados bienes jurídicos de la víctima. La incorporación de deberes de hetero-protección a la esfera de organización del autor —de modo particularmente intenso en los compromisos bilaterales de asunción— provoca confianza y abandono en el beneficiario de la protección y, eventualmente, en terceros.

El autor de la comisión por omisión posee un control sobre el proceso lesivo idéntico normativamente al del autor de la comisión activa. Si el riesgo tiene lugar y se realiza en el resultado, éste puede ser imputado al omitente³⁴². Aunque el autor no causa activamente el resultado, domina la correspondiente relación de riesgo, igual que lo hace el autor de una comisión activa. La sanción de un delito de comisión por omisión no se fundamenta en la lesión del principio de solidaridad, sino en la del principio de autonomía que también fundamenta el castigo de la comisión activa.

Mientras la distinción entre comisión y omisión es normativa, la diferenciación entre comisión por omisión y comisión activa, siempre en el seno de la comisión, es ontológica³⁴³. El factor que diferencia la comisión activa de la omisiva es la presencia de un curso causal lesivo atribuible a una acción del autor. Sin embargo, ambas modalidades comisivas son idénticas estructural y normativamente porque consisten

³⁴² SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 471-472.

³⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 472, n. 11.

en una organización defectuosa de la propia esfera de libertad por la que se lesiona la autonomía ajena (injerencia *lato sensu*)³⁴⁴.

Lo expuesto manifiesta la adhesión al modelo que postula la identidad estructural y normativa entre la comisión activa y la omisiva. Dicho modelo se construye a partir de la comisión activa y sobre consideraciones de su identidad estructural con la comisión omisiva. La comisión por omisión y la comisión activa son “lo mismo” normativamente (un *ídem normativo*), pues vulneran el mismo *deber negativo* y la atribución de responsabilidad proviene del sinalagma libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias. Sus estructuras son idénticas, pues en ambas comisiones hay una injerencia en la esfera jurídica ajena (*output lesivo*). SILVA SÁNCHEZ al interpretar el art. 11 CP de España³⁴⁵, observa que el núcleo de esta norma se basa en este modelo de equiparación entre comisión activa y comisión por omisión para «los delitos y faltas que consistan en la producción de un resultado». Este artículo exige, pues, para la comisión por omisión la *identidad estructural desde perspectivas normativo-materiales*, pues a esto alude el art. 11 cuando requiere que la omisión debe “equivaler” según el sentido del texto de la Ley a la comisión activa³⁴⁶. Abona la afirmación de la “identidad normativa”, la identidad penológica que se atribuye a la comisión activa y la comisión por omisión. El modelo de la *identidad estructural y normativa* no es respaldado por toda la doctrina española. Hay también quien aboga por la utilización del significado más “directo” del término legal «equivalencia» del art. 11 CP español. De este modo, al art. 11 le bastaría una igualdad o identidad *de valor* entre la comisión por omisión y la comisión activa³⁴⁷.

³⁴⁴ No cabe equiparar esta responsabilidad por organización con cualquier otra responsabilidad por infracción de un deber especial o de solidaridad, por muy cualificada que ésta sea, ya que su estructura normativa jamás será idéntica a la de una comisión. En definitiva, no es posible equiparar la responsabilidad por competencia institucional —propia de los delitos de infracción de un deber— a la responsabilidad por competencia por organización (comisión activa y comisión por omisión), *cfr.* SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 473.

³⁴⁵ Artículo 11 CP «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

³⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ reconoce que la exigencia del CP en su art. 11 es “más débil” al requerir *equivalencia con la comisión activa según el sentido del texto de la ley*, pero aún así, entiende que la plena equivalencia ha de apreciarse solo cuando hay una identidad estructural desde perspectivas normativo-materiales, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (art.11), 1997, pp. 62-63.

³⁴⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RDPC*, 2004, p. 297. Asimismo, la RAE define la voz “equivalencia” como «l. f. Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas».

En todo caso, el art. 11 no es aplicable a la estafa, pues corresponde a un delito de medios determinados del que no puede afirmarse que consista en la «producción de un resultado». Sin embargo, la inaplicabilidad del art. 11 CP al delito de estafa en nada afecta a la posibilidad de sostener su punibilidad en comisión por omisión, siempre que se justifique satisfactoriamente su “identidad estructural y material” con la estafa en comisión activa. Antes de la inclusión del art. 11 CP en 1995, la comisión por omisión en España era perfectamente sostenible respetando el principio de legalidad. Su tipificación expresa en la Parte especial o en una cláusula genérica en la Parte general del CP fueron y siguen siendo innecesarias³⁴⁸. Por otra parte, aunque el art. 11 CP requiera que ambas comisiones sean equivalentes —utiliza la expresión “equivalga”—, la equivalencia a la que se alude puede ser concebida como una verdadera identidad normativa. Qué duda cabe que dos cosas idénticas son equivalentes, por tanto, interpretar la equivalencia como igualdad está dentro del sentido literal posible de la expresión “equivalga”. Debe recordarse que la identidad de pena que trae aparejada una y otra forma de comisión, favorece la adopción de esta postura.

Otro modelo de construcción de la comisión por omisión parte de la omisión pura como la *no realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico que se encuentra en peligro*. Desde esta segunda perspectiva, la comisión por omisión es un *aliud* y un *minus* —ontológico y normativo— respecto de la comisión activa. Este es el modelo adoptado por el StGB en su §13. La comisión por omisión viene a ser una omisión cualificada por la concurrencia de un deber jurídico específico de evitar el resultado³⁴⁹. Esto explica que en Alemania exista una atenuación facultativa para los delitos que han sido cometidos por omisión³⁵⁰.

A) LAS COMISIONES DE ESTAFA. PRIMERA APROXIMACIÓN

El delito de estafa es una comisión, pues la responsabilidad penal por este delito se fundamenta en la lesión de la autonomía ajena mediante la infracción del *neminem laedere* y no en la idea de solidaridad. A mayor abundamiento, la estafa no es una

³⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (art.11), 1997, pp. 59-60.

³⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 475.

³⁵⁰ § 13 Begehen durch Unterlassen. «(1) Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. (2) Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden».

omisión porque el comportamiento típico no consiste en la ausencia jurídicamente desaprobada de una intervención necesaria para la salvaguarda del patrimonio ajeno.

Se observa con claridad meridiana que el delito de estafa corresponde a una comisión analizando la configuración de una estafa ejecutada mediante «engaño» activo expreso. En esta alternativa de realización típica, el autor lleva a cabo la acción *engañar* manifestando expresamente un mensaje falso a la víctima, por el que se genera en ella un error de relevancia patrimonial. La acción *engañar* introduce el «engaño» en el acervo informativo del engañado. En consecuencia, mediante la acción *engañar*, el autor ejerce defectuosamente su libertad e irrumpe de un modo jurídico-penalmente desaprobado en la esfera personal de la víctima. De este modo, lesiona la autonomía ajena mediante la creación del *riesgo típico de estafa*, por el que empeoran las condiciones del patrimonio afectado. A la luz de esta breve explicación, se confirma que la estafa por «engaño» activo expreso posee la estructura normativa de una comisión. Más específicamente, se trata de una comisión activa, pues la irrupción en la esfera ajena tiene lugar mediante un comportamiento dotado de un sentido activo *engañar a otro*. Esta acción pone en marcha el curso lesivo propio de este delito: el autor emite activamente un mensaje falso que engaña a la víctima, quedando ésta sometida al riesgo de realizar una disposición patrimonial perjudicial.

Junto al «engaño» activo y expreso, es pacíficamente aceptada la comisión activa de estafa mediante una modalidad de «engaño» que, como el expreso, también realiza el sentido de la acción *engañar a otro*. Se trata de la comisión activa mediante «engaño» implícito (no-expreso). Esta variante de «engaño» consiste en una conducta activa del autor dotada de un sentido comunicativo, por la que afirma implícitamente un mensaje falso que tiene a la víctima como destinataria, en quien se provoca un error de relevancia patrimonial³⁵¹. El «engaño» implícito del autor —acción *engañar*—, al igual que el «engaño» expreso, pone en marcha el curso causal lesivo propio de este delito.

Los autores de «engaños» expresos e implícitos tienen en común la realización del verbo *engañar a otro* (acción) en virtud de la cual irrumpen lesivamente en un acervo informativo ajeno, dando así comienzo a comisiones activas del delito de estafa.

³⁵¹ El «engaño» implícito es denominado habitualmente como “engaño concluyente” y puede ser caracterizado como una «indirecta afirmación de información falsa», MAYER LUX, *Die konkludente Täuschung*, 2013, pp. 223 y ss.

A continuación, un breve apunte introductorio acerca de la comisión por omisión de estafa o comisión de estafa por *silencio*. Si la estafa por *silencio* es verdaderamente una comisión, debe poseer una estructura idéntica en el plano normativo a las dos modalidades previas de comisión activa de estafa³⁵². Por tanto, la comisión por *silencio* debe realizar normativamente una intromisión en una esfera jurídica ajena — injerencia *lato sensu*— que lesione la autonomía de la víctima y empeore el estado de un patrimonio o, con mayor precisión, del acervo informativo de quien puede disponer de él.

El *silencio* del autor de una estafa omisiva configurará una comisión típica de este delito en la medida en que se cumplan dos requisitos fundamentales: a) el comportamiento de quien guarda *silencio* debe poseer el sentido o significado que el tipo penal de estafa requiere para que una determinada conducta pueda ser considerada típica; b) la estafa por *silencio* debe poner en peligro el mismo bien jurídico que se ve afectado en las comisiones activas de este delito³⁵³.

El cumplimiento de los requisitos a) y b) recién mencionados en supuestos de *silencio* demanda un estudio detenido. Sin embargo, es posible adelantar, respecto del requisito a), que si se considera que el sentido o significado del comportamiento prohibido por el tipo de estafa es *engañar a otro* provocándole causalmente un error, de ningún modo podrá ser atribuido dicho sentido a la conducta de quien guarda *silencio* sin comunicar mensaje alguno engañoso, aunque sí incumpliendo omisivamente una obligación de informar en favor de quien padece un error relevante patrimonialmente. El autor de una estafa por *silencio* jamás realiza la conducta *engañar*. Si lo hiciera, mediante un “supuesto silencio transmisor de un mensaje engañoso”, no se trataría verdaderamente de un caso de *silencio*, sino de un «engaño» implícito que configuraría una estafa en comisión activa.

B) LA COMISIÓN ACTIVA DE ESTAFA. «ENGAÑO» ACTIVO EXPRESO Y «ENGAÑO» ACTIVO IMPLÍCITO

El «engaño» activo expreso consiste en *engañar a otro* mediante la transmisión explícita de un mensaje falso. Normativamente constituye una irrupción informativa en un acervo informativo ajeno mediante la manifestación directa de un mensaje falso destinado al titular del acervo. El «engaño» activo implícito consiste en *engañar*

³⁵² Comisión mediante «engaño» expreso o implícito.

³⁵³ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 449, n. 318.

mediante la transmisión implícita de un mensaje falso. Al igual que el «engaño» expreso, constituye también una irrupción informativa en una esfera informativa ajena, sólo que la manifestación del mensaje falso no es explícita, sino tácita o sobreentendida.

Tanto el «engaño» activo expreso como el implícito dan comienzo a una comisión activa del delito de estafa, pues realizan una irrupción en una esfera de organización ajena mediante la introducción de información falsa en el acervo informativo de la víctima-engañado. Estas conductas infringen la prohibición que el tipo de estafa dirige a cada ciudadano: *te prohíbo comportarte de tal modo que te sean imputables «engaños» generadores del riesgo típico de estafa*. Los «engaños» activos infringen la norma primaria prohibitiva en un proceso comisivo que admite la siguiente descripción. Tan pronto como el agente ha realizado la acción *engañar*, éste queda sometido al deber jurídico-penal de desistir de la comisión de estafa iniciada. Dicho deber queda incorporado a su esfera de organización y le conmina a la heteroprotección informativa de la víctima previamente engañada. El deber de heteroprotección informativa —deber de veracidad— coincide con el deber de desistir de la tentativa de estafa³⁵⁴, mediante la entrega oportuna y eficaz de suficiente información verdadera para neutralizar el riesgo de disposición patrimonial perjudicial —riesgo típico de la estafa— desestabilizado por el autor de la comisión activa mediante «engaño» expreso o implícito. Por lo tanto, la realización activa del verbo *engañar* participa de la estructura de una injerencia dolosa y permite afirmar que el injerente doloso queda sometido a un deber de veracidad en favor de la víctima.

La norma primaria de conducta, aún antes del comienzo de la tentativa de estafa, transmite a los potenciales autores el mensaje prohibitivo general ya mencionado. Ahora bien, cuando un ciudadano contraviene esta prohibición mediante la acción *engañar* por la que transmite expresa o implícitamente un mensaje falso, la norma primaria persiste en la transmisión del mensaje prohibitivo general: *se te prohíbe comportarte de tal modo (...)* o, más precisamente, *no te sigas comportando de tal modo (...)*. La injerencia dolosa realizada mediante «engaño» activo, expreso o implícito, permite identificar al concreto destinatario de la norma penal que prescribe el mandato de desistimiento activo. La norma, como directiva de conducta, no sólo transmite el mensaje prohibitivo general destinado a todos los ciudadanos, sino

³⁵⁴ Vid. *supra* V.3. B).

también otro de carácter prescriptivo (mandato) destinado específicamente a aquél que ha comenzado la tentativa de un delito, en estos casos, el de estafa. Se trata de un mandato de desistimiento activo que admite la formulación imperativa siguiente: *neutraliza el riesgo típico proporcionando suficiente información verdadera para contrarrestar el «engaño» que te compete preferentemente.*

Durante la comisión activa del delito de estafa tiene lugar un concurso de normas entre la norma prohibitiva y la norma prescriptiva que ordena el desistimiento activo. Otro tanto puede afirmarse de los demás delitos de resultado en los que, como en la estafa, existe o puede existir un espacio temporal más o menos prolongado entre la tentativa inacabada e imperfecta y la acabada e imperfecta; también entre esta última y toda la fase omisiva de control del riesgo, hasta la pérdida definitiva de dicho control; finalmente, puede existir un espacio temporal nada despreciable entre la tentativa acabada (imperfecta y perfecta) y el resultado típico requerido para la consumación. El concurso entre la norma prohibitiva y la prescriptiva comienza con la tentativa fenomenológicamente inacabada, prosigue durante la acabada y se extiende hasta el último instante de la tentativa normativamente imperfecta —siempre previo a la consumación por la que el riesgo se realiza en el resultado— en el que la tentativa activa puede aún ser desistida eficazmente. Ante la aparente infracción de dos normas, el concurso debe resolverse en favor de la norma que prohíbe la comisión de estafa. Se prefiere la imputación en comisión activa por sobre la imputación por infracción del mandato de neutralización o desistimiento activo, probablemente porque la vulneración de la primera norma suele considerarse más grave que la infracción de la segunda.

Las comisiones activas iniciadas, tanto por «engaño» expreso como por «engaño» implícito, coinciden en lo fundamental, pues en ambas tiene lugar la transmisión de un mensaje de contenido falso a un receptor denominado potencial engañado. Ambas interacciones, qué duda cabe, están entregadas en parte a las inducciones o deducciones que realiza —o, al menos puede realizar— el receptor del mensaje engañoso, sea en favor de la veracidad del contenido falso o en su contra. Se trata de un elemento común a todo «engaño» activo expreso o implícito. La recepción de un mensaje constituye, ciertamente, un proceso cognoscitivo de complejidad variable. El proceso cognoscitivo del potencial engañado siempre influye, en mayor o menor grado, en la generación de su error o el refuerzo de un previamente presente en su acervo informativo.

Es frecuente que el «engaño» activo implícito sea denominado «engaño» concluyente o «engaño» por comportamiento concluyente³⁵⁵. Se suele señalar que el destinatario de esta clase de «engaño» realiza una deducción o conclusión a partir del mensaje recibido. La idea principal de esta caracterización es que, ante mensajes engañosos no-expresos (implícitos), la propia víctima “concluye su «engaño»”, y de ahí la denominación «engaño» concluyente³⁵⁶. La desorientación patrimonialmente relevante depende de la conclusión falsa obtenida por el propio engañado. El engañado extrae una conclusión falsa a partir del contenido proposicional presente en el comportamiento comunicativo del emisor³⁵⁷.

Más allá de lo afortunada o desafortunada que se considere la terminología que denomina «engaño» concluyente a los «engaños» activos implícitos³⁵⁸, éstos dan comienzo a comisiones activas. Su autor emite un mensaje engañoso que, también

³⁵⁵ El engaño implícito es también denominado, con menor frecuencia, como “silencio circunstanciado”, VALLE MUÑOZ, *El Delito de Estafa*, 1987, p. 173. Reconoce que el engaño implícito realiza la noción típica de «engaño bastante».

³⁵⁶ La noción de comportamiento concluyente no es exclusiva del Derecho penal. «Una persona realiza determinado acto o adopta un determinado comportamiento, que sin declarar abiertamente ni manifestar una voluntad, por una parte permite presumir que tal voluntad existe y, por otra parte, permite a los demás inducir objetivamente un consentimiento contractual. La declaración de voluntad tácita es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes (*per facta concludentia*)», DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, 1983, pp. 112 ss.

³⁵⁷ MAYER LUX, *Die konkludente Täuschung*, 2013, p. 247. El engañado concluye racionalmente el error de relevancia patrimonial, basándose en el significado objetivo del acto comunicativo que se establece entre el emisor y el receptor engañado. MAYER LUX adopta esta perspectiva siguiendo la Teoría de los actos de habla, y sostiene que la conclusión aportada por la propia víctima en la comisión del delito corresponde a una conclusión semántica (*semantischen Schluss*).

³⁵⁸ Lo propio de la víctima de un «engaño» expreso sería la simple recepción de un mensaje directamente engañoso cuya conformación como comunicación falsa expresa no requeriría que su destinatario concluya nada para resultar engañado. Siguiendo esta línea argumental, mientras los casos de «engaño» expreso presentan una víctima directamente engañada por el autor (víctima hetero-engañada), los supuestos de «engaño» por comportamiento concluyente, si bien el mensaje engañoso proviene del autor, presentan una víctima que deduce su propio engaño a partir del comportamiento del autor (víctima auto-engañada). Así las cosas, pareciera que sólo el «engaño» expreso realizaría propiamente la noción de hetero-«engaño» y el implícito, en cambio, correspondería en parte —una parte indispensable, en todo caso— a un auto-«engaño». Estas consecuencias, todas ellas derivadas de la caracterización al uso sobre el «engaño» por comportamiento concluyente, no son de recibo. La distinción entre «engaño» expreso y «engaño» implícito en atención al *plus o minus* del aporte de la víctima en la conformación de su propio engaño, no lleva a buen puerto. El *quantum* del aporte de la víctima —sus deducciones, inducciones y otras posibles reacciones cognoscitivas— ante «engaños» activos expresos o implícitos no permite distinguir con claridad entre una y otra clase de «engaño». En todo «engaño» activo existe un cierto margen entregado a la deliberación y obtención de conclusiones por parte de la víctima. Esta constatación permite sostener la idea fundamental de que el «engaño» activo expreso y el «engaño» activo implícito son variantes de una misma estructura fundamental: el hetero-«engaño». Expresado con mayor rotundidad: todo engaño activo es un hetero-«engaño». Más detalles sobre la importancia de esta afirmación, *infra* X.2. B) c) 3. iii.

cuando es implícito, realiza la irrupción en un acervo informativo ajeno que el Derecho penal desaprueba mediante el delito de estafa.

Determinar que un concreto «engaño» activo debe ser considerado como «engaño» expreso o como «engaño» implícito no es siempre una tarea fácil. De entrada, podría parecer innecesario un esfuerzo de delimitación del campo de una y otra modalidad de «engaño» activo. Sin embargo, su diferenciación tiene sentido y es útil porque el ámbito específico del «engaño» implícito tiende a ser confundido con el propio del *silencio* en la estafa³⁵⁹.

La diferencia más evidente entre el «engaño» activo expreso y el activo implícito estriba en el “cómo” —modo y manera, *Art und Weise*— una y otra modalidad afirman el contenido comunicativo falso. La afirmación falsa explícita realiza un «engaño» expreso y, por su parte, la afirmación falsa tácita o sobreentendida configura un «engaño» implícito³⁶⁰. Sin embargo, junto al “cómo” ha sido afirmado el mensaje falso, las dos modalidades de «engaños» activos se distinguen adicionalmente por el grado de dependencia del contexto circunstancial para la transmisión del mensaje. Si bien toda afirmación comunicativa se da en un determinado contexto, la afirmación falsa constitutiva de «engaño» expreso depende poco o casi nada del contexto en el que tiene lugar. En cambio, el «engaño» implícito afirma la proposición falsa en la medida en que se vincule lo afirmado con el contexto circunstancial. Dicho contexto constituye un marco de referencia que necesariamente debe ser tenido en cuenta para la atribución de un determinado significado a la afirmación. En otras palabras, el contexto proporciona una “parte” imprescindible del significado engañoso del mensaje.

El «engaño» implícito abarca aquellos casos en los que el autor se comporta pasivamente, pues se abstiene de proporcionar información veraz. Este “no hacer”, que *prima facie* parece constituir un caso de *silencio*, no es tal cuando el contexto negocial otorga un significado social y jurídico a la pasividad del autor. Es el contexto circunstancial y negocial el que otorga el sentido de una afirmación falsa a la abstención de informar. Algunos casos que aparentemente corresponden a

³⁵⁹ Se observa esta confusión *v.gr.* en BOCKELMANN que acepta la punibilidad de la estafa por silencio cuando éste da nacimiento al error de la víctima, BOCKELMANN, *Schmidt-FS*, 1961, pp. 445, 457. Este autor trata como casos de silencio supuestos de engaño implícito, pues sólo este último puede generar un error en la víctima.

³⁶⁰ Según MAYER LUX, basta atender a la *Art und Weise* del mensaje para determinar si se trata de un engaño expreso o, según la terminología de esta autora, un *engaño concluyente*, MAYER LUX, *Die konkludente Täuschung*, 2013, p. 247.

supuestos de mero *silencio* (no se afirma ni niega información alguna), pueden no serlo si se examina con detención el modo en que el contexto negocial confiere un significado afirmativo a la abstención de informar en la que incurre el autor.

Por otra parte, el contexto negocial puede dotar de un significado relevante patrimonialmente a la conducta que el autor ejecuta como comportamiento alternativo a la entrega debida de información verdadera: *tanto cuando el obligado a informar calla, como cuando éste realiza una conducta alternativa a la entrega de información verdadera, el contexto negocial confiere a uno y otro comportamiento un significado social y normativo de “afirmación implícita” de una información falsa*³⁶¹.

Por todo lo anterior, el «engaño» activo implícito configura estructuralmente una comisión, pues dicho «engaño» se plasma en un mensaje que irrumpe en la esfera del engañado-víctima. Ésta, en virtud una vez más del contexto negocial, conoce la información falsa afirmada implícitamente por el autor, cuando éste adopta una actitud pasiva o realiza una conducta alternativa al cumplimiento de su deber de informar.

a) La relevancia típica de los «engaños» activos y su intensidad graduable

Desde el prisma de la tipicidad objetiva del delito de estafa, tanto el «engaño» expreso como el implícito deben poseer un potencial comunicativo suficiente como para configurar un «engaño bastante». El término «bastante» alude a su idoneidad *ex ante* para «producir error en otro», de acuerdo con el baremo de un hombre medio situado en la posición del autor. Por lo tanto, es típico un mensaje falso en la medida en que posea una intensidad engañosa calificable como «bastante».

Son numerosos los problemas que plantea la determinación del carácter «bastante» de un determinado «engaño» activo. Cualquier intento por tratar cada uno de esos problemas obligaría a un alejamiento excesivo del objeto de estudio de la presente investigación. Sin embargo, parece oportuno examinar una cuestión particularmente vinculada con la estafa en comisión por omisión. Se trata de los grados de intensidad

³⁶¹ La relevancia del contexto en el que tiene lugar la emisión de un determinado contenido informativo queda en evidencia cuando se constata la posibilidad de *engañar sin mentir*. Ocurre este fenómeno cuando se afirma un contenido veraz “en sí mismo” que, fuera de un contexto específico, transmite un mensaje verdadero. Sin embargo, la afirmación verdadera provoca un error en su destinatario cuando es transmitida en un determinado contexto. Así, *v.gr.* «¡Qué bien estaba tu hermano anteayer!», cuando resulta que murió ayer. OTTO, en *Iura* 2002, p. 607 trata sobre el reconocimiento jurisprudencial de «*Täuschung durch “wahre Tatsachen”*».

engañosa que es posible asociar a las afirmaciones falsas explícitas e implícitas. Se propone el siguiente esquema para facilitar la comprensión de las reflexiones siguientes.

**b) Esquema sobre la intensidad graduable de los mensajes engañosos en la estafa.
Explicación**

Inten- sidad de enga- ñosos a	<i>mise en scène</i>	afirmación falsa expresa	+ contexto (creado o aprovechado por el autor) refuerza al máximo el significado engañoso del mensaje
	«engaño» expreso «bastante»	afirmación falsa expresa	+ contexto refuerza el significado engañoso del mensaje
	«engaño» implícito «bastante»	afirmación falsa implícita	+ contexto contribuye al significado engañoso del mensaje
	«engaño» expreso no «bastante»	afirmación falsa expresa	+ contexto neutraliza parcialmente o no refuerza suficientemente el significado engañoso del mensaje
	«engaño» implícito no «bastante»	afirmación falsa implícita	+ contexto neutraliza parcialmente o no aporta al significado engañoso del mensaje
	mentira expresa o implícita	afirmación falsa expresa o implícita	+ contexto no refuerza ni complementa el significado engañoso del mensaje
	<i>Silencio</i>	ausencia de mensaje	+ contexto no da un significado relevante a la “no afirmación”

En primer término, se exponen brevemente algunas reflexiones generales acerca sobre los mensajes engañosos. La intensidad o fuerza comunicativa de una afirmación falsa no es una cualidad binaria susceptible de ser reducida a juicios absolutos tales como: esta afirmación “sí es engañosa” o aquella afirmación “no es engañosa”. En realidad,

los mensajes poseen una intensidad comunicativa graduable tanto en el grupo de los «engaños» activos típicos —escritos en rojo en el esquema— como en el grupo de aquéllos que no lo son por “inidóneos” o “no bastantes”.

La intensidad comunicativa de los diversos «engaños» activos depende de dos factores: del modo en que es transmitida la afirmación falsa —expresa o implícitamente— y del específico contexto circunstancial —primer contacto negocial, relación jurídica previa, etc.— en que es transmitido el mensaje. El contexto puede contribuir decisivamente al sentido engañoso del mensaje de afirmaciones falsas implícitas. También puede reforzar la intensidad engañoso de una afirmación falsa expresa, y al revés, disminuir ese potencial desorientador. Cuando el contexto suponga un refuerzo del sentido engañoso de la afirmación falsa, aquél contribuye a la conformación de un «engaño bastante» típico, aunque no necesariamente: los factores “afirmación falsa” + “contexto circunstancial favorable al mensaje engañoso” se encuentran en condiciones de configurar un «engaño» típico, pero no se trata de una fórmula matemática³⁶².

A continuación, y tomando en cuenta las reflexiones que se acaban de manifestar, se procede a explicar el esquema sobre la intensidad graduable de los mensajes engañosos en la estafa. En el umbral más bajo de la intensidad engañoso de una afirmación falsa, se encuentra la mentira, sea ésta expresa o implícita. La simple mentira es atípica por su inidoneidad *ex ante* para producir error en otro³⁶³. Corresponde a una afirmación falsa que por sí sola carece de suficiente potencia para *engañar a otro*, sobre todo si tiene lugar en contextos relativamente neutros³⁶⁴. La mentira constituye un «engaño» no «bastante».

Por sobre la mentira, en un nivel mayor de intensidad engañoso, se encuentran las afirmaciones falsas implícitas y explícitas que, en atención al contexto, configuran

³⁶² En términos afines a los aquí propuestos, CHOCLÁN MONTALVO señala que la distinción entre el acto concluyente y la omisión debe atender al contexto concreto. Considera que tal contexto se compone de: a) la existencia o inexistencia entre las partes de anteriores y continuadas relaciones de negocios; b) los usos generales del tráfico; c) los usos individuales de las partes contratantes. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, p. 137.

³⁶³ La simple mentira no puede reputarse engaño típico, STS de 30 de septiembre de 1988, ponente García Miguel, M. El texto del tipo penal de estafa, a partir de la reforma de Ley de 25 de junio de 1983, ya empleaba la expresión «engaño bastante».

³⁶⁴ Tratándose de una mentira explícita, el contexto es relativamente neutro cuando no refuerza de modo relevante el significado engañoso del mensaje y, en casos de mentiras implícitas, el contexto no proporciona suficiente significado engañoso al mensaje.

«engaños» activos no «bastantes». Así ocurre con la afirmación falsa implícita cuyo contexto neutraliza parcialmente el mensaje engañoso o no contribuye a que el mensaje implícito constituya un «engaño *bastante*». Otro tanto tiene lugar ante una afirmación falsa expresa cuyo contexto neutraliza parcialmente o no refuerza suficientemente el significado engañoso del mensaje explícito.

Tal y como se representa en el esquema, a partir de la mentira, comienza una verdadera “zona gris” en donde la tipicidad de los diversos «engaños» activos depende de su calificación como «bastante»³⁶⁵. La “zona gris” de los «engaños» activos posee un punto claro de referencia. *Ante hipotéticos e idénticos contextos circunstanciales vinculados a una afirmación falsa, la afirmación falsa expresa posee un potencial engañoso mayor que el de la afirmación falsa implícita.*

Coherentemente con el criterio anterior, la *mise en scène* es el paradigma supremo del «engaño» activo expreso, pues corresponde a su versión más intensamente engañosa. Esta específica clase de «engaño» activo se encuentra fuera de la “zona gris” de los mensajes falsos organizados activamente³⁶⁶. Lo anterior se debe a que, en la *mise en scène*, el autor afirma expresa y activamente un contenido de información falsa en un contexto circunstancial —creado o aprovechado por el emisor de la falsedad— que refuerza al máximo la verosimilitud del mensaje. Si el autor de la *mise en scène* se comporta de un modo “inteligente” al escoger esta modalidad de «engaño», utilizará un contexto circunstancial que, en sintonía con el mensaje engañoso expreso, genere la máxima potencia de convicción de la afirmación falsa.

Por debajo de la *mise en scène* y con algo menos de fuerza comunicativa que ésta, se encuentra el «engaño» expreso activo «bastante» en el que, si bien no hay puesta en escena, su autor afirma una información falsa en un contexto que la dota de especial verosimilitud. Si se baja sólo un peldaño en la intensidad engañosa, se encuentra el «engaño» implícito activo «bastante». En él, la afirmación falsa implícita es complementada por un contexto que contribuye al significado engañoso del mensaje³⁶⁷.

³⁶⁵ Los «engaños» activos típicos aparecen en el esquema en color rojo.

³⁶⁶ Por este motivo, aparece con fondo negro en el esquema.

³⁶⁷ VOLK en *JuS* 1981, 880-883 pone en evidencia las serias dificultades de delimitación entre el *silencio* que nada comunica —como modalidad específica de la estafa por omisión— y el «engaño» implícito. Denuncia el excesivo recurso jurisprudencial a las «especiales circunstancias del caso» para distinguir entre ambos extremos. Propone tomar en consideración las circunstancias para determinar la configuración de una posición de garante y, en su caso, para sostener el «engaño» por comportamiento concluyente,

Con la sola excepción de la *mise en scène*, todos los «engaños» activos se encuentran en una “zona gris” donde la intensidad engañosa de cada uno de ellos es graduable. Dentro de dicha zona, tanto la distinción entre «engaños» activos expresos e implícitos, como la diferenciación entre el «engaño» activo «bastante» del que no lo es, presentan contornos difusos. Así, por ejemplo, la emisión de una orden de pago es usualmente considerada como portadora de una declaración implícita de que el servicio por el que se cobra ha sido efectivamente realizado. Sin embargo, hay quienes consideran que casos como éste afirman expresamente que el servicio se ha prestado, pues si así no fuera, no se trataría de una verdadera orden de pago. Algo semejante ocurre cuando el autor de la estafa rinde cuentas sobre los costes de un viaje de trabajo, incluyendo entre éstos el monto correspondiente a un vuelo en primera clase, cuando en realidad viajó en segunda. En este caso, mientras algunos ven un «engaño» activo implícito, otros lo consideran un «engaño» expreso sin que sea necesario que el autor escriba o diga: “Yo viajé en primera clase”³⁶⁸.

Los límites entre el «engaño bastante» y el no-«bastante» no siempre son claros. Las variaciones jurisprudenciales al respecto son claras. En buena parte, se han visto influenciadas por la incorporación —al juicio sobre la idoneidad *ex ante*— del cumplimiento o infracción de las incumbencias de auto-protección de la víctima. De este modo, se estima o desestima el carácter «bastante» del «engaño» en atención, respectivamente, al cumplimiento o incumplimiento de la auto-protección exigible a la víctima. En ocasiones, el TS señala que dicho incumplimiento impide estimar la configuración de un «engaño bastante» en el caso concreto enjuiciado y, coherentemente con esta argumentación, absuelve al autor³⁶⁹. Otras SSTs, en cambio,

³⁶⁸ Partidario del «engaño» expreso en casos como el propuesto, BUNG, GA 2012, pp. 359-360.

³⁶⁹ STS de 3 de mayo de 2000, ponente Giménez García, J. El autor utiliza una tarjeta de crédito ajena para pagar compras. Su «engaño» fue considerado no «bastante» por el TS en atención al incumplimiento de la auto-protección por parte del vendedor, pues no advirtió el engaño, a pesar de que el comprador hizo constar su verdadero nombre y DNI, datos que no coincidían con los de la tarjeta. En el FJ 1º, sostiene el Tribunal que «En el presente caso, el recurrente es cierto que firmó en el talón de la transacción efectuada con la tarjeta de crédito con el nombre del titular de la misma, pero es igualmente cierto que en la factura de la compra de muebles, consta su propio nombre —distinto del nombre del titular de la tarjeta—, y lo que es más relevante, facilitó al empleado de la tienda su propio número de DNI [...]. Una elemental y exigible comprobación por parte del vendedor de que el titular del DNI no se correspondía con el titular de la tarjeta hubiera puesto al descubierto el fraude e impedido la transacción. La omisión de esta diligencia exigible a quien estaba realizando el contrato de compraventa con el recurrente impide que puede estimarse la existencia del delito de estafa, ya que no fue bastante el engaño del recurrente, y si, no obstante, este se produjo por un quebrantamiento del elemental deber de diligencia, comprobación y control exigible al que resultó víctima ya que omitió la debida identificación del portador de la tarjeta y por tanto es esa parte la que debe soportar las consecuencias de su propia y culpable falta de desatención».

reconocen expresamente la importancia que poseen las incumbencias de auto-protección, pero afirman el «engaño bastante» a pesar de considerar probado un serio incumplimiento de la víctima en cuanto a su propia protección^{370 371}.

En las antípodas de la *mise en scène* se encuentra el *silencio*³⁷², entendido como la “no afirmación de información” desprovista de sentido comunicativo. El *silencio* clausura la “zona gris” de los «engaños» activos, encontrándose por debajo de la menos intensa de las afirmaciones falsas. Sin embargo, adoptando una posición “realista” sobre el *silencio*, resulta prácticamente imposible encontrar una “no afirmación de información” que no transmita absolutamente nada. Ello se debe a que las interrelaciones sociales consisten en contactos comunicativos donde se generan continuamente contextos circunstanciales que cargan de significación —eventualmente engañosa— a los más diversos comportamientos, incluido el que consiste en “no entregar información” alguna³⁷³. Por lo tanto, el *silencio* forzosamente posee o adquiere un sentido comunicativo, por tenue que éste sea. En atención a lo anterior, el *silencio* que aquí ha sido caracterizado como la ausencia de mensaje informativo, designa en realidad aquellos casos en los que la “no afirmación de información” posee algún mínimo sentido comunicativo, pero su intensidad es tan baja que el mensaje implícito asociable a la “no afirmación” se considera inexistente.

³⁷⁰ STS de 15 de diciembre de 2015, ponente Jorge Barreiro, A. Se extiende ampliamente sobre el concepto y las consecuencias de la auto-protección de la víctima, en el caso concreto, una entidad bancaria alemana perjudicada por haber aprobado de modo inmediato el pago de 48 cheques girados contra un banco francés. En el FJ 5º reafirma el criterio jurisprudencial por el que «El engaño [...] no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le imponía [...] de una manera simple y normal en los usos mercantiles». Sin embargo, juzga como «bastante» el engaño de los autores a pesar de considerar probado el «exceso de confianza del banco o una relajación de las medidas adecuadas para controlar el riesgo de las operaciones realizadas» al autorizar el pago inmediato de numerosos cheques del banco francés, en circunstancias que «la operativa que tiene prevista el Deutsche Bank para la gestión de cheques [extranjeros] consiste en realizar un abono provisional en la cuenta corriente del cliente, abono que queda retenido automáticamente y no se hace efectivo hasta que el corresponsal del banco extranjero da su conformidad al pago del cheque», lo cual suele tardar de «20 a 25 días». En resumidas cuentas, el TS admite un serio incumplimiento de la auto-protección de la víctima, sin que ello afecte la afirmación de un engaño «bastante».

³⁷¹ Acerca de las consecuencias que cabe asociar al incumplimiento de las incumbencias de auto-protección, *vid. supra* VI.3 D).

³⁷² Conceptualmente, el *silencio* se encuentra (lo mismo en el esquema) fuera de la “zona gris” de los «engaños» activos.

³⁷³ El silencio de un único hecho en el ámbito de una pretensión de totalidad de declaración es un comportamiento positivo, concluyente, CRAMER/PERRON, *StGB*, 2010, §263, n.m. 18.

En consecuencia, el *silencio* que interesa para la configuración de una comisión por omisión de estafa es un “no-«engaño» activo, ni expreso ni implícito”³⁷⁴. Consiste en la ausencia de mensaje engañoso que tiene lugar en un contexto que no dota a la “no afirmación” de un significado relevante en el plano social-jurídico. Este concepto será empleado en el estudio de la comisión por omisión de estafa o, según la terminología que aquí se prefiere, de la comisión de estafa por *silencio*.

³⁷⁴ En el mismo sentido, PÉREZ MANZANO, *Hacia un Derecho penal*, 1995, p. 297, n. 47.

VIII.2. EXPECTATIVAS, DERECHOS Y DEBERES INFORMATIVOS

A) DISTINCIÓN ENTRE EXPECTATIVAS, DERECHOS, DEBERES EXTRA-PENALES Y JURÍDICO-PENALES

Para la construcción dogmática de la estafa por *silencio* es imprescindible contar con criterios que permitan discernir cuándo una determinada relación patrimonial se enmarca exclusivamente en el plano de las expectativas, derechos y deberes extra-penales y cuándo —bajo qué requisitos— una relación de contenido patrimonial puede entenderse como una vinculación integrada propiamente en el ámbito jurídico-penal de expectativas, derechos y deberes patrimoniales. Para abordar esta cuestión, sería ingenuo pretender analizar cada uno de los diversos requisitos extrapenales de los cuales depende la eficacia o ineficacia generadora de expectativas jurídicas, sobre todo en relación con la celebración de actos jurídicos que crean, modifican o extinguen derechos patrimoniales en Derecho privado. Pues bien, en la búsqueda de los criterios que permiten sostener y, si es el caso, rechazar la superposición de una expectativa jurídico-penal sobre otra de carácter jurídica, pero extrapenal, se parte de la base de que los contactos de contenido patrimonial “sí” generan relaciones, derechos y deberes relevantes en el plano normativo extrapenal. En definitiva, la labor se orientará a la exploración de los requisitos que deben concurrir para sostener la relevancia jurídico-penal de ciertas expectativas, derechos y deberes reconocidos por la normativa jurídico-privada, administrativa, etc. Lo anterior requiere criterios para distinguir con la mayor claridad posible entre los derechos, deberes y expectativas informacionales de Derecho privado o público extra-penal y, por otra parte, los derechos, deberes y expectativas de veracidad jurídico-penales.

Conviene tener presente que (1) es posible la generación de una expectativa informacional normativo-socialmente relevante, pese a no encontrarse juridificada; (2) existen también expectativas informacionales juridificadas, pero relevantes sólo extrapenalmente; y (3) en ciertos casos tiene lugar una superposición o solapamiento de una expectativa y derecho informacional extra-penal con otra expectativa y derecho de veracidad jurídico-penal. A la delimitación entre (2) y (3) van dedicados los argumentos que siguen.

La siguiente es una idea relevante para el tratamiento sobre (1), (2) y (3). El titular de la expectativa y derecho de veracidad penal (3) puede depositar legítimamente su confianza en ser protegido ante el riesgo típico de estafa por aquél que, en su favor, se ha constituido como *garante* de hetero-protección informativa o, más brevemente,

como garante de veracidad. El derecho de veracidad permite confiar en ser protegido por el garante de veracidad en el ámbito informativo-patrimonial. Únicamente el titular del derecho a la verdad puede confiar legítimamente en recibir la oportuna y suficiente información verdadera que impida verse en la posición de engañado en un delito de estafa realizado en una comisión por omisión atribuible al *silencio del garante*.

B) EXPECTATIVAS INFORMATIVAS SOCIALES NO JURIDIFICADAS Y EXPECTATIVAS INFORMATIVAS SOCIALES JURIDIFICADAS

Los contactos de contenido patrimonial generan expectativas sociales normativas y juridificadas, u otras de carácter normativo-social, pero no juridificadas. En este segundo grupo se encuentra la generalidad de las expectativas informativas en fase precontractual, pues el Derecho privado no reconoce —como regla general— un derecho ni la correspondiente obligación de informar en las tratativas previas a la celebración de un contrato. Tras la celebración de contratos —sobre todo los nominados— las obligaciones informativas suelen poseer una regulación legal y/o las partes pueden haber pactado sus respectivas obligaciones informativas. Todo ello facilita la afirmación de la juridificación de las expectativas informacionales en fase contractual o, más ampliamente, una vez que ha comenzado una relación dotada de contenido patrimonial.

En la etapa previa a la celebración de un contrato, sin duda hay expectativas sociales informativas que, si bien poseen cierta normatividad social, no se encuentran juridificadas. Sin embargo, es posible sostener que, de modo muy limitado, algunas de las expectativas informacionales precontractuales se encuentran juridificadas y, en virtud de su amparo jurídico-privado, una de las partes es titular de un derecho informacional frente a su contraparte, quien está sometida a una obligación informativa.

Desde la perspectiva que interesa a esta investigación, surgen excepcionalmente obligaciones informacionales en fase precontractual en dos contextos. (1) Cuando una de las partes ostenta una información a la que tiene derecho la contraparte, ya que su ignorancia es determinante para la celebración del contrato. Esta obligación es infringida mediante la no-entrega de información a la parte desinformada *a sabiendas*

de que la abstención la conduce a la celebración del contrato³⁷⁵. (2) Cuando la parte deficitaria de información puede legítimamente confiar en que la contraparte informada le entregará todos los datos que sean relevantes para el consentimiento contractual³⁷⁶.

La definición civil de dolo hace referencia a una conducta activa (art. 1269 CC)³⁷⁷. Sin embargo, es pacíficamente admitido el concepto de *dolo negativo*, *dolo por omisión* o *reticencia dolosa*, términos utilizados indistintamente como sinónimos. La reticencia, como forma de dolo, consiste «en el callar consciente de un contratante cuando según la ley o la *buena fe* le es obligado manifestarse»^{378 379}.

De acuerdo a lo que se viene explicando en los párrafos anteriores, la reticencia en fase pre-contractual es lícita, por regla general. Por lo tanto, no hay un incumplimiento informacional —ni propiamente dolo omisivo— si (a) durante la fase precontractual una de las partes calla acerca de una información relevante patrimonialmente, pero no determinante para la contraparte para la celebración del contrato, y/o (b) en la etapa precontractual la parte que desconoce cierta información relevante patrimonialmente, no puede confiar legítimamente en que su contraparte le proporcionará toda la información necesaria para prestar un consentimiento no viciado. Ahora bien, tanto en (a) como en (b), la parte desinformada puede confiar en recibir más información que aquella de la que dispone, pero se trata de una expectativa social que, por regla general, no está justificada. Se afirma que corresponde a una expectativa social porque “es más” que una esperanza unilateral propia de un individuo determinado y, además, es susceptible de ser generalizada. Sin embargo, se niega el dolo omisivo porque la ley no obliga a manifestarse a aquel que ha callado. La amplitud e

³⁷⁵ Lo que aquí se expresa con los términos *a sabiendas*, CARRASCO PERERA —como exponente de la doctrina civilista— lo denomina *animus decipiendi* en *Derecho de Contratos*, 2010, p. 350.

³⁷⁶ Es interesante observar cómo la doctrina civilista afirma que, en los casos que aquí son examinados, la parte que ostenta la información relevante ocupa una verdadera *posición de garante*, expresión tan socorrida en Derecho penal al estudiar la comisión por omisión, CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 350.

³⁷⁷ Art. 1269 CC: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

³⁷⁸ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 347.

³⁷⁹ La jurisprudencia (civil) también admite el dolo omisivo empleando la terminología de la *reticencia dolosa*. En STS de 29 de marzo de 1994, ponente González Poveda, P., se entiende que el dolo definido en el artículo 1269 CC como vicio del consentimiento contractual no solo comprende «la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos; el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado (...)».

imprecisión del concepto de la *buena fe* podría llevar a considerar en algún caso concreto y excepcional que la parte que ha callado tenía una obligación informacional.

De lo analizado acerca de las obligaciones informacionales en fase precontractual es posible concluir que, por regla general, la parte que dolosamente no informa o no saca del error a su contraparte simplemente frustra una expectativa informativa social no juridificada. Ahora bien, por excepción, una de las partes puede encontrarse sometida a la obligación de informar a su contraparte en fase precontractual. Si aquella incumpliera su obligación informativa mediante reticencia dolosa, quebrantaría su rol de un modo jurídico-privadamente relevante. Si el consentimiento ha sido prestado en virtud de la reticencia dolosa, tiene lugar el denominado dolo o «engaño» *in contrahendo*, cuya consecuencia jurídico-privada es que el contrato es anulable de conformidad con los arts. 1300 ss. CC³⁸⁰. El comportamiento doloso “no-informar” constituye un ilícito civil que legitima a la víctima no sólo para solicitar la nulidad del contrato, sino también la indemnización de los daños que le hubiera provocado el *silencio doloso*³⁸¹.

En este último caso, la parte reticente frustra una expectativa informacional juridificada, por encontrarse amparada por el Derecho privado. Así ocurre en la compraventa, donde el comprador y el vendedor son titulares de expectativas normativas juridificadas de contenido informativo (en el CC español, son reguladas principalmente las obligaciones informacionales del vendedor³⁸²), pues a cada parte se le reconoce un derecho y la correspondiente obligación de proporcionar información, con el objetivo de que las partes puedan conocer aquello que constituye el objeto del contrato, en este caso, la cosa (comprada/ vendida) y su precio. Adicionalmente, los intervinientes en contactos como una compraventa, pueden tener

³⁸⁰ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 358; GÓMEZ CALLE, *Los deberes*, 1994, p. 41.

³⁸¹ STS de 5 de marzo de 2010, ponente O'Callaghan Muñoz, X., con explícita referencia al ilícito doloso omisivo “no informar”.

³⁸² Artículo 1484 CC [*Saneamiento por defectos ocultos*] «El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos». Artículo 1485 CC [*Vicios o defectos ocultos ignorados por el vendedor*] «El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase. Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido».

otras expectativas sociales adicionales de contenido informativo, sin que éstas constituyan derechos u obligaciones informacionales juridificadas.

Las expectativas de contenido informativo, las juridificadas y las que no lo están, pueden coexistir simultáneamente. La combinación de ambas clases de expectativas es un fenómeno común respecto de la información que las partes esperan recibir durante las tratativas preliminares de los contactos negociales en los que intervienen.

Para favorecer la comprensión de lo que se intentará transmitir, se propone el ejemplo “Podólogo”.

Un podólogo profesional atiende a un paciente nuevo en su consulta particular. El paciente padece dolores constantes en ambos pies y, en ocasiones, en la musculatura cercana a las articulaciones del tobillo. En la primera cita, el profesional realiza una exploración física y practica un análisis psico-motor. En la segunda sesión, el podólogo prescribe el uso de unas plantillas a medida que corregirán la pisada del paciente y pronostica que los dolores remitirán hasta su total desaparición. En carteles pegados en las paredes de la sala de espera y en la página web del “Centro de Salud del Pie”, se informa sobre los costes de la atención médica según el número de visitas y su duración. En ambos soportes se indica también el valor monetario de la confección de plantillas a medida.

En esta interacción, en gran medida estereotipada, podólogo y paciente saben a qué atenerse —cómo orientarse— en el contacto profesional descrito y que posee una clara dimensión patrimonial. En cuanto a las expectativas informativas precontractuales de las partes, sólo se encontrarían juridificadas las que versan sobre el servicio profesional y su precio, elementos fundamentales respecto de los cuales se presta consentimiento. Las expectativas informativas del paciente se ven cumplidas casi en su totalidad mediante los carteles y web mencionados, sumados a la explicación personalizada del profesional sobre el diagnóstico y el tratamiento prescrito. Por su parte, la información que el paciente debe aportar se refiere a sus propias dolencias, antecedentes médicos, edad, etc.

Eventualmente, podrían existir expectativas informativas adicionales, como cuando un paciente quiere (y “espera”) conocer detalles acerca de los materiales con los que se confeccionan las plantillas. Esta expectativa no se encuentra juridificada en fase precontractual, por lo que su frustración en dicha etapa no permite sostener el incumplimiento de una obligación jurídico-informacional propiamente dicha. Si el

paciente no fuera informado sobre detalles referidos a los materiales de sus plantillas, no podrá alegar que ha sido engañado sobre esa información, pues su expectativa de ser informado sería difícilmente catalogable como relevante socialmente y, en todo caso, no corresponde a expectativa juridificada por el Derecho privado. Sin embargo, las partes podrían reconfigurar su relación podólogo-paciente y, en virtud de la reconfiguración, el profesional podría someterse de un modo intersubjetivamente inequívoco a la obligación de confeccionar las plantillas con un material determinado y de informar al paciente sobre este aspecto.

Como ya puede advertirse, es inmenso el espectro de datos que podrían ser requeridos y considerados importantes por un paciente determinado. En muchas ocasiones, sus expectativas de información sobre datos que él considera relevantes no tienen carácter normativo ni parece posible caracterizarlas como expectativas sociales, por no ser intersubjetivamente generalizables. Tal sería el caso de un paciente que no sólo espera recibir información sobre el material de las plantillas que utilizará, sino además el nombre específico de la empresa que las produce y alguna garantía de que dicha empresa respeta las normas medioambientales en su proceso de producción. Del mismo modo debe juzgarse la expectativa de un paciente que, cada vez que ingresa a la sala de la consulta del podólogo, solicita información sobre la temperatura exacta de la habitación en la que es atendido. En supuestos en los que una de las partes de la relación de contenido patrimonial espera (unilateralmente) recibir información que supera el estándar pactado o el habitual para el correspondiente contacto comercial — sin que medie una reconfiguración inequívoca de las respectivas obligaciones informativas—, la “frustración” de esta pseudo-expectativa informativa carece de relevancia jurídico-privada y, en consecuencia, tampoco será penalmente relevante. Siguiendo con el ejemplo, si el profesional a quien se demanda esta clase de información decidiera no dar respuesta a las preguntas anteriores, ya sea por considerarlas impertinentes, por prisa ante la necesidad de atender a otros pacientes o, simplemente, adujera desconocimiento de los datos específicos —sin importar el conocimiento o desconocimiento efectivo de esa información—, no incumple una obligación informativa ni tampoco frustra una expectativa socialmente relevante en el plano informativo. El silencio por el que no se informa a quien ostenta una pseudo-expectativa informativa —no corresponde siquiera a una expectativa normativa social—, jamás podrá llegar a ser relevante en el plano jurídico-penal a título de estafa en comisión por omisión.

C) ASPECTOS NORMATIVOS JURÍDICO-PRIVADOS Y PENALES DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO. LA ASIMETRÍA INFORMATIVA

La protección normativa de un objeto determinado puede estar regulada por normas extrapenales, fundamentalmente de Derecho privado, y, adicionalmente, por normas penales³⁸³. Tal es el caso del patrimonio. A las normas civiles, mercantiles, etc. se superponen otras de naturaleza jurídico-penal, en una suerte de solapamiento que tiene lugar cuando unas y otras coinciden en su objeto de protección. Cuando tiene lugar esta superposición, se trata de una coincidencia parcial, pues los derechos, deberes y expectativas protegidos penal y extrapenalmente no son plenamente idénticos. Si así fuera, el amparo penal sería ilegítimo por contravenir los principios de fragmentariedad y subsidiariedad que conforman el Derecho punitivo. Sería ilegítima una protección duplicada —penal y jurídico-privada— de una expectativa ya amparada eficazmente por la normativa extrapenal.

La constatación de que tanto normas extrapenales como penales regulan y protegen el patrimonio, indica que se trata de un amparo patrimonial concebido en términos “no idénticos” o, con otras palabras, una y otra tutela normativa se refieren a aspectos patrimoniales distintos entre sí. La subsidiariedad y la fragmentariedad son respetadas en la medida en que pueda sostenerse que la sola protección extrapenal resulta insuficiente para el amparo de las expectativas que la sociedad reclama y, concretamente, la tutela penal es necesaria para dar respuesta a la demanda social de protección patrimonial. En definitiva, es posible legitimar razonablemente la superposición de normas extrapenales protectoras del patrimonio con otras normas de naturaleza jurídico-penal que también lo amparan, tal y como ocurre con la protección penal del patrimonio por medio del delito de estafa.

Sin pretender una descripción exhaustiva, la regulación extrapenal ampara el patrimonio mediante la imposición excepcional de deberes precontractuales y la general imposición de obligaciones contractuales de información, con la regulación de los vicios del consentimiento y, sobre todo, estableciendo mecanismos jurídico-

³⁸³ En el texto, el calificativo “no penal” es referido a derechos, normativas y expectativas, como sinónimo de “extrapenal”, “jurídico-privado” y “de Derecho privado”. Se trata de un recurso terminológico limitado, pues la normativa extrapenal referida al patrimonio no siempre forma parte del Derecho privado, *v.gr.* regulaciones administrativas que afectan al patrimonio. Sin embargo, se ha optado por utilizar estas expresiones como si fueran sinónimas con el fin de designar derechos, normativas y expectativas como fenómenos enmarcados fuera del Derecho penal. En todo caso, el foco de atención se encuentra en los aspectos normativos jurídico-privados en sentido estricto y en la protección *penal* del patrimonio.

privados orientados principalmente, aunque no en exclusiva, a la consecución de la indemnidad patrimonial de quien se ha comportado diligentemente. Así, previa asignación de responsabilidad a quien ha incumplido la normativa extrapenal correspondiente, las reivindicaciones, resolución de actos jurídicos, ejecución forzada de obligaciones, indemnización de perjuicios patrimoniales y morales (en sede contractual y extracontractual), tienen como finalidad genérica que el patrimonio perjudicado quede indemne o, si se prefiere, que la parte afectada quede en una posición jurídica y económica tal como si no hubiera ocurrido el incumplimiento de la normativa jurídico-privada. Así ocurre, por ejemplo, cuando se cumple cabalmente una sentencia judicial civil o mercantil por la que se anula un contrato viciado en el que una de las partes engañó a la contraria y se condena a la parte que se valió de «engaño» a indemnizar todos los perjuicios provocados a la víctima del ilícito civil-mercantil de estafa.

El Derecho privado estabiliza expectativas institucionalizadas, pero éstas poseen un carácter marcadamente individual. Así ocurre, en el ámbito patrimonial, con la expectativa patrimonial de ser indemnizado en caso de sufrir daños y aquella por la que se reclama el cumplimiento forzado de una obligación cuando la contraparte incumple su obligación. El Derecho penal también estabiliza expectativas normativas referidas al patrimonio, pero éstas —si bien interesan individualmente al ciudadano interesado— sobre todo garantizan expectativas normativas de carácter general y en directa conexión con los fines de la pena, la cual constituye el principal factor o mecanismo estabilizador de expectativas del Derecho punitivo. Cada ciudadano, por mucho que vele por sus intereses individuales, comparte con la generalidad de los integrantes de una sociedad la expectativa normativa de que en dicha sociedad se fomente una actitud respetuosa de ciertos bienes —vida, libertad, patrimonio, etc.—, se disuada a potenciales delincuentes y, de ser posible, éstos sean resocializados mediante el recurso a la sanción penal o, en su caso, a medidas de seguridad.

En el ámbito específico de la estafa, el ciudadano no sólo espera que se castigue penalmente a aquél que haya atacado la esfera personal patrimonial de la que es titular —sin olvidar sus expectativas normativas extrapenales orientadas a que su patrimonio resulte indemne—. El ciudadano posee adicionalmente una expectativa normativa jurídico-penal de que también sean sancionados todos aquellos que infrinjan la prohibición de estafar y afecten de este modo el patrimonio de otras esferas de organización. En definitiva, las expectativas normativo-penales jamás son

exclusivamente individuales. Sí pueden serlo, en cambio, las extrapenales de Derecho privado.

Presenta cierto interés tratar, aunque sólo sea brevemente, la importancia de las asimetrías informativas entre las partes que intervienen en contactos de contenido patrimonial. Las obligaciones informacionales jurídico-privadas no son necesariamente bilaterales y, cuando lo son, pueden ser equivalentes o no serlo. Las obligaciones de informar reducen la asimetría informativa entre quienes intervienen en el correspondiente contacto negocial. Estas obligaciones, si bien disminuyen la desigualdad informativa, no logran eliminarla del todo. Lo anterior se debe a que una perfecta simetría informativa entre las partes que intervienen en contactos de contenido patrimonial es algo así como un *desideratum* imposible de ser conseguido en la realidad concreta. Por otra parte, la asimetría informativa no constituye —al menos no necesariamente— un factor negativo. Que unos sepan mucho o, simplemente, más que otros sobre los diversos negocios es un factor constitutivo del mercado y un importante “motor” de las interacciones de contenido patrimonial. Las obligaciones informacionales no pretenden una paridad perfecta entre los acervos informativos de quienes participan en el contacto o relación de contenido patrimonial. Es más, esta clase de expectativa informativa puede estar presente en contextos negociales en los que la asimetría informativa puede ser especialmente acusada y, en cierto sentido, insuperable en atención a la dificultad técnica del asunto, entre otras posibles causas. En esta clase de contextos, la tutela jurídico-privada del interés de la parte que posee menos información resulta especialmente apremiante, pero en caso alguno pretende poner a los intervinientes en pie de igualdad informativa.

VIII.3. SILENCIO Y ENGAÑO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

A) LA DISCUSIÓN ALEMANA Y DE HABLA HISPANA SOBRE LA ESTAFA POR OMISIÓN

1. Visión de conjunto

La discusión doctrinal alemana sobre la comisión por omisión de estafa posee una trayectoria y desarrollo que la diferencian notablemente del debate en lengua castellana. Es notable el esfuerzo de la doctrina alemana por tratar la cuestión mediante argumentos interpretativos y dogmáticos. Jurisprudencia y doctrina analizan numerosos supuestos de hecho, las diversas leyes que imponen deberes informativos, etc. El *modus operandi alemán* ha generado un amplio abanico de propuestas y una cantidad ingente de soluciones casuísticas no siempre fundamentadas de manera satisfactoria. Sin embargo, en medio de este panorama es posible sostener que un grupo reducido de autores niega la comisión por omisión de estafa³⁸⁴ y una mayoritaria adhesión doctrinal a esta figura³⁸⁵. Numerosas sentencias reflejan la dominante orientación proclive a la estafa omisiva³⁸⁶.

Por su parte, la doctrina penal en lengua castellana, salvo alguna excepción digna de elogio³⁸⁷, ha prestado poca atención a la modalidad omisiva de la estafa. Los escasos textos en los que es mencionada se limitan a manifestar su aceptación o rechazo a esta figura, proporcionando algún argumento como respaldo a la posición adoptada. Pese a las serias limitaciones que acompañan a este segundo modo de tratar la estafa por omisión, es posible sostener que un sector minoritario admite la comisión por omisión³⁸⁸ y, como contrapartida lógica, existe una importante tendencia a negar esta

³⁸⁴ BOCKELMANN, *Schmidt-FS*, 1961, pp. 437 ss; GRÜNWARD, *Mayer-FS*, 1966, p. 291; HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 72; HÖRNLE, *Límites*, 2012, p. 93; KAISER, *NJW* 1971, p. 601; KARGL, *ZStW*, t. 119 (2007), pp. 250-289; MAYER, *A.T.*, 1953, p. 152; NAUCKE, *Zur Lehre*, 1964, pp. 106 ss., p. 214; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 390 ss.; TRIFFTERER, *JuS* 1971, 181.

³⁸⁵ CRAMER/PERRON, *StGB*, 2010, §263, n.m. 18.; EISELE, *B.T. II*, 2015, n.m. 528; HEFENDEHL, *MK-StGB*, 2003, §263, n.m. 141; KAMBERGER, *Treu und Glauben*, 1996, p. 229; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, nn.mm. 147-150; LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, n.m. 52; MAAB, *Betrug*, 1982, p. 35; MITSCH, *B.T. II*, 2015, p. 265; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 2002, §51, nn.mm. 18-19; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, pp. 106 ss.; SEIBERT, *Die Garantienpflichten*, 2007, pp. 361 ss.; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 61; TRÖNDLE/FISCHER, *KK*, 2003, §263, n.m. 25.

³⁸⁶ BGHSt 16, 120 (121); 39, 392 (398); BayObLG, *NJW* 1987, 1654. Comentarios de sentencias en las que se condena por estafas en comisión por omisión, HELLMANN, *JA* 1988, p. 73, 79; RENGIER, *JuS* 1989, pp. 802-808.

³⁸⁷ Sin duda, la propuesta mejor orientada acerca de la comisión por omisión de estafa es la de PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, pp. 218-223 y p. 358.

³⁸⁸ BALMACEDA HOYOS, *RDUV*, 2011, pp. 59-85; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Indret (3)*, 2006, p. 6; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *P.E.*, 1999, pp. 396 ss.; GARRIDO MONTT, *P.E.*, 2008, p. 322; GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1985, p. 338; PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, pp. 218-223; PERDOMO TORRES, *Posición de garante*, 2008,

modalidad comisiva³⁸⁹. Sin embargo, en el ámbito jurisprudencial, el TS español y algunas audiencias provinciales han dictado sentencias condenatorias a título de estafa en comisión por omisión³⁹⁰.

2. Argumentos contrarios a la comisión por omisión del delito de estafa

Los argumentos que se han sostenido para negar la comisión por omisión del delito de estafa son, desde la perspectiva sostenida en esta tesis, superables. Los dos primeros —i. argumento histórico y ii. incompatibilidad del dolo directo y la comisión omisiva de estafa— son mencionados simplemente para dar noticia de su existencia, pues corresponden a objeciones en desuso y de escaso apoyo. El tercer argumento —iii. error preexistente y óbice cronológico—, en cambio, posee mayor relevancia en cuanto a su influencia y respaldo doctrinal.

En este apartado específico, los argumentos que la doctrina alemana y española han esgrimido contra la estafa en comisión por omisión son expuestos escuetamente. Aunque algún asunto será rebatido en el presente apartado, por regla general, se ha preferido remitir a otros pasajes de la tesis en los que se propone una solución a las respectivas objeciones.

i. Argumento histórico

Contra la modalidad omisiva del delito de estafa, la doctrina alemana ha planteado un argumento “histórico”. La estafa por omisión debiera ser rechazada porque el “legislador histórico” no tuvo en cuenta esta posibilidad comisiva³⁹¹.

En la actualidad, este argumento no es invocado usualmente, pues contradice prácticamente todas las teorías interpretativas (objetivas) comúnmente aceptadas en Derecho penal³⁹².

p. 671; PIÑA ROCHEFORT, *Fraude de Seguros*, 2006, p. 83; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *P.E.*, 2004, pp. 425, 432.

³⁸⁹ ANTÓN ONECA, *Estafa*, 1958, pp. 56-90; BAJO FERNÁNDEZ, *D.P.P.E.*, 1987, p. 170, n. 34; BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, 2004, p. 74; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, pp. 140 ss.; MUÑOZ CONDE, *P.E.*, 2010, p. 432; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 449, aunque su rechazo no es absoluto; PÉREZ DEL VALLE, *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, pp. 373-399; VALLE MUÑIZ, *El Delito de Estafa*, 1987, pp. 179-182.

³⁹⁰ STS, sección 1ª, de 4 de enero de 2010, ponente Bacigalupo Zapater, E.; APV, sección 2ª, de 25 de octubre de 2010, ponente Ortega Lorente, J.M.

³⁹¹ NAUCKE, *Zur Lehre*, 1964, pp. 207 ss.; MAYER, *A.T.*, 1953, pp. 152 ss.

³⁹² LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, n.m. 52.

La objeción histórica es superada fácilmente si se toma en cuenta que el §13 StGB alemán también manifiesta la voluntad del legislador y abarca —de acuerdo con la doctrina dominante— el delito de estafa³⁹³.

ii. Incompatibilidad del dolo directo y la comisión omisiva de estafa

Un sector muy minoritario de la doctrina alemana ha argumentado que el delito de estafa requiere dolo directo de primer grado. Esta exigencia y la imposibilidad de que el dolo directo se cumpla en la comisión por omisión de estafa se encuentra vinculada a la caracterización de la estafa como delito de resultado cortado y de tendencia interna intensificada³⁹⁴.

Esta objeción a la comisión omisiva del delito, sin embargo, no resulta convincente sobre todo si se concibe la estafa como un delito doloso de resultado. Esto explica las escasas referencias a este argumento, pues es perfectamente posible sostener la configuración del dolo directo de primer grado, sobre todo si se asume un concepto cognoscitivo de este elemento subjetivo del tipo³⁹⁵.

En la actualidad, es mayoritaria la consideración de que el delito de estafa requiere dolo, ya sea directo o eventual, y que ambas clases de dolo son compatibles con la comisión omisiva de este delito. Aunque los matices son abundantes, el dolo es concebido como la consciencia o conocimiento (*Bewusstsein*) de que se informa falsamente —dolo de la comisión activa— o no se declara a quien tiene derecho a recibir la información verdadera —dolo de la comisión por omisión—³⁹⁶.

En términos generales, ahora no sólo referidos a la comisión omisiva, la jurisprudencia española admite también el dolo eventual para la realización típica del delito de estafa³⁹⁷. Para la afirmación del dolo, debe ser posible atribuir al autor el

³⁹³ Vid. *supra* VIII.1., acerca de la exclusión de la estafa del ámbito de aplicación del art. 11 CP español por tratarse de un delito de menos determinados. Parte de la doctrina chilena considera que la falta de una cláusula de equivalencia entre delitos realizados por acción y por omisión dificulta la admisibilidad de la comisión de delitos por omisión, en general. Así, MAYER LUX, *R.C.D.*, 2014, p. 1029. En este sector doctrinal se encuentran CABRERA GUIRAO/ CONTRERAS ENOS, *El engaño*, 2009, pp. 92 y ss., 102, con referencia a la estafa por omisión.

³⁹⁴ RUNTE, en *Jura* 1989, pp. 128-135.

³⁹⁵ LACKNER trata acerca de este argumento y lo soluciona en un sentido próximo al indicado, LACKNER, *LK-StGB*, §263, 1988, n.m. 52; SAMSON/ GÜNTHER, *SK-StGB*, 1975, n.m. 41. KINDHÄUSER arremete contra el dolo finalista y señala que este elemento no necesariamente debe ser concebido como una supradeterminación final de un curso causal, pues basta con que este elemento permita entender el modo en que se comporta el autor de una comisión por omisión, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, n.m. 144.

³⁹⁶ KINDHÄUSER, *B.T. II*, 2014, §27, n.m.2. En términos semejantes, PAWLIK, *StV* 5/2003, pp. 297-301.

³⁹⁷ Atendida la trascendencia del caso “Aceite de Colza”, basta con citar la STS de 23 de abril de 1992, ponente Bacigalupo Zapater, E. Buena muestra de la mantención del criterio jurisprudencial sobre la admisión del dolo

conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo de estafa, entre éstos, también el perjuicio. Este dolo de perjuicio se cumple, según la jurisprudencia alemana, cuando el autor consiente en el peligro para el patrimonio ajeno³⁹⁸.

iii. Error preexistente y óbice cronológico

La comisión por omisión de estafa presenta la peculiaridad de que siempre (necesariamente) el error del engañado preexiste al comportamiento típico del autor del delito. Frente a la preexistencia del error del engañado, parte de la doctrina puntualiza que la mera utilización de un error preexistente no constituye el «engaño» (*Täuschung*) del § 263 StGB³⁹⁹. Por su parte, la jurisprudencia alemana también sostiene que el mero uso de un error preexistente —*Ausnutzen eines Irrtums*— no configura la noción de «engaño».

Siendo cierto que la doctrina y jurisprudencia alemana descartan la tipicidad de la *mera utilización del error preexistente*, este rechazo se debe al criterio de que sólo utiliza un error preexistente —de modo relevante para el tipo de estafa— quien ocupa una posición como garante de veracidad. Efectivamente, el uso de un error por parte de quien no es garante de veracidad es atípico a título de estafa en comisión por omisión⁴⁰⁰.

La negación de la comisión omisiva de estafa por la preexistencia del error suele coincidir con la concepción predominantemente psicológica sobre este elemento. Suele ser definido como la falsa representación sobre hechos externos a la consciencia del engañado⁴⁰¹. Esta clase de error propicia una interpretación del tipo según la cual, el comportamiento del autor debe generar el estado psíquico de inadecuación entre la representación del engañado y la realidad. Sin embargo, numerosos autores compatibilizan el concepto psicológico de error con la admisión de la comisión de

eventual en la comisión típica de estafa, STS de 15 de julio de 2016, ponente Colmenero Menéndez de Luarca, M. (FJ2º).

³⁹⁸ BGHSt. 48,331 (346 y ss); KLESCZEWSKI, B.T., 2016, § 9, n.m. 88.

³⁹⁹ KLESCZEWSKI, B.T., 2016, §9, n.m. 43.

⁴⁰⁰ Así, *v.gr.* quien se da cuenta que una cajera del banco le ha entregado dinero en exceso y se lo queda, *no engaña*, OLG Köln NJW 1980, p. 2366; BOCKELMANN, *Schmidt-FS*, 1961, pp. 445, 457 también negaría la estafa, pues la utilización de un error no provocado por el autor es impune.

⁴⁰¹ MITSCH, B.T. II, 2015, p. 286; del mismo modo, RANFT, *Jura* 1992, pp. 66, 68; RENGIER, B.T. I, 2014, n.m. 40. Una interesante exposición sobre los diversos conceptos de error utilizados por la doctrina alemana en FRISCH, *Bockelmann-FS*, 1979, p. 647 ss. Explica cómo el concepto de error de AMELUNG (GA 1977, 1-2, 17) incluye la «falsa representación» y, también, el «desconocimiento».

estafa por *silencio* por el que un garante oculta los hechos verdaderos que deben ser declarados⁴⁰².

En la doctrina hispana, el argumento por el que suele ser rechazada la tipicidad del *silencio* ante un «engaño» o error precedente ha sido bautizado como *óbice cronológico*. Consiste en la exigencia de que el error del engañado (efecto) sea cronológicamente posterior al «engaño» activo del autor (causa). Si el autor realizara activamente el comportamiento *engañar a otro*, en circunstancias en las que el error del engañado precediera al «engaño» obrado por el autor, el *óbice cronológico* impediría la afirmación de un grado de desarrollo de la conducta típica más allá de la tentativa.

Este *óbice* tiene sentido como argumento para negar que la omisión del garante de veracidad satisface los requisitos típicos de la estafa si se adopta la visión tradicional de este delito, según la cual, el comportamiento prohibido únicamente consiste en *engañar a otro causando su error*. Pese a ello, el obstáculo cronológico es superado por quienes sustentan la doctrina tradicional señalando que el «engaño» (activo) no debe vincularse tanto con el nacimiento del error sino, más bien, con su no-eliminación. También se soslayaría el referido *óbice* puntualizando que, para sostener la concatenación causal en casos de *error precedente*, bastaría con que la disposición patrimonial por error sea posterior al «engaño»⁴⁰³.

El *óbice cronológico* no constituye un argumento convincente para excluir la tipicidad del «engaño» activo ni tampoco del *silencio* del garante de veracidad ante un error preexistente. Cuando se trata de la comisión activa del delito de estafa —*engañar a otro*—, el *óbice cronológico* no constituye un aspecto problemático que cuestione la tipicidad de la conducta del autor. Lo anterior se debe a que, pacífica e implícitamente, es aceptada la tipicidad de una conducta engañosa que confirma o refuerza un error previamente presente en el acervo informativo del engañado. Debiera procederse del mismo modo cuando se trata de juzgar la tipicidad de la comisión por omisión de estafa, al menos en cuanto a evitar una negación *a priori* de que quien padece el error preexistente pueda ocupar la posición de engañado cuando el garante adopta una

⁴⁰² Entra en consideración una estafa en comisión por omisión cuando el omitente tiene un deber de realizar una declaración activa para evitar el error ajeno o, cuando éste ya se encuentre en el engañado, removerlo, MITSCH, *B.T. II*, 2015, pp. 268-269.

⁴⁰³ BAJO FERNÁNDEZ/ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ, *P.E.*, 1993, p. 281.

actitud de *silencio*, en la medida en que el titular del acervo informativo afectado tenga derecho a recibir del garante la oportuna y suficiente información verdadera.

En cuanto al riesgo típico, nada impide considerar que, ante errores preexistentes, tanto el «engaño» activo como el *silencio* del garante incrementan o desestabilizan el riesgo de que el engañado realice una disposición patrimonial perjudicial⁴⁰⁴. La elevación del riesgo por sobre el nivel permitido —incremento particularmente claro en casos de error preexistente—, otorga un fundamento para la afirmación de la tipicidad del «engaño» activo y también del *silencio* del garante⁴⁰⁵.

B) CONTENIDO DEL DEBER DEL GARANTE EN LA ESTAFA POR OMISIÓN

De la discusión alemana sobre la estafa por omisión, presenta especial interés la referida al contenido del deber del garante (autor) de la estafa omisiva. Sobre este particular, existen dos visiones fundamentales. La primera de ellas concibe el deber del garante como un *deber de evitación del resultado de daño patrimonial*⁴⁰⁶, en sintonía con una concepción del delito de estafa como la *producción dolosa de un perjuicio patrimonial*. La segunda visión postula que el contenido del deber del garante es un *deber de veracidad* vinculado al patrimonio de la potencial víctima del delito⁴⁰⁷. Desde este punto de vista, el cometido y el contenido del deber no es otro que *proporcionar información veraz* al potencial engañado para evitar que éste o la víctima sufra un *perjuicio patrimonial derivado de una disposición patrimonial condicionada por error*⁴⁰⁸. Esta segunda perspectiva resalta la falta de libertad de la víctima que, *engañada*, realiza una disposición patrimonial perjudicial o *autolesiva*.

⁴⁰⁴ PÉREZ MANZANO, *Hacia un Derecho penal*, 1995, pp. 285-309; PÉREZ DEL VALLE, *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, p. 380. PÉREZ DEL VALLE considera los casos de error preexistente como supuestos de concurrencia de riesgos. Parece aludir a la existencia del *riesgo de disposición patrimonial condicionada por error* en virtud de la conducta del autor que genera el error o lo mantiene mediante omisión (engaño activo y omisivo respectivamente, según su terminología) y, por otra parte, el riesgo derivado de la información falsa o “error preexistente” de la víctima (p.389).

⁴⁰⁵ *Vid. supra* IV.4 E).

⁴⁰⁶ SEIBERT, *Die Garantenpflichten*, 2007, pp. 361 ss.; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 51. Esta visión presenta algunos problemas de delimitación con el deber relevante para el delito de administración desleal, art. 252 CP español o *Untreue* §266 StGB.

⁴⁰⁷ HEFENDEHL, *MK-StGB*, 2003, n.m. 146; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, nn.mm. 147-150; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, pp. 127-128, 135-137, p. 139.

⁴⁰⁸ En un sentido muy próximo, PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, p. 134, pp. 218-223. La autora puntualiza que el derecho a la verdad no es el objeto de protección del delito, sino la designación de la expectativa que tiene la víctima de que el autor cumpla con sus deberes de veracidad ya sea proporcionando información veraz o, según sea el caso, absteniéndose de mentir. Propone abandonar las distinciones comitivas de estafa y asumir un sistema centrado en la lesión de deberes de veracidad. Intenta construir el engaño típico

De acuerdo con la segunda de estas visiones, el deber del garante en la estafa corresponde a un *deber de declaración*⁴⁰⁹. En la presente investigación se adhiere a esta visión y se considera que el comportamiento antijurídico del garante no consiste en la infracción de un amplio deber de cuidado patrimonial, como en la *Untreue* alemana o el delito de administración desleal español. La infracción de la prohibición penal de estafar —cometida omisivamente por un garante— consiste en *no haber evitado un perjuicio patrimonial condicionado por un error («engaño»)* mediante el cumplimiento de un deber de veracidad o de declaración⁴¹⁰. El garante, por tanto, no cumple su deber de veracidad impidiendo “de cualquier modo” la disposición patrimonial perjudicial del *engañado*, sino proporcionándole oportuna y suficiente información verdadera. Excepcionalmente, el garante puede disuadir al engañado de realizar la disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño» y animarle a realizar otra no perjudicial o, incluso, a no realizar disposición alguna. Si, en tal caso, el objeto sobre el que recaía el «engaño bastante» deja de estar disponible para el engañado, el garante habría cumplido su deber sin prestar una declaración veraz neutralizadora del «engaño»⁴¹¹.

C) ORIGEN NORMATIVO DEL *DEBER DE DECLARACIÓN* DEL GARANTE

En la órbita alemana e hispano-parlante, la doctrina y la jurisprudencia citan los siguientes fundamentos normativos del deber de declaración del garante: a) Imposición legal de un deber de declaración; b) Deber de declaración derivado de una *especial relación de confianza* entre el garante y la víctima; c) Deber de declaración fundamentado en el principio de buena fe (*aus Treu und Glauben*); d) Asunción del deber de declaración en virtud de una asunción contractual; e) Deber de declaración en virtud de una injerencia informativa. La explicación acerca de los fundamentos d) y e) demanda un estudio más profundo y extenso⁴¹².

a) **Imposición legal de un deber de declaración**

Mientras la doctrina española no ha prestado atención a la relevancia penal de obligaciones informativas extra-penales, en la discusión alemana rige el criterio por

a partir de la idea de la infracción del autor de los deberes de veracidad propios de la posición que ocupa en la relación económica.

⁴⁰⁹ SATZGER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 79.

⁴¹⁰ LACKNER/KÜHL, *StGBK*, 2011, §263, n.m.18.

⁴¹¹ *Vid. supra* V.3. B)

⁴¹² *Vid. infra* VIII.4. C) y VIII.4. D).

el cual determinados deberes de informar impuestos por ley constituyen al obligado informacional en un genuino garante de veracidad. Los beneficiarios de la prestación de información son el Estado en su dimensión económica-patrimonial o la contraparte en un contrato regulado legalmente.

Son numerosos los deberes de declaración impuestos por ley, cuya infracción omisiva se considera constitutiva del comportamiento típico de estafa. Sin pretender una enumeración exhaustiva, pertenece a este grupo el deber informativo del mandatario a su mandante⁴¹³; o la obligación del asegurador de declarar su insolvencia al asegurado y el deber del tomador de un seguro de informar las circunstancias que elevan el riesgo después de la celebración del contrato⁴¹⁴.

Entre los deberes de información que nacen en virtud de una disposición legal se encuentran aquellos nacidos de una relación de Derecho público en la que el Estado otorga prestaciones a determinados ciudadanos. En estos casos, se considera que el beneficiario tiene el deber de colaborar e informar, como contrapartida a su derecho a la prestación. Así, *v.gr.* el beneficiario de una prestación de dinero del paro debe comunicar la obtención de trabajo⁴¹⁵.

Es llamativa la total ausencia de un cuestionamiento crítico frente a la consideración de que la infracción de un deber legal de informar realiza una infracción jurídico-penalmente relevante de la prohibición penal de estafar⁴¹⁶. No parece aceptable que el establecimiento legal de una obligación informativa justifique de modo suficiente la condición de garante de veracidad del obligado a informar y que éste sea considerado autor de un delito de estafa cuando dolosamente omitiera el cumplimiento de su obligación. Este modo de operar parece ser un vestigio de las teorías que defendían

⁴¹³ §666 BGB, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 158; LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, n.m. 60; CRAMER/PERRON, *StGB*, 2010, §263, n.m. 21.

⁴¹⁴ §16 WG y §27 Abs. 2 VVG, respectivamente; *cfr.* LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, n.m. 60.

⁴¹⁵ §143 Abs. 1 AFG. Los parientes y la sucesión deben informar al órgano asegurador sobre la muerte del beneficiario y están obligados al reembolso de la prestación (§99 S. 2 SGB X); no alcanza este deber a quien lleva la cuenta del beneficiario de la prestación y después de su muerte retira importes de dinero de la cuenta del difunto, pues no existe una relación jurídica con el prestador. Por otra parte, el deber de informar del empleador según (§28^a SGB IV) es considerado un deber de garante, incluso si el empleo tuviera carácter ilegal, LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, nn.mm. 60-61. En cambio, no se generaría una posición de garante para las partes que intervienen en un proceso como parte, ni tampoco para los testigos, pues su deber sólo lo tienen frente al tribunal §§138, 392 ZPO, 57, 66c StPO, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 158. De otra opinión respecto del deber de veracidad del testigo y de las partes en proceso civil, LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, n.m. 60.

⁴¹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* VIII.2. A) y VIII.4. G).

las fuentes formales del deber jurídico como fundamento suficiente de las posiciones de garante⁴¹⁷.

b) Deber de declaración derivado de una especial relación de confianza entre el garante y la víctima

La doctrina alemana partidaria de la comisión por omisión de estafa suele exigir una *relación especial de confianza* entre el autor y la víctima del delito⁴¹⁸. Mediante este requisito, sólo es autor de la estafa omisiva quien debe cumplir una obligación informativa derivada de una *relación de confianza especial*. Esta vinculación de *confianza* —dotada de cierta continuidad temporal— puede tener su origen en negocios jurídico-privados (contratos, en su mayor parte) o provenir de relaciones entre particulares y el patrimonio estatal⁴¹⁹.

Cuando la obligación informativa deriva de una cláusula específica de un contrato, resultaría innecesario el requisito de una *especial relación de confianza* “duradera”, pues dicha cláusula generaría directamente un compromiso de asunción. En consecuencia, la relevancia penal del incumplimiento informativo sólo requiere una *especial relación de confianza* entre el autor y la víctima de la estafa omisiva, cuando la obligación informacional deriva del contrato “como un todo”. Así, *v.gr.* la asociación mantenida por años; los contratos de asesoramiento prestado por abogados, asesores fiscales, defensores penales; contratos de valores con instituciones bancarias,

⁴¹⁷ Durante algún tiempo los deberes jurídicos relevantes para los delitos de omisión se fundamentaron de modo *puramente formal* en atención a su origen (ley, costumbre, contrato, hacer precedente), *cfr.* BGH 2, 150 (153); 19,167 (168); asimismo, MAYER, *P.G.*, 1915, pp. 239-240; sobre el desarrollo histórico de esta cuestión, JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 647-648.

⁴¹⁸ CRAMER/PERRON, *StGB*, 2010, §263, n.m. 19, para quienes la relación de confianza vendría exigida por la cláusula de correspondencia del §13 StGB; HEFENDEHL, *MK-StGB*, 2003, §263, n.m. 141; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 92. sólo para los deberes contractuales de información y los derivados de *Treu und Glauben*; MAAß, *Betrug*, 1982, p. 35; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 2002, §51, n.m. 19; OTTO, en *Iura* 2002, p. 609; SEIBERT, *Die Garantienpflichten*, 2007, pp. 361 ss. proporciona una relevancia limitada a los «deberes de aclaración»; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 61, a 2); TRÖNDLE/FISCHER, *KK*, 2003, §263, n.m. 23. La jurisprudencia fundamenta deberes de veracidad sobre la base de relaciones de especial confianza, *v.gr.* BGH NJW 2000, 3013.

⁴¹⁹ Queda en evidencia la estrecha implicación entre la imposición legal de un deber de declaración, examinada en a), y la que es analizada ahora en b), como deber de declaración derivado de una especial relación de confianza entre el garante y la víctima. El autor corresponde a un ciudadano que incumple un deber legal de informar al Estado sobre cambios que afectan a las condiciones que le permitieron obtener una determinada prestación social, *v.gr.*, prestaciones por encontrarse en el paro, las otorgadas en función de la cantidad de hijos, etc. Parte de la doctrina sostiene en esta clase de supuestos que el omitente es garante del patrimonio estatal, en la medida en que tenga una *relación de confianza duradera* con el Estado; *cfr.* HEFENDEHL, *MK-StGB*, 2003, n.m. 144; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 2002, §51, nn.mm. 18-19; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 61, a 2); se sostuvo esta clase de relación de confianza en OLG Köln NJW 1987, 2245.

etc. La *especial relación de confianza* derivada de una vinculación contractual no depende de la validez del contrato y podría llegar a tener fundamento precontractual.

Un caso al que la doctrina y jurisprudencia alemana han prestado mucha atención es la *especial relación de confianza* vinculada al contrato de alquiler de una vivienda. Esta relación impone al arrendador el deber de mantener el alquiler y de avisar al arrendatario de que ha terminado o desaparecido el motivo que justificaba poner fin al alquiler⁴²⁰.

Falta la *especial relación de confianza* en negocios usuales de crédito, uniones estrechas de parentesco o amistad entre las partes de un contrato; la sola vinculación que genera un acuerdo en el que se regula la obligación de pagar alimentos, etc. Tampoco fundamenta una *especial relación de confianza* la sola mantención de una cuenta corriente en una institución bancaria, de tal modo que el cliente no tiene un deber penal de informar al Banco y devolver una transferencia o contabilización errónea. El cliente de un hotel no está obligado a declarar su ruina patrimonial ocurrida durante su hospedaje⁴²¹.

En otro lugar⁴²² se toma posición sobre la importancia jurídico-penal que cabe atribuir a las relaciones en las que está presente elemento “confianza especial”. Éste juega un papel relevante como elemento característico de los deberes de garante por asunción⁴²³.

c) Deber de declaración basado en el principio de buena fe (*aus Treu und Glauben*)

En la órbita hispanoparlante se rechaza la relevancia penal del principio de buena fe⁴²⁴. Este criterio es plenamente compartido en esta tesis, pues un principio —como mucho— puede servir de base para el *origen normativo remoto* de un deber de veracidad jurídico-penal, pero en ningún caso podrá constituir su base inmediata ni

⁴²⁰ CRAMER/ PERRON, *StGB*, 2010, §263, n.m. 19; HILLENKAMP en *JR* 1988, pp. 299-304; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, nn.mm. 147-150; LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, n.m. 52; SAMSON/ GÜNTHER, *SK-StGB*, 1975, nn.mm. 45a. ss.

⁴²¹ CRAMER/ PERRON, *StGB*, 2010, §263, n.m. 22.

⁴²² *Supra* VII.1. B) a).

⁴²³ *Infra* VIII.4. C) e).

⁴²⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, 2004, p. 74. Por su parte, tratan el asunto sin manifestar una posición definitiva, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, p. 141.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Indret* (3), 2006; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 450, n. 320.

suficiente⁴²⁵. En relación con la buena fe, su acusada amplitud e indeterminación impide aceptar que constituya el *origen normativo próximo* de un deber de veracidad⁴²⁶.

En Alemania, en cambio, existe un debate aún abierto sobre la suficiencia del principio *Treu und Glaube* para sostener la configuración de un deber de veracidad relevante para la comisión por omisión de estafa⁴²⁷. En la jurisprudencia y doctrina alemana, la tendencia actual más generalizada es la admisión de este principio como fundamento suficiente de deberes de declaración jurídico-penales⁴²⁸. Un sector restringe su alcance sosteniendo que las obligaciones informativas *aus Treu und Glauben* pueden alcanzar la relevancia jurídico-penal —de igual modo que en la asunción contractual— si se encuentran unidas a una *especial relación de confianza entre las partes*⁴²⁹. Según este último criterio, no cabría sostener una relación de confianza por el solo hecho de que un cliente repita un contrato con el mismo abastecedor. En cambio, cometería una estafa por omisión —con la correspondiente infracción de deberes *aus Treu und Glauben*— el que alquila una vivienda aún sin construir, recibe un pago por adelantado del alquiler y, más tarde, calla al conocer que se le ha negado la autorización de construcción⁴³⁰. Otro tanto se aplicaría al tomador de un seguro que, debiendo declarar al asegurador la recuperación de los objetos

⁴²⁵ VIII.4. G) 8.

⁴²⁶ Un precepto amplio como el §242 BGB alemán, debería ser considerado inconstitucional por no respetar el principio de legalidad y su mandato de determinación de la ley penal (Art. 103 Abs. 2 GG), *cfr.* KAMBERGER, *Treu und Glauben*, 1996, pp. 204-209; SCHÜNEMANN, *ZStW*, (96), 1984, pp. 313-314.

⁴²⁷ NAUCKE, siendo contrario a la comisión por omisión de estafa en general, argumenta de modo convincente la insuficiencia de que el principio *Treu und Glauben* pueda fundamentar deberes de garante relevantes para el delito de estafa. Critica la sentencia por la que el BGH condena al cliente de un Banco que guarda silencio tras recibir (por error de la entidad bancaria) una suma de dinero en su cuenta corriente, *cfr.* NAUCKE en *NJW* 1994, pp. 2809-2811; también niega la comisión por omisión de estafa en estos casos, RANFT en *JuS* 2001, pp. 854-858.

⁴²⁸ LACKNER/KÜHL, *StGBK*, 2011, §263, n.m. 18. A favor de este fundamento de deberes de declaración, BGH, *NStZ* 2003, 554(555); KG, *NZWiSt* 2014, 116(118) en atención a «circunstancias especiales en el ámbito interpersonal».

⁴²⁹ HEFENDEHL, *MK-StGB*, 2003, §263, n.m. 136; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 162; KINDHÄUSER, *B.T. II*, 2014, §29, n.m. 29; SAMSON/ GÜNTHER, *SK-StGB*, 1975, nn.mm. 45a. ss. En la misma línea, OLG Saarbrücken *NJW* 2007, 2868 (2870) donde se sostiene la especial relación de confianza de un ciudadano con el Estado. También existe una especial relación de confianza por la celebración del contrato de alquiler de una vivienda —BayObLG *JZ* 1987— y en el negocio de los coches de segunda mano respecto de la ausencia de accidentes —OLG Nürnberg *MDR* 1964, 693 ss.—.

⁴³⁰ *Vid. infra* X.2. E) 3.2.1.

asegurados por los que recibió la correspondiente indemnización, guardara *silencio* al respecto⁴³¹.

⁴³¹ CRAMER/ PERRON, *StGB*, 2010, §263, n.m. 23; *cfr. infra* X.2. E) 3.1.2.

VIII.4. EL GARANTE DE VERACIDAD EN LA ESTAFA

A) CUESTIONES PRELIMINARES

a) Aspectos generales

Un estudio sobre la fundamentación de las diversas teorías sobre las posiciones de garante escapa por completo al objeto de esta investigación⁴³². En consecuencia, sin pretender agotar ninguna de las numerosas cuestiones que se plantean en este ámbito, se hará referencia a ciertos aspectos relativos a los deberes y posiciones de garante que luego influirán determinadamente en los análisis y propuestas sobre el garante de veracidad en la estafa por silencio.

La existencia de un garante constituye un requisito necesario, pero insuficiente para la equiparación entre comisión activa y omisiva, pues las posiciones de garante solo operan como *bases funcionales de responsabilidad*⁴³³. Cualquier doctrina sobre el garante contiene un posicionamiento explícito o implícito sobre la relevancia de la distinción entre acción —concepto predominantemente naturalístico— y omisión —concepto netamente normativo—. En relación directa con lo anterior, tanto los modelos de garante acusadamente formales⁴³⁴ como los principal o exclusivamente materiales⁴³⁵ trabajan con niveles desiguales de normativización o desnormativización. Algunos de estos modelos otorgan un protagonismo fundamental al anclaje naturalístico-fáctico de la posición de garante. Un aspecto relevante del presente estudio se refiere al nivel de normativización al que son sometidas las posiciones de garante. La opción que se escoja —menor o mayor grado de

⁴³² Un esfuerzo digno de reconocimiento en este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 201 ss.

⁴³³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 574.

⁴³⁴ El propio artículo 11 CP pareciera adoptar el criterio de las fuentes formales de la posición de garante en sus letras a) y b). Sin embargo, el apartado primero del mismo precepto propicia una interpretación conforme a criterios materiales para sostener la igualdad entre comisión activa y omisiva de delitos de resultado. «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ sobre las diferencias entre los modelos (materiales) de garante, por una parte, en clave de equivalencia y, por otra, en clave de identidad estructural de la comisión omisiva con la activa, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (art.11), 1997, pp. 51-78.

⁴³⁵ Algunos ejes teóricos utilizados para la fundamentación material de la posición de garante: confianza, deber especial, expectativa social o jurídica, proximidad social o existencial, relación jurídica especial o más estrecha, rol o posición social, valoración similar a la del delito activo, etc., DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 202.

normativización— afecta directamente, como no puede ser de otro modo, al planteamiento específico sobre el garante de veracidad en la estafa.

Aunque suponga adelantar posteriores propuestas, en esta investigación se propone una concepción sobre las posiciones y deberes de garante intermedia entre dos posicionamientos aparentemente enfrentados. Por una parte, se mantiene la distinción fenomenológica entre acción y la ausencia de acción por la conveniencia analítica de diferenciar con claridad —ahora en el plano normativo— entre la comisión activa y omisiva del delito de estafa. Por otra parte, se postula un importante grado de normativización de las posiciones de garante. Desde el punto de vista *dogmático estructural*, ambos conceptos pueden ser unificados en un plano superior normativo como *títulos de imputación de resultado*⁴³⁶.

El recurso dogmático a la normativización permite una flexibilización importante y fructífera de los conceptos y categorías penales. La normativización puede servir a sistemas “clausurados” de Derecho penal, los cuales se caracterizan por una radical independización de todo elemento extra-sistémico⁴³⁷. Estos sistemas propician una dogmática centrada en el aspecto metodológico, de tal manera que la “clausura” sistémica eleva la *corrección dogmática* a la condición de criterio único de fundamentación y, a la vez, único límite al que deben ser sometidas las construcciones del sistema normativo penal. Esta clase de dogmática puede alcanzar niveles altos de precisión conceptual, sistematicidad lógico-estructural y una importante capacidad de rendimiento⁴³⁸. Sin embargo, por los motivos que se desarrollan a continuación, aquí no se adhiere a una concepción “clausurada” del sistema normativo ni a una dogmática penal centrada en sus criterios de corrección.

b) Distribución de las competencias por los riesgos de desorientación

⁴³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal* (art.11), 1997, p. 62.

⁴³⁷ JAKOBS menciona expresamente esta opción en su prólogo a la primera edición de *P.G.*, 1997, p. IX.

⁴³⁸ No es posible tratar otras cuestiones específicas, como las que plantean los normativismos sociales holísticos y los individualistas o consensualistas. En ellos es irrelevante cualquier realidad previa a quien la juzga. El normativismo social consensualista reconstruye toda la realidad a través del consenso, pasando previamente por la percepción subjetiva de los miembros del cuerpo social. De este modo, resulta difícil distinguir el “objeto juzgado” y el “juicio de quien lo juzga” propiciando una reconstrucción total o casi total de los conceptos y categorías del sistema de Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, §2, pp. 282-283. Aquí se adhiere a las perspectivas que otorguen un amplio margen a la normativización, pero dejando en el sistema penal una ventana abierta a algunos datos o aspectos fácticos, que luego serán incorporadas al sistema mediante su “validación”, *cfr.* PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 399, aunque este autor no parece referirse a la “validación” de datos fácticos, sino de sistemas normativos extrapenales.

Parte de la discusión científica alemana sobre el §263 StGB ha otorgado un rol decisivo a consideraciones de competencia objetivo-normativa en la interpretación de lo que tiene carácter típico en la estafa. Fue LACKNER quien acuñó el concepto “distribución de los riesgos de orientación”⁴³⁹, el cual posee un importante efecto limitador de la punibilidad a título de estafa⁴⁴⁰. Este concepto es, ciertamente, relevante tanto para la comisión activa como la omisiva de estafa, aunque desempeña una función más fructífera en esta última.

Desde la perspectiva sustentada en esta investigación, la comisión misma de una tentativa de estafa implica una redistribución de los *riesgos de desorientación*. La realización típica de este delito conlleva que una de las esferas de organización —la del autor— queda constituida como garante de veracidad en favor del titular del acervo informativo que se ve afectado por la irrupción engañosa asociada a la tentativa (activa) de este delito. Por lo tanto, un requisito indispensable de la configuración del tipo de estafa es la constatación de que ha tenido lugar la reconfiguración y redistribución de los riesgos de desorientación patrimonial.

La redistribución del riesgo de desorientación se encuentra anudada inextricablemente con la configuración de la posición de garante de veracidad del autor, la cual debe ser inequívoca en el plano normativo e intersubjetivo. La vinculación entre los factores “redistribución de riesgos de orientación” y “garante de veracidad” es indisociable. La implicación entre ambos elementos constituye un pilar fundamental de la propuesta de esta tesis sobre el delito de estafa. El realce de su unión permite y propicia un tratamiento normativamente unitario de todas las comisiones típicas de estafa. Sin perjuicio de un posterior desarrollo sobre esta cuestión, aquí se postula la plena identidad normativa entre la comisión activa por «engaño» expreso, la comisión activa por «engaño» implícito y la comisión por omisión mediante *silencio*. Esta identidad entre las tres variantes comisivas del delito de estafa, no desconoce los elementos fácticos que las diferencian en el plano fenomenológico⁴⁴¹.

⁴³⁹ LACKNER, *LK-StGB*, 1988, §263, nm. 29, 50 y 69.

⁴⁴⁰ PAWLIK, *StV* 5/2003, pp. 297-301.

⁴⁴¹ Contra lo que podría pronosticarse frente a una propuesta en la que sostiene de modo radical la identidad normativa de toda comisión de estafa, aquí se considera muy importante el estudio acerca de las diversas fenomenologías fácticas —«engaño» activo expreso, «engaño» activo implícito, silencio ante un «engaño»—, pues permite elaborar sub-estructuras valiosas analíticamente, sobre todo para afirmar o negar la tipicidad de grupos de casos semejantes en el plano de los *hechos*. *Infra* X.2. B) a).

La constitución normativa e intersubjetivamente inequívoca de una posición de garante de veracidad responde a una redistribución de los riesgos de orientación que permite a la víctima confiar en recibir hetero-orientación del *garante de veracidad*. Ahora bien, el garante puede someterse a un deber de veracidad jurídico-penal *ex novo* o hacerlo en circunstancias en las que previamente había ya integrado en su esfera de organización una obligación informacional jurídico-privada en favor del acervo informativo de quien, tras la redistribución, ocupa la posición de víctima potencial del delito de estafa. En esta última alternativa, el deber de veracidad penal podría ser visto como un simple reforzamiento jurídico de una obligación informacional previa. Tal visión sería incorrecta, pues el estatus de *garante de veracidad* se refiere a deberes penales propiamente tales que en caso alguno adquieren vigencia normativa e intersubjetiva por una suerte de mutación de la obligación informacional previa (jurídico-privada). Cuando un deber informacional jurídico-privado precede a un deber penal de veracidad, lo correcto jurídicamente es afirmar que a la obligación informativa precedente se le superpone o solapa un deber penal de hetero-orientación que pesa sobre el garante de veracidad⁴⁴².

No se debe perder de vista que la distribución del riesgo de desorientación resultante de la incorporación del deber de veracidad al ámbito de organización del *garante* no libera a la víctima potencial de su propia incumbencia de orientación. El siguiente constituye un criterio particularmente interesante sobre esta cuestión. En lo que a información patrimonial se refiere, la víctima sólo puede abandonarse o desprotegerse respecto de aquello que, si el *garante* pretendiera abandonarlo a la auto-protección de la víctima, implicaría una contradicción con su comportamiento en la relación comercial de que se trate⁴⁴³. Una vez más, el patrimonio es protegido por el tipo de la estafa únicamente frente a desorientaciones cuya defensa no se pueda esperar de su propio titular, según la concreta distribución de los riesgos de orientación. En definitiva, el comportamiento típico exige que la desorientación de la víctima sea imputable objetivamente al comportamiento del autor⁴⁴⁴.

Solo hay comportamiento típico de estafa cuando los riesgos se encuentren distribuidos de tal manera que una de las partes tenga, como garante de veracidad, la competencia preferente por el riesgo de desorientación vinculado a un «engaño

⁴⁴² Vid. *supra* VII.3 el fenómeno del solapamiento.

⁴⁴³ PAWLIK, *StV* 5/2003, pp. 297-301.

⁴⁴⁴ PAWLIK, *StV* 5/2003, pp. 297-301. «Die Irreführungen» han sido traducidas aquí como “desorientaciones”.

bastante» ajeno, en circunstancias tales que permitan sostener el desamparo informativo de la víctima potencial. Para poder determinar el comportamiento típico es imprescindible definir los ámbitos de competencia de orientación preferente de la propia víctima y los ámbitos de competencia de orientación preferente del autor.

El comportamiento infractor de un deber de veracidad será típico o atípico en atención al juicio normativo acerca de la distribución de responsabilidades informativas entre las partes que intervienen en la relación de contenido patrimonial. Tras determinar el modo en que el riesgo se encontraba distribuido en un caso concreto, solo podrá ser considerado autor de estafa aquél a quien *compete preferentemente* un riesgo no permitido de desorientación que afecta a su contraparte en el contacto patrimonial correspondiente.

La *competencia preferente de orientación del propio titular de un patrimonio* constituye la regla general en los contactos de contenido jurídico-patrimonial. Este punto de partida tiene como consecuencia que el titular de un acervo informativo-patrimonial no puede imputar a la esfera de organización con la que ha interactuado patrimonialmente, el perjuicio que experimenta su patrimonio en virtud de un «engaño bastante» que se hallaba en su acervo y que sirvió de base informativa para la realización de una disposición patrimonial perjudicial. Por lo tanto, la *competencia preferente de orientación del propio titular de un patrimonio* le hace preferentemente responsable por su propia desorientación, incluyéndose aquí la derivada de un «engaño bastante» presente en su acervo informativo.

Ahora bien, los contactos de contenido patrimonial pueden ser reconfigurados alterando la *competencia preferente de orientación del propio titular de un patrimonio*. (1) El titular del patrimonio sometido al riesgo de desorientación puede delegar en otra esfera —expresa, tácita o presuntamente— la *competencia preferente por sus riesgos de desorientación*⁴⁴⁵. De este modo, la competencia preferente por unos determinados riesgos de desorientación se traslada a otra esfera organizativa que pasa a ser competente preferentemente por unos riesgos de desorientación ajenos. (2)

⁴⁴⁵ Las delegaciones tácitas o presuntas no excluyen “del todo” la incumbencia mínima de auto-protección informativa, aunque legitiman la confianza normativa de recepción de hetero-protección. Lo mismo rige ante deberes de veracidad derivados de injerencia. En esta línea argumental, parece un gran desacierto el criterio por el que se propone que, en todas las variantes reconocidas de engaño, a la víctima *se le ha relevado de la preocupación por el nivel informativo necesario para el cuidado de su patrimonio*, WITTIG, *Das tatbestandsmäßige Verhalten*, 2005, pp. 366 y ss.; 382 y ss.

El titular del patrimonio sometido al riesgo de desorientación —expresa, tácita o presuntamente— puede ampliar su propia *competencia preferente de orientación* renunciando a ser asistido por la esfera de organización con quien interactúa o terceros potenciales “orientadores” que intervienen en un determinado ámbito sectorial. El titular del patrimonio, en este caso, es el responsable preferente por los eventuales perjuicios que pueden afectarle por intervenir en un campo comercial sin poseer los conocimientos y capacitación imprescindibles para tomar decisiones económicamente racionales en el plano patrimonial.

La *competencia por los riesgos de orientación ajenos* y sus correspondientes deberes de hetero-protección informativa son excepcionales y los únicos que permiten imputar una estafa por *silencio* típica a quien ostenta la competencia preferente por el riesgo de desorientación vinculado a un «engaño bastante» ajeno. La esfera de organización competente preferentemente por los riesgos de desorientación ajenos es un garante de veracidad y, como tal, puede infringir omisivamente su deber de veracidad. La infracción por *silencio* de la prohibición penal de estafar es atribuible al garante de veracidad por no eliminar el «engaño bastante» presente en el acervo informativo-patrimonial del sujeto desorientado y titular de un derecho de veracidad.

La competencia preferente de orientación ajena (hetero-protección) no autoriza a la víctima potencial a contar con los conocimientos especiales de su contraparte-garante. Normativamente, la víctima solo puede contar con aquellos conocimientos que correspondan al rol profesional del autor y, en caso de que éste no fuera profesional, la víctima únicamente podrá esperar la recepción de la información que un “no profesional” deba entregar cumpliendo con el cuidado ordinario propio de su posición en el negocio de que se trate.

En este modelo de delimitación del comportamiento típico de estafa, la importancia de la distinción fenomenológica entre los comportamientos engañosos activos —expreso e implícito— y el *silencio* no afirmativo se relativiza. Por sobre las diferencias fenomenológicas de cada una de las alternativas comisivas enunciadas, la verdadera clave de delimitación típica de toda clase de estafa es la competencia preferente de orientación, de acuerdo con la concreta distribución del riesgo de desorientación⁴⁴⁶. Siempre y en todos los casos, la tarea de determinación de la tipicidad a título de estafa de ciertas infracciones a deberes de veracidad consiste en distribuir el riesgo de

⁴⁴⁶ PAWLIK, *La Libertad*, 2010, p. 216.

desorientación de modo convincente y determinar a quién compete preferentemente este riesgo.

Sin embargo, es conveniente mantener la distinción fenomenológica entre las variantes comisivas del delito de estafa. Es particularmente relevante la diferenciación entre la comisión por engaño implícito y la comisión por *silencio*, pues tienden a ser confundidas. La comisión de estafa por silencio tiene un ámbito de aplicación específico: aquellos supuestos en los que el comportamiento del autor no posee valor afirmativo, ni falso ni verdadero. La determinación de la competencia preferente por el riesgo de desorientación se muestra especialmente fructífera para establecer la tipicidad de una estafa por *silencio* no afirmativo. Ahora bien, el juicio de tipicidad del *silencio* requiere, con carácter previo, haber establecido la ausencia de un «engaño» implícito. “Al menos por este motivo”, resulta conveniente seguir diferenciando, según la tipología fenomenológica de la utilización de un «engaño bastante», entre «engaño» implícito (activo) y *silencio* no afirmativo ante un «engaño bastante» preexistente. Para ambas modalidades de utilización de «engaño», la distribución de la competencia de orientación es decisiva para juzgar acerca de la tipicidad o atipicidad del comportamiento de quien, por tener una obligación informacional, es, o al menos parecer ser, autor de estafa. Si la víctima potencial, ante la falta de una manifestación explícita de su contraparte —en virtud de la concreta distribución de los riesgos de desorientación— tiene derecho a considerar verdadero el «engaño bastante» que se encuentra en su acervo informativo-patrimonial, la contraparte que no neutraliza el «engaño bastante» puede ser considerada autora de estafa por comportamiento concluyente o por *silencio* no afirmativo. La imputación a título activo u omisivo dependerá, respectivamente, de si la no-neutralización posee un valor comunicativo engañoso o no lo tiene.

En definitiva, mediante el juicio normativo sobre la distribución de los riesgos de desorientación es posible distinguir entre los comportamientos típicos y atípicos de estafa⁴⁴⁷.

En un contacto de contenido patrimonial, una de las partes puede incorporar a su ámbito de responsabilidad unos riesgos ajenos de desorientación —los de su contraparte— de tal modo que la contención y, eventualmente, la neutralización de los riesgos mencionados le competan preferentemente, incluso antes y más que a la

⁴⁴⁷ En términos semejantes, PAWLIK, *La Libertad*, 2010, p. 213.

parte potencialmente desorientada. En el plano normativo, la competencia preferente sobre riesgos ajenos de desorientación se concreta en un deber de hetero-protección informativa relevante jurídico-penalmente. La esfera de organización a la que competen preferentemente los riesgos de desorientación ajenos es el garante de veracidad y, como tal, único autor posible de una estafa en comisión por omisión. Esta comisión se configura en aquellos supuestos en los que la víctima potencial puede esperar, pues tiene un derecho de veracidad, recibir del garante aquella información veraz que evitaría la desorientación que le afecta en virtud de un «engaño bastante». En definitiva, tanto en la comisión por omisión de estafa como en sus variantes comisivas activas, el «engaño bastante» de la víctima compete preferentemente al autor.

B) EXCURSO: APERTURA DEL SISTEMA, DOGMÁTICA PENAL Y SISTEMATIZACIÓN MATERIAL

Se observan tres “buenas razones” para optar por un sistema de Derecho penal “abierto” y una dogmática que en el plano metodológico supere la pura *corrección dogmática*, todo ello combinado con un amplio margen de normativización. Estas cuestiones tradicionalmente corresponden a la *Parte General* del Derecho penal pero, aunque así sea, es pertinente plantearlas en esta investigación sobre la estafa por *silencio*, en el entendido de que la *Parte Especial* no difiere sustancialmente de la *Parte General*, sino que viene a ser su prolongación y concreción a ámbitos determinados⁴⁴⁸.

1. El primer argumento es la necesidad de reconocer algunos datos ontológicos y realidades fácticas a los que —incluso para quienes pretenden un sistema completamente independiente de todo lo extra-sistemático— “no hay más remedio” que prestarles atención y tematizarlos en el sistema normativo⁴⁴⁹. Se trata de datos empíricos y fácticos *prima facie* foráneos al sistema, pero que pueden ser incorporados a él mediante su tematización para luego ser sometidos a un cierto grado de reconstrucción y normativización intra-sistemática. Un par de ejemplos pueden ilustrar la clase de elementos a los que se alude. Uno es la relación de causalidad en los delitos de comisión activa como paso previo al juicio de imputación objetiva. Otro, la base fáctica-naturalística de las anomalías y trastornos mentales que en materia de culpabilidad pueden excluirla, disminuirla o —si se cumplen los demás requisitos de esta categoría— determinar la plena afirmación de culpabilidad. Este par de ejemplos indican que la “apertura” del sistema jurídico-penal no sólo es conveniente, sino imprescindible.

Aunque estas cuestiones pudieran parecer alejadas del problema relativo al *garante de veracidad* en la estafa, *infra*⁴⁵⁰ queda en evidencia la insoslayable necesidad de conceder relevancia a algunos elementos fácticos para sostener la configuración normativa de deberes de garante. Lo anterior invita a un posicionamiento claro sobre el modo en que los elementos *fácticos* deben ser tratados en una categoría

⁴⁴⁸ ROBLES PLANAS, *ZIS* 2010, n.2, p.137.

⁴⁴⁹ Parece indeseable un constructivismo normativo-social radical que entienda el sistema social-jurídico como si fuera portador de una ilimitada capacidad creativa o constructiva. Ello engegece su dogmática ante la realidad fáctica en la que el Derecho penal debe desenvolverse como subsistema social y normativo. Un interesante desarrollo sobre estas cuestiones en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, §2, pp. 282-283.

⁴⁵⁰ VIII.4. C) d).

normativizada, como lo es la posición de *garante*. Si la normativización de los garantes se extremara hasta el punto de desentenderse de todo lo extra- o pre-jurídico, se correría el grave riesgo de elaborar planteamientos y conceptos dogmáticos convincentes e intelectualmente robustos, pero que pueden resultar inaplicables o, incluso, valorativamente inaceptables cuando son llevados a la concreta realidad social en la que el Derecho opera como ciencia o *ars* práctica.

2. En un sentido distinto del recién esbozado, un segundo motivo propicia la idea de “apertura” del sistema normativo-penal. Se trata de la integración de consideraciones materiales y valorativas en la metodología dogmática⁴⁵¹ ⁴⁵². La dogmática penal, principalmente a través de la teoría del delito de herencia germánica, no realiza exclusivamente una labor de sistematización lógico-estructural de elementos relevantes. También elabora conceptos operativos –categorías– portadores de valoraciones que dan lugar a una *sistematización material*⁴⁵³. Esta última exige de la metodología dogmática, principios de legitimación de las normas, conceptos, categorías penales y, sobre todo, del recurso a la pena como medida coactiva⁴⁵⁴.

El presente estudio acerca del *garante de veracidad* en el delito de estafa incluye valoraciones materiales que son integradas en la argumentación dogmática, para así realizar una labor de sistematización material y no puramente lógico-deductiva. La cuestión principal que requiere ser legitimada materialmente en relación con el *garante* en una comisión por omisión de estafa es la siguiente: ¿existen deberes de

⁴⁵¹ A título meramente ejemplar, ROXIN, quien “abre” la dogmática y el sistema del Derecho penal, debiendo ser ambos el reflejo de las valoraciones de la Política criminal, ROXIN, *Política criminal*, 2006, sobre todo a partir de las pp. 61 ss. Se trata de la parte VII de su célebre conferencia de 13 de mayo de 1970. En el mismo sentido MIR PUIG, *El Derecho penal*, 1994, p.14, n.15.

⁴⁵² Según SILVA SÁNCHEZ el Derecho penal incorpora valoraciones materiales al legitimar el sistema por la búsqueda el equilibrio variable de los fines del Derecho penal. Sintetizando al máximo su planteamiento, vincula los fines del Derecho penal principalmente —no en exclusiva— con los fines de la pena. Entre éstos, opta por el de prevención. El Derecho penal tiene como finalidad la prevención de determinadas conductas gravemente lesivas. Ahora bien, el Estado se autolimita en la consecución de este fin mediante el respeto a las garantías individuales básicas. «La tensión entre la vocación de prevención y la de garantía, entre la pretensión de proporcionar seguridad y la de garantizar libertad, me sigue pareciendo, por tanto, una adecuada descripción del ser (y del deber ser) del Derecho penal». El texto citado corresponde a una adición de 2010 a su obra publicada en 1992. Este dato explica que utilice el giro «me sigue pareciendo», SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, §2, p. 491. En clave funcionalista, «De hecho, incluso sería posible afirmar que la verdadera función del sistema jurídico penal es estabilizar –o, tal vez, hacer tolerables- las contradicciones entre las necesidades de prevención y las necesidades de garantía», PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 337.

⁴⁵³ ROBLES PLANAS, *ZIS* 2010, n.5, p.137.

⁴⁵⁴ Si el Derecho penal es concebido como un sistema “clausurado” y autopoietico, éste se auto-legitima o, más bien, no requiere legitimación alguna. Es ésta la visión de LUHMANN. Una exposición detallada de esta particular sistemática jurídica, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 399-400.

veracidad que en caso de infracción omisiva permiten sostener la responsabilidad penal a título de estafa? En otras palabras, ¿es legítimo imponer una misma pena de prisión al que estafa mediante «engaño» activo y al *garante* que sin engañar incumple un deber de veracidad? ¿Son idénticas estructural y materialmente la comisión activa de estafa y la comisión por *silencio* de este delito?

El estudio sobre el *garante de veracidad* en la estafa corresponde, como ya se ha expresado, a una investigación dogmática de *Parte Especial*. Como tal, la ley positiva aporta el elemento de legitimación formal y determina el marco de referencia para una labor que, como aquí se intenta, apunta preferentemente a la elaboración de construcciones *de lege lata*. Sin perder de vista lo anterior, la fundamentación dogmática jurídico-penal –posiciones de garante incluidas— puede y debe ser explicada mediante principios que se encuentran más allá de la mera positividad⁴⁵⁵. Los principios entregan la base crítica para analizar los términos del Derecho positivo y, en definitiva, sostener su legitimidad o ilegitimidad⁴⁵⁶. En este sentido, el foco de atención se centra en uno de los grandes cometidos de una labor dogmática sobre un delito en particular. Se trata de la determinación del sentido de los comportamientos que configuran una estafa y, más específicamente, el de aquellas conductas y elementos que permiten atribuir a un sujeto determinado un deber como *garante de veracidad*, todo ello desde el punto de vista de la correcta atribución de responsabilidad⁴⁵⁷.

3. Existe un tercer motivo para postular un sistema de Derecho penal “abierto” y una labor dogmática dedicada a la elaboración de conceptos y categorías orientadas por valoraciones materiales. Aunque el sistema normativo penal y su dogmática gozan de un importante grado de autonomía, ésta no es absoluta, pues el Derecho punitivo no puede prescindir completamente de otros sistemas sociales normativos y sus valoraciones. La normativa extra-penal –como normatividad social que es— genera deberes, derechos y, en el ámbito más directamente relacionado con la delimitación del *garante de veracidad*, configura roles jurídicamente delimitados. La configuración extrapenal de estos roles y el sentido social-normativo de los deberes a ellos vinculados, son muy relevantes para la delimitación de las posiciones de garante

⁴⁵⁵ ROBLES PLANAS, *ZIS* 2010, p.135.

⁴⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 315, n.2. Esta última tarea dogmático-crítica del Derecho positivo no es tratada en la presente investigación sobre el *garante*.

⁴⁵⁷ ROBLES PLANAS, *ZIS* 2010, n.4, p.137.

en la estafa, pues el sistema jurídico penal re-valida normas jurídicas extrapenales, reglas del arte, normas técnicas e incluso otros sistemas de regulación no formales⁴⁵⁸.

La “apertura” ahora referida no debe llevar a una simplificación del problema en términos de considerar que la sola infracción de un deber mercantil, laboral, civil, etc. implica necesariamente una infracción de un deber penal que desencadena directamente las reacciones específicas del sistema jurídico-punitivo. Sin embargo, los procesos de re-validación y la propia unidad del Ordenamiento jurídico obligan a reconocer puntos de encuentro entre los subsistemas jurídicos y la necesidad de armonizar sus diversos criterios valorativos. Es por ello por lo que se reconoce que un comportamiento extrapenalmente conforme a deber excluye toda posibilidad de aplicación del sistema penal, pues desde la perspectiva propia de la teoría de los sistemas sociales —entre éstos, se encuentran los normativos—, no es posible la infracción de un deber penal de garante si socialmente (normativa extrapenal incluida) no se ha verificado la defraudación de un rol⁴⁵⁹.

La interrelación entre Derecho penal y otros sectores normativos como el Derecho civil, mercantil, etc., reclama la obtención de criterios que permitan discernir, de entre las múltiples infracciones de deberes de información extrapenales, cuáles y de qué modo serán integradas en la configuración de la infracción penal por incumplimiento omisivo de un deber de veracidad del *garante*.

4. Los deberes de garante pueden encontrar su fundamento en la responsabilidad por organización o en la responsabilidad institucional. La responsabilidad por organización en la estafa ocupa un lugar absolutamente preponderante, ya que todo el comportamiento típico de este delito puede ser fundamentado satisfactoriamente en el ámbito de los deberes negativos. Ya ha sido descartada la posibilidad de un fundamento exclusivamente institucional de la responsabilidad penal a título de estafa, sin perjuicio de la integración de elementos institucionalizados en la configuración de la responsabilidad penal por infracción de deberes negativos como el de *no estafar*⁴⁶⁰.

5. La posición de garante puede ser utilizada como criterio general para la atribución de responsabilidad de delitos en comisión activa y omisiva. Este fundamento de la

⁴⁵⁸ Los pormenores de esta labor de re-validación sólo pueden tratarse en los ámbitos de regulación respectivos, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 401.

⁴⁵⁹ PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 400.

⁴⁶⁰ VII.1 D).

responsabilidad, proyectado sobre la tipicidad objetiva del comportamiento, normativiza el juicio sobre la tipicidad de tal manera que éste consiste fundamentalmente en la infracción de un deber del garante o, en otros términos, en la defraudación de una expectativa jurídica que se tiene respecto de quien ocupa la posición de garante. En la perspectiva del garante, la determinación del comportamiento típico pivota sobre la posición jurídica que ocupa el autor y, a partir de este elemento normativo, se determina aquello que entra dentro de su ámbito de responsabilidad. Sin embargo, la presencia de un garante sólo opera como *base funcional de responsabilidad*⁴⁶¹. Con esto se quiere aludir a que no basta con detectar quién y por qué motivo es o no garante de la veracidad de la información patrimonial que ostenta un tercero sino que, además, el comportamiento típico requiere que su estructura material y normativa corresponda a una irrupción en una esfera jurídica ajena por la que se ve vulnerado el deber negativo *neminem laedere*.

6. Las posiciones de garante permiten fundamentar la responsabilidad y delimitar el comportamiento típico de todas las formas de estafa y no sólo la comisión por omisión. Los deberes de veracidad se fijan sobre la base de las posiciones de garante y dichos deberes son la garantía normativa del mínimo de información verdadera, imprescindible para que la libertad de organización del titular del patrimonio sea real.

7. Se han propuesto tres posiciones de garante relevantes en el ámbito de la estafa, todas ellas fundamentadas en el sinalagma libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias⁴⁶²: la que nace de un acto de asunción (denominada promesa), la derivada de deberes del tráfico y, finalmente, la posición de garante por injerencia. Aquí, sin embargo, se considera que los deberes por asunción comprenden los del tráfico, pues en este último ámbito siempre hay un elemento de asunción cuando el autor decide ocupar una determinada posición en un negocio jurídico específico⁴⁶³. Aunque lo siguiente supone adelantar conclusiones posteriores, las obligaciones informativas *aus Treu und Glauben*, los deberes informacionales establecidos legalmente y, finalmente, las relaciones de confianza especial no fundamentan por sí solas deberes de garante relevantes para una eventual comisión por omisión de un delito de estafa.

⁴⁶¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 574.

⁴⁶² PAWLIK las agrupa bajo la denominación de «correlatos directos de la libertad de organización»: PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, pp. 133-135.

⁴⁶³ PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, p. 139.

C) ASUNCIÓN Y ESTAFA

a) Primera aproximación

La estafa es un delito de comisión cuyo autor realiza una infracción penal que consiste en una irrupción —*output lesivo*— en una esfera de organización ajena. Esta irrupción vulnera el deber negativo *neminem laedere* derivado del compromiso originario por el que se pertenece a la Sociedad. A partir del inicio de la tentativa, la comisión activa de estafa —«engaño» expreso o implícito— constituye al autor en garante de veracidad en favor del engañado, pues está sometido al deber de desistimiento. Por otra parte, la comisión por omisión de estafa requiere una vinculación específica (distinta de la tentativa activa de este delito) entre el autor-omitente y el titular del acervo informativo con facultades de disposición sobre el patrimonio potencialmente perjudicado. Esta vinculación “especial” permite al garante infringir la prohibición penal de estafar mediante un comportamiento omisivo.

La asunción es el primer modo en que una esfera de organización puede vincularse a otra de modo jurídico-penalmente relevante a título de estafa. Corresponde a una manifestación de libertad particularmente *intensa*, pues modifica de modo radical la esfera de organización del garante⁴⁶⁴. Incorpora a su ámbito de responsabilidad un riesgo determinado —*disposición patrimonial perjudicial por engaño*— que, antes de la redistribución por asunción, correspondía a un riesgo jurídico-penalmente ajeno. La reconfiguración organizativa por asunción transforma “lo ajeno” en “algo propio” de quien libremente integra en su esfera de organización unos deberes de hetero-protección informativo-patrimonial.

b) Compromiso de veracidad

La asunción, como compromiso específico de hetero-protección, genera un deber de actuar a modo de barrera de contención de un riesgo determinado⁴⁶⁵. En el ámbito patrimonial que interesa al delito de estafa, el compromiso puede ser denominado como un *compromiso de veracidad*. La asunción de un *compromiso de veracidad*

⁴⁶⁴ Es amplísimo el reconocimiento de la asunción voluntaria como origen de una posición de garante relevante jurídico-penalmente para la configuración de una comisión por omisión, *cfr.* JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 671; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *A.T.* 2014, § 46, nn.mm. 67-68; MIR PUIG, *El Derecho penal*, 1994, p. 329, n.m. 50; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *P.G.* 2015, p. 259; ROXIN, *A.T. II*, 2003, §32, n.m. 53 ss.; SATZGER, *StGB*, 2014, §13, n.m. 28aa).

⁴⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 471-472.

genera deberes de hetero-protección informativa o deberes de veracidad⁴⁶⁶. Esta clase de deberes obligan al garante a evitar o neutralizar el riesgo de que el beneficiario realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño bastante»⁴⁶⁷. Por lo tanto, el bien protegido por el compromiso de veracidad es el patrimonio en su dimensión informativa, como presupuesto para la realización de disposiciones patrimoniales libres⁴⁶⁸.

La identidad estructural y normativa entre una comisión activa y una comisión por omisión de estafa exige que el autor de la comisión omisiva haya asumido un *compromiso de veracidad* en los términos descritos y, tras dicha asunción, lo haya también incumplido. Cuando el compromiso falte o su existencia resulte dudosa se debe descartar la identidad estructural entre la comisión omisiva y la activa. Por lo tanto, no cabe afirmar esta identidad si el compromiso de protección fuese genérico⁴⁶⁹ o, siendo específico, se pretendiera atribuir a quien lo desconoce.

La asunción de un *compromiso de veracidad* sitúa inequívocamente al obligado en una posición cualificada de deber que le constituye en *garante de veracidad*. El *deber de veracidad* le obliga a entregar oportuna y suficientemente la información verdadera capaz de conjurar el riesgo específico que amenaza al patrimonio ajeno que se ha comprometido a proteger en su dimensión informativa. El riesgo específico que el garante de veracidad debe contener es el *riesgo de perjuicio por «engaño»*⁴⁷⁰. En la comisión por omisión de estafa, la especificidad del compromiso informativo asumido y del riesgo objeto del compromiso permiten sostener que el *garante de veracidad* posee un control del riesgo idéntico normativamente al de la comisión activa⁴⁷¹, de tal modo que si el *riesgo de perjuicio por «engaño»* (juicio *ex ante*) tiene lugar y se

⁴⁶⁶ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, p. 134.

⁴⁶⁷ Es imprescindible la especificidad del compromiso y del bien protegido por éste, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 371, n. 86.

⁴⁶⁸ PASTOR MUÑOZ, en cambio, considera que la lesión a la libertad de la víctima no es relevante para la configuración del tipo de la estafa, *La determinación*, 2004, p. 55.

⁴⁶⁹ Un compromiso genérico, que no concrete específicamente la fuente y clase de riesgo, o los bienes que se han de proteger, sólo podría dar fundamento normativo a una omisión de gravedad intermedia –jamás a una comisión por omisión– con un fundamento solidario.

⁴⁷⁰ Se trata del mismo riesgo previamente mencionado: *riesgo de que se realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño bastante»* que amenaza al bien jurídico patrimonio.

⁴⁷¹ La asunción hace que el omitente sea «dueño absoluto del acontecer típico», SILVA SÁNCHEZ, *La Ley-I*, 1987, p. 960.

realiza en el resultado «perjuicio patrimonial» (juicio *ex post*), este último se imputará al garante-omitente⁴⁷².

c) Modalidades de asunción de un deber de veracidad

La asunción voluntaria e inequívoca del *compromiso de veracidad* puede ser manifestada tanto expresamente como mediante un comportamiento concluyente⁴⁷³. En ambos casos, si el *garante* asume una función de protección informativa que otro conscientemente le delega, se trata de una *asunción bilateral*⁴⁷⁴ o *compromiso bilateral de asunción*. Por otra parte, existen situaciones en las que, si bien el delegante titular del acervo informativo-patrimonial no puede prestar su consentimiento, es posible sostener una delegación presunta de la protección informativo-patrimonial. Estos casos de delegación presunta configuran *asunciones unilaterales*⁴⁷⁵.

El *garante* debe conocer el concreto compromiso de veracidad —asunción bilateral— o, en su caso, la específica delegación presunta —asunción unilateral— de la función de protección informativa ante el *riesgo de perjuicio por «engaño»*. El *garante*, por tanto, siempre se ha de someter conscientemente al deber de veracidad. La peculiaridad de la *asunción unilateral* radica en que el beneficiario del compromiso —titular del derecho a recibir protección informativa— no delega conscientemente su protección ante el *riesgo de perjuicio por «engaño»*. La *asunción unilateral* es compatible con la circunstancia de que el beneficiario correspondiente desconozca por completo que otra persona ocupa la posición de *garante de veracidad* en favor de su acervo informativo-patrimonial. Este supuesto no parece ser común ni habitual, pero es concebible. Si se diera este caso, el desconocimiento de la hetero-protección sería (probablemente) sólo temporal.

La noción de “compromiso de hetero-protección informativa” se realiza plena y propiamente sólo en la *asunción bilateral*. La idea de *compromiso* se desdibuja en la asunción unilateral, pero no ocurre lo mismo con los deberes de veracidad asumidos unilateralmente. La delegación presunta genera deberes de veracidad idénticos a los derivados de un *compromiso de veracidad* o *asunción bilateral*.

⁴⁷² SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 471-472, sin referencias al delito de estafa.

⁴⁷³ El comportamiento concluyente aludido, no se refiere a los «engaños» implícitos como variantes del «engaño bastante» activo.

⁴⁷⁴ Para otros, asunción en sentido estricto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 581.

⁴⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, 1999, pp. 479-480.

El autor del delito de estafa en comisión por omisión es siempre un *garante* que infringe —dolosamente y con ánimo de lucro— sus *deberes de veracidad* mediante un *silencio* no portador de un mensaje engañoso. El *garante de veracidad por asunción*, para poder ser considerado como tal, debe conocer los deberes de protección informativa asumidos en favor de un determinado acervo informativo-patrimonial ajeno. Si no conociese el *compromiso de veracidad*, deberá ser descartada la posición de *garante* y, consiguientemente, los *deberes de veracidad* anejos a ella⁴⁷⁶.

Sostener, como acaba de hacerse, que sólo puede ser considerado *garante* quien conoce los deberes que asume, no implica que el solo conocimiento de un *riesgo ajeno de disposición patrimonial por «engaño»* constituya razón suficiente para la configuración normativa de deberes de veracidad por asunción. El “conocimiento del riesgo de estafa que amenaza a una esfera de organización ajena” jamás genera, por sí solo, una posición de *garante*. En otras palabras, es irrelevante el conocimiento de un *riesgo* concreto de *perjuicio por «engaño»* si aquél que lo ostenta no fuera consciente de haber asumido previamente un deber de veracidad en favor del acervo informativo-patrimonial en cuestión.

Sea que se trate de una asunción unilateral o bilateral, expresa o implícita, el obligado a informar podrá ser considerado *garante de veracidad* en la medida en que, al momento de asumir el *deber de hetero-protección informativa*, conozca el riesgo específico que incorpora a su esfera de organización. El calificativo “específico” no es, para estos efectos, sinónimo de “actual” o “concreto”. Para que el *garante* pueda ser considerado como tal, debe conocer que incorpora a su esfera de organización el riesgo específico de la estafa, esto es, el *riesgo de perjuicio por «engaño»*. Evidentemente, no se requiere que el *Garante de veracidad por asunción*, en el momento en el que asume el deber de hetero-protección, conozca la concreta información falsa presente en la esfera informativa de la víctima o que más tarde ingresará en ella⁴⁷⁷. He aquí la diferencia con el dolo, pues éste sí requiere que pueda ser atribuido al autor un conocimiento concreto del riesgo ligado a la presencia de un «engaño bastante» en el acervo informativo-patrimonial que debe proteger. Sólo en la

⁴⁷⁶ Incluso la ignorancia imprudente de su deber.

⁴⁷⁷ Habría un riesgo patrimonial genérico, y como tal, inidóneo para sostener una asunción relevante a título de estafa, si el compromiso obligara a velar por el “patrimonio”, pues no quedaría claro si la heteroprotección comprende, entre otras muchas posibilidades, el riesgo de pérdida de cosas, el riesgo de desvaloración de los bienes que integran el patrimonio imputable al beneficiario del compromiso o exclusivamente a terceros, riesgo de robos, riesgo de perjuicio, etc.

medida en que pueda atribuirse al garante el dolo (conocimiento concreto del riesgo) puede sostenerse que aquél utiliza —de modo típicamente relevante— un «engaño bastante».

La integración normativa del *deber de hetero-protección informativa* en la esfera de organización del *Garante* por asunción, debe ser inequívoca intersubjetivamente. En la asunción unilateral, la integración del deber de veracidad en la esfera organizativa del *Garante* debe resultar incuestionable para éste, para otros garantes y terceros no garantes, quedando abierta la posibilidad de que el beneficiario de la hetero-protección no sea consciente (temporalmente) de la hetero-protección que le ampara. En cambio, para la configuración de un *compromiso de veracidad* (asunción bilateral), la integración del deber en el ámbito de organización del *Garante* debe resultar inequívoca para éste, para otros garantes, para terceros no garantes y también para el beneficiario del compromiso. Por lo tanto, *garante* y titular del acervo informativo amparado entienden —y, eventualmente dan a entender a terceros garantes y no garantes— que ambos esperan y consideran adecuado el abandono de otras medidas de protección a causa del *compromiso de veracidad*.

d) Excurso: *Facticidad* y Asunción

Antes de continuar con el *compromiso de veracidad por asunción*, parece oportuno detenerse en la asunción como categoría general. Parte importante de la doctrina la concibe de un modo intensamente desnormativizado⁴⁷⁸. En esta línea, se sostiene que únicamente la asunción *fáctica* integra el riesgo ajeno en la esfera de dominio del garante. La *facticidad* de la asunción constituye, además, el criterio fundamental para la afirmación de la identidad estructural entre la comisión activa y omisiva de delitos⁴⁷⁹. Respecto de esta última modalidad de comisión, la exigencia de *facticidad* limita notablemente la responsabilidad penal por infracción de deberes de garante por asunción.

La asunción intensamente desnormativizada plantea algunas interrogantes importantes. ¿Qué es exactamente aquello a lo que se hace referencia cuando se exige que la asunción sea *fáctica*? ¿Se alude a la dimensión *fáctica* del “acto de asunción” por el que se manifiesta la voluntad de proteger una esfera organizativa ajena o, más bien, se refiere a un *hecho* adicional que corrobora *fácticamente* que la asunción es

⁴⁷⁸ Paradigmático, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 351 ss.

⁴⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, 1999, pp. 462, 473.

“más” que una promesa formal o una declaración de buenos deseos?⁴⁸⁰ Quienes requieren la *facticidad actual* de la asunción —su ejercicio fáctico— cuando el riesgo amenaza al bien amparado por el compromiso de hetero-protección, buscan que los serios efectos jurídico-penales del incumplimiento de un deber derivado de una asunción se apliquen únicamente a compromisos de hetero-protección “materialmente reales”, *sit venia verbo*. Buscan evitar, en definitiva, que la infracción de deberes negativos penales sea vinculada a compromisos y deberes meramente formales.

A juicio de quien escribe esta tesis, la exigencia de una asunción *fáctica* constituye un recurso eficaz para evitar una ampliación indeseable de los deberes de garante. No resulta llamativo que se apele a la *facticidad* como elemento restrictivo, debido a que la idea misma de “asumir” una función o posición posee una innegable dimensión *fáctica*. *v.gr.* el piloto profesional de aviones comerciales asume una serie de deberes de hetero-protección en favor de la tripulación y los pasajeros, en la medida en que concurren una serie de elementos *fácticos* adicionales a su simple contratación como piloto. Efectivamente, de conformidad con el *criterio de la asunción fáctica*, sólo es posible sostener los deberes de protección ajena del piloto cuando éste ejerce *de hecho* sus funciones como tal, en días y horarios laborables, encontrándose en la cabina del avión y —por qué no— vistiendo la indumentaria prevista para el cumplimiento de sus deberes, etc. (elementos predominantemente *fácticos*).

1. Revisión del criterio utilizado para sostener la asunción *fáctica* de deberes de hetero-protección

A continuación se realiza una revisión de los términos en los que el criterio de la asunción *fáctica* requiere ciertos *hechos* para que la asunción despliegue sus efectos jurídico-penales. Para facilitar el planteamiento de esta cuestión se proponen dos variantes de un mismo ejemplo ajeno al ámbito propio del delito de estafa. A ellas se aplicará el criterio de la asunción *fáctica* procurando no desvirtuarlo.

En pleno invierno, una estudiante universitaria recibe una oferta para ser contratada como “canguro”⁴⁸¹. Su trabajo consistirá en recoger de lunes a viernes a un menor al

⁴⁸⁰ Parte de la doctrina y la jurisprudencia de Alemania requieren *facticidad* para sostener deberes de hetero-protección jurídico-penales en virtud de una asunción voluntaria, *cf.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, A.T. 2014, § 46, nn.mm. 67-68 (*tatsächliche Übernahme*); BGHSt 46, 196, 203; 54, 44, 48 ss.; SATZGER, StGB, 2014, §13, n.m. 21^a, falta la posición de garante por asunción voluntaria cuando resulta evidente que no ha sido asumido fácticamente [una determinada posición] en un negocio (*faktische Übernahme*).

⁴⁸¹ Contrato por el que una persona, habitualmente una mujer joven (“canguro”), se compromete a cuidar durante unas horas a menores de edad en casa de estos últimos.

término de las clases en su colegio. Luego deberá llevarle abrigado a su casa —se trata de un niño con insuficiencia pulmonar— para allí ayudarle con sus deberes escolares hasta que, por la tarde, regrese alguno de los padres al domicilio familiar. Después de haber sido entrevistada por los padres un sábado, la “canguro” acepta explícitamente todos los términos del acuerdo. Los contratantes establecen que el lunes siguiente comenzaría el trabajo por un mes, con posibilidades de renovación.

Primera variante. El lunes fijado como día de inicio, la mujer no se presenta en el colegio a la hora convenida a pesar de tener la posibilidad de hacerlo. El menor regresa a su casa caminando solo por la calle bajo la lluvia. A mitad de camino, resbala y se fractura un tobillo. El niño enferma de una gravísima pulmonía.

Según el criterio de la *asunción fáctica* se debe negar el nacimiento de un deber de hetero-protección penalmente relevante. En el caso sólo se cuenta con la *facticidad* inherente a la celebración del acto jurídico por el que la universitaria aceptó explícita o implícitamente los términos del contrato como “canguro”. El criterio de la *asunción fáctica* requiere “algo más” que el contrato. ¿Qué es aquello que debe tener lugar en el plano de los *hechos* para que se pueda considerar configurado un compromiso por *asunción* relevante jurídico-penalmente? Parece claro que la “canguro” debe demostrar la *asunción* del compromiso mediante *hechos* propios adicionales —simultáneos o posteriores— a la sola contratación⁴⁸². Forman parte de estos *hechos* propios, con toda seguridad, aquéllos por los que es ejercida *fácticamente* la protección ajena prometida o, en otras palabras, los *hechos* que cumplen —al menos parcialmente— el deber de hetero-protección asumido.

En principio, éste sería el caso más frecuente de *asunción fáctica*: *hechos* por los que se ejecuta un compromiso previo. En casos distintos al aquí planteado, podría faltar el compromiso o pacto previo sin que ello impida la configuración de la *asunción fáctica*. Para que esto ocurra, el *factum* debe poseer suficiente fuerza expresiva como para manifestar la voluntad de asumir la hetero-protección y, además, ejecutar parcial o totalmente la protección ajena⁴⁸³.

⁴⁸² Lo habitual, *fenomenológicamente*, es que esta clase de *hechos* se verifiquen con posterioridad.

⁴⁸³ Así ocurre cuando alguien toma en brazos a un niño a quien impulsa por momentos verticalmente en el aire, pero sin dejarle caer. *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, 1999, pp. 479-480.

Los *hechos* adicionales al contrato permiten sostener la *facticidad* de la asunción de un deber de protección ajena. Esta clase de *hechos* operan como una suerte de confirmación de la seriedad y genuina voluntad de auto-vincularse, cuando exista una manifestación previa en ese sentido.

En la *primera variante*, la mujer contratada no asumió *fácticamente* la posición o rol de “canguro” porque no llegó a realizar *hecho* alguno de aquéllos que formaban parte del compromiso previamente aceptado contractualmente. Se debe negar la condición de *Garante* de la mujer y, consecuentemente con ello, negar también una infracción de deberes de hetero-protección penalmente relevantes. El motivo de ambas negaciones se debe a que en el momento en el que ocurren los hechos relevantes para una eventual comisión por omisión de lesiones —falta del cuidado del menor en el trayecto del colegio a su casa— la mujer no ocupaba *fácticamente* (nunca llegó a hacerlo) la posición de “canguro”. Al faltar la dimensión *fáctica* de la asunción, no tiene lugar una infracción omisiva de un deber de hetero-protección, pues dicho deber nunca llegó a integrarse en la esfera de organización de la joven.

Lo planteado debe complementarse con la afirmación de que la no-presentación de la mujer en el lugar y horario acordados, el primer día en el que debía comenzar a trabajar como “canguro”, constituye un comportamiento omisivo que incumple un deber positivo-especial, de naturaleza jurídico-privada (contractual)⁴⁸⁴.

Segunda variante. Transcurridas tres semanas durante las cuales la universitaria cumple cabal y oportunamente sus deberes como “canguro”, no se presenta en el colegio —pudiendo hacerlo— a la hora prefijada el lunes de su cuarta semana de contrato. El menor regresa a su casa caminando solo por la calle bajo la lluvia. A mitad de camino, resbala y se fractura un tobillo. El niño enferma de una gravísima pulmonía.

La diferencia específica de la *segunda variante* radica en que la mujer contratada asumió *fácticamente* su posición como “canguro” durante quince días laborables. De este modo, ella manifestó su compromiso de protección del menor mediante *hechos adicionales* al compromiso contractual, ejerciendo, esto es, ejecutando *fácticamente* el compromiso durante cada uno de los días laborables de las tres primeras semanas de contrato. Estos hechos permiten atribuir a la “canguro” la efectiva incorporación a

⁴⁸⁴ *Infra* VIII.4. C) d) 5. y VIII.4. C) e) se trata sobre las expectativas normativas que los padres y terceros podían depositar en la mujer que no asumió la protección del menor.

su esfera de organización de los riesgos vinculados al cuidado del menor. Entre los riesgos asumidos se encontraba la posible afectación a la salud e integridad física del niño, especialmente durante el trayecto desde el colegio a su casa.

El día en que la joven no se presentó en el colegio a la hora prevista, no asumió *fácticamente* la posición de “canguro”. Por lo tanto, cuando el menor sufrió la lesión de tobillo y enfermó de neumonía, la mujer no ocupaba *fácticamente* la posición de “canguro”. En consecuencia, la no-presentación de la joven el cuarto lunes constituye un incumplimiento de un deber positivo-especial, de naturaleza jurídico-privada (contractual). No es posible, con arreglo al criterio de la *asunción fáctica* , sostener la responsabilidad de la joven por infracción de deberes penales negativos. La mujer, cuando no se presentó a trabajar, simplemente habría comunicado su salida definitiva o temporal de la posición de garante y, con ella, la desvinculación de su esfera de organización y los riesgos que pudiesen afectar al niño para el que trabajaba.

La solución que aporta el criterio de la *asunción fáctica* es idéntica para las dos variantes del ejemplo propuesto. La no-presentación de la joven el primer lunes (*primera variante*) y el cuarto lunes —tras tres semanas de *asunción fáctica* en la *segunda variante* —, comunica implícita e inequívocamente su voluntad de no asumir (*primera variante*) o no re-asumir (*segunda variante*) la hetero-protección del menor. Se debe descartar la infracción de un deber penal negativo de hetero-protección por *asunción* , en atención a que esta última carecía de *facticidad* al momento en el que los bienes jurídicos del niño se vieron expuestos a riesgos comprendidos en el compromiso previo de *asunción* como “canguro”.

Podría sorprender la total irrelevancia atribuida a la circunstancia de que la mujer haya asumido *fácticamente* como “canguro” durante tres semanas ininterrumpidas. Aunque así haya sido, la no-presentación de la mujer en el lugar y horario acordados el cuarto lunes, constituye tan sólo una infracción omisiva y dolosa de una obligación contractual. La ausencia de *facticidad* del compromiso por *asunción* el cuarto lunes, haría “implanteable” la responsabilidad penal de la mujer por las consecuencias lesivas padecidas por el niño.

Si se toma en serio la exigencia de *facticidad* , debiera sostenerse que la mujer asumió *fácticamente* su compromiso de hetero-protección cada uno de los días laborables en los que se presentó en el colegio a la hora prevista para recoger al menor. Por otra parte, siempre desde la perspectiva de la *asunción fáctica* , cada una de las noches de las semanas previas a su no-presentación, la mujer se desprendió *fácticamente* de su

condición de “canguro” al salir a la calle. A partir de ese momento y situada en un lugar distinto de la casa donde cuidaba del niño, la joven universitaria era simplemente una persona contratada para cuidar de un niño y no la “canguro” de éste, en cuyo ámbito de organización se encontraban entonces integrados los riesgos que podían afectar al menor.

2. Necesidad de un replanteamiento de la *facticidad* en la *asunción*

La idéntica solución que aporta el criterio de la *asunción fáctica* ante las dos *variantes* del caso de la “canguro”, manifiesta una deficiencia importante derivada de una concepción excesivamente desnormativizada de *asunción*. Tal concepción obliga a negar la responsabilidad penal de la “canguro” en ambas variantes. Sin perjuicio de explicaciones ulteriores, resulta difícil adherir a un criterio que proporciona una misma consecuencia jurídico-penal ante casos dotados de diferencias *fácticas* relevantes normativamente. Resulta llamativo que el criterio de la *asunción fáctica* en la *variante segunda* sólo permita sostener el incumplimiento de un deber positivo-especial de naturaleza jurídico-privada (contractual), pues allí la joven infringió un compromiso de hetero-protección previamente asumido *fáctica e inequívocamente* durante tres semanas.

Ahora bien, el criterio de la *asunción fáctica* soluciona de modo satisfactorio la *primera variante*, pues rechaza correctamente la infracción omisiva de un deber de hetero-protección penalmente relevante por la total ausencia de *facticidad* del compromiso asumido. Efectivamente, cuando un (supuesto) Garante por *asunción* no llega a asumir *fácticamente* su posición en ningún momento, no cabe sostener la integración normativa del deber de hetero-protección en su esfera de organización.

El criterio de la *asunción fáctica* soluciona de un mismo modo las dos variantes examinadas porque requiere que coincidan la *facticidad* de la *asunción*, mejor, la *facticidad de la contención del riesgo* con el preciso momento en que el peligro amenaza con lesionar el bien jurídico comprendido por el compromiso de hetero-protección. En definitiva, el criterio examinado subordina los efectos jurídico-penales de la *asunción* a una *facticidad coetánea* con la amenaza de lesión que ejerce el riesgo típico sobre el bien de cuya protección se trata.

3. Fuerza normativa de la *facticidad* en la *asunción*

A continuación, se toma posición acerca de la relevancia normativa que cabe atribuir a la *facticidad* en un compromiso de asunción. Se plantea esta propuesta al hilo de un nuevo análisis sobre la *segunda variante* del caso de la “canguro”.

En el plano extrapenal la mujer incumplió libremente una obligación contractual al no presentarse en el colegio para recoger al menor el cuarto lunes posterior a su contratación. Jurídico-penalmente, la “canguro” infringió dos deberes derivados de su condición de garante de hetero-protección. El primero es el deber de manifestar la decisión de desvincularse definitiva o temporalmente del compromiso de garante asumido previamente de modo *fáctico*. Así como la configuración misma de la asunción requiere *hechos* que manifiesten inequívocamente que se ocupa una determinada posición cualificada de deber, la desvinculación de esa posición, asumida *fácticamente* con anterioridad, requiere otra inequívoca manifestación normativa y materialmente significativa de la libre decisión de salir de la posición asumida. La “canguro” no comunicó de un modo intersubjetivamente unívoco su salida temporal o definitiva del compromiso de garante hasta el día en el que no recogió al menor. Antes de aquel día, la mujer tuvo el deber y la posibilidad de dar aviso de su deseo de desvincularse del compromiso de hetero-protección mientras ocupaba *fácticamente* la posición de “canguro” durante los días laborales, dentro del horario pactado, etc. y también fuera de dichos días y horarios. Aunque cada tarde de los días laborables — lo mismo los fines de semana—, la asunción como “canguro” perdía su *facticidad actual*, es indudable que su compromiso de hetero-protección en favor del niño mantuvo su vigencia. Con mayor precisión, dentro y fuera de los días y horarios laborables, la “canguro” adoptó una actitud a la que no cabe atribuir el sentido de una manifestación unívoca —ni siquiera implícita— de acabar con los deberes de hetero-protección incorporados a su esfera organizativa. En el supuesto analizado, la “canguro” manifestó de modo intersubjetivamente unívoco su libre voluntad de cesar en su compromiso de hetero-protección mediante la infracción de un segundo deber propio de su posición de garante. Se trata del deber del garante de re-asumir *fácticamente* la hetero-protección previamente integrada en su esfera de organización mediante repetidas e ininterrumpidas asunciones *fácticas*.

En conclusión, la “canguro” asumió y re-asumió *fácticamente* su compromiso día tras día, durante tres semanas. El “cuarto lunes” en el que no se presentó en el colegio, omitió re-asumir *fácticamente* la protección del menor cuando debía hacerlo en atención al concreto contexto circunstancial (día laborable, horario, lugar, etc.). A

continuación, se explica el fundamento e implicancias de la infracción del deber de re-asumir *fácticamente* una hetero-protección mientras ésta aún se encuentra integrada normativamente en el ámbito de organización del *garante*.

4. Deber de re-asumir *fácticamente* la hetero-protección prometida

Un deber de hetero-protección puede ser asumido inequívocamente mediante un único *hecho*. En este caso, es posible que el único *hecho* que manifiesta la asunción de la hetero-protección a la vez cumpla cabalmente el deber de protección ajena.

En los demás supuestos de integración de deberes de protección ajena, la inicial asunción *fáctica* vincula la esfera organizativa del garante con el riesgo ajeno objeto de la protección, sin que el solo *hecho* “inicial” de asunción ponga fin al deber de protección ajena. En estos casos, el deber asumido *fácticamente* requiere otro u otros *hechos* adicionales de asunción, esto es, una o más asunciones *fácticas* posteriores a la inicial. Se trata de supuestos, frecuentes en el plano fenomenológico, en los que el *acto* o *hecho* que manifiesta la asunción no permite considerar cumplido o ejercido – al menos no completamente— el deber de hetero-protección. Por lo tanto, el *hecho* inicial de asunción incorpora a la esfera del garante el deber de protección ajena, reclamando una o varias asunciones *fácticas* posteriores. El primer *factum* de asunción consiste en un primer cumplimiento (parcial) de la hetero-protección, pero ésta requiere que el garante re-asuma *fácticamente* el mismo deber de protección ajena en determinados horarios, días, lugares, etc. Este deber de re-asunción *fáctica* permanece integrado en la esfera de organización del garante hasta que resulte inequívoco, intersubjetiva y normativamente, que otro ha asumido (y ejerce actualmente) la correspondiente hetero-protección, que ésta ha terminado de conformidad con lo pactado o, simplemente, que resulta innecesaria.

La fundamentación del deber de re-asumir *fácticamente* el control de un riesgo ajeno responde a lógica general de la asunción, en la cual su *facticidad* pre-determina sus efectos en el plano normativo. Si el *hecho* inicial que manifiesta la asunción resulta insuficiente para considerar cabalmente cumplida la hetero-protección, el garante por asunción no puede desentenderse sin más de la hetero-protección, pues ésta se encuentra incorporada normativamente a la esfera organizativa del garante. Este último podrá delegar o abandonar la hetero-protección sólo si se hubieran pactado estas “salidas de la posición de garante” de un modo intersubjetivamente nítido. Fuera de estas alternativas, particularmente cuando el garante ha asumido y re-asumido mediante *hechos* repetidos una misma función de protección ajena, la propia

facticidad de la asunción permite sostener la vigencia del deber de hetero-protección. Respecto de esta última idea, resulta particularmente elocuente aquel criterio por el que se reconoce “la fuerza normativa de lo fáctico” (*die normative Kraft des Faktischen*)⁴⁸⁵. En toda asunción, lo *fáctico* —entrar *de hecho* en la posición asumida— posee una innegable e intensa fuerza normativa ya que expresa y permite sostener la incorporación de un riesgo ajeno a la esfera de organización del garante por asunción. La entrada *fáctica* en la posición de deber, adicionalmente, legitima la expectativa del beneficiario de la protección y de terceros, de que los bienes jurídicos amparados por el compromiso de asunción serán suficiente y oportunamente protegidos frente al riesgo sobre el cual versa la hetero-protección prometida.

En contratos de Derecho privado, como el de prestación de servicios, es habitual que las personas asuman *fácticamente* deberes de hetero-protección dentro de un determinado contexto circunstancial de tiempo, lugar, etc., que puede ser denominado como *contexto de hetero-protección por asunción*. Tras la primera asunción *fáctica* —sin que el garante ni el beneficiario de la protección hubieran cesado el compromiso de un modo intersubjetivamente indudable— el garante ejerce *fácticamente* el deber de hetero-protección en el *contexto de la hetero-protección por asunción*. Cuando concurren los factores constitutivos del *contexto de la hetero-protección por asunción* (horario, jornada laboral, etc.), el garante debe re-asumir *fácticamente* la hetero-protección. Si infringiera su deber de re-asunción *fáctica* por omisión dolosa o imprudente, y el bien que debía ser protegido resultara lesionado de un modo imputable a la omisión del garante, este último puede ser responsable de la infracción omisiva de un deber penal negativo (responsabilidad por las consecuencias). La ausencia de *facticidad* del compromiso asumido en el preciso momento en que tiene lugar la lesión por falta de protección del garante, no impide sostener la responsabilidad del *Garante*, en la medida en que la lesión tenga lugar cuando el *contexto de la hetero-protección por asunción* reclama inequívocamente al *garante* la

⁴⁸⁵ JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 337. El Derecho administrativo español —doctrina y jurisprudencia— ha acogido ampliamente el criterio de la “fuerza normativa de lo fáctico”, particularmente en el sector administrativo-urbanístico. La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente la aplicabilidad de este criterio para la clasificación del suelo urbano llevada a cabo por la Administración (decisión administrativa no discrecional o reglada). Entre otras muchas, la STS, sala 3ª, de 21 de enero de 2011, ponente Teso Gamella, P. Allí es citado expresamente el criterio de JELLINEK en el sentido de que ciertos *hechos* generan consecuencias normativas que la Administración no puede desconocer. Cuando en un terreno hay servicios urbanísticos —dato fáctico— el suelo no puede sino ser declarado “urbano”, con las consecuencias jurídicas que ello implica.

re-asunción *fáctica* de su función de hetero-protección. De este modo, se configura un incumplimiento del deber de hetero-protección, previamente integrado en la esfera del garante por asunción *fáctica*, que constituye una infracción omisiva de un deber penal negativo. Esta última afirmación se fundamenta en que la hetero-protección integrada normativamente en la esfera de organización del garante por asunción le impone el deber de re-asumirla fácticamente tantas veces sea necesario en atención a la concurrencia de los factores que generan el *contexto de la hetero-protección por asunción*.

La “canguro” escoge manifestar su voluntad de desvincularse del compromiso *fácticamente* asumido mediante la infracción omisiva y dolosa de su deber de re-asumir —también *fácticamente*— el ejercicio de los deberes derivados de su posición. Su manifestación implícita de voluntad puso término a sus deberes de hetero-protección “hacia el futuro”, pero de ningún modo la libera de su responsabilidad penal por las lesiones del menor. Esta responsabilidad se fundamenta en la infracción omisiva del deber de garante por asunción que le exigía re-asumir *fácticamente* la hetero-protección del niño al término de la jornada escolar de este último. En atención a que la “canguro” no dio aviso de su salida de la posición de deber, previamente asumida mediante *hechos* reiterados e inequívocos, los riesgos que podían afectar al niño a partir del momento en el que la “canguro” debía recogerle —*contexto de la hetero-protección por asunción*—, permanecieron integrados normativamente en el ámbito de responsabilidad de la joven universitaria.

La *no-facticidad* en el ejercicio de la función de hetero-protección de la “canguro” en el momento en el que el menor se vio expuesto a los riesgos contra su integridad física y salud, no constituye un obstáculo para sostener una infracción omisiva de un deber penal negativo por no contener los riesgos típicos que amenazaban al niño y que previamente ella había asumido mediante *hechos* inequívocos. La infracción omisiva de la “canguro” consistió en no re-asumir *fácticamente* su función de contención de los riesgos que previsiblemente afectarían al menor en el concreto *contexto de la hetero-protección asumida normativamente* por ella.

Finalmente, se efectúa un resumen breve de la propuesta sobre la fuerza normativa de la *facticidad* en la asunción. Es correcta la exigencia de comportamientos que manifiesten *en el plano de los hechos* una efectiva integración de riesgos ajenos en la esfera organizativa del garante, tal y como lo hace el criterio de la *asunción fáctica*. Efectivamente, sin *hechos* que manifiesten o confirmen el compromiso de hetero-

protección no puede considerarse integrado normativamente en la esfera de organización del garante el deber de contención de unos determinados riesgos que amenazan a bienes determinados del beneficiario del compromiso. Cuando falta la *facticidad*, el compromiso por el que es asumida la protección ajena no se encuentra en condiciones de fundamentar la plena identidad normativa entre el comportamiento omisivo y el activo en la comisión de delitos de resultado.

Ahora bien, una cosa —acertada, por cierto— es requerir la *facticidad* como elemento imprescindible para la asunción de compromisos de hetero-protección que permiten sostener la responsabilidad penal en caso de infracción omisiva de los deberes asumidos, y otra muy distinta es la (errónea) exigencia de que el garante por asunción deba encontrarse ejerciendo actual y *fácticamente* la función de hetero-protección en el preciso momento en el que se produce la amenaza (riesgo típico) de lesión para los bienes jurídicos que abarca el compromiso por asunción. Como se ha mencionado pocas líneas más arriba —en relación con el caso de la “canguro”—, el garante por asunción puede incurrir en infracciones omisivas de deberes penales de protección ajena precisamente por no haber re-asumido *fácticamente* su función de contención de riesgos cuando tiene lugar el *contexto de hetero-protección* objeto de su compromiso y sobreviene el riesgo para los bienes del beneficiario.

5. *Facticidad* y expectativas normativas

Los argumentos y comentarios que siguen procuran determinar el papel que cabe atribuir al *elemento fáctico* en la configuración de expectativas normativas referidas a compromisos de hetero-protección. Los resultados de estas reflexiones se aplican luego al estudio sobre las expectativas normativas en el ámbito específico del *silencio* en la estafa⁴⁸⁶.

Volviendo a la *segunda variante* del caso de la “canguro”⁴⁸⁷, la expectativa normativa que la joven defrauda corresponde a una confianza legítima y razonable de que el niño será protegido por la “canguro” desde el momento en el que termina la jornada escolar del menor (*contexto de hetero-protección por asunción*). Los titulares de esta expectativa de hetero-protección son, principalmente, los padres contratantes y, junto a ellos, terceras personas que también pueden esperar —legítima y razonablemente— el cumplimiento de la protección prometida, como *v.gr.* los encargados de la salida de

⁴⁸⁶ *Infra* IX.1. G) f).

⁴⁸⁷ *Supra* VIII.4. C) d) 1.

los estudiantes del colegio. La expectativa de que el niño será protegido por la “canguro” no es una simple expectativa cognitiva basada en la observación de uno o varios *hechos* cuya reiteración se espera⁴⁸⁸. Aunque el elemento cognitivo-*fáctico* está presente en casos como el aquí analizado, parece insuficiente sostener que la expectativa de que el menor fuera protegido por la “canguro” sea de naturaleza puramente cognitiva, pues la expectativa cognitiva no es resistente a su frustración, de tal manera que cuando se ve incumplida por uno o varios *hechos* que la contradicen, la expectativa cognitiva cambia o desaparece. La frustración de una expectativa cognitiva lleva a su descarte porque, al fallar, merece ser abandonada. De este modo, la expectativa de que el niño sería protegido —tras la celebración del contrato, durante los *hechos* por los que fue cumplida la hetero-protección y, también, cuando la “canguro” no se presenta en el colegio— no corresponde a una expectativa simplemente cognitiva, ya que no decae ni debe ser descartada al constatar su frustración. Lo que aún queda por determinar es si la expectativa de protección del menor, por oposición a las de naturaleza cognitiva, puede ser considerada como una expectativa normativa.

Las expectativas normativas resisten a su frustración, pues mantienen su vigencia contrafácticamente. Quienes poseen expectativas normativas respecto de comportamientos ajenos, pueden mantenerlas aún en caso de contravención. Así, los padres contratantes⁴⁸⁹, concedores de los términos del contrato y del modo en que la “canguro” desempeñó *fácticamente* sus labores durante quince días laborables ininterrumpidos, poseían una expectativa normativa que les permitía confiar —legítima y razonablemente— en que la mujer continuaría ejerciendo su papel de contención de los riesgos que podían afectar al menor. La repetida asunción y el cumplimiento *fáctico* del deber de hetero-protección por parte de la “canguro”, reforzó la expectativa normativa de que ella cumpliría con la hetero-protección asumida⁴⁹⁰. Parece posible afirmar que un compromiso de hetero-protección no

⁴⁸⁸ Siguiendo a PARSONS, LUHMANN explica que la vida diaria se estructura en base a expectativas recíprocas. «Sólo bajo la presión de desacuerdos y cambios sugeridos [las expectativas] se ven forzadas a aceptar o bien un *status* cognitivo, o bien un *status* normativo, dependiendo de si van a ser cambiadas frente a acontecimientos que las contradicen o de si van a ser tenazmente mantenidas como contrafácticamente válidas», LUHMANN, *Complejidad y modernidad*, 1998, p. 64.

⁴⁸⁹ Y, por extensión, terceros que comparten la expectativa de que el menor será protegido en el contexto de hetero-protección por asunción.

⁴⁹⁰ Nuevamente, esta afirmación se apoya en la idea de la “fuerza normativa de lo fáctico”, JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 337.

(re)asumido *fácticamente* puede mantener su vigencia a pesar de la falta de *facticidad* o *ejercicio fáctico del compromiso asumido* en el preciso momento en que se frustra la expectativa normativa comprendida en el pacto de asunción o, lo mismo, cuando el riesgo lesiona los bienes que el garante debe proteger. En todo caso, se puede sostener lo anterior en la medida en que el garante no haya cesado su compromiso de un modo intersubjetiva y normativamente inequívoco.

En lo que se ha argumentado hasta ahora subyacen problemas aún no resueltos. Se trata del modo en que una expectativa social pasa a ser —o puede ser considerada como— una expectativa normativa. Adicionalmente, queda también por determinar cuáles expectativas, de entre las normativas, poseen relevancia jurídico-penal y cuáles no. Ambas cuestiones dependen directamente del concepto de norma con el que se trabaje. *Supra*⁴⁹¹ ha sido adoptado un concepto de norma penal que combina dos de sus principales dimensiones. La primera reconoce la norma como directiva de conducta y, en esa medida, se dirige al ciudadano como potencial delincuente. Esta dimensión resalta la relación entre directiva y destinatario, siendo este último aquél a quien la directiva normativa pretende motivar en un determinado sentido. Por otra parte, sin perjuicio de lo anterior, la norma penal corresponde también a una expectativa de conducta institucionalizada o, si se prefiere, una expectativa estabilizada contrafácticamente. Esta dimensión de la norma resalta su carácter social, focalizándose en la víctima y la colectividad, quienes esperan que los ciudadanos se comporten de un modo adecuado a sus expectativas normativas⁴⁹².

Esta doble dimensión de la norma se ha atribuido previamente a las normas jurídico-penales. Sin embargo, también otras normas —civiles, mercantiles, laborales, consuetudinarias, etc.— participan de estas facetas, pues también motivan a sus destinatarios a la realización de conductas conformes con los deberes que regulan y, a la vez, estabilizan contrafácticamente expectativas que determinados sujetos tienen respecto del comportamiento de otros. Así, *v.gr.* el comprador posee una expectativa

⁴⁹¹ *Vid.* III.1.

⁴⁹² Las expectativas por las cuales los ciudadanos esperan de los otros determinados comportamientos corresponden, en principio, a un simple fenómeno psicológico desprovisto de contenido y relevancia normativa. Sin embargo, la expectativa que ha sido incorporada a una norma, sea ésta social o jurídica, se transforma en una expectativa estabilizada normativamente (institucionalizada). La compatibilidad entre las concepciones de la norma como directiva de conducta y como expectativa de conducta institucionalizada, se entrevé al observar que cuando el ciudadano es motivado a la realización de comportamientos conformes a Derecho, la directiva de conducta también estabiliza contrafácticamente una expectativa social, pues procura comunicativamente que ésta no llegue a frustrarse.

normativa de recibir en tiempo y forma la cosa comprada; el vendedor, por su parte, posee la misma clase de expectativa de recibir el pago íntegro debido por el comprador, dentro del plazo pactado o usual. Lo que uno y otro *esperan* se encuentra amparado normativamente por el Derecho civil; ambas expectativas son de naturaleza normativa y no meramente cognitiva, pues mantienen su vigencia aun en caso de frustración de lo garantizado.

La expectativa normativa civil o privada “resiste” a su frustración tras su incumplimiento, pues —siguiendo con el ejemplo anterior propio del sector contractual— la parte diligente puede reclamar judicialmente el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución del contrato y, siempre que existan perjuicios atribuibles al incumplimiento, la indemnización de dichos perjuicios. Podría realizarse un raciocinio muy semejante al anterior respecto de otras expectativas normativamente institucionalizadas en sectores del Derecho distintos del jurídico-civil.

La diferencia más significativa entre las normas que estabilizan expectativas *penales* y las demás normas jurídicas, es el recurso a la pena como principal reacción ante las infracciones de sus directivas de conducta y las consiguientes frustraciones de las expectativas recogidas por sus normas. Efectivamente, la norma penal se vale de la pena⁴⁹³ como reacción estabilizadora de las expectativas que garantiza cuando éstas se ven defraudadas⁴⁹⁴.

La estabilización de una expectativa normativa previamente frustrada puede realizarse mediante la aplicación de una pena únicamente cuando la defraudación se refiere a una expectativa reconocida penalmente y en la medida en que no se haya visto reestabilizada por vías alternativas a la pena⁴⁹⁵.

⁴⁹³ No es posible abordar la cuestión de si acaso las medidas de seguridad operan como un factor estabilizador de las expectativas que garantiza el Derecho penal.

⁴⁹⁴ En el marco de esta investigación sobre la comisión por omisión de estafa, no es posible entrar en la cuestión sobre la legitimación de la pena estatal. Abordar este problema supondría un alejamiento injustificado del objeto de estudio de la tesis. Por este motivo, simplemente se pondrá de manifiesto la adhesión a los principios que tradicionalmente caracterizan el Derecho penal como un conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado que, como Derecho fragmentario y de *ultima ratio*, ejerce un rol subsidiario a otras ramas del Derecho cuanto éstas se encuentran en condiciones de estabilizar las principales expectativas de una Sociedad determinada de un modo menos lesivo que la aplicación de una pena. Nuevamente, no hay más alternativa que dejar de lado la problemática relativa a las medidas de seguridad en Derecho penal.

⁴⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Modernas tendencias*, 2001, pp. 569-570. En esta línea argumental, podría sostenerse que el Derecho *penal* se reserva la estabilización contrafáctica de aquellas expectativas que pertenecen al núcleo de la identidad de una Sociedad determinada.

A la luz de los aspectos principales tratados en el presente apartado sobre la facticidad en la asunción y su relación con las expectativas normativas jurídico-penales, es posible mantener la proposición de una solución alternativa a la que proporciona el criterio de la *asunción fáctica* tantas veces mencionado. En un primer nivel analítico, los padres contratantes poseían una expectativa normativa jurídico-civil que les permitía confiar en (esperar) que la “canguro” cumpliría las tareas para las cuales fue contratada. Esta confianza, civilmente amparada, nació el mismo día de la contratación, incluso antes de que la “canguro” comenzara a cumplir *fácticamente* las obligaciones para las que fue contratada. La expectativa mencionada se mantuvo inalterada durante todo el desarrollo posterior de los acontecimientos. Es más, tras la no-presentación de la canguro aquel “cuarto” lunes, e incluso, después de las lesiones del menor, los padres siguieron siendo titulares de la expectativa normativa jurídico-civil referida al cuidado y atención del menor. Esta expectativa resiste a su frustración, pues los padres —a título propio o del menor— pudieron reclamar la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios patrimoniales y morales⁴⁹⁶.

A la expectativa normativa jurídico-civil se superpone otra expectativa normativa de carácter jurídico-penal, también referida a la protección del menor. La estabilización penal de esta expectativa comienza, *sit venia verbo*, “más tarde” que la jurídico-civil, pues sólo a partir de la *asunción fáctica* de la hetero-protección del menor es posible sostener que los riesgos para su integridad personal fueron incorporados a la esfera de organización de la “canguro” de modo intersubjetiva y normativamente inequívoco para el Derecho penal. Durante la etapa intermedia entre el solo contrato “formal” y la efectiva *asunción fáctica* de las funciones de hetero-protección, la expectativa normativa de protección del menor se encontraba todavía fuera del ámbito de las expectativas normativas estabilizadas jurídico-penalmente. La mujer comenzó a ser garante penal de la integridad personal del menor a partir de la *asunción fáctica* de dicha posición de deber y, en atención a este factor, solo entonces comenzó la posibilidad normativa de que la “canguro” fuera eventualmente responsable por un delito de lesiones en comisión por omisión dolosa o imprudente. *Sensu contrario*, antes de la *asunción fáctica* del compromiso como “canguro”, la norma primaria del delito de lesiones aún no tenía por destinataria a la joven y, consecuentemente con lo

⁴⁹⁶ La titularidad de la expectativa normativa de Derecho civil corresponde a los padres, siendo ellos los primeros legitimados para demandar la resolución contractual y la indemnización por perjuicios patrimoniales y daños morales.

anterior, la universitaria no podía ser responsable todavía de una comisión por omisión del delito mencionado.

La expectativa normativa de que el menor sería protegido por la “canguro” se vio fortalecida intersubjetivamente mediante la ejecución *fáctica* e ininterrumpida del compromiso de asunción durante catorce días laborables adicionales a la jornada en la que tuvo lugar la primera asunción *fáctica* manifestada como un desempeño efectivo de la función protectora ante el contexto de hetero-protección por asunción. El refuerzo *fáctico* del compromiso de hetero-protección, facilita y respalda la afirmación de que los padres del niño, y eventualmente terceras personas, poseyeron una expectativa normativa de naturaleza jurídico-penal que les permitió confiar razonable y legítimamente en que la “canguro” cumpliría el deber de hetero-protección que se hallaba integrado inequívocamente en su esfera organizativa.

En conclusión, son tres las consecuencias jurídicas que derivan del comportamiento de la “canguro” aquel cuarto lunes de la *segunda variante* del ejemplo analizado.

1. En primer lugar, infringió un deber positivo-especial (extrapenal) por el cual frustró una expectativa normativa de naturaleza jurídico-civil.
2. En segundo término, manifestó en forma intersubjetiva y normativamente inequívoca su voluntad de cesar temporal o definitivamente su compromiso como garante penal de hetero-protección⁴⁹⁷.
3. Finalmente, infringió omisivamente un deber penal negativo que la obligaba a re-asumir *fácticamente* el cuidado del menor. Este deber se fundamenta en el compromiso de hetero-protección previamente asumido mediante *hechos* ininterrumpidos de asunción, durante quince días laborables. La repetición y cumplimiento *fáctico* de sus deberes como garante, reforzaron —“fuerza normativa de lo fáctico”— la expectativa normativa jurídico-penal de que la mujer re-asumiría el cuidado del niño, tal y como venía haciendo. Desde que ella infringió omisivamente su deber como garante, a pesar de conocer la configuración del contexto de hetero-protección que le obligaba a re-asumir fácticamente su posición, los riesgos que amenazaron los bienes jurídicos personales del menor —integridad física, principalmente— permanecieron integrados normativamente en el ámbito de responsabilidad de la joven universitaria.

⁴⁹⁷ Su manifestación de voluntad fue implícita.

Lo señalado en 3. permite afirmar que la expectativa de que el niño sería protegido por la “canguro” se encontraba garantizada normativamente por el Derecho penal. La ausencia de *facticidad* de la asunción en el momento en el que fueron lesionados los bienes del menor, no impide afirmar la responsabilidad penal de la “canguro” por las consecuencias imputables a la infracción omisiva de su deber de hetero-protección, sino que, muy por el contrario, constituye el núcleo de la infracción penal en la que incurrió. La “canguro”, en definitiva, puede ser considerada responsable de una comisión por omisión, en principio imprudente, del delito de lesiones.

e) Asunción intersubjetiva y normativamente inequívoca de deberes de hetero-protección. Toma de posición

La asunción posee una irrenunciable dimensión *fáctica* que la dogmática sobre los deberes de garante no puede sino reconocer. En ella se encuentran inextricablemente anudados lo fáctico y lo normativo-material. Esta circunstancia obliga a adoptar una posición acerca del *quantum* de *facticidad* que debe exigir o admitir el Derecho penal para la configuración de la asunción y —en relación directa con esta cuestión— hasta qué punto la asunción puede ser normativizada.

Tanto la desnormativización radical de la asunción como su plena normativización presentan problemas. La desnormativización radical de la asunción impide sostener la vigencia del deber de hetero-protección cuando falta la *facticidad* en el momento en que es lesionado el bien jurídico amparado por la hetero-protección. Por otra parte, cuanto mayor sea la normativización de la asunción se incrementa el “peligro” de que simples obligaciones, asumidas de un modo meramente formal, resulten elevadas a la categoría de deberes penales de hetero-protección. Todo apunta a la conveniencia de un criterio que reconozca una combinación e interdependencia entre los *hechos* que manifiestan inequívocamente un compromiso de asunción y el fenómeno normativo de la integración de determinados riesgos ajenos en la esfera de organización del garante.

Para que un deber de garante por asunción permita sostener la responsabilidad penal por las consecuencias en caso de infracción omisiva, se requiere una *asunción de deberes de hetero-protección inequívoca en el plano intersubjetivo y normativo*. La asunción es *intersubjetivamente inequívoca* en la medida en que —para el garante, terceros eventuales protectores y, en la asunción bilateral, el propio beneficiario del compromiso— se encuentre fuera de toda duda razonable que la esfera de organización del garante ocupa una posición que la somete al deber de proteger

determinados bienes del beneficiario ante unos riesgos también determinados. En estrecha vinculación con lo anterior, la asunción es *normativamente inequívoca* cuando terceros eventuales protectores — también el beneficiario del compromiso, en la asunción bilateral— pueden esperar (*expectativa normativa*), legítima y razonablemente, que los bienes jurídicos del beneficiario serán protegidos por el garante ante riesgos determinados que pueden amenazar la indemnidad del bien protegido. En otras palabras, la integración de determinados riesgos ajenos en la esfera organizativa del garante debe resultar normativamente inequívoca.

En líneas generales, el criterio de la asunción *fáctica* reconoce la interdependencia entre *facticidad* y *normatividad*. Por este motivo, se adhiere plenamente a dicho criterio en lo que se refiere a las consecuencias normativas de la asunción y al modo —*fáctico*— por el que el garante *entra* en una posición de deber jurídico-penalmente relevante. Sin embargo, el criterio de la *asunción fáctica* restringe excesivamente ciertos deberes que se encuentran en plenas condiciones de generar responsabilidad penal por las consecuencias, en caso de ser infringidos omisivamente. La excesiva restricción a la que se hace referencia obedece a que el criterio de la *asunción fáctica* supedita la responsabilidad penal por las consecuencias a una *facticidad* (necesariamente) coetánea con la lesión o peligro típicos para los bienes que el garante no protege. Todo indica que al Derecho penal no interesa el dato *fáctico* “en sí”, sino su repercusión normativa. La clave para sostener la responsabilidad penal por las consecuencias en virtud de una infracción de deberes de garante por asunción es la siguiente: que en el momento en que se desestabiliza el riesgo —como peligro o lesión de carácter típico— éste siga integrado en la esfera de organización de quien, previa o coetáneamente al riesgo, ha *entrado fácticamente* en su posición de garante.

En la presente propuesta, se considera un desacierto afirmar o rechazar la relevancia penal de la asunción en función del “sí o no” de su *coetánea facticidad* con la lesión o peligro (riesgo típico) para los bienes jurídicos objeto de la hetero-protección asumida. En este punto es donde el criterio de la *asunción fáctica* otorga un valor normativo exorbitante a la *facticidad*.

Si bien es cierto que la configuración normativa de la asunción requiere, para ser inequívoca intersubjetiva y normativamente, al menos un *hecho* de asunción suficientemente significativo, resulta excesivo requerir este elemento durante todo el contexto de hetero-protección por asunción. Ello implica que el garante sólo será responsable en comisión por omisión en la medida en que infrinja su deber de

protección ajena mientras se halla *fácticamente* en el ejercicio de sus funciones. Aunque el anterior sea el caso más evidente de infracción omisiva de un deber de garante, éste puede también infringir sus deberes penales de hetero-protección por no encontrarse *fáctica y actualmente* ejerciendo su posición de deber en el preciso momento en el que son sometidos a riesgo los bienes objeto de la protección por asunción. Esta variante infractora de los deberes del garante por asunción puede ser sostenida en la medida en que los riesgos que éste debe contener se encuentren integrados normativamente en su esfera de organización cuando sobreviene el *contexto de hetero-protección por asunción*.

Por lo tanto, aquí no se propone restar importancia al elemento *fáctico* de toda asunción. Todo lo contrario. La *facticidad* es un elemento imprescindible para afirmar la integración normativa de riesgos ajenos en la esfera de organización del garante por asunción, quien —a partir de dicha integración— debe obrar como barrera de contención de dichos riesgos. Es perfectamente posible que la *facticidad* se reduzca a un único *hecho* inequívoco de asunción, si éste proporciona una base suficiente para sostener la integración de los deberes de hetero-protección en la esfera organizativa del garante. Ahora bien, entre los deberes asumidos puede contarse el deber de *re-asumir fácticamente* la contención de ciertos riesgos ajenos, tantas veces como se presente el *contexto de hetero-protección por asunción*. Así como los compromisos de asunción pueden tener por objeto un único *contexto de hetero-protección* que tendrá lugar en una sola ocasión, pueden también tener por objeto *contextos de hetero-protección* que se verificarán en más de una oportunidad, con una determinada periodicidad o sin ella. Si el compromiso de asunción se encuentra vinculado a sucesivos *contextos de hetero-protección*, la no re-asunción *fáctica* del garante puede constituir una infracción omisiva del compromiso de protección ajena, pues el deber de ejercer *fácticamente* la hetero-protección debería cumplirse tantas veces como tenga lugar el *contexto de hetero-protección*.

En efecto, incurre en una omisión jurídico-penalmente relevante el garante que cumple inicialmente su deber de contención de riesgos ajenos —o simplemente se sitúa en su posición de deber— mediante un *hecho* inicial de asunción, y luego lo infringe omisivamente por no re-asumir *fácticamente* el ejercicio de sus deberes de protección ajena ante una nueva configuración o presentación del *contexto de hetero-protección*. Dicha omisión permite imputar al garante la responsabilidad penal por las consecuencias. Su responsabilidad penal se fundamenta en la infracción del deber

negativo de protección ajena por no obrar como barrera de contención de los riesgos que previamente integró en su esfera de organización de un modo *intersubjetiva y normativamente inequívoco*.

f) El garante de veracidad por asunción en la estafa. Toma de posición

En el ámbito propio del delito de estafa, *garante de veracidad* es aquél que intersubjetiva y normativamente ha asumido en forma inequívoca un deber de heteroprotección informativa o *deber de veracidad*. El efecto propio de la asunción es la incorporación —a la esfera organizativa del *garante*— del *riesgo de que otro realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por «engaño»*. La asunción intersubjetiva y normativamente inequívoca de un *deber de veracidad* constituye el criterio fundamental con arreglo al cual se podrá sostener la identidad estructural entre comisión omisiva y activa de estafa⁴⁹⁸.

Para la configuración de la posición de *garante de veracidad* por asunción es imprescindible que éste conozca el *deber de heteroprotección* que asume, de tal manera que pueda atribuírsele la gestión del riesgo típico de estafa. La atribución de dicha gestión al *garante* depende directamente de que la asunción de la protección ajena sea intersubjetiva y normativamente inequívoca. Es de naturaleza normativa el juicio por el que se atribuye al *garante* la gestión del riesgo ajeno de que el titular de un acervo informativo-patrimonial ajeno *realice una disposición perjudicial inducida por «engaño»*. Sin embargo, dicho juicio requiere un correlato *fáctico*. Es imprescindible la *facticidad* de la asunción de los *deberes de veracidad*, pues sin ella no podría afirmarse la integración del *riesgo ajeno de disposición patrimonial perjudicial por «engaño»* en la esfera de organización del *garante*. Se atribuye la gestión de este riesgo al *garante*, en primer lugar, cuando éste ejerce *fácticamente* la protección que evita o neutraliza el riesgo de *disposición perjudicial por «engaño»*. Ahora bien, mientras siga vigente la integración normativa del *riesgo típico de estafa* en la esfera de organización del *garante*, el no-ejercicio *fáctico* de su *deber de veracidad* ante el *contexto de la heteroprotección por asunción* constituye una infracción jurídico-penalmente relevante de la norma primaria que prohíbe estafar. Como ha sido explicado *supra*⁴⁹⁹, el cumplimiento del deber jurídico-penal de

⁴⁹⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, 1999, pp. 462, 473, aunque sin referencias al delito de estafa.

⁴⁹⁹ VIII.4. C) d) 4.

veracidad puede requerir que el garante re-asuma —mediante *hechos*— la función de contención del riesgo típico ante el contexto de la hetero-protección de la asunción.

Lo verdaderamente imprescindible para sostener la responsabilidad penal por infracción omisiva de deberes de veracidad integrados normativamente en la esfera del *garante*, es la *facticidad* del *compromiso de veracidad* o de la asunción unilateral⁵⁰⁰. No es imprescindible que el ejercicio fáctico de la posición de deber sea coetáneo al momento en que tiene lugar la lesión típica del patrimonio del beneficiario del compromiso, en la medida en que el *garante de veracidad* se haya comprometido a re-asumir *fácticamente* su posición de deber tantas veces como se presente el *contexto de hetero-protección informativa*. Es más, la infracción omisiva del deber de hetero-protección consiste, en esta clase de supuestos, en no haber *re-asumido* la gestión fáctica del *riesgo de disposición patrimonial perjudicial*.

1. Compromiso de veracidad asumido en el contexto de una relación previa entre autor y engañado

El proceso de integración del *riesgo de disposición patrimonial perjudicial* ajeno en la esfera de organización del *garante* puede darse en el marco de una relación negocial extrapenal entre el autor (*garante-omitente*) y el potencial engañado. Así, *v.gr.* en contratos de compraventa, mandato, asesoría patrimonial o financiera, etc. u otras relaciones dotadas de un cierto grado de institucionalización. La tipología exacta de la vinculación entre el potencial autor-garante y el potencial engañado no es determinante para la afirmación de deberes jurídico-penales por asunción. Lo verdaderamente significativo es constatar que una de las partes de la correspondiente relación ha integrado en su esfera de organización un *deber de hetero-protección informativa* de un modo inequívoco, tanto intersubjetiva como normativamente.

Se debe ser muy prudente a la hora de enjuiciar la enorme diversidad de relaciones de contenido patrimonial en las que pueden configurarse asunciones de deberes de veracidad relevantes jurídico-penalmente a título de estafa. Un campo especialmente relevante es el de las relaciones preconformadas social y jurídicamente, habitualmente denominadas como deberes del tráfico contractuales⁵⁰¹. La tipología de la relación que

⁵⁰⁰ SATZGER, *StGB*, 2014, §263, nn.mm. 106 ff) exige *facticidad* para la asunción de deberes de veracidad jurídico-penalmente relevantes.

⁵⁰¹ El deber de veracidad por asunción comprende los denominados *deberes del tráfico*. En ellos hay un elemento de asunción en atención a que el autor ocupa una determinada posición en el negocio jurídico en el que interviene, PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, p. 139.

vincula a los potenciales autor y víctima de estafa posee un valor indiciario de signo contrario o a favor de la configuración de un *compromiso de veracidad*. La idea de “indicio” alude a un dato, hecho o elemento que, para provocar convicción, requiere algún complemento adicional y, a la vez, admite refutación. Así, *v.gr.*, la celebración de una compraventa constituye un indicio contrario a la afirmación de *deberes de veracidad*. En cambio, los contratos de asesoría patrimonial o financiera son indicios favorables a la configuración de *deberes de veracidad*, aunque por sí solos no proporcionen una razón suficiente para su afirmación.

Uno de los motivos por los que la sola tipología de la relación entre los potenciales autor y víctima resulta insuficiente para afirmar o negar *deberes de veracidad* relevantes jurídico-penalmente, es la posible reconfiguración de los vínculos que ligan a las partes implicadas en contactos negociales u otras relaciones jurídicamente institucionalizadas. Uno de los sentidos de la reconfiguración puede ser la asunción de *deberes de hetero-protección informativa*. Así, por ejemplo, la sola celebración de una compraventa constituye un indicio contrario a la asunción, pues por sí misma no genera un *compromiso de veracidad*. Sin embargo, es posible que un vendedor de piezas de arqueología asuma inequívocamente en el plano intersubjetivo —en especial, ante el comprador— un *compromiso de veracidad* en virtud del cual asume voluntariamente el deber de velar por la veracidad de la información que ostenta el comprador novel sobre los objetos ofrecidos en venta. En cualquier caso —relación constitutiva de un indicio a favor o en contra de la asunción de deberes de veracidad— el *compromiso de veracidad* por asunción, relevante para una eventual comisión por omisión de estafa, requiere indefectiblemente *facticidad* y, con ella, que sea inequívoco en el plano intersubjetivo y normativo⁵⁰².

La entrada o permanencia en vinculaciones cercanas en el plano personal y patrimonial —como lo son las relaciones paterno-filiales, maritales o sus sustitutos—⁵⁰³, por sí solas, tampoco permiten sostener *deberes de veracidad* por asunción y constituyen indicios contrarios a esta clase de deberes. Sin embargo, relaciones de este tipo pueden también ser reconfiguradas con el sentido de una asunción inequívoca

⁵⁰² FISCHER, *StGB*, 2016, §13, n.m. 36; NSTZ 10, 502. En un sentido próximo, JAKOBS, *Sobre la normativización*, 2003, p. 112 cuando señala que no es el contrato lo que fundamenta la responsabilidad [jurídico-penal], sino el hecho de que se haya provocado el abandono de otro mecanismo de protección alternativo.

⁵⁰³ En la medida en que no hayan sido sometidas a una reconfiguración con sentido de asunción por las partes que integran la relación.

de *deberes de hetero-protección informativa*. En efecto, esta clase de relaciones institucionalizadas pueden experimentar reconfiguraciones, en ocasiones implícitas, donde son asumidos *deberes de veracidad*⁵⁰⁴. A continuación, se propone un ejemplo con el fin de ilustrar la complejidad de esta clase de supuestos.

A y B son padre e hijo, respectivamente. Ambos co-administran el patrimonio de A, quien experimenta una merma importante de sus facultades de auto-protección informativo-patrimonial, pues pierde por completo la facultad de ver. A no delega expresamente en B su protección informativo-patrimonial, pero las decisiones que conciernen al patrimonio de A son tomadas conjuntamente por el hijo y su padre ciego. A interviene en estas decisiones basándose en la información que B le proporciona.

El caso propuesto permite afirmar que B asumió de un modo intersubjetiva y normativamente inequívoco un *compromiso de veracidad*, jurídico-penalmente relevante, en favor de su padre. ¿Desde cuándo? Desde que el hijo conoce la incapacidad de A para orientarse en el ámbito informativo-patrimonial y comienza a proporcionarle la información que su padre utilizará para decidir, conjuntamente con B, acerca de las disposiciones patrimoniales que afectan al patrimonio co-administrado. Ambos factores permiten atribuir al hijo la gestión del *riesgo de disposición patrimonial perjudicial por «engaño»* que puede amenazar al acervo informativo del padre y, en definitiva, a su patrimonio. La delegación de la gestión del riesgo de estafa fue delegada a B implícitamente. Este último confirmó fácticamente su entrada en la posición como gestor del riesgo de desorientación de su padre. B cumple todos los requisitos para ser considerado *garante de veracidad* en favor del patrimonio de su padre y, en esa condición, potencial autor del delito de estafa en comisión por omisión, si infringiera dolosamente y con ánimo de lucro sus deberes de hetero-protección informativa⁵⁰⁵.

En conclusión, el factor determinante de la identidad estructural entre la comisión por omisión y la comisión activa de estafa es la *asunción intersubjetiva y normativamente inequívoca de un compromiso de veracidad* en favor de un acervo informativo-patrimonial ajeno. La asunción así caracterizada permite *atribuir al garante* la gestión del *riesgo* de que una esfera organizativa ajena *realice una disposición patrimonial*

⁵⁰⁴ Como se señala *supra* VIII.4. C) b), los casos en los que el compromiso falte por completo o su existencia resulte dudosa obligan a descartar la identidad estructural entre comisión activa y omisiva.

⁵⁰⁵ *Supra* VIII.4. C) e).

perjudicial inducida por «engaño». El garante por asunción cumple su deber de veracidad evitando y, cuando se dé el caso, revocando la presencia de un «engaño bastante» alojado en el acervo informativo-patrimonial del beneficiario. Si, en lugar de cumplir dicho deber, lo infringiera dolosamente y con ánimo de lucro mediante la no-prestación oportuna y suficiente de información veraz, se configura una comisión por omisión de estafa, idéntica a la comisión activa tanto en el plano estructural como en el normativo.

Esta estructura comisiva de la estafa omisiva por infracción de deberes de veracidad por asunción puede ponerse en relación con los razonamientos previos acerca del deber de re-asumir fácticamente la hetero-protección prometida⁵⁰⁶. En una primera fase (t.1), el autor potencial de estafa se constituye en garante de veracidad por asunción. Después, (t.2) se presenta en el acervo informativo patrimonial del beneficiario de la hetero-protección un «engaño bastante» no imputable a la realización de la acción *engañar a otro* organizada por el propio garante por asunción. En estas circunstancias, en una etapa final, (t.3) puede darse el caso de que se pueda atribuir al garante por asunción un conocimiento del concreto «engaño bastante» presente en el acervo que debe proteger. Cuando la atribución de conocimiento reviste estas características, puede sostener el dolo directo en la comisión omisiva de estafa, en la medida en que también le sea atribuible al garante el conocimiento de que él obtendrá un lucro si se vale del «engaño» ajeno mediante silencio. Ahora bien, es posible que no se pueda atribuir al garante un conocimiento del concreto «engaño bastante» presente en el acervo del engañado, pero sí un conocimiento concreto de que debe re-asumir *fácticamente* la función de hetero-protección todavía integrada en su ámbito de responsabilidad. Si, dadas estas circunstancias, el garante por asunción omitiera su deber de re-asumir el ejercicio de su función de protección ajena y se le pudiera atribuir conocimiento cierto de la configuración del contexto de hetero-protección por asunción, que le reclama ejercitar su función protectora, la dolosa no-protección en la que incurre, permitiría sostener una infracción dolosa del deber de veracidad. El dolo, en este supuesto, no puede ser considerado como dolo directo, pero sí como dolo eventual de estafa. Este último requiere que se pueda atribuir al garante: un conocimiento cierto del contexto de hetero-protección por asunción; el conocimiento de la alta probabilidad de la presencia de un «engaño bastante» en el acervo del beneficiario de la asunción; y, finalmente, que le sea imputable el

⁵⁰⁶ *Supra* VIII.4. C) d) 4.

conocimiento de que el «engaño» anterior podría beneficiarle (ánimo de lucro). El origen normativo del deber de veracidad jurídico-penalmente relevante a título de estafa es la asunción⁵⁰⁷.

2. Garantes de veracidad por asunción poseedores de conocimientos especiales

La asunción puede legitimar una expectativa normativa de hetero-orientación “mayor” que la mencionada hasta ahora. Tal es el caso, del garante de veracidad con conocimientos especiales, habitualmente profesionales de un sector complejo normativa y técnicamente. Esta clase de garantes pueden comprometerse a orientar a un determinado beneficiario asumiendo deberes de veracidad que incluyen el acopio y entrega de información veraz, oportuna y suficiente —como cualquier otro garante de veracidad—, pero obtenida en virtud de sus conocimientos especiales. En estos supuestos de asunción, el beneficiario del deber de veracidad tiene derecho a confiar en que recibirá una orientación informativo-patrimonial especializada.

Los supuestos de *garantes de veracidad* con conocimientos especiales plantean un problema interesante. Se trata de si la incumbencia de propia orientación de cada ciudadano incluye la exigencia de conseguir asesoría profesional cuando interviene en contextos o ámbitos sectoriales altamente tecnificados y complejos. En otros términos, cuando un ciudadano no especialista participa en esta clase de contactos sectoriales, ¿le exige el Derecho conseguir la asesoría —hetero-orientación— de un experto? Antes de responder directamente a la pregunta planteada, es fácil advertir que, sin la ayuda del experto, el ciudadano no sólo se expone al riesgo de realizar disposiciones patrimoniales perjudiciales —éste ha sido hasta ahora el punto de vista predominante en esta investigación sobre el delito de estafa—, sino que, adicionalmente, se expone a comprender erradamente o desconocer la normativa legal, regulatoria, usos y costumbres, etc. vigentes en el sector correspondiente. En definitiva, sin asesoría de un especialista, puede fácilmente incurrir en error de prohibición, pues la cognoscibilidad de la normativa se dificulta sensiblemente. El problema planteado engarza con cuestiones de gran calado en el Derecho punitivo. Se trata del mandato de determinación en materia penal, su exigencia de *leges certae* y, por otra parte, la previsibilidad de las normas que se garantiza a los ciudadanos.

⁵⁰⁷ Vid. *infra* VIII.4. D) c) 2. ii., los puntos de contacto entre este último supuesto de infracción de deberes de veracidad por asunción y otro caso (semejante) de infracción de deberes derivados de la injerencia informativa.

La previsibilidad de la ley no se opone a que la persona afectada tenga que recurrir a consejos de expertos para valorar, en una medida razonable dentro de las circunstancias del caso, las consecuencias que pueden derivarse de un acto determinado. Es previsible objetivamente aquello a lo que el ciudadano puede acceder mediante el cumplimiento de sus incumbencias. Si las incumpliera, perdería la posibilidad de alegar error en su defensa, ya sea de tipo o de prohibición. La jurisprudencia del TEDH adopta una posición realista acerca de las limitaciones de las leyes como vía de cognoscibilidad y previsibilidad del Derecho aplicable al caso. Por una parte, subraya la necesaria colaboración de los tribunales en la determinación de lo prohibido y de sus consecuencias. Adicionalmente, exige del ciudadano un papel activo —incumbencia de auto-protección— en el conocimiento de la ley. La regulación derivada de la colaboración del legislador y el juez es cognoscible también cuando la cognoscibilidad requiere un esfuerzo especial del destinatario, ya porque éste sea un experto ya porque se le considera obligado a recurrir a expertos⁵⁰⁸. La obligación de contar con la colaboración de expertos constituye una genuina incumbencia de orientación no sólo desde la perspectiva de la neutralización de riesgos de desorientación informativo-patrimonial, sino destinada al conocimiento de los mandatos y prohibiciones jurídico-penales.

La realidad es que los ciudadanos no tienen conocimiento directo de los contenidos de las leyes. Aun en los casos de *mala in se*, los detalles de una tipificación taxativa les resultan absolutamente imperceptibles. Mucho más en el ámbito de los *mala quia prohibita*, donde precisamente se enmarcan muchos delitos cometidos en ámbitos sectoriales complejos por su regulación y tecnificación. La orientación para el comportamiento se obtiene, en todo caso, de la ley concretada por el juez. Pero esa ley interpretada tampoco tiene como destinatario al ciudadano común. Más bien se dirige a los ciudadanos expertos y a los asesores del ciudadano común. La previsibilidad del Derecho y su correcto conocimiento son, por tanto, también tareas del ciudadano, quien las cumplirá no sólo a través de su esfuerzo personal, sino también mediante el recurso a consejo externo, cuando éste sea exigible como carga integrada entre las incumbencias del ciudadano. Una consecuencia derivada de lo anterior es que el error, sobre todo el de prohibición, deviene en una auténtica excepción⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *I principi fondamentali*, Napoli, 2015, p. 181.

⁵⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, *I principi fondamentali*, Napoli, 2015, pp. 186-187.

Por lo tanto, en ámbitos técnica y regulatoriamente complejos, la incumbencia de propia orientación exige al ciudadano conseguir el asesoramiento de un experto que, por su parte, quedará constituido como garante sometido a deberes de veracidad en favor del inexperto. Si el ciudadano incumpliera esta incumbencia e interviniera en ámbitos sectoriales complejos, bien podría desarrollar comportamientos delictivos en calidad de autor, por ejemplo, un delito de estafa. La incumbencia le exige conseguir asesoramiento profesional de un experto. Si no lo hiciera y realizara comportamientos delictivos por desconocimiento de las normas que regulan el sector en el que interviene, no podrá alegar un error de prohibición en su defensa.

Por otra parte, el ciudadano que no busca la ayuda de un experto y, de este modo, incumple su incumbencia de auto-protección, puede verse desorientado en el plano informativo-patrimonial, ahora como víctima potencial de algún delito como la estafa. De acuerdo con un importante sector de la doctrina, perdería la tutela penal y no será considerado víctima del delito de estafa, por no haberse asesorado con expertos en el área negocial correspondiente. La falta de tutela penal como víctima potencial de estafa o la disminución del injusto penal de quien la lleve a cabo y, como autor, la imposibilidad de alegar error de prohibición, muestran con claridad que la contratación de asesoría profesional exigida a los ciudadanos inexpertos que intervienen en sectores altamente riesgosos por su complejidad técnica y normativa, posee la naturaleza jurídica de una incumbencia⁵¹⁰. El profesional contratado como asesor habitualmente realizará un comportamiento de asunción que de modo inequívoco le posicionará como garante de la hetero-protección —hetero-orientación— del ciudadano asesorado.

Aunque pudiera parecer evidente, los argumentos anteriores sólo se refieren a la incumbencia que pesa sobre el ciudadano que intervendrá en ámbitos sectoriales específicos y complejos en el plano técnico y/ o normativo. En razón de esta complejidad, el Derecho le exige disponer de los conocimientos especiales de otro — el asesor profesional— para que no se vea afectada la tutela penal de sus expectativas normativas como potencial víctima de delitos, entre éstos el de estafa, ni la posibilidad de alegar en su defensa —ahora como potencial autor— el error de prohibición. En cambio, cuando una esfera de organización interactúa con otra en negocios de contenido informativo-patrimonial, la regla básica de la distribución de los riesgos de

⁵¹⁰ *Vid. supra* VI.3.

orientación es aquella por la que cada cual debe procurar acopiar suficiente información verdadera para su propia orientación. De entrada, los contactos de contenido patrimonial no fundamentan expectativa normativa alguna por la que una de las partes pueda esperar que aquél con quien trata compartirá o le transmitirá sus conocimientos especiales. Estos últimos suelen encontrarse fuera del espectro informativo que las partes de un negocio deben compartir recíprocamente, a menos que la naturaleza de la vinculación de contenido patrimonial, una norma legal o un determinado uso del tráfico impongan deberes especiales de información, que alteren la distribución original de los riesgos de orientación de tal modo que una de las partes asuma inequívocamente unos deberes de veracidad que abarcan los conocimientos especiales del que se somete a ellos.

D) INJERENCIA INFORMATIVA Y ESTAFA

a) Primera aproximación

En el Derecho penal de lengua castellana, el término injerencia designa genéricamente toda irrupción infractora del *neminem laedere* en una esfera jurídica ajena como fundamento de la responsabilidad penal de los delitos de comisión activa u omisiva. Esta acepción de injerencia corresponde al concepto alemán *Eingriff* (irrupción). Por otra parte, también se denomina injerencia a la *Ingerenz* alemana, que consiste en una acción precedente peligrosa que fundamenta una posición de garante relevante para la responsabilidad en comisión por omisión de delitos de resultado⁵¹¹. La injerencia priva a una esfera de organización ajena de una protección frente a un daño o frente a un empeoramiento de lesiones de tal manera que el injerente «debe sustituir el déficit de modo equivalente»⁵¹². Sin perjuicio de las numerosas dudas que plantea la injerencia —*v.gr.* si acaso la conducta peligrosa debe ser contraria a deber—, es amplio su reconocimiento como origen normativo de deberes de garante relevantes para la comisión por omisión de delitos⁵¹³.

En el presente estudio se analiza la importancia de ciertas formas de injerencia según la segunda de sus acepciones y su relevancia para la comisión por omisión del delito de estafa⁵¹⁴. Las características peculiares de la estafa como delito de medios determinados —en particular, la exigencia típica de que su autor *utilice un «engaño bastante»*— determinan una de las propiedades de la injerencia relevante para este delito. El hacer precedente peligroso consiste en una *injerencia informativa*⁵¹⁵. Sin perjuicio de posteriores aclaraciones y matizaciones, esta clase de injerencia puede ser caracterizada como la introducción de datos falsos engañosos («engaños bastantes») en un acervo informativo-patrimonial ajeno⁵¹⁶.

⁵¹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 671 ss.

⁵¹² JAKOBS, *Sobre la normativización*, 2003, p. 115

⁵¹³ JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, pp. 673-675; KINDHÄUSER, *A.T.*, 2013, §36, nn.mm. 64-73; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *A.T.* 2014, § 46, nn.mm. 95 ss.; MIR PUIG, *El Derecho penal*, 1994, p. 330, nn.mm. 55-68.

⁵¹⁴ Es generalizada la aceptación de la injerencia como uno de los orígenes normativos de deberes de declaración cuyo incumplimiento permite sostener una comisión omisiva de estafa; así, BGH GA 77, 18, Stuttgart NJW 69, 1975; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 155; SATZGER, *StGB*, 2014, §263, nn.mm. 97-101; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 20 a).

⁵¹⁵ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, p. 135.

⁵¹⁶ *Infra* VIII.4. E) b) 1. se analiza la interrupción de un curso salvador ajeno en tentativa acabada o inacabada. Es posible que, excepcionalmente, esta interrupción constituya una injerencia no-informativa generadora de deberes de veracidad.

La injerencia ha sido explicada satisfactoriamente como una usurpación de la administración o gestión de una esfera jurídica ajena⁵¹⁷. Asumiendo esta perspectiva, la *injerencia informativa* permite atribuir al injerente una usurpación que priva al engañado de un importante aspecto de su libertad. Se trata de su derecho o facultad de realizar disposiciones patrimoniales sin condicionamientos derivados de datos falsos patrimoniales presentes en su acervo informativo en virtud de *injerencias informativas* riesgosas. En otras palabras, la injerencia informativa usurpa el derecho a intervenir en contactos de contenido patrimonial sin que otros utilicen activa u omisivamente —con dolo y ánimo de lucro— algún «engaño bastante» que induzca al desorientado a realizar una disposición patrimonial perjudicial.

Podría decirse que el injerente queda “al mando” de una esfera de organización ajena. En ocasiones, en virtud de la posición que ocupa quien ha organizado una injerencia informativa, éste puede lograr que los bienes ajenos sean lesionados simplemente por no protegerlos⁵¹⁸. La usurpación de libertad patrimonial ajena por *injerencia informativa* no requiere necesariamente un comportamiento penalmente antijurídico⁵¹⁹. Efectivamente, es posible concebir —al menos hipotéticamente y por improbable que sea— una injerencia informativa activa, *ab initio* dolosa y con ánimo de lucro, que satisfaga los requisitos típicos de la estafa, pero se encuentre justificada, *v.gr.* «engaño bastante» activo realizado en estado de necesidad agresivo⁵²⁰. De modo

⁵¹⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 869, 869 n. 12. Propone la distinción entre la injerencia por desencadenamiento de un foco de peligro y la injerencia por usurpación de una esfera ajena. Señala que el injerente que no evita que de su propia esfera surjan focos de peligro para terceros, incumple un deber de aseguramiento (deber negativo penal). Por otra parte, la injerencia como usurpación de una esfera ajena consistiría en apoderarse, sin dolo de disponer, de los bienes que integran un ámbito de organización ajeno. En su propuesta, esta usurpación admite dos variantes. La primera de ellas consiste en la usurpación de un foco de peligro ajeno (por ejemplo, por el robo de una fiera peligrosa), alternativa que no parece aplicarse a la comisión por omisión de un delito como la estafa. La segunda variante, en cambio, consiste en *usurpar la protección de la esfera jurídica ajena*. Trasladada a la estafa, por la irrupción en la esfera ajena mediante la afirmación de información falsa, las facultades de auto-protección de la esfera ajena (de la víctima) son usurpadas por el injerente. El injerente-usurpador imprudente (sin dolo de disponer) se pone “al mando” de la esfera ajena de tal manera que puede lograr que los bienes ajenos sean lesionados sólo con no protegerlos. En la medida en que la omisión tenga lugar durante la gestión de la esfera ajena o por una dimisión extemporánea de esa gestión, se configurará la comisión por omisión en esta clase de casos.

⁵¹⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 869. Este autor está pensando en casos de comisión por omisión tras conducta peligrosa por la que el omitente previamente introduce a la víctima en su propia esfera (por ejemplo, en un secuestro) sin dolo inicial de homicidio, el cual surge más tarde.

⁵¹⁹ En esta línea, la injerencia sólo requiere la objetiva contrariedad a un deber orientado a la protección del bien jurídico afectado, JESCHECK/WEIGEND, *P.G.*, 2002, p. 673.

⁵²⁰ JAKOBS, *ADPCP*, 1999, p. 23. Propone como ejemplo de injerencia en estado de necesidad agresivo el de quien «en caso de un incendio en su vivienda penetra en la vivienda de su vecino ausente para llenar un cubo

análogo, y aunque también resulte muy improbable, es plausible la realización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante» activo, antijurídico, pero inculpable, *v.gr.*, si se lleva a cabo la injerencia informativa impulsado por miedo insuperable o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia⁵²¹. Incluso es posible que la *injerencia informativa* alcance suficiente peligrosidad desorientadora dentro del ámbito de “riesgo patrimonial por contacto comercial” (riesgo permitido)⁵²².

De modo análogo a la *asunción intersubjetiva y normativamente inequívoca de un compromiso de hetero-protección*⁵²³, determinadas formas de injerencia permiten sostener la integración de ciertos deberes en favor de los bienes afectados por la conducta peligrosa precedente. Dichos deberes tienen por objeto la neutralización de los riesgos imputables al comportamiento riesgoso organizado por el injerente.

En materia de estafa, determinadas formas de injerencia informativa pueden servir de base para atribuir normativamente al *injerente informativo*, la gestión del riesgo de que la esfera organizativa ajena usurpada realice una *disposición patrimonial perjudicial inducida por «engaño bastante»*. Si el *garante-injerente* incumpliera omisivamente —con dolo y ánimo de lucro— su deber de neutralizar el *riesgo de estafa* que afecta al patrimonio previamente usurpado por él, podría configurarse una comisión por omisión dolosa del delito estafa.

b) Injerencia informativa dolosa

1. Injerencia informativa dolosa que realiza *ab initio* el injusto penal del delito de estafa

La injerencia informativa por la que es introducido un «engaño bastante» en un acervo informativo-patrimonial ajeno no puede sino consistir en una conducta portadora de un mensaje engañoso. Por este motivo, la organización de una injerencia informativa *ab initio* dolosa y con ánimo de lucro, por regla general constituye una comisión activa del delito de estafa. Esta clase de comisión requiere que el *riesgo de estafa* amenace a un patrimonio determinado en virtud de un «engaño bastante» que el injerente introduce, dolosamente y con ánimo de lucro, en el acervo informativo de quien administra dicho patrimonio. El que organiza en estos términos una injerencia

de agua, impone a su vecino una situación a tolerar, por lo que está obligado a volver a cerrar el grifo del agua después de terminar con las labores de extinción del incendio [pues] el agua estropearía el suelo de madera».

⁵²¹ En todo caso, el miedo insuperable es difícilmente compatible con el ánimo de lucro.

⁵²² *Vid. infra* VIII.4. D) c), la injerencia informativa imprudente.

⁵²³ SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, 1999, p. 480, sin alusiones al delito de estafa.

informativa dolosa queda sometido al deber de revocar la usurpación de libertad patrimonial imputable a su comportamiento.

El deber de revocación no es otra cosa que el deber de desistir de la tentativa del delito mediante la neutralización del riesgo mientras éste permanece integrado normativamente en la esfera de organización del injerente. El *riesgo de estafa* permanece integrado en dicha esfera organizativa, mientras el injerente no haya perdido definitivamente la posibilidad de desistir de la tentativa del delito mediante la neutralización del riesgo típico⁵²⁴. El injerente informativo que omita con dolo y ánimo de lucro la revocación o neutralización del riesgo, es responsable por el comportamiento autolesivo del engañado, que consiste en una *disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño bastante»*. A este respecto, *vid. supra*⁵²⁵ cómo la tentativa activa de estafa constituye al autor en garante de veracidad en virtud de la injerencia delictiva realizada mediante el comportamiento *engañar a otro*.

2. Injerencia informativa dolosa que no configura *ab initio* el injusto penal del delito de estafa

Algunas injerencias informativas organizadas *ab initio* dolosamente y con ánimo de lucro no configuran una comisión punible de estafa activa. Este fenómeno tiene lugar cuando el comportamiento del injerente no es penalmente antijurídico o, siéndolo, es inculpable⁵²⁶. Estas injerencias dolosas, por sí solas, no permiten sostener una comisión activa de estafa punible. Sin embargo, constituyen comportamientos que someten al deber de neutralizar el riesgo de *disposición patrimonial perjudicial inducida por «engaño»*, en la medida en que el injerente controle dicho riesgo en una fase omisiva todavía interna a su esfera de organización. En términos más directos, la fase omisiva —dolosa y con ánimo de lucro— de la injerencia debe ser posterior al hacer precedente inicial (doloso e impune), y, adicionalmente, debe tener lugar cuando haya cesado el motivo que inicialmente eliminaba la antijuridicidad o la culpabilidad de la injerencia en su primera fase.

En conclusión, el injerente informativo que “usurpa” a otro, dolosamente y con ánimo de lucro, la libre gestión de un patrimonio, debe ser tenido como *garante de veracidad* aunque su comportamiento de injerencia no sea inicialmente punible a título de estafa

⁵²⁴ Durante la tentativa inacabada o acabada, normativamente imperfecta.

⁵²⁵ V.3. B).

⁵²⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Manuales de formación*, 1999, pp. 165-166.

activa⁵²⁷. A pesar de ello, en estos casos, el injerente doloso podrá responder penalmente por una estafa en comisión por omisión dolosa si —con dolo y ánimo de lucro— se abstuviera de revocar aquel «engaño bastante» que previamente introdujo de modo impune —dolosamente y con ánimo de lucro— en el acervo informativo de la víctima. La fase típica a título de estafa corresponde a la etapa omisiva en el que el injerente controla el riesgo típico de este delito.

c) Injerencia informativa imprudente

1. Precisiones preliminares

Antes de entrar en las peculiaridades de la injerencia informativa imprudente, se debe tener en cuenta que, para la generalidad de los delitos, la injerencia imprudente sólo se encuentra en condiciones de generar deberes de salvamento. Lo mismo puede afirmarse del caso fortuito⁵²⁸. El deber de salvamento se caracteriza por su referencia a un riesgo que ya no se encuentra en la esfera de organización de quien lo creó o que —piénsese en el caso fortuito—, jamás estuvo propiamente en dicha esfera organizativa. Desde que el riesgo abandona la esfera de quien ha organizado el comportamiento peligroso, sea que el riesgo derivado del comportamiento se concrete o no en algún resultado típico, y por mucho que este resultado amenace con agravarse por falta de salvamento, no cabrá imputar responsabilidad por el resultado más grave ni la identidad estructural de la omisión con la comisión activa, pues el deber incumplido obligaba sólo al salvamento. Las afirmaciones anteriores derivan del fundamento solidarístico del deber de salvamento, el cual se orienta a la evitación de la agravación de una lesión que ya se ha verificado y, en caso de incumplimiento, no permite la imputación de responsabilidad por el resultado más grave.

⁵²⁷ A favor de la configuración de posiciones de garante de veracidad en virtud de injerencia informativa dolosa que no realiza el injusto penal de estafa por ausencia de dolo de perjudicar, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 155; TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 70; OLG Stuttgart *NJW* 1969 1975; c. RG 31 210.

⁵²⁸ Si un injerente informativo doloso aprovechara la presencia de un «engaño bastante» presente en el acervo informativo de la víctima por caso fortuito, y el comportamiento de aquel consistiera en reforzar el potencial desorientador del engaño, se configuraría la estructura de una estafa activa en la que el caso fortuito, como tal, no desempeña un papel significativo. Por otra parte, cabe pensar en compromisos de veracidad por asunción en los que el garante se compromete inequívocamente a neutralizar el potencial desorientador derivados de «engaños» que se presenten en el acervo informativo de la víctima, incluidos los debidos a casos fortuitos. Nuevamente, el caso fortuito no constituye un elemento relevante, pues el supuesto planteado debe ser juzgado determinando, simplemente, cuáles son los riesgos de desorientación que el garante por asunción ha incorporado a su esfera de organización y, según la conclusión a la que se llegue, afirmar o negar la eventual comisión por omisión dolosa del delito de estafa.

Ahora bien, el art. 11, II, b) CP español menciona la injerencia como un elemento relevante para la equiparación entre la comisión por omisión y la comisión activa de delitos «que consistan en la producción de un resultado». El art.11 no hace una distinción expresa entre la injerencia dolosa e imprudente. Por este motivo, podría parecer inicialmente que el art.11 incluye la injerencia imprudente como elemento que permite equiparar la comisión omisiva de delitos de resultado con sus respectivas comisiones activas⁵²⁹. En cambio, el art.195.3 sí alude a la injerencia imprudente de modo expreso. Este artículo la asocia a deberes de salvamento (cualificados) en la medida en que el hacer precedente imprudente afecte bienes estrictamente personales⁵³⁰. Fuera del ámbito de la protección penal de bienes personales como la vida e integridad física, la injerencia imprudente no permite sostener que su organizador ha infringido deberes jurídico-penales de aseguramiento cuando no revoca el foco de peligro que ha producido su organización defectuosa y pone en peligro algún bien jurídico no personal *sensu stricto*, v.gr. el patrimonio.

2. Configuración de esta clase de injerencia informativa

Retomando la argumentación principal referida a la injerencia imprudente en la estafa, es posible que, desde un punto de vista estructural —siempre “fuera” del art. 195.3 CP—, una esfera organizativa realice imprudentemente una *injerencia informativa* y luego, dolosamente y con ánimo de lucro, no la revoque. De conformidad con las reflexiones anteriores, esta estructura no permite —*prima facie*— sostener una comisión por omisión dolosa de estafa. Sin embargo, la estructura mencionada merece ser examinada con mayor detención.

i. Injerencia informativa inicialmente imprudente fuera de un contexto de asunción previa de deberes de hetero-protección informativa

La introducción de un «engaño bastante» en un acervo informativo ajeno puede ser organizada imprudentemente. Dicho comportamiento corresponde a una *injerencia informativa imprudente* que, por sí misma, no permite sostener una comisión activa de estafa por un motivo bastante evidente: la estafa es un delito doloso. La *injerencia informativa imprudente* (atípica) que se mantiene inalterada en lo que dice relación

⁵²⁹ «b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

⁵³⁰ El análisis de posibles solapamientos entre los artículos 11, II, b) y el art. 195.3 —omisión de socorro dolosa, previa injerencia imprudente— del CP de España, se aleja del objeto de esta investigación, lo mismo que la determinación de cuándo se aplica uno u otro artículo.

con su elemento subjetivo (imprudencia), no permite sostener la integración normativa del *riesgo ajeno de perjuicio por «engaño»* en la esfera de organización del injerente. Si la *injerencia informativa* permanece como imprudente, el injerente ni siquiera resulta sometido a un deber de salvamento en favor del acervo informativo-patrimonial afectado, pues el patrimonio no corresponde a un bien jurídico estrictamente personal.

Ahora bien, el foco de peligro «engaño bastante», introducido *ab initio* imprudentemente en un acervo informativo-patrimonial ajeno, puede pasar a ser controlado dolosamente por el mismo injerente en la fase omisiva todavía interna a la esfera de organización de este último. En estas circunstancias, el injerente puede adoptar una actitud pasiva y, dolosamente, no revocar el foco de peligro que afecta al engañado, quien podría *realizar una disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño»*. Surge ahora la cuestión fundamental: la no-revocación dolosa de un «engaño bastante» introducido *ab initio* imprudentemente en un acervo informativo ajeno, ¿permite sostener la infracción omisiva de un deber jurídico-penal (negativo) de neutralizar el «engaño»? La respuesta puede ser afirmativa. Para que lo sea, es preciso poder sostener que junto a la obligación informativa infringida (extrapenal) se suma o solapa, un deber de revocación jurídico-penal⁵³¹. Este deber de revocar el engaño introducido imprudentemente y, sin solución de continuidad, luego dolosamente —en una fase organizativa siempre interna a la esfera de organización del injerente— configura una comisión por omisión del delito de estafa.

La presente estructura de comisión por omisión de estafa por infracción de deberes de veracidad derivados de un hacer precedente peligroso (engañoso), *ab initio* imprudente y luego doloso, es pacíficamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia alemana⁵³². Por su interés, a continuación, se expone un ejemplo.

El equipo de fútbol de la Liga Alemana A “compra” al jugador X —delantero de 35 años, quien ha sufrido reiteradas lesiones— al equipo B. El acuerdo se cierra por la suma de 500.000 € y un salario anual de 1 millón de €. En la negociación previa, el equipo A —con el consentimiento de X— solicita un informe al médico del jugador (T). Éste envía el informe al equipo A en el cual se afirma que el jugador se encuentra en

⁵³¹ *Supra* VII.3, se desarrolla esta cuestión.

⁵³² Posición de garante por engaño activo imprudente, BGH NJW 1952,1148; OLG Stuttgart, NJW 1969, 1975; BGH GA 1977, p. 18; EISELE, *B.T. II*, 2015, §263, n.m. 537; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 155; KLESCZEWSKI, *B.T.*, 2016, §9, n.m. 42; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 21.

óptimas condiciones corporales para rendir al más alto nivel de juego. T emite el informe sin advertir que, por error, confunde el nombre de X con el de Y, un jugador de 25 años del mismo equipo que X. T cae en la cuenta de su error antes del cierre del contrato entre los equipos de fútbol. En el primer partido que X juega con su nuevo equipo (B), rebrota una de las antiguas lesiones del jugador, quien no puede seguir jugando el resto de la temporada⁵³³.

En sentido estricto, habría que considerar que el origen normativo del deber de veracidad se halla en una injerencia dolosa.

ii. Injerencia informativa inicialmente imprudente en el contexto de una asunción previa de deberes de hetero-protección informativa

Según lo tratado *supra*⁵³⁴, la integración del *riesgo de disposición patrimonial perjudicial* en la esfera de organización del garante de veracidad por asunción, suele tener lugar en el marco de una relación previa, de contenido patrimonial, entre dicho garante y el beneficiario del compromiso. Cuando exista esta clase de relación, sólo podrá ser sostenida la integración de deberes de hetero-protección informativa en la esfera de organización del garante, de modo relevante para el Derecho penal, en la medida en que esta integración resulte inequívoca, normativa e intersubjetivamente.

El garante de veracidad por asunción incurre en responsabilidad penal a título de estafa en comisión por omisión en la medida en que, dolosamente y con ánimo de lucro, no se comporte como barrera de contención del *riesgo típico de la estafa*. Si el garante de veracidad por asunción infringiera imprudentemente su deber de hetero-protección informativa, no cabe imputarle —a título de estafa— infracción alguna de deberes penales de aseguramiento, pues el delito de estafa únicamente admite la comisión dolosa. En definitiva, el comportamiento por el que el garante de veracidad por asunción realiza una *injerencia informativa imprudente* es atípico. Si esta injerencia informativa fuera *ab initio* imprudente y se mantuviera como tal, no cabría sostener infracción alguna de carácter jurídico-penal, ni de deberes penales de aseguramiento ni de salvamento.

Sin embargo, el garante de veracidad que integra en su esfera de organización —de modo intersubjetiva y normativamente inequívoco— un deber de hetero-protección

⁵³³ Se afirma la posición de garante de T por injerencia imprudente (*Fahrlässige Täuschung durch aktives Tun*) seguida de la dolosa omisión de su deber de rectificación (declaración) en MITSCH, *B.T. II*, 2015, pp. 269-270.

⁵³⁴ VIII.4. C) f).

informativa por asunción, y que luego *usurpa imprudentemente la gestión patrimonial ajena mediante una injerencia informativa*, puede llegar a ser penalmente responsable como autor del delito de estafa en comisión por omisión. Para ello es menester que dicho garante, dolosamente y con ánimo de lucro, no revoque el riesgo de que la esfera organizativa afectada por la *irrupción informativa* —«engaño bastante»— realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño bastante». Para que pueda ser sostenida esta responsabilidad penal, es menester que el riesgo generado *ab initio* imprudentemente por el garante de veracidad por asunción, luego “salga” dolosamente de su esfera de organización, mientras mantiene la posibilidad y el deber de neutralizar el «engaño bastante». El paso de la imprudencia al dolo debe tener lugar en una fase continua e interna a la esfera de organización del garante.

En la estructura que se acaba de mencionar, el autor interviene en tres momentos penalmente relevantes y claramente diferenciados. En un primer momento (t.1), se constituye en garante de veracidad por asunción. Luego, (t.2) manteniendo esa posición de deber, incurre en una injerencia informativa imprudente (atípica). Finalmente, (t.3) se atribuye al garante una injerencia informativa dolosa y omisiva, si éste no revocara el riesgo típico de estafa en un contexto en el que su comportamiento omisivo careciera de todo valor comunicativo (*silencio*). De este modo, complejo por cierto, puede configurarse una comisión por omisión dolosa del delito de estafa^{535 536}.

⁵³⁵ Sobre esta estructura comisiva, SILVA SÁNCHEZ, *Manuales de formación*, 1999, p. 167, sin referencias a la estafa.

⁵³⁶ JAKOBS, *ADPCP*, 1999, p. 22. De su planteamiento se toma la idea de que el deber del injerente es un deber de revocación de la usurpación de libertad ajena. Sin embargo, el suyo es un criterio excesivamente ampliatorio de la responsabilidad por organización, pues considera que toda injerencia —no se está refiriendo en concreto al delito de estafa— genera un deber de revocación cuyo incumplimiento constituye siempre una infracción de un deber negativo penal (deber de aseguramiento). JAKOBS, identifica o asimila los deberes de aseguramiento y salvamento hasta el punto de afirmar que su diferenciación es meramente *fenotípica*. Aquí, en cambio, se considera que las injerencias imprudentes, salvo expresa disposición de la ley en otro sentido, derivan deberes de salvamento (socorro, amparo) cualitativamente menos intensos que un deber de aseguramiento (este último, deber penal negativo). La distinción entre deberes de aseguramiento y salvamento se muestra especialmente relevante para la omisión de socorro cualificada del art. 195.3, pues —una vez más— de la injerencia imprudente derivan, por regla general, sólo deberes de salvamento o socorro. Excepcionalmente, tal y como se expresa en el cuerpo de esta investigación, la injerencia imprudente puede dar lugar a deberes de aseguramiento (revocación) si el riesgo generado *ab initio* imprudentemente luego “sale” dolosamente de la esfera de organización del autor. Lo mismo ocurrirá si la injerencia ha sido dolosa en todo momento. La idea de “salida” dolosa del riesgo fuera de la esfera del autor, *cfr.* SILVA SÁNCHEZ, *Manuales de formación*, 1999, p. 167.

A diferencia de la injerencia informativa previa⁵³⁷, el origen normativo del deber de veracidad jurídico-penalmente relevante a título de estafa es, en definitiva, la inicial asunción de funciones de hetero-protección informativa.

En estrecha relación con esta última estructura de comisión por omisión de estafa en tres fases, es oportuno traer a colación las reflexiones previas acerca del deber de re-asumir fácticamente la hetero-protección prometida⁵³⁸. En la primera fase (t.1), el autor potencial de estafa se constituye en garante de veracidad por asunción. Después, (t.2) incurre en una injerencia informativa imprudente (atípica). En la etapa final, (t.3) puede el garante —dolosamente— no re-asumir *fácticamente* la función de hetero-protección todavía integrada en su ámbito de responsabilidad, sin que le sea atribuible un conocimiento del concreto «engaño bastante» que se aloja en el acervo del beneficiario del deber de veracidad. Si, en esta coyuntura, el garante omite re-asumir el ejercicio de su función de protección, pero se le pudiera atribuir conocimiento del contexto de hetero-protección por asunción, el cual reclama que ejercite su deber de protección ajena, la dolosa no-protección en la que incurre, permitiría sostener una infracción dolosa del deber de veracidad. El dolo, en este supuesto, no puede ser considerado como dolo directo. Sí como dolo eventual de estafa, en la medida en que se atribuya al garante: un conocimiento cierto del contexto de hetero-protección por asunción; además, un conocimiento de la alta probabilidad de la presencia de un «engaño bastante» en el acervo del beneficiario de la asunción; y, finalmente, que le sea imputable el conocimiento de que el «engaño» anterior podría beneficiarle (ánimo de lucro). El origen normativo del deber de veracidad jurídico-penalmente relevante a título de estafa es, nuevamente, la inicial asunción de funciones de hetero-protección informativa.

iii. Consideraciones finales

Finalmente, procede efectuar algunas aclaraciones conceptuales relevantes para la estructura comisiva que se acaba de exponer. El deber de aseguramiento tiene por finalidad que cada cual configure su propio ámbito de organización sin producir cursos lesivos ajenos (*neminem laedere*). En cambio, el deber de salvamento posee un fundamento solidarístico que, en lo que aquí respecta, está orientado a la revocación de un curso lesivo que ha penetrado en una esfera de organización ajena⁵³⁹ y,

⁵³⁷ VIII.4. D) c) 2. i.

⁵³⁸ *Supra* VIII.4. C) d) 4.

⁵³⁹ JAKOBS, *ADPCP*, 1999, p. 21.

adicionalmente, ha abandonado definitivamente el ámbito de control del obligado al salvamento. En la dinámica de la estafa, el deber de veracidad derivado de la injerencia informativa dolosa no pierde vigencia como deber negativo de aseguramiento por el ingreso doloso del riesgo en el acervo informativo ajeno. Ahora bien, el deber jurídico-penal de neutralización de un *riesgo típico de estafa*⁵⁴⁰ pesa sobre el injerente informativo *ab initio* imprudente, en primer lugar, desde que pueda atribuírsele un conocimiento concreto del «engaño bastante» presente en el acervo patrimonial de la víctima (dolo directo). Por otra parte, es también posible que al injerente *ab initio* imprudente sólo pueda imputársele un conocimiento de la alta probabilidad de la falsedad de la información que ha entregado al engañado. En este caso, si también pudiera serle atribuido el conocimiento de que, de ser efectivamente falsa la información previamente proporcionada, el injerente obtendría un lucro, se configuran tanto el dolo como el ánimo de lucro del delito de estafa. Lo anterior permite afirmar el paso de una injerencia informativa imprudente y atípica, a otra dolosa y típicamente relevante. El deber de revocar el «engaño bastante» cesa cuando el injerente doloso pierde definitivamente el control sobre el riesgo. Con esta “pérdida”, el autor infringe omisiva y definitivamente el deber de aseguramiento del *riesgo de estafa* que antes dominaba⁵⁴¹.

El riesgo de estafa se integra en la esfera de organización del injerente *ab initio* imprudente desde que éste es consciente de dicho riesgo, siendo imprescindible que lo sea al menos a partir de la fase omisiva de control del peligro, fase aún interna a la esfera organizativa del injerente. El injerente informativo que llega a dominar dolosamente el riesgo típico de estafa debe ser considerado como un *garante de veracidad*, pues se somete de un modo inequívoco en el plano normativo e intersubjetivo al deber de revocar el riesgo típico de estafa asociado al «engaño bastante». Este deber se orienta a la neutralización del riesgo ajeno de *disposición perjudicial por «engaño»* y su cumplimiento supone una revocación de la usurpación de libertad derivada de la injerencia informativa previa.

⁵⁴⁰ Riesgo de que se realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por un engaño.

⁵⁴¹ JAKOBS, P.G., 1997, p. 983, n.m. 40, n. 92^a. Sigue este criterio y lo ilustra con el ejemplo de un arrendador que en un proceso de desahucio comunica verazmente a su procurador que necesita la vivienda para sí; antes de que el procurador lo alegue ante el tribunal, cesa la necesidad del arrendador. JAKOBS señala que la información abandona el ámbito de organización del que insta el desahucio con su alegación ante el tribunal realizada por el procurador. Hasta ese preciso momento, el arrendador tiene un *deber de aseguramiento*.

E) LA INTERRUPCIÓN DE UN CURSO SALVADOR EN LA ESTAFA

Se ha incluido esta temática dentro del análisis de la injerencia en la estafa, pues la interrupción de un curso causal salvador propio en tentativa acabada o ajeno en tentativa acabada e inacabada posee la estructura de una injerencia. Las diversas cuestiones que plantea la interrupción de cursos salvadores son tratadas en este apartado sólo en la medida en que resulte indispensable. Un estudio pormenorizado sobre estos asuntos se alejaría del objeto central del presente trabajo de investigación.

La cuestión relativa a la interrupción de un curso salvador pivota sobre tres elementos fundamentales. El primero de ellos es la existencia de un curso lesivo para un bien jurídico determinado. El curso lesivo relevante para el delito de estafa requiere la presencia de un «engaño bastante» en un determinado acervo informativo-patrimonial. Esta presencia inicia el curso autolesivo que consiste en que el engañado realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño bastante».

El segundo elemento fundamental es el curso salvador contrario al curso lesivo. Curso salvador es aquél *ex ante* objetivamente idóneo para contrarrestar el curso lesivo⁵⁴². Es posible distinguir diversas clases de cursos salvadores. En función de quién los interrumpe, pueden ser propios o ajenos. Los cursos salvadores ajenos pueden ser naturales o humanos. Si se adopta la caracterización de la interrupción de un curso salvador propio como el *desistimiento del intento de cumplir el mandato*⁵⁴³, cobra sentido la distinción entre cursos desarrollados en grado de tentativa inacabada de salvación, tentativa acabada de salvación y salvación consumada. Esta triple distinción es aplicable también a los cursos salvadores ajenos.

La tentativa inacabada de un curso salvador tiene lugar cuando se ha dado comienzo a la realización de los actos de salvación, pero ésta es incompleta al momento de la interrupción. La tentativa acabada es aquella en la que, de acuerdo con el plan del salvador, al momento de la interrupción han sido realizados todos los actos necesarios para la salvación. Finalmente, el curso salvador consumado es aquel que, al momento de la interrupción, ha logrado que la víctima se encuentra libre del curso lesivo.

⁵⁴² El carácter “salvador” de un curso no depende de su tendencia subjetiva o la voluntad salvadora de quien lo lleva a cabo, *cfr.* SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Montevideo, 2006, p. 268.

⁵⁴³ KAUFMANN, A.: *Dogmática*, pp. 122 ss. Trata sobre la interrupción de cursos salvadores propios como el *desistimiento del intento de cumplir el mandato* o, según otra traducción posible, la *tentativa interrumpida de cumplir el mandato*.

La salvación idónea para contrarrestar el curso lesivo del delito de estafa es la provisión de suficiente información verdadera para contrarrestar el «engaño bastante» presente en un determinado acervo informativo. De este modo, el curso salvador evita la realización de una disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño bastante» o podría darse el curso salvador después de la disposición patrimonial, mientras ésta aún sea revocable.

Finalmente, el tercer elemento fundamental es la interrupción del curso salvador. La interrupción puede ser organizada dolosa, imprudentemente e, incluso, puede tener lugar sin dolo ni imprudencia. La interrupción de un curso salvador en la estafa consiste en impedir que cierta información verdadera —idónea *ex ante* para neutralizar el «engaño bastante» y el riesgo de disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño»— ingrese en el acervo informativo del engañado. En lo que se refiere al elemento subjetivo que debe acompañar a la interrupción para que pueda ser considerada relevante para el delito de estafa, lo fundamental es que el interruptor llegue a dominar dolosamente el *riesgo de estafa* vinculado al curso lesivo, con independencia de que la interrupción fuera inicialmente dolosa, imprudente o no dolosa ni imprudente.

a) Variantes de interrupción de un curso salvador propio

1. Interrupción de la propia tentativa inacabada de salvación

Habitualmente requerirá de una actuación que dé “marcha atrás” a los actos salvadores previamente realizados. La interrupción constituirá una omisión del deber de socorro si el legislador ha previsto esta clase de deberes en favor del bien jurídico afectado por el curso lesivo. Constituirá, en cambio, una comisión por omisión del delito correspondiente si, quien *desiste del intento de cumplir el mandato*, interrumpe el cumplimiento de un deber de garante previamente asumido. Finalmente, también es posible una comisión por omisión cuando la propia tentativa inacabada de salvación constituye en garante al salvador, y éste luego no reactiva la salvación previamente emprendida. Este último caso excepcional sólo tiene lugar cuando el intento de salvación impide voluntariamente que terceros ejerzan la salvación, de tal manera que el riesgo se vea incrementado considerablemente y, en esa medida, permita sostener la posición de garante del salvador⁵⁴⁴. A continuación, un par de ejemplos ilustrativos.

⁵⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 275, n. 319.

i. “Sobre no entregado 1”

X y Z son amigos. Ambos se dedican profesionalmente a la administración de sus respectivas fortunas. X conoce que un «engaño bastante» está presente en el acervo informativo de Z. Mientras Z delibera sobre la conveniencia de realizar una disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante», siendo aquélla beneficiosa exclusivamente para los intereses de X, este último decide liberar a Z del «engaño». Con este objetivo, fotocopia unos documentos en los que consta toda la información verdadera que neutralizaría el «engaño» padecido por Z. X guarda el documento en un sobre y concierta una reunión con Z. Al comenzar el encuentro, X anuncia a Z que le proporcionará cierta información patrimonial relevante. Tras sacar el sobre del bolsillo de su americana, y antes de entregarlo a Z, rompe el sobre y su contenido. Para evitar que la situación resulte extraña, X comenta a Z otro asunto patrimonial importante no relacionado con el «engaño bastante».

Solución de i. X realizó la tentativa inacabada de un curso salvador propio que no impidió a terceros emprender otros cursos salvadores en favor de Z. Por lo tanto, no cabe sostener la posición de garantía de X en favor del patrimonio de Z. Por otra parte, la inexistencia de deberes de socorro en favor de patrimonios ajenos impide sostener la omisión pura de un deber solidario de socorro. Finalmente, tampoco cabe afirmar una injerencia informativa relevante a título de estafa.

ii. “Sobre no entregado 2”

X presta a Z servicios profesionales como asesor patrimonial. Ambos acuerdan que X debe aportar los antecedentes relevantes para que Z tome decisiones patrimoniales que le beneficien. El asesoramiento que presta X le obliga a advertir a Z de aquellos datos erróneos que pudieran afectar los intereses patrimoniales del asesorado. X conoce que en el acervo informativo de Z se halla un «engaño bastante». Mientras Z delibera sobre la conveniencia de realizar una disposición patrimonial inducida por ese «engaño bastante», y que beneficiaría a X, este último decide liberar a Z del «engaño». Con este objetivo, fotocopia unos documentos en los que consta toda la información verdadera que neutralizaría el «engaño» padecido por Z. X guarda el documento en un sobre y concierta una reunión con Z. Al comenzar el encuentro, X anuncia a Z que le proporcionará cierta información patrimonial relevante. Saca el sobre del bolsillo de su chaqueta, pero antes de entregarlo a Z, rompe el sobre y su contenido. Para evitar

que la situación resulte extraña, X comenta a Z otro asunto patrimonial importante no relacionado con el «engaño bastante». Al día siguiente, Z realiza la disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante».

Solución de ii. X es garante de veracidad en favor del patrimonio de Z. X realiza la tentativa inacabada de un curso salvador propio —cumplimiento parcial de un deber de veracidad— que luego interrumpe activamente. De entrada, la interrupción infringe un deber de veracidad y permite imputar a X el resultado lesivo a título de una comisión de estafa realizada dolosamente y con ánimo de lucro. La interrupción del curso salvador propio da lugar a una comisión por omisión de estafa, si el contexto negocial no otorga un sentido expresivo al *silencio* sobre la información engañosa que acompaña a la interrupción. No debe perderse de vista que el deber de garante infringido, proviene de una asunción de deberes de veracidad, no de una injerencia.

En caso contrario, cuando la interrupción y la no-advertencia a Z de la presencia de un «engaño bastante» en su acervo informativo transmitiera un mensaje engañoso implícito al beneficiario de la hetero-protección informativa, tiene lugar una comisión activa de estafa por «engaño» implícito. Conforme a esta última valoración, que la estafa se configure como una comisión activa, no se debe a que la interrupción del curso salvador lo sea, pues este dato no obliga a sostener la imputación por comisión activa. La comisión será activa en la medida en que la no-entrega de información verdadera afirme implícitamente un «engaño bastante». En este caso, tiene lugar una injerencia informativa punible a título de estafa en comisión activa.

2. Interrupción de la propia tentativa acabada de salvación

La estructura de esta interrupción será analizada junto a la interrupción de cursos salvadores ajenos en tentativa acabada e inacabada, pues poseen la misma estructura idéntica⁵⁴⁵.

3. Interrupción de un curso salvador propio consumado

La interrupción del curso salvador consumado requiere, como condición de eficacia, un comportamiento activo. Esta clase de interrupción permite establecer una relación de causalidad entre la interrupción activa y el resultado lesivo para la víctima. Por este motivo, una vez constatada la relación de causalidad, y sobre esta base, establecida además la imputación objetiva entre el comportamiento de interrupción —creador *ex*

⁵⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 277.

ante del riesgo— y el resultado lesivo —como realización *ex post* del riesgo—, puede afirmarse la comisión activa del delito correspondiente.

i. “Sobre entregado”

X y Z son amigos. Ambos se dedican profesionalmente a la administración de la fortuna de sus respectivas esposas. X conoce que un «engaño bastante» está presente en el acervo informativo de Z. Mientras Z delibera sobre la conveniencia de realizar una disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» que beneficiaría a X, este último decide liberar a Z del «engaño». Con este objetivo, fotocopia unos documentos en los que consta toda la información verdadera que neutralizaría el «engaño» padecido por Z. X guarda el documento en un sobre y concierta una reunión con Z. En el encuentro, X entrega a Z el sobre. Tras leerlo a viva voz, Z agradece a X su oportuna advertencia y le manifiesta que no realizará la disposición patrimonial que le habría perjudicado. X se retira y después de unas horas de reflexión, se arrepiente de lo que ha hecho. Vuelve a reunirse con Z ese mismo día y, valiéndose de nuevos documentos, logra que Z —de un modo razonable— vuelva a considerar la disposición patrimonial previamente descartada como favorable a sus propios intereses. Z realiza la disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» y resulta perjudicado el patrimonio de su esposa.

Solución de i. El curso salvador propio es interrumpido activamente cuando Z, sometido inicialmente al curso lesivo principal, se encontraba ya fuera de peligro. En este caso, existe una relación de causalidad entre el resultado «perjuicio patrimonial» y el comportamiento interruptor que tuvo lugar en la segunda entrevista (afirmación expresa y activa de un «engaño bastante»). Sobre esta base causal, podrá ser sostenida la configuración de una comisión activa de estafa, pues la interrupción activa creó *ex ante* un riesgo que luego se realizó (juicio *ex post*) en el resultado «perjuicio» para el patrimonio de la esposa de Z. Se trata de una estafa en triángulo.

b) Variantes de interrupción de un curso salvador ajeno

La doctrina casi unánime considera que la interrupción de un curso salvador ajeno permite imputar al interruptor el resultado lesivo que sufre el “tercero no salvado”. Sin embargo, es discutido el título por el que es imputado el resultado. Es mayoritariamente aceptado por la doctrina que se trata de una comisión activa del correspondiente delito, con independencia de que el curso salvador provenga de una

esfera de organización obligada o no obligada a la salvación. Para esta atribución de responsabilidad, bastaría una conducta voluntaria de interrupción. Según esta posición doctrinal, existiría una relación de causalidad entre la interrupción y el resultado lesivo⁵⁴⁶.

Por su parte, una doctrina minoritaria niega la relación de causalidad y, junto a esta negación, descarta también la comisión activa. Esta doctrina entiende que la interrupción (no causal) de un curso salvador *crea* un riesgo de lesión y, por este motivo, es posible imputar objetivamente el resultado lesivo que sufre el “tercero no salvado” al comportamiento interruptor. En tal caso, se configura una comisión por omisión del delito correspondiente⁵⁴⁷. Finalmente, un segundo sector minoritario considera que la imputación del resultado en casos de interrupción de cursos salvadores ajenos no corresponde a una comisión activa y tampoco a una omisiva, sino a un *tertium genus*⁵⁴⁸.

En esta investigación se comparte la primera de las doctrinas minoritarias referidas. Su mérito se encuentra en no vincular las diversas modalidades de interrupción de

⁵⁴⁶ El principal problema que presenta la solución de la comisión activa es que el juicio *ex post* requerido para la imputación objetiva del resultado, exigirá recurrir a un segundo juicio hipotético —adicional al *ex ante*— según el cual se imputará el resultado a la interrupción cuando el curso interrumpido, con una probabilidad rayana en la certeza, habría salvado el bien jurídico lesionado. Para evitar este problema se ha acudido, ya sea a un concepto de causalidad amplio, ya sea a la idea del incremento del riesgo. SILVA SÁNCHEZ descarta ambas alternativas y excluye, en general, el carácter causal de la omisión. Respecto de la interrupción de cursos salvadores, propone un trato diferenciado según las diversas estructuras que puede adoptar. Para la clase de caso que ahora se analiza, sostiene la imputación de una comisión por omisión, en atención a la ausencia de causalidad *real-ontológica* (acerca de este concepto, pp. 291 ss.). Desde este prisma, sostiene la inexistencia de un condicionamiento *real* entre interrupción y resultado. Niega convincentemente la eficacia causal de las denominadas *condiciones negativas* y, más en general, de la omisión, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 285 y ss. La comisión por omisión se caracteriza por la ausencia de causalidad, de tal manera que la imputación de un resultado requiere de algún equivalente funcional de la causalidad. En toda comisión por omisión, la posición de garante constituye el equivalente funcional de la causalidad. La posición de garante juega un doble papel que deriva de la existencia del juicio *ex ante* en el que se determina el injusto, y el juicio *ex post* por el que se decide sobre la imputación del resultado. La no realización de un garante cualificado de la acción típicamente indicada *ex ante* como idónea para la salvaguarda del bien jurídico podrá equivaler a la puesta en peligro *ex ante* de dicho bien por la iniciación de un proceso causal activo y lesivo. Por otra parte, la efectiva no evitación (*ex post*) del resultado por ese mismo garante podrá equipararse a su causación activa (p.294).

⁵⁴⁷ Esta solución presupone la negación de la virtualidad causal de la omisión, sobre todo si se concibe la causa como un fenómeno *ontológico-real*. Una combinación coherente de los factores anteriores impide considerar la interrupción de un curso salvador como un fenómeno causal. En esta línea SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 286.

⁵⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Figueiredo Dias*, 2009, p. 982.

cursores salvadores con una solución uniforme⁵⁴⁹. De este modo, se obtienen soluciones diferenciadas y dogmáticamente satisfactorias.

1. Interrupción de la tentativa ajena de salvación acabada e inacabada⁵⁵⁰

Alcanzado este grado de desarrollo de la conducta salvadora, la víctima obtiene una posibilidad objetiva de salvación, cuya eficacia se encuentra a merced de fuerzas naturales, del comportamiento de terceros o de la conducta de la propia víctima. Aunque las interrupciones de estas tentativas de salvación sean activas, éstas no *causan* la lesión, pues el influjo causal se predica, *sensu stricto*, del curso lesivo principal que amenaza al bien jurídico. La configuración de la comisión activa no se satisface por la sola contribución activa en el incremento de un peligro, por mucho que éste se realice en un resultado, requiriéndose además el vínculo causal entre el comportamiento riesgoso y el resultado lesivo. Por este motivo, como se ha adelantado, la interrupción de la tentativa ajena de salvación —acabada e inacabada— no permite sostener una comisión activa de delito.

Ahora bien, la interrupción sí *crea un riesgo* que, de producirse el resultado lesivo, habrá probablemente que estimar realizado en él. El riesgo creado por la interrupción puede convertir en garante a quien lo organiza, de tal manera que incurrirá en una comisión por omisión si, después de haber realizado la interrupción del curso salvador propio, *no neutraliza el riesgo creado mediante la interrupción*. La interrupción del curso salvador *crea un riesgo* porque incrementa el peligro para el bien jurídico por encima de los niveles ya existentes⁵⁵¹. El incremento del riesgo, si bien no causa el resultado, sí permite establecer que el interruptor queda sometido a un deber especial que lo constituye en garante. El fundamento de esta posición corresponde a una injerencia que obliga a quien la ha organizado a reducir el riesgo al nivel en el que se encontraba antes del comportamiento de injerencia.

El actuar precedente constituirá en garante al interruptor si su conducta excluye otras fuentes de protección, sean éstas garantes o terceros dispuestos y capaces de realizar la salvación⁵⁵². El deber del garante consiste en la obligación de llevar a cabo la

⁵⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 268 y ss.

⁵⁵⁰ La solución aplicable a estas interrupciones es idéntica a la de los supuestos de interrupción de cursores salvadores propios en los que se ha sobrepasado la esfera de la tentativa acabada, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Figueiredo Dias*, 2009, p. 982.

⁵⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Figueiredo Dias*, 2009, p. 992.

⁵⁵² SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 299, n. 399.

salvación interrumpida. Al infringir este deber, el garante responderá penalmente por la comisión por omisión correspondiente^{553 554}.

i. “Durante el viaje”

A y D, marido y mujer, regresan de un viaje y descubren que su hijo B ha destruido el vehículo de propiedad de A en circunstancias no cubiertas por el contrato de seguro del coche. B explica al padre que ha presentado a la Compañía aseguradora C una reclamación fraudulenta que se encuentra en curso. A decide no informar a la Compañía sobre las verdaderas circunstancias del siniestro. D no aprueba la actitud de su marido. A recibe un correo electrónico de la aseguradora en el que se le informa que recibirá la indemnización mediante una transferencia bancaria en una fecha determinada. D, madre de B y esposa del asegurado, lee el correo y lo responde señalando que ella se presentará en las oficinas de la Compañía para explicar lo ocurrido. Adicionalmente, llama por teléfono para concertar la cita. En la sala de espera de la Compañía es interceptada por E, otro hijo del matrimonio y hermano mayor de B, quien había oído su conversación telefónica con la aseguradora. E obliga a su madre a retirarse del lugar y a enviar un nuevo email retractándose del correo anterior en el que sugería que el siniestro habría tenido lugar en circunstancias no comprendidas por el seguro. E confía en que su padre le dará algún porcentaje del dinero obtenido como indemnización. C realiza la disposición patrimonial en favor de A.

Solución de i. Dejando de lado la responsabilidad de B, la Compañía de seguros se encuentra sometida al curso lesivo propio de la estafa, pues un «engaño bastante» —

⁵⁵³ SILVA SÁNCHEZ se encarga de solventar su propuesta saliendo al paso de una posible objeción a su solución. Se trata de aquellos casos en los que el interruptor pierde la capacidad de llevar a cabo la salvación. Estos supuestos resultan satisfactoriamente solucionados mediante la aplicación de la figura de la *omissio libera in causa*, en su variante *omissio libera in agendo*, que permite mantener la imputación en comisión por omisión a pesar de la incapacidad sobreviniente de llevar a cabo la salvación, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 300. A juicio del mismo autor, la comisión por omisión realizada por la infracción omisiva del deber de garante derivado de la interrupción dolosa de un curso salvador posee tal identidad estructural con la comisión activa que puede ser considerada como el arquetipo de la comisión por omisión (pp. 302-303).

⁵⁵⁴ Aquí no se comparte la idea de que el incremento del riesgo deba sustituir la causalidad ni, en consonancia con esta perspectiva, que el incremento del riesgo sea el único elemento determinante de la imputación. Hay buenas razones para mantener la causalidad como elemento imprescindible de la comisión activa. La causalidad opera como factor básico de la imputación por comisión activa y ésta como garantía o límite máximo de aquello por lo que se imputará la responsabilidad por una comisión delictiva, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 298.

que el siniestro ocurrió en circunstancias comprendidas entre los supuestos asegurados—, se encuentra en el acervo informativo-patrimonial de uno o varios de los agentes que actúan a su nombre. El garante de veracidad es A, pues éste asumió de modo inequívoco esta condición al no revocar lo declarado falsamente por su hijo B. La mujer de A organiza el curso salvador en favor de la Compañía, el cual es interrumpido dolosamente y con ánimo de lucro por E. Esta conducta de interrupción constituye también a E en garante de veracidad. La interrupción que E lleva a cabo *eleva un riesgo* porque incrementa el peligro para el patrimonio de la Compañía por encima del nivel previo a la interrupción. El curso salvador emprendido por la madre alcanzó a disminuir, aunque sólo fuera mínimamente, la peligrosidad del curso lesivo principal. La injerencia de E cegó las fuentes de protección en favor de la Compañía, pues nadie más conocía el «engaño». E infringió un deber de veracidad jurídico-penal al que resultó sometido mediante una injerencia no-informativa, sin que ello obste a su responsabilidad penal por la comisión por omisión de un delito de estafa. Su comportamiento omisivo —silencio— puede ser considerado como doloso y organizado con ánimo de lucro. Finalmente, el supuesto analizado presenta la peculiaridad de que tanto A como E son autores del delito de estafa en comisión por *silencio*, sin que entre ellos exista un acuerdo de coautoría. Se trata de dos autorías accesorias.

2. Interrupción del curso salvador ajeno consumado

Se aplican los mismos criterios sostenidos acerca de la interrupción de un curso salvador propio consumado (letra c).

F) DEBERES DE VERACIDAD POR ASUNCIÓN E INJERENCIA. RASGOS COMUNES Y DIFERENCIAS

El garante de veracidad por asunción y el garante de veracidad por injerencia informativa se someten a deberes de aseguramiento que, en materia de estafa, corresponden a deberes de veracidad. La infracción dolosa que acarrea la responsabilidad penal de uno y otro garante a título de estafa por omisión, consiste en un incumplimiento omisivo del deber de veracidad, esto es, la no-entrega de suficiente y oportuna información verdadera capaz de neutralizar el riesgo típico de estafa que afecta al titular de un acervo informativo-patrimonial ajeno.

El deber de veracidad adquirido por asunción obliga a la hetero-protección informativa del beneficiario en términos tales que el garante debe evitar el ingreso de «engaños bastantes» en el acervo informativo del potencial engañado y, en caso de que dicho «engaño» ya hubiera ingresado o se hubiera formado en el acervo, el garante debe neutralizar este foco de peligro mediante la entrega oportuna y suficiente de información veraz orientadora.

El deber de veracidad que pesa sobre el garante en virtud de injerencia informativa — por la propia lógica de la injerencia como “usurpación organizada por el injerente” — no obliga al garante a la evitación de la entrada de «engaños bastantes» en el acervo informativo del engañado, sino a la revocación o neutralización de uno ya presente en el acervo que debe proteger. Al igual que en los supuestos de asunción, el deber de veracidad se cumple mediante la entrega oportuna y suficiente de información verdadera capaz de conjurar el riesgo típico de estafa⁵⁵⁵.

Tanto la asunción como la injerencia informativa permiten atribuir al *garante* la gestión del riesgo ajeno de *disposición patrimonial perjudicial por engaño* de un modo jurídico-penalmente relevante. Lo anterior es posible en la medida en que: a) sea atribuible al garante una integración conscientemente de deberes de veracidad en

⁵⁵⁵ *Supra* V.3 B), se ha hecho alusión a la posibilidad excepcional de neutralizar el «engaño» sin proporcionar información veraz. Efectivamente, el autor puede disuadir al engañado de realizar la disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño» y animarle a realizar otra no perjudicial o, incluso, a no realizar disposición alguna. Si en tal caso, el objeto sobre el que recaía el «engaño bastante» deja de estar disponible para el engañado, el autor de la tentativa habría desistido eficazmente o, lo mismo, cumplido su deber de hetero-protección sin prestar una declaración de información verdadera. Por otra parte, la víctima puede resultar engañada a pesar del cumplimiento del deber de veracidad por parte del garante, *cfr.* HOFFMANN, GA 2003, pp. 610-622.

su esfera de organización⁵⁵⁶; y b) pueda imputarse al garante un control doloso del *riesgo de estafa* que afecta al ámbito de organización titular del derecho de veracidad.

La asunción bilateral por la que el beneficiario delega en el garante —expresa o implícitamente— la protección informativa del primero, constituye un *compromiso de veracidad*. La noción de *compromiso* no parece adecuada para designar el origen de los deberes de veracidad que recaen sobre un garante por asunción unilateral —donde la delegación es presunta— y, sobre todo, el origen de los deberes de veracidad por injerencia informativa. Resulta especialmente inapropiado aplicar la idea de *compromiso* a quien usurpa la gestión de una esfera de organización ajena y, en virtud de la usurpación, queda sometido a deberes de veracidad ordenados a la neutralización del riesgo de estafa. Por este motivo, parece preferible sostener que el garante de veracidad por injerencia informativa resulta sometido a un *deber de hetero-protección* que, referido al riesgo típico de estafa, le obliga a cumplir un deber jurídico-penal de veracidad. Esta última terminología presenta la ventaja de ser aplicable a todos los deberes de veracidad penalmente relevantes a título de estafa: deberes derivados de asunciones bilaterales o compromisos de veracidad; derivados de asunciones unilaterales; injerencias informativas y, excepcionalmente, la injerencia no-informativa de la interrupción de un curso salvador.

De la asunción e injerencia informativa dolosa nace un peligro de desprotección informativa para la esfera de organización beneficiaria del deber que debe cumplir el *garante* de veracidad. Esta afirmación, evidente en relación con la injerencia, podría parecer errónea respecto de la asunción, pues su sentido propio es la hetero-protección informativo-patrimonial en favor de una esfera informativa ajena. Siendo cierto esto último, y por paradójico que pueda resultar, la asunción tiene también una dimensión de “empeoramiento” de los bienes cuya protección se pretende. En el ámbito patrimonial, la confianza intersubjetiva, apoyada razonablemente en la expectativa normativa de que el *garante por asunción* cumplirá sus deberes de hetero-protección informativa, genera un “abandono” total o parcial del riesgo en manos del *garante*. Con el término “abandono” se alude a la actitud que pueden adoptar terceros no garantes y el beneficiario que, de no mediar el compromiso del *garante*, habrían asumido o buscado la necesaria protección informativa del potencial engañado. Los terceros y el beneficiario del compromiso tienden a desentenderse —legítimamente,

⁵⁵⁶ La esfera de organización que tiene el derecho a recibir información veraz, en cambio, puede desconocer su condición de titular de tal derecho, sin que ello impida atribuir al *garante* la administración del riesgo.

por cierto— de la auto- o hetero-protección informativa, según corresponda. Ello implica un aumento del peligro para el acervo informativo-patrimonial amparado por la asunción⁵⁵⁷. Ahora bien, este “momento de peligro para el bien jurídico” sólo acompaña a las asunciones unilaterales o bilaterales, en la medida en que el titular del acervo patrimonial potencialmente afectado y/o los terceros eventuales protectores, conozcan la integración del deber de hetero-protección en la esfera de organización del garante.

Existe una interesante analogía estructural entre, por una parte, la comisión omisiva de estafa por injerencia informativa *ab initio* dolosa y *ab initio* imprudente, seguidas de la dolosa omisión de su revocación y, por otra parte, la *asunción unilateral* seguida de la infracción omisiva (dolosa) del deber de veracidad libremente asumido. Esta clase de asunción tiene lugar en situaciones en las que por alguna razón el delegante de la función de protección no puede prestar su consentimiento. La semejanza entre estos dos grupos de comisiones omisivas de estafas radica en que los respectivos titulares de los acervos informativos afectados por «engaños bastantes» no se encuentran en condiciones de delegar su protección informativa en favor de estos garantes. En casos de injerencia, el engañado no delega en aquel con quien interactúa, pues probablemente ni siquiera se plantea la posibilidad de que su *partner* negocial haya adquirido un deber de revocar su propia injerencia informativa previa.

Ahora bien, como en toda analogía, hay también una desemejanza. La asunción unilateral se distingue radicalmente de la injerencia en que la primera participa, aunque sea imperfectamente, de un sentido de auto-vinculación en aras de la protección de una esfera jurídica ajena. Dicha asunción consiste en la «actuación precedente que, sin dolo de resultado en fase activa, supone una asunción voluntaria del control de riesgos que puedan amenazar a un bien jurídico determinado»⁵⁵⁸. Este aspecto de protección ajena está ausente en toda injerencia informativa, sea ésta imprudente o dolosa. El caso de injerencia en el que falta del modo más patente el sentido de protección ajena, es la injerencia dolosa activa. Ahora bien, es interesante considerar si este sentido protector puede acompañar a la injerencia imprudente. La injerencia informativa imprudente parece compatible con una conducta descuidada portadora de un sentido de protección del patrimonio ajeno. El injerente imprudente puede estar vinculado por una relación negocial generadora de deberes de información

⁵⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La Ley-1*, 1987, p. 957.

⁵⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, 1999, pp. 479-480.

jurídico-privados y, en ese contexto pre-conformado, realizar un comportamiento organizativo defectuoso por el que él mismo introduce el riesgo de desorientación en el acervo informativo ajeno o permite su ingreso, porque su negligencia le lleva a considerar verdadera una información patrimonial falsa. Si bien este comportamiento imprudente no es subsumible en el tipo doloso de la estafa, puede incorporar excepcionalmente a la esfera de organización del injerente un deber penal de veracidad que le obligue a orientar al afectado por su injerencia *inicialmente imprudente*⁵⁵⁹.

Lo propio de toda injerencia informativa es, en primer lugar, y aunque sólo pudiera predicarse de su fase omisiva dolosa, el sentido de usurpación de la libertad imprescindible para la gestión de un patrimonio ajeno. En virtud de la injerencia, quien administra un acervo informativo —propio o ajeno— sufre un importante detrimento de su libertad patrimonial, pues le afecta y, en gran medida, le condiciona, la presencia de información falsa en su esfera informativo-patrimonial. Sufre, en definitiva, una usurpación del derecho a la libre gestión de las esferas organizativas, en el ámbito patrimonial. Otro rasgo específico de la injerencia es la atribución del ingreso del riesgo en la esfera de la víctima a la misma esfera de organización que, con posterioridad, se verá sometida al deber de veracidad como *garante* en favor del acervo informativo afectado. En otras palabras, el injerente queda sometido al deber negativo de revocar un foco de peligro que él mismo ha insertado previamente —o al menos le es atribuible dicha inserción o presencia de «engaño»— en la esfera ajena que luego deberá proteger mediante la neutralización del foco de peligro.

⁵⁵⁹ *Vid. supra* VIII.4. D) c).

G) POSICIÓN DE GARANTE Y DEBERES DE VERACIDAD. CONCLUSIONES

1. Toda comisión de estafa corresponde normativamente a una irrupción en una esfera jurídica ajena mediante la utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante» presente en un acervo informativo-patrimonial ajeno. El «engaño bastante» es utilizado activa u omisivamente por el autor para que el engañado realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por la información falsa presente en su acervo informativo.
2. Todo autor de estafa ocupa, en algún momento del proceso comisivo activo u omisivo, la posición jurídica de un garante de veracidad.
3. Mientras los deberes de veracidad permanezcan integrados en la esfera de organización del garante, a éste compete preferentemente el riesgo de desorientación que afecta al acervo informativo-patrimonial del engañado.
4. La comisión activa iniciada dolosamente y con ánimo de lucro por quien no era garante de veracidad de la víctima al comenzar la tentativa de estafa, constituye a su autor en garante de veracidad por una injerencia activa, organizada dolosamente y con ánimo de lucro. A partir del comienzo de la tentativa, el autor-garante de veracidad recibe el mensaje de la norma de conducta del delito de estafa que le comunica: *sigo prohibiéndote estafar y, a la vez, desiste de la estafa que has iniciado, y proporciona a la víctima suficiente y oportuna información verdadera para neutralizar el «engaño bastante» que te compete preferentemente*. Al autor de la tentativa de estafa activa se le puede considerar como un genuino garante de veracidad, pues el mandato de desistimiento le impone un deber de veracidad cuyo contenido es idéntico al del deber de veracidad del autor de una comisión de estafa por *silencio*.
5. La comisión por omisión de estafa también tiene por autor a un garante de veracidad. Ahora bien, a diferencia de la comisión activa, el autor de una tentativa omisiva de estafa ocupa la posición de garante de veracidad en favor del acervo informativo-patrimonial del engañado antes del inicio de la comisión.
6. Se configura una tentativa de estafa desde el momento en el que se puede atribuir al garante la infracción omisiva de su deber de veracidad mediante *silencio* no-afirmativo ante un «engaño bastante» presente en el acervo informativo del engañado-víctima. La tipicidad de esta infracción requiere que sea organizada dolosamente y con ánimo de lucro por el garante. El dolo y el ánimo de lucro interesan al tipo de la estafa no como fenómenos psíquico-fenomenológicos, sino como formas de

atribución de conocimientos: i. el conocimiento de que se organiza defectuosamente el riesgo típico de una estafa (dolo); ii. el conocimiento de que lo organizado (i) beneficiará al autor o un tercero (ánimo de lucro).

De acuerdo con esta concepción, se inicia la tentativa de estafa en comisión por omisión cuando pueda atribuirse al garante un conocimiento cierto o altamente probable —dolo directo y eventual, respectivamente—, del riesgo de disposición patrimonial perjudicial por «engaño» que afecta al beneficiario de la heteroprotección informativa, en circunstancias en las que dicho riesgo compete preferentemente al garante-omitente. Adicionalmente, la tentativa requiere que sea posible atribuir al garante el conocimiento de que su organización defectuosa omisiva beneficiará a un tercero o a sí mismo (ánimo de lucro).

7. Los comportamientos que re-distribuyen los riesgos de desorientación de modo relevante para la comisión por omisión de estafa son aquellas conductas que configuran posiciones de garante sometidas a deberes de veracidad jurídico-penales.

8. Respecto de la comisión por omisión de estafa, el *origen normativo remoto* de un deber de veracidad puede encontrarse en la ley, la costumbre, relaciones de confianza especial, el principio de buena fe, etc. Sin embargo, el *origen normativo próximo* de los deberes de veracidad jurídico-penalmente relevantes a título de estafa se encuentra en sólo dos fuentes: la asunción y la injerencia.

En consecuencia, los garantes de veracidad jurídico-penalmente relevantes para la comisión de un delito de estafa son los siguientes. En cada caso, se indica el *origen normativo próximo* del respectivo deber de veracidad.

a) Garante de veracidad por asunción bilateral o unilateral de deberes de heteroprotección informativo-patrimonial.

b) Garante de veracidad por injerencia informativa dolosa que no realiza el injusto penal de la estafa en comisión activa.

c) Garante de veracidad por injerencia informativa *ab initio* imprudente que, en una fase omisiva interna a la esfera de organización del injerente, pasa a ser dolosa.

d) Garante de veracidad por injerencia dolosa no informativa que consiste en la interrupción de un curso salvador propio en estado de tentativa inacabada, o la interrupción de un curso salvador ajeno en grado de tentativa inacabada o acabada. Configuran comisiones por omisión de estafa en la medida en que el inicio del curso

salvador propio constituya en garante al posterior interruptor o, ante el curso salvador ajeno, su interrupción constituya en garante de veracidad a quien la lleva a cabo.

IX. LA COMISIÓN DE ESTAFA MEDIANTE *SILENCIO*: PROPUESTA Y TOMA DE POSICIÓN

En este capítulo se expone una propuesta para el tratamiento de la comisión por omisión del delito de estafa. Como el lector podrá constatar, se incorporan al discurso los diversos conceptos previamente abordados en esta investigación doctoral.

IX.1. ELEMENTOS DISTINTIVOS DE UNA COMISIÓN OMISIVA DE ESTAFA

A continuación, se exponen en estricto orden analítico los elementos que se deben verificar ante un supuesto concreto que parece corresponder a una comisión por omisión de estafa.

A) EL «ENGAÑO BASTANTE»

La comisión activa y omisiva de estafa requieren la presencia de un «engaño» en un acervo informativo-patrimonial distinto al del autor del delito. Este «engaño» consiste en un “estado de cosas” o “situación informativa” cuyo contenido corresponde a uno o varios datos falsos dotados de relevancia patrimonial. La inveracidad del contenido del «engaño» genera un peligro de desorientación para el titular del acervo informativo donde se halla la información falsa. El peligro mencionado se refiere al riesgo de que el engañado decida disponer en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero. El «engaño» típicamente riesgoso es aquél cuya utilización, activa u omisiva, puede ser calificada *ex ante* como «bastante» o idónea —según el baremo del hombre medio en la posición del autor— para inducir a la realización de la disposición patrimonial perjudicial.

B) *PRECEDENCIA* DEL «ENGAÑO BASTANTE»

El «engaño bastante» de la comisión omisiva de estafa debe ser *precedente*. Esta *precedencia* consiste en que los datos patrimoniales falsos se encuentran en el acervo informativo del engañado *antes* del comienzo de la tentativa omisiva. El «engaño» de la comisión activa de estafa, en cambio, ingresa en el acervo del engañado, o ya encontrándose allí, se consolida como «bastante», *después* de que el autor ha realizado la conducta activa *engañar a otro*. Por lo tanto, el «engaño bastante» de la estafa activa jamás *precede* a la tentativa inacabada de este delito⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ Aquellos casos en los que el «engaño» se encuentra en el acervo informativo ajeno al autor antes de que éste inicie la tentativa activa por engaño expreso o implícito, no configuran un «engaño bastante» *precedente* si la conducta del autor refuerza el potencial engañoso de la información falsa previamente presente en el acervo del

El «engaño bastante» *precedente* depende del “requisito negativo” siguiente. Su presencia en el acervo informativo del engañado, no debe ser imputable al potencial autor de la comisión omisiva por haber organizado previamente el injusto culpable de la estafa activa que usurpa el mismo acervo informativo. Si se diera tal caso, sólo entraría en consideración el delito activo de estafa.

C) INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN INFORMATIVA EXTRAPENAL

Para que un sujeto determinado pueda ser considerado autor de una estafa cometida por omisión, es necesario que ocupe una específica posición jurídica *extrapenal*. Se trata de la posición de *obligado a informar* en favor de un acervo informativo determinado, *v.gr.* el vendedor está obligado a proporcionar información al comprador, el arrendador también lo está respecto del arrendatario, etc. Aquí entran en consideración —*origen normativo remoto* del deber de veracidad— las obligaciones informativas legales, contractuales, consuetudinarias, etc. Por su relevancia práctica, las consideraciones y reflexiones sobre las obligaciones informacionales extra-penales se centrarán en las de origen contractual y precontractual.

Los derechos y obligaciones informacionales adquieren plena relevancia jurídico-privada cuando —incluso en fase precontractual— derivan de una «especial relación» entre las partes⁵⁶¹. En el *common core* de los países europeos son considerados casos de «especial relación» por ejemplo la que existe entre consumidor y empresario, en donde el consumidor tiene propiamente un derecho informacional desde la fase precontractual. Lo mismo ocurre entre asegurador y asegurado, pues sobre este último recaen unos deberes de información claramente delimitados y establecidos en favor del asegurador. En las relaciones negociales entre empresarios, a diferencia de lo que ocurre en los contactos en los que intervienen consumidor y empresario, no se reconocen derechos informacionales en la etapa precontractual, salvo que la «práctica comercial» imponga obligaciones de informar de naturaleza jurídico-privada⁵⁶².

engañado. Estos supuestos, ciertamente semejantes a los de «engaño bastante» *precedente*, excluyen la comisión omisiva del delito de estafa. *Vid. supra* VIII.3. A) 2. iii. sobre la posibilidad de cometer el delito de estafa en comisión activa sin que el «engaño» preexistente obste la configuración típica del delito.

⁵⁶¹ VAQUER ALOY, *Derecho europeo de contratos*, 2012, p. 197. Se alude principalmente a deberes precontractuales de información.

⁵⁶² VAQUER ALOY, *Derecho europeo de contratos*, 2012, p. 197.

Evidentemente, el solo incumplimiento de la *obligación informativa extrapenal*, incluyendo la que deriva de una «especial relación» entre las partes, no permite sostener que el incumplidor sea autor de una estafa (activa o en comisión por omisión). Sin embargo, el autor de la comisión omisiva de estafa —no así el de la activa— debe necesariamente ocupar la posición extrapenal de *obligado a informar* al titular de un determinado acervo informativo y, adicionalmente, incumplir dicha *obligación extrapenal*⁵⁶³. La constatación de una obligación informativa constituye el primer antecedente normativo —insuficiente, pero imprescindible— para la posterior afirmación de un deber de veracidad penalmente relevante y susceptible de ser infringido por *silencio*.

El *obligado a informar* puede vulnerar su *obligación informativa extrapenal* de cualquier modo, ya sea activa u omisivamente y, tanto en uno como en otro caso, dolosa o imprudentemente. No obstante, la comisión por omisión de estafa requiere que la vulneración de la *obligación informativa extrapenal* no realice “directamente” el tipo del injusto de una estafa activa⁵⁶⁴.

Uno de los modos específicos en los que el potencial autor de estafa en comisión por omisión puede incumplir el *rol extrapenal de obligado a informar* es la inobservancia activa y dolosa de la *obligación informativa extrapenal*. Esta variante específica de defraudación del rol extrapenal merece un análisis algo más detallado. En primer lugar, muchos de los incumplimientos activos y dolosos de obligaciones informativas *extrapenales* generan consecuencias jurídicas exclusivamente *extrapenales*. Tal es el caso del «engaño» activo no «bastante» que, sin realizar el tipo de estafa, genera consecuencias jurídico-privadas como la anulabilidad de un contrato, indemnización de perjuicios, etc.

En segundo lugar, el incumplimiento activo y doloso de una obligación informativa *extrapenal* puede coincidir con la realización simultánea, ahora en el plano jurídico-penal, del injusto culpable de una estafa en comisión activa. En este caso, quien incumple la *obligación informativa extrapenal* mediante la realización activa de un «engaño bastante» se verá sometido tanto a las consecuencias derivadas de su responsabilidad extrapenal como a las propias de su responsabilidad penal por la

⁵⁶³ No es posible la infracción de un deber penal de garante si socialmente (normativa extrapenal incluida) no se ha verificado la defraudación de un rol, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 400.

⁵⁶⁴ Si así fuera, el «engaño bastante» no sería *precedente* y únicamente entraría en consideración la comisión activa del delito de estafa.

comisión activa del delito de estafa. La realización del injusto culpable de la estafa activa, como ya se ha explicado, descarta la comisión por omisión del mismo delito⁵⁶⁵.

En tercer lugar, el incumplimiento activo y doloso de una *obligación informativa extrapenal* puede desbordar el *ámbito estrictamente extrapenal* sin llegar a configurar un injusto culpable de estafa en comisión activa. Ello ocurre cuando la fase dolosa del «engaño bastante» activo no realiza un comportamiento penalmente antijurídico, *v.gr.* la conducta *engañar dolosamente a otro* se realiza en estado de necesidad agresivo. Tampoco puede ser afirmada la realización del injusto culpable de una estafa activa cuando el «engaño bastante» activo es realizado por el *obligado extrapenalmente a informar*, de tal manera que su conducta constituye un comportamiento antijurídico, pero inculpable. Tal sería el caso si *el obligado* se encontrara en una situación temporal de inimputabilidad *v.gr.* por obrar bajo la influencia de un síndrome de abstinencia.

El único incumplimiento de la *obligación informativa extrapenal* no compatible con la afirmación de que el *incumplidor* pueda llegar a ser, adicionalmente, autor de una comisión por omisión de una estafa, es aquel incumplimiento que consiste en la realización activa y dolosa de la conducta *engañar* precisamente *a quien se está obligado extrapenalmente a informar*, todo ello en términos tales que la conducta *engañar* realiza el injusto penal de una estafa activa («engaño bastante» activo). Por lo tanto, los restantes incumplimientos de la *obligación informativa extrapenal* posicionan al *incumplidor* como potencial autor en comisión por omisión de un delito de estafa.

D) INFRACCIÓN DE UN DEBER JURÍDICO-PENAL DE VERACIDAD MEDIANTE *SILENCIO*

La comisión por omisión del delito de estafa exige una superposición normativa entre la *obligación informacional extrapenal* (incumplida, según se acaba de explicar) y un deber de veracidad jurídico-penalmente relevante. Esta superposición tiene lugar cuando el *obligado extrapenalmente a informar* queda constituido como garante de veracidad en favor del acervo informativo-patrimonial del engañado. El *obligado a informar* puede adquirir adicionalmente el estatus jurídico-penal de garante de veracidad mediante un comportamiento de asunción o de injerencia que resulte inequívoco tanto intersubjetivamente como normativamente. La asunción de deberes de veracidad y las conductas de injerencia que someten a esta clase de deberes,

⁵⁶⁵ Se incumple el requisito negativo del «engaño bastante» *precedente*.

permiten sostener la integración normativa de la hetero-protección informativa en la esfera de organización del garante.

El deber de veracidad integrado en la esfera organizativa del garante poseerá relevancia jurídico-penal para la comisión del delito de estafa si su incumplimiento omisivo permite sostener una infracción de la *prohibición penal de estafar*. Infringe omisivamente esta *prohibición* aquel garante que —dolosamente y con ánimo de lucro— incumple su deber de veracidad mediante *silencio*⁵⁶⁶. El *silencio* que interesa para la comisión de estafa es aquel comportamiento por el cual no se transmite mensaje alguno al titular del acervo donde se halla el «engaño bastante» *precedente*. Mediante *silencio*, el garante puede infringir omisivamente el deber de veracidad que le obliga a neutralizar el «engaño bastante» *precedente*.

E) SENTIDO TÍPICO-SOCIAL DEL *SILENCIO* DEL GARANTE DE VERACIDAD

El *silencio* nada significa para el engañado, pues éste no recibe mensaje alguno que le transmita información patrimonial falsa o verdadera. Sin embargo, debe ser posible atribuir al *silencio* el sentido típico-social específico del comportamiento delictivo de estafa. En consecuencia, desde la perspectiva *ex ante*, el hombre medio en la posición del autor debe encontrarse en condiciones de afirmar que el garante, dolosamente y con ánimo de lucro, infringe su deber de veracidad mediante *silencio*. El *silencio* constituirá un comportamiento típicamente relevante a título de estafa, siempre desde la perspectiva *ex ante*, si permite atribuir al garante el aprovechamiento o utilización de un «engaño bastante» *precedente* cuyo potencial desorientador es capaz de inducir la realización de una disposición perjudicial para el patrimonio del engañado o el de un tercero.

Este juicio *ex ante* permite sostener la peligrosidad del *silencio* o, en otras palabras, que el *silencio* contribuye decisivamente en la conformación del riesgo típico del delito de estafa. Se trata del riesgo de que el engañado realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño bastante», en estos casos, *precedente*.

Las reflexiones previas son compatibles con las regulaciones legales que no restringen la estafa a la sola comisión por «engaño» activo. En el caso español, el garante se vale o utiliza el «engaño bastante» *precedente* al guardar *silencio* (dolosamente y con ánimo de lucro) de tal manera que el «engaño» induzca la realización de una

⁵⁶⁶ Descarta la comisión por omisión de estafa el comportamiento del garante por el que éste transmite explícita o implícitamente un mensaje falso al engañado.

disposición patrimonial perjudicial para el engañado o un tercero⁵⁶⁷. Según el modelo de tipificación alemán, la comisión omisiva de estafa debe vincularse con la variante de este delito en la que se mantiene un error *precedente* y, además, son ocultados ciertos hechos verdaderos⁵⁶⁸. El garante realiza esta comisión omisiva cuando, con ánimo de lucro y dolo de perjudicar al engañado o un tercero, su *silencio* mantiene el error *precedente* del engañado⁵⁶⁹ a la vez que oculta aquellos hechos verdaderos que, de ser conocidos por el engañado, neutralizarían su error.

Las dos legislaciones mencionadas coinciden en lo fundamental. El *silencio* del garante mantiene un «engaño» *precedente* mediante la omisión de su neutralización. Esta omisión oculta al engañado aquellos hechos verdaderos que le sacarían de su estado de error o «engaño bastante». Por otra parte, la omisión (*silencio*) permite atribuir al garante infractor —desde la perspectiva *ex ante*— la utilización o aprovechamiento doloso y con ánimo de lucro del error *precedente* del engañado, en vistas a que este último realice una disposición patrimonial inducida por el «engaño». En ambos casos, la disposición debe ser perjudicial para el patrimonio del engañado o de un tercero. Por lo tanto, en legislaciones abiertas a la comisión omisiva de estafa, *v.gr.* España y Alemania, el *silencio* del garante de veracidad puede configurar el comportamiento típico de este delito.

F) BALANCE

La explicación de los apartados anteriores —letras A), B), C), D) y E)— permite afirmar que la comisión de estafa por *silencio* es una construcción conceptual compatible con el sentido literal posible de aquellas legislaciones que no proscriben la comisión omisiva de este delito. Sin embargo, resulta insuficiente contar con un simple constructo estructural compatible con los límites impuestos por el principio de legalidad. Los argumentos aportados hasta este punto de la presente investigación no permiten afirmar la plena identidad normativa entre la comisión activa y omisiva del delito de estafa. Esta insuficiencia se encuentra estrechamente vinculada a la falta de

⁵⁶⁷ Artículo 248.1 CP España. «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

⁵⁶⁸ §263 StGB «Quien, con el ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, lesione el patrimonio de otro, provocando o manteniendo un error mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultación de hechos verdaderos».

⁵⁶⁹ El término «error» del §263 StGB se corresponde con el «engaño» español, si ambos son concebidos como una situación informativa caracterizada por la presencia de datos falsos relevantes patrimonialmente en un determinado acervo informativo.

un criterio satisfactorio para delimitar los *incumplimientos de obligaciones informacionales* relevantes únicamente en el plano extrapenal de los supuestos en los que, junto al *incumplimiento informacional*, se configura adicionalmente una comisión por omisión del delito de estafa.

Hay dos grupos de *silencios* por los que no se saca a otro de su error o «engaño», y que requieren ser distinguidos del modo más claro posible. Por una parte, los *silencios atribuibles a sujetos obligados extrapenalmente a informar*, cuyas consecuencias jurídicas deben quedar relegadas al ámbito extrapenal. Por otra, aquellos *silencios imputables a un garante de veracidad* que, siendo relevantes extrapenalmente, deben serlo también en el plano jurídico-penal, pues realizan “parte” —al menos la tentativa imperfecta— de la comisión omisiva de estafa. La distinción posee una importancia capital, pues sólo este segundo grupo de *silencios* permite sostener la plena identidad normativa y estructural entre la comisión activa y omisiva de estafa.

Aunque reste camino por recorrer para formular un criterio plenamente satisfactorio para la delimitación aludida, ya se posee parte importante del arsenal conceptual necesario para su elaboración. Los *silencios* relevantes penalmente se distinguen de los *silencios* puramente extrapenales en atención, respectivamente, a la presencia o ausencia de un garante de veracidad. Los aspectos principales sobre la generación de posiciones de garante de veracidad ya han sido abordados en la presente investigación⁵⁷⁰. Su estudio ha proporcionado un elemento ciertamente importante para reconocer los *silencios* únicamente relevantes en el plano extrapenal y aquellos que también deben serlo en el ámbito penal a título de estafa. El estudio al que se hace alusión permite sostener que el compromiso de asunción, la asunción unilateral y ciertas formas de injerencia informativa —incluso un caso de injerencia no-informativa—, permiten sostener deberes y posiciones de garante de veracidad.

El garante, para que pueda entrar en consideración una comisión omisiva de estafa, no sólo se encuentra sometido al deber penal de veracidad, sino que debe encontrarse sometido también a la obligación extrapenal de proporcionar información veraz al potencial engañado, de tal modo que, de no mediar su inequívoco comportamiento de asunción o injerencia, sólo ocuparía la posición extrapenal de *obligado a informar*. En consecuencia, únicamente el garante de veracidad puede infringir la prohibición penal de estafar mediante un comportamiento de *silencio* por el que nada se

⁵⁷⁰ Vid. *supra* VIII.4. G)

comunique. En cambio, el *silencio del obligado a informar* (no garante jurídico-penal) genera exclusivamente consecuencias extrapenales.

Es manifiesta, pues, la relevancia de los esfuerzos previos por establecer el origen de los deberes de los garantes de veracidad y así diferenciar los silencios relevantes sólo extra-penalmente de aquellos otros *silencios* penal y extra-penalmente relevantes a título de estafa. Sin embargo, es preciso contar con un criterio adicional. Si la distinción se reduce a un análisis acerca de la presencia o ausencia de la condición de garante del autor se corre el serio peligro de otorgar relevancia penal a simples incumplimientos de obligaciones informativas⁵⁷¹. Es correcto hacer depender la comisión por omisión de estafa de la existencia normativa de deberes de veracidad que pesan sobre determinados sujetos (garantes de veracidad). Sin perjuicio de lo anterior, es necesario incorporar algún elemento por el que se preste una atención mayor al sujeto con el que el autor ha interactuado, debiera interactuar o seguir haciéndolo. En este sentido, se realizarán algunas consideraciones adicionales sobre el contexto o situación en el que queda inmerso el titular del acervo informativo afectado por el «engaño», en sintonía con la caracterización de la estafa como delito de relación⁵⁷².

La comisión por omisión de estafa demanda un *plus de injusto* respecto del mero incumplimiento de una obligación informativa extrapenal por reticencia dolosa. Es probable que la situación o contexto en el que se encuentra el engañado juegue un papel determinante en la configuración del injusto penal de la comisión omisiva de estafa. En el siguiente apartado⁵⁷³ se exploran las perspectivas de rendimiento de la noción de *desamparo o desvalimiento de la víctima* para la comisión omisiva de delitos de resultado.

a) El desamparo de la víctima

⁵⁷¹ VALLE MUÑIZ ponía en evidencia este problema cuando afirmaba que la posición de garante en el supuesto de omisión puede construirse sin mayor problema, pues habría deber de informar en virtud de los principios de buena fe contractual, los usos del tráfico o la concreta relación entre las partes. Sin embargo, el verdadero problema, radica en la «equivalencia» de estos deberes y los infringidos en una comisión por omisión del delito de estafa. La imposibilidad de afirmar tal «equivalencia» llevó a este autor a rechazar categóricamente la estafa por omisión. En todo caso, en su argumento pesaba la inexistencia del actual art. 11 CP español, VALLE MUÑIZ, *El Delito de Estafa*, 1987, pp. 179-182.

⁵⁷² *Vid. infra* IX.1. G). En todo caso, no se pierda de vista que la afirmación de que la estafa es un delito de relación no implica sostener que se trate de un delito “dialógico”.

⁵⁷³ IX.1. F) a).

Como advertencia preliminar, la idea del *desamparo de la víctima* no coincide ni debe ser asimilada con la situación específica del sujeto desamparado sometido a un peligro grave para sus bienes personales⁵⁷⁴. Cuando tiene lugar esta clase de *desamparo*, el Estado impone a los ciudadanos un deber fundamentado en la solidaridad por el que les exige socorrer al desamparado que se encuentra expuesto a un peligro grave. La infracción omisiva de este deber es sancionada por tipos penales específicos. En cambio, el concepto de *desamparo o desvalimiento* que aquí interesa analizar alude a otra clase de situación típica, pues su tratamiento se da en el seno de los problemas que plantea la configuración típica de ciertas comisiones omisivas de delitos de resultado y de la estafa, como uno de ellos. Vale la pena recordar que en esta clase de comisiones son infringidos deberes penales negativos.

A continuación, se expone resumidamente el núcleo de la propuesta de SCHÜNEMANN sobre la comisión por omisión de delitos de resultado⁵⁷⁵. En su perspectiva, la equiparación entre la comisión activa y omisiva de esta clase de delitos se fundamenta en que el autor de una y otra ejerce un «dominio» «sobre el fundamento del resultado»⁵⁷⁶.

El «fundamento del resultado» que el autor domina puede referirse a *la causa esencial del resultado* o, alternativamente, al *desamparo de la víctima*⁵⁷⁷. El autor controla la *causa esencial del resultado* cuando ocupa una posición de garante que le confiere

⁵⁷⁴ Esta clase de desamparo corresponde a la situación típica en los delitos de omisión del deber de socorro del artículo 195 CP español o la *Unterlassene Hilfeleistung* del § 323c del StGB alemán.

⁵⁷⁵ La propuesta de SCHÜNEMANN ha encontrado respaldo doctrinal, v.gr. ROXIN, quien enmarca «la asunción de especiales funciones de protección» como una de las modalidades de «dominio sobre el desamparo de bienes jurídicos», ROXIN, *A.T. II*, 2003, §32, nn.mm. 53 ss.

⁵⁷⁶ «*Ausübung der Herrschaft über den Grund des Erfolges*», en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 374-375. Propone el «dominio sobre el fundamento del resultado» como fundamento común de la punibilidad de la comisión activa y omisiva, y como único criterio de la equiparación entre una y otra (p.237). SCHÜNEMANN intenta desnormativizar al máximo la idea del dominio en la comisión por omisión y, de acuerdo con esta orientación, sostiene que el dominio se encuentra en la *naturaleza de las cosas*, en estructuras lógico-objetivas (previas al ámbito jurídico-penal) (p.233). Sin embargo, llega a sostener que el dominio de ser entendido como una “voluntad de dominio en sentido social-jurídico” (p.359). Crítico con el concepto de „*Herrschaft über den Grund des Erfolges*“, HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, pp. 189-196.

⁵⁷⁷ Reconoce también la noción del *desamparo de la víctima* en casos de asunción en los que el *desvalimiento* se aplica a menores sometidos al cuidado de sus padres; niños que no saben nadar y se encuentran en una piscina, mientras les cuida el profesor de natación; turistas de excursión en la montaña respecto del guía de montaña, etc. ROXIN, *A.T. II*, 2003, §325, nn.mm. 33, 53 ss.

poderes de dominio sobre cosas o actividades peligrosas⁵⁷⁸, sobre sujetos penalmente incapaces y, finalmente, sobre sujetos dotados de capacidad penal⁵⁷⁹.

La equiparación de la comisión omisiva y activa de un delito de resultado también puede encontrar su fundamento en el dominio que el autor ejerce sobre el *desvalimiento o desamparo de la víctima*. El *desvalimiento* de la víctima puede ser *total o parcial*. La víctima se encuentra en una situación de *total desvalimiento* cuando es constitutivamente incapaz de protegerse frente a cualquier clase de peligro⁵⁸⁰. La situación de *desamparo parcial* tiene lugar cuando el *desvalimiento* se refiere a peligros determinados⁵⁸¹.

La víctima puede encontrarse inmersa en un *desamparo parcial* —único eventualmente relevante en el ámbito específico de la estafa omisiva—, sin su consentimiento o habiendo consentido en su propio *desamparo*. En lo que sigue, se analizarán por separado ambas variantes de *desvalimientos parciales*.

1. Desamparo parcial no consentido por la víctima

La víctima de la comisión por omisión de un delito de resultado puede sufrir un *desamparo parcial* no consentido (ni siquiera implícitamente) cuando el *desvalimiento* deriva de un comportamiento que el garante realiza contra la voluntad de la víctima. Así ocurre, *v.gr.* cuando una persona es encerrada en una habitación sin su consentimiento. Quien somete al encerrado a un *desamparo parcial* de esta índole queda constituido como garante respecto de los peligros que pueden amenazar la vida o integridad personal del encerrado. Por lo tanto, siguiendo con el ejemplo, el garante podría ser responsable en comisión por omisión por los delitos de homicidio o lesiones. El fundamento de esta responsabilidad y la afirmación de que el comportamiento omisivo del garante es equiparable a la comisión activa se basan en el «dominio» que el autor ejerce sobre el desvalimiento de la víctima. SCHÜNEMANN puntualiza que el encierro permite sostener tal «dominio», pues la víctima no podrá

⁵⁷⁸ Los enmarca en los “deberes del tráfico”, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 281 ss.

⁵⁷⁹ El poder de control sobre incapaces penales corresponde a un dominio *fáctico*, mientras que el ejercido sobre sujetos con capacidad penal posee una naturaleza propiamente jurídica, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 323 ss.

⁵⁸⁰ Se trata del dominio como *Herrschaft über konstitutionelle Hilflosigkeit*, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 342-348.

⁵⁸¹ Ahora *Herrschaft über partielle Hilflosigkeit*, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 348-354.

acceder a fuentes alternativas de auxilio normales para personas que se encuentran en libertad⁵⁸².

La conducta por la que el garante genera esta clase de *desamparo parcial no consentido* consiste en el sometimiento activo a peligros determinados. Dicho sometimiento vincula al garante y al desamparado con tal intensidad que, si el primero infringiera su deber de protección en favor de aquel cuyo desvalimiento domina, responderá penalmente como autor de una comisión por omisión del delito de resultado que corresponda⁵⁸³.

Entre los desamparos no consentidos por la víctima se hallan también aquellos desvalimientos que, sin haber sido creados inicialmente por el garante, éste “se los encuentra” e incorpora activamente a su ámbito de dominio (nuevamente, sometimiento activo). En esta variante, el garante domina el *incremento del desamparo* de la víctima⁵⁸⁴.

2. Desamparo parcial consentido por la víctima

El *desamparo parcial* puede tener su origen en un acto voluntario de la propia víctima⁵⁸⁵ por el que confía a un garante su protección frente a determinados peligros. Así ocurre cuando, *v.gr.* un anciano con plenas facultades mentales contrata a un adulto para que le lleve a diario en su silla de ruedas y le preste ayuda en su aseo personal.

Si la conducta por la que la víctima confía a otro su protección se reduce a un acto individual por el que la primera manifiesta una confianza (unilateral) de recibir de otro una determinada protección, no se configura un *desamparo parcial* jurídico-penalmente relevante para una eventual comisión por omisión de un delito de resultado. Para que el desamparo parcial consentido por la víctima posea relevancia penal, es imprescindible que el acto por el que confía a otro su protección sea aceptado por el depositario de la confianza. En virtud de la aceptación, el desvalimiento queda incorporado al ámbito de dominio del garante como un deber de hetero-protección frente a peligros determinados. Sólo en este último caso, se puede sostener la configuración de un *desamparo parcial consentido implícitamente por la víctima*.

⁵⁸² El ejemplo de la detención es del propio SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 349.

⁵⁸³ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 349.

⁵⁸⁴ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 349.

⁵⁸⁵ También podría ser realizado por un garante distinto de aquel que luego dominará el desamparo de la víctima.

SCHÜNEMANN alude a la idea de *desamparo consentido por la víctima* sin mencionar que dicho consentimiento sea “implícito”. Sin embargo, sólo resulta razonable su propuesta en la medida en que el consentimiento de la víctima sobre su propio desamparo posea esta característica. Carece de sentido que una persona pacte expresamente con otra la desprotección de la primera para así aumentar su vulnerabilidad ante peligros determinados. Lo que sí tiene sentido es sostener un consentimiento implícito sobre el propio desamparo cuando lo que la víctima potencial pretende es obtener la protección de un garante. Cuando la víctima potencial consigue que otro se someta al deber de protegerle, tiene lugar un consentimiento implícito de la propia víctima, en el sentido de que ella acepta verse expuesta al riesgo de que el garante no cumpla su deber de hetero-protección. Paradójicamente, quien obtiene hetero-protección frente a determinados peligros, consiente y obtiene una desprotección parcial de los mismos bienes que confía al cuidado del garante.

Una posible consecuencia del *desamparo parcial consentido por la víctima* es la imposibilidad de adoptar otras medidas de prevención, *v.gr.* relación médico-paciente en la que existe un riesgo de muerte. Sin embargo, esta consecuencia constituye sólo una posibilidad. A este respecto, datos fácticos como que el desamparado pudo acudir a otras fuentes de protección —distintas del garante al que previamente confió su protección— o que pudo autoprotgerse de algún otro modo⁵⁸⁶, en nada afectan a la afirmación de que el garante infringe su deber cuando omite la prestación de protección prometida. Al incurrir en esta omisión, su responsabilidad penal se fundamenta en haber *permitido la producción del resultado en su propio ámbito de dominio*, esto es, allí donde ejerce el control sobre el desamparo parcial de la víctima⁵⁸⁷.

3. Dominio del garante sobre el desamparo parcial de la víctima. Toma de posición

Desde la perspectiva de SCHÜNEMANN, únicamente la asunción permitiría sostener que el garante domina el *desamparo parcial de la víctima*, sea que se trate de un desvalimiento consentido implícitamente por ella o manifiestamente contrario a su

⁵⁸⁶ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 350.

⁵⁸⁷ El *desamparo parcial consentido implícitamente por la víctima* no requiere que la conjunción del acto de confianza de la víctima y la aceptación del garante fundamenten el desvalimiento, siendo suficiente que la *situación de desamparo* se vea *modificada* en virtud de la incorporación de la heteroprotección al ámbito de dominio del garante. Tal *modificación del desvalimiento* permite sostener un «incremento del riesgo», SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 351.

voluntad. Según la visión de este autor, el dominio del garante sobre el *desamparo parcial consentido implícitamente por la víctima* proviene del acto de confianza de esta última en que otro le protegerá (*fremder Vertrauensakt*)⁵⁸⁸. Si se atiende al modo en el que SCHÜNEMANN expone acerca de la asunción y el desvalimiento vinculado a ella, podría parecer que siempre el desvalido debe tener la iniciativa y depositar su confianza en la hetero-protección del garante. Sin embargo, es del todo irrelevante quién propone en primer lugar —garante o sujeto desvalido— un compromiso de asunción. Lo verdaderamente determinante es que la asunción quede configurada en términos inequívocos, tanto intersubjetiva como normativamente⁵⁸⁹.

El mayor acierto de la propuesta examinada es la claridad con la que manifiesta que los actos de asunción, junto a la garantía de salvaguarda frente a riesgos determinados, generan o aumentan indirectamente el *desvalimiento* de quien se ha confiado a la hetero-protección de un garante. Efectivamente, el beneficiario de un compromiso de asunción pierde todo incentivo para acudir a garantes de protección alternativos y, por regla general, carecerá de motivos razonables para intensificar su auto-protección. Dos de las consecuencias derivadas de un compromiso de hetero-protección son parcialmente contradictorias: a mayor garantía de hetero-protección, mayor es también el *desamparo del protegido*. A continuación, se reexaminará este fenómeno peculiar teniendo en cuenta no sólo la asunción bilateral, sino también la unilateral y los casos de injerencia.

i. Dominio sobre el desamparo parcial de la víctima en la asunción bilateral y unilateral. Modalidades del consentimiento sobre el propio desamparo

El *sentido* o efecto *directo* de toda asunción es el *amparo o protección* ajena. Al beneficiario de un compromiso de asunción se le permite confiar en la recepción oportuna y suficiente de hetero-protección ante riesgos determinados. Es más, el beneficiario tiene *derecho a confiar* en la protección del garante. Sin embargo, la titularidad de este derecho genera —efecto *indirecto* de la asunción— un *desamparo parcial*. En el compromiso, quien confía a otro su protección frente a peligros determinados busca una garantía o seguridad de recibir suficiente amparo cuando se presenten los correspondientes peligros. Sin embargo, el titular del *derecho a confiar*

⁵⁸⁸ La aceptación del depositario de esta confianza configura una asunción bilateral o compromiso de asunción; *vid. supra* VIII.4. C) d).

⁵⁸⁹ Ello requiere, al menos, el *ingreso fáctico* en el ejercicio de las funciones de hetero-protección, *vid.* VIII.4. C) d).

en la protección del garante, al obtener la hetero-protección, consiente implícitamente en su propio desvalimiento como efecto *indirecto* no pretendido. Es posible sostener la existencia normativa de este *consentimiento implícito sobre el propio desamparo*, si se tiene en cuenta que la confianza depositada en el garante genera que el beneficiario de la asunción no acuda a garantes alternativos de protección y, salvo casos en los que el garante demuestre su incompetencia, desinterés o voluntad de infringir sus deberes, el beneficiario carecerá de motivos razonables para intensificar su auto-protección.

El garante por asunción *domina la protección* de aquel a quien se compromete a salvaguardar frente a determinados peligros. Simultáneamente, ejerce un *dominio sobre el desamparo parcial* que, como efecto *indirecto* de la asunción, se cierne sobre quien voluntariamente consigue ser protegido por otro.

Mientras en la asunción bilateral quien consigue la hetero-protección siempre consiente implícitamente en su propia y relativa desprotección (*desamparo parcial consentido*), la asunción unilateral puede tener lugar con ausencia de este peculiar consentimiento implícito. Efectivamente, el beneficiario de la protección derivada de una asunción unilateral puede desconocer su condición de heteroprotegido. En estos casos, la ignorancia del beneficiario sobre la circunstancia de que otro ha asumido unilateralmente un deber de protección en su favor no permite sostener que dicho beneficiario consienta, ni siquiera implícitamente, en su propio desamparo (en cuanto consecuencia indirecta de la asunción)⁵⁹⁰. Sin embargo, los supuestos de asunción unilateral en los que el beneficiario por la hetero-protección ignora temporalmente que otro ha asumido a su favor un deber de protegerle frente a determinados riesgos, permiten afirmar un consentimiento presunto del hetero-protegido. Este consentimiento (presunto) se refiere a que, si el desamparado conociera que otro ha asumido su protección, consentiría —implícitamente, como en las asunciones bilaterales— en su propio desvalimiento.

De acuerdo con estas últimas reflexiones, la asunción bilateral, la unilateral conocida por su beneficiario y la unilateral en la que el protegido ignora temporalmente la hetero-protección, requieren algún tipo de consentimiento (al menos presunto) del protegido sobre su propio desvalimiento parcial. En consecuencia, *sea implícita o*

⁵⁹⁰ La asunción unilateral no requiere que el beneficiario por la hetero-protección necesariamente ignore su condición de beneficiario. Este desconocimiento constituye, simplemente, una de las posibles configuraciones de esta modalidad de asunción.

presuntamente, todo beneficiario de hetero-protección por asunción consiente en su propio desvalimiento parcial.

El consentimiento acerca del propio desvalimiento parcial es implícito tanto en el compromiso bilateral de asunción como en la asunción unilateral cuyo beneficiario conoce que otro ha asumido un deber de protección en su favor. En cambio, tratándose de una asunción unilateral en la que el beneficiario ignora temporalmente que otro ha asumido su protección, el consentimiento de quien recibe protección ajena sólo le puede ser atribuido como un consentimiento presunto.

En definitiva y a modo de recapitulación, las diversas modalidades de asunción incorporan al ámbito de dominio del garante: i) el deber de hetero-protección como derivación directa del acto unilateral o bilateral de asunción; y ii) el desvalimiento parcial del beneficiario del compromiso de asunción o de la asunción unilateral. El desamparo parcial es un efecto indirecto de los actos de asunción. El beneficiario de la hetero-protección acepta implícitamente su propio desvalimiento cuando se trata de asunciones bilaterales. En la asunción unilateral, el beneficiario puede ignorar temporalmente la hetero-protección que otro ha asumido en su favor. Cuando tenga lugar una asunción unilateral en estos términos, el consentimiento del beneficiario sobre su propio desvalimiento le será atribuible únicamente como uno de naturaleza presunta. Lo habitual será que el beneficiario llegue a conocer la protección ajena que recibe. Tan pronto como le sea atribuido este conocimiento y no rechace la hetero-protección, se puede considerar que acepta implícitamente su propio desvalimiento. Así, la asunción inicialmente unilateral deviene en bilateral.

El dominio que el garante ejerce sobre el cumplimiento de i) y, como su consecuencia indirecta, su control sobre ii), son fundamentales para la configuración de una eventual responsabilidad penal por una comisión por omisión de un delito de resultado. Esta clase de comisión tiene lugar cuando un garante por asunción, mientras aún domina normativamente el desamparo parcial de aquel a quien debe proteger frente a determinados riesgos —mientras se mantiene la integración normativa del deber de hetero-protección en su ámbito de organización—, infringe omisivamente su deber de garante.

ii. Dominio sobre el desamparo parcial de la víctima en la injerencia

En lo que dice relación con el *desamparo parcial no consentido por la víctima*, el sometimiento activo por el cual se genera o incrementa esta clase de desvalimiento,

no puede ser caracterizado como un comportamiento de asunción. El *sentido directo* del sometimiento activo previamente examinado es la creación o incremento de peligros para los bienes de un sujeto determinado. Se trata, como ya ha sido expuesto, de una usurpación de la gestión de bienes de una esfera de organización ajena⁵⁹¹. En cambio, el *sentido directo* y propio de cualquier conducta de asunción, sea ésta unilateral o bilateral, es la protección de bienes ajenos frente a riesgos o peligros determinados⁵⁹². Por lo tanto, parece correcto enmarcar entre las injerencias aquellas conductas por las cuales un sujeto provoca o incrementa los peligros que afectan o afectarán a otra esfera de organización⁵⁹³.

El *desamparo parcial* que deriva de un hacer precedente riesgoso no es consentido (ni siquiera implícitamente) por el titular de los bienes sometidos a peligro⁵⁹⁴.

Junto a los genuinos casos de asunción, también los de injerencia generan *desamparos parciales ajenos* que, una vez incorporados a la esfera de organización del injerente, son controlados por él. El garante por injerencia genera o aumenta el desvalimiento de aquel a quien previamente ha expuesto a determinados peligros. Desde un punto de vista normativo, esta clase de garante ejerce un dominio —al menos le corresponde ejercerlo— sobre el *desamparo parcial* de un sujeto que puede llegar a ocupar la posición de víctima de la comisión omisiva de un delito de resultado.

De modo análogo a lo ya referido sobre el garante por compromiso de asunción, corresponde al injerente el cumplimiento de un deber de hetero-protección de bienes determinados expuestos a peligros también determinados. A semejanza de la asunción, la injerencia también posee los elementos “deber de hetero-protección” y

⁵⁹¹ Vid. VIII.4. D) a).

⁵⁹² SCHÜNEMANN ejemplifica esta supuesta variante de asunción sosteniendo su presencia en una privación de libertad ambulatoria no consentida por la víctima. Afirma que el sometimiento activo constituye una asunción valiéndose de una argumentación críptica. Sostiene que en estos casos hay, o debe existir, un equilibrio entre dos principios antagónicos, el de la autonomía del desvalido —quien no consiente en recibir protección ajena— y el principio de dominio del garante, apoyado en estructuras lógico-objetivas. En realidad, no proporciona una solución sobre este problema, pues remite a otros pasajes de su obra en los que se refiere a la voluntad de dominio del garante cuando éste lo ejerce sobre personas, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 349-350.

⁵⁹³ HERZBERG critica la negativa de SCHÜNEMANN a los deberes de garante por injerencia. A juicio del primero, SCHÜNEMANN la descarta —aunque no lo reconozca— porque en los casos de injerencia el autor no ejerce un dominio actual sobre el fundamento del resultado, sino uno potencial, HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, pp. 288-294.

⁵⁹⁴ SCHÜNEMANN reconoce expresamente que los deberes de garante en esta clase de supuestos parecen corresponder a situaciones de injerencia, pero descarta esta calificación porque implicaría recurrir al «dogma indemostrable de la injerencia», SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, p. 349. Se muestra menos tajante en su oposición a la injerencia en SCHÜNEMANN, *ZStW*, (96), 1984, pp. 308 ss.

“desamparo parcial” como dos caras de un mismo fenómeno que se incorpora al ámbito de dominio del garante. En consecuencia, de modo equivalente a los supuestos de asunción —o de modo equiparable, si se prefiere—, se integran en la esfera del garante por injerencia: i) un deber de hetero-protección en favor del titular de los bienes jurídicos sometidos a riesgo en virtud del hacer precedente peligroso; y ii) el desvalimiento parcial que la injerencia genera para el titular de los bienes afectados por el hacer precedente riesgoso.

A diferencia de la asunción, el desamparo parcial de la víctima deriva *directamente* de la injerencia. Aunque el titular de los bienes sometidos a riesgo por injerencia conozca la situación de peligro que afecta sus bienes, este conocimiento no corresponde ni equivale al tantas veces mencionado consentimiento de la víctima potencial sobre su propio desvalimiento parcial. En consecuencia y *a fortiori*, tampoco hay consentimiento del desvalido en aquellos supuestos de hacer precedente riesgoso en los que el titular de los bienes sometidos a peligro *desconoce* el riesgo que amenaza sus bienes. Todo lo anterior se debe, a fin de cuentas, a que la idea misma de injerencia jamás permite sostener que el afectado por ella (desvalido) consiente en su propio desamparo, ni implícita ni presuntamente.

G) DESAMPARO INFORMATIVO DEL ENGAÑADO

a) Desvalimiento parcial y comisión por omisión de estafa

Los criterios desarrollados bajo el epígrafe anterior, “Dominio del garante sobre el desamparo parcial de la víctima. Toma de posición” aluden preferentemente a las potenciales víctimas de delitos realizados en comisión por omisión y las modalidades de desamparo o desvalimiento en los que pueden encontrarse. Antes de aplicar dichos criterios a la comisión omisiva de estafa, se hará una breve referencia al elemento cognoscitivo que permite sostener que un determinado sujeto puede ser considerado propiamente garante y, como tal, potencial autor de la comisión por omisión de un delito de resultado.

El desvalimiento parcial de la potencial víctima de una comisión por omisión, sólo adquiere relevancia jurídico-penal a partir del momento en que se pueda atribuir al garante una incorporación *consciente* de ese desvalimiento a su ámbito de organización. La exigencia de una atribución de conocimiento de la *incorporación* del desamparo ajeno a la esfera de dominio del garante restringe considerablemente el grupo de personas que pueden llegar a ser consideradas como potenciales autores de

la comisión omisiva de un delito de resultado. Procede atribuir al garante la consciente *incorporación* del desvalimiento ajeno a su esfera de organización si, a su vez, se le puede atribuir el conocimiento del deber de hetero-protección al que se somete y, de modo inescindible a lo anterior, se pueda atribuir al garante un conocimiento de los riesgos, actuales o futuros previsibles, que amenazan los bienes de la víctima potencial (sujeto en desamparo).

b) El desamparo informativo del engañado

La estructura de la comisión por omisión de estafa presenta rasgos que permiten sostener la presencia del factor normativo «dominio del garante sobre el desamparo parcial de la víctima». Esta comisión omisiva requiere que el engañado se encuentre inmerso en una situación coincidente con la situación de *desamparo parcial de la víctima*. Sin embargo, y valga como apunte previo, se debe tener presente que la víctima del delito de estafa corresponde al titular del patrimonio perjudicado, de tal manera que la condición de víctima y engañado pueden coincidir en una misma persona, pero no necesariamente. Cuando se realiza la comisión de una estafa en triángulo, engañado y víctima corresponden a personas distintas. En atención a la desvinculación de la condición de engañado y víctima en esta última clase de estafa, lo más preciso es abordar el estudio sobre el *desamparo* como una situación que afecta siempre al engañado, sin importar que este último sea o no la víctima del delito.

El *desamparo parcial* del engañado consiste en un desvalimiento específico frente a un riesgo o peligro determinado. Este peligro no es otro que el *riesgo típico del delito de estafa*. Se trata del riesgo de que el engañado realice una disposición patrimonial perjudicial para sí mismo o un tercero, en virtud de la utilización omisiva por otro de un «engaño bastante» que induce a la efectuación de una disposición patrimonial perjudicial⁵⁹⁵. Al igual que en las estafas activas, el engañado de la comisión omisiva ignora que en su acervo informativo se aloja un contenido informativo falso — «engaño bastante»— que le desorienta hasta el punto de considerar como beneficiosa una disposición patrimonial que no lo es.

Ahora bien, y a diferencia de la estafa activa, la disposición patrimonial del engañado en la comisión omisiva es inducida por la utilización omisiva de un «engaño bastante» *precedente*. El falso contenido informativo del «engaño» se halla en el acervo afectado antes de que el autor comience la tentativa omisiva. Esta última se inicia cuando el

⁵⁹⁵ En un sentido próximo, SEIBERT, *Die Garantenpflichten*, 2007, pp. 178 ss.

garante-autor utiliza —dolosamente y con ánimo de lucro— el «engaño bastante» *precedente* mediante el comportamiento que aquí se ha denominado como *silencio*⁵⁹⁶. El *silencio* mantiene el «engaño bastante» *precedente* en el acervo donde se encuentra y, por constituir una infracción omisiva a un deber de veracidad, oculta los hechos verdaderos que el engañado tiene derecho a conocer y que neutralizarían su «engaño».

En este punto de la argumentación sobre el desamparo informativo del engañado, es menester plantear la siguiente cuestión. La presencia de un «engaño bastante» en un determinado acervo informativo *antes* de que dicho «engaño» sea utilizado o aprovechado por un sujeto distinto del titular del acervo en riesgo, ¿constituye razón suficiente para la afirmación del *desamparo informativo* del engañado? La respuesta al problema planteado es, debe ser, una rotunda negación. Un «engaño bastante» *precedente*, por sí solo, no inserta al engañado en un contexto de desamparo informativo relevante para el tipo de estafa. Junto con la presencia del «engaño bastante» *precedente*, es menester que un garante de veracidad incorpore a su esfera de dominio el deber de proteger al engañado frente al *riesgo típico de la estafa*. Este deber le obliga a entregar oportunamente información verdadera suficiente para neutralizar o impedir la presencia (o conformación) de un «engaño bastante» en el acervo informativo correspondiente.

De conformidad con lo que se acaba de exponer, tras la integración de la heteroprotección en la esfera del garante, el *desamparo informativo* está sólo en ciernes o incoado si aún no se aloja un «engaño bastante» *precedente* en el acervo protegido. Así ocurre, *v.gr.* en un compromiso de asunción, mientras el asesor financiero ejerce sus funciones neutralizadoras de engaños, en beneficio del asesorado. Este último no se encuentra todavía *desamparado informativamente*. Se configurará plenamente su *desvalimiento informativo* cuando: i. el acervo informativo del asesorado — quien tiene derecho a confiar en la heteroprotección informativa— se vea afectado por la presencia de un «engaño bastante» en su acervo informativo-patrimonial; y ii. se pueda atribuir al garante el conocimiento de que organiza defectuosamente el riesgo típico de una estafa (dolo) y el conocimiento de que esa organización le beneficiará a él mismo o a un tercero (ánimo de lucro).

El desamparo parcial del engañado puede ser consentido implícitamente por él o tener lugar sin su consentimiento. El engañado consiente implícitamente en su propio

⁵⁹⁶ *Vid. Supra.* IX.1. D) sobre la infracción de un deber jurídico-penal de veracidad mediante silencio.

desamparo cuando su desvalimiento corresponde al efecto *indirecto* de una asunción bilateral o compromiso de asunción entre el engañado y el garante de veracidad depositario de su confianza. En casos de asunción unilateral en los que el engañado desconoce temporalmente que otro —el garante de veracidad— ha asumido el deber de protegerle, el consentimiento del primero puede ser considerado como un consentimiento presunto. Por su parte, el desamparo no es consentido por el engañado cuando el *desvalimiento informativo* deriva de una *previa injerencia informativa —dolosa o imprudente—* del garante, sin que el hacer precedente realice el injusto típico de la estafa en comisión activa.

Tal y como ocurre con el desamparo de las víctimas de otros delitos de resultado en comisión omisiva, el desamparo del engañado es la contracara del deber de heteroprotección que el garante incorpora a su propia esfera de dominio. En la comisión por omisión de estafa, el desvalimiento que afecta al engañado tiene naturaleza *informativa*, pues en su acervo de datos patrimoniales se halla un «engaño bastante» *precedente* que desconoce, sin que le competa, al menos no preferentemente, evitarlo o neutralizarlo. El engañado —en cuanto titular de un derecho a la verdad frente al garante— queda inmerso en el desamparo informativo con independencia de si conoce o desconoce que un garante ha integrado en su esfera personal un deber jurídico-penal de heteroprotección en su favor.

Se puede sostener el *desamparo informativo* respecto de todo sujeto a quien afecte un «engaño bastante» *precedente* en circunstancias tales que permitan sostener que un garante ha integrado en su ámbito de organización el deber de protegerle informativamente. En otras palabras, el engañado queda inmerso en un contexto normativo de *desamparo informativo* cuando una redistribución de los riesgos de desorientación genera que, excepcionalmente, no recaiga sobre el propio engañado la competencia preferente sobre el «engaño bastante» *precedente* que le afecta, sino sobre un garante de veracidad.

El garante de veracidad tiene la competencia preferente del riesgo de desorientación del engañado afectado por un «engaño bastante» *precedente*. La competencia preferente del garante sobre el riesgo de estafa que se cierne sobre el titular del patrimonio protegido, permite sostener que el primero ejerce un dominio sobre el desamparo informativo del engañado. En caso de que el garante infrinja su deber de veracidad por *silencio* no afirmativo, incurrirá en responsabilidad penal a título de estafa en comisión por omisión por permitir la producción del resultado mientras

domina el proceso comisivo. Dicho proceso realiza plenamente el concepto normativo y la estructura de la comisión (*Eingriff*), pues el garante *usurpa omisivamente la esfera ajena de organización*.

El desamparado informativamente en virtud de «engaño bastante» *precedente*, suele encontrarse en condiciones fácticas de recurrir a fuentes de información alternativas a su garante de veracidad. Podría desplegar una diligencia superior a la sola consecución de un garante de veracidad y obtener —ya sea por sí mismo o mediante terceros— información patrimonial adicional, actualizada y veraz. Sin embargo, su incumbencia de auto-protección no llega “tan lejos”. A partir del comienzo normativo del *desamparo informativo* del engañado —tentativa imperfecta de estafa en comisión por omisión—, no le son exigibles comportamientos como los que se acaban de mencionar porque la competencia de su orientación se encuentra asignada preferentemente a su garante de veracidad.

La dinámica de cualquier comisión de estafa, en cuanto delito de relación y de medios determinados, requiere que el autor se valga del «engaño bastante» en una interacción en la que la parte engañada ignora por completo —o, al menos, descarta razonablemente— que el riesgo típico de la estafa amenaza al patrimonio, propio o ajeno, que aquélla administra. Desde esta perspectiva, toda comisión de estafa (activa incluida) permite afirmar una cierta indefensión en el engañado, como efecto derivado del medio comisivo y determinado por el cual se requiere la *utilización de «engaño bastante»*. Sin embargo, el desamparo informativo del engañado en una comisión omisiva de estafa no consiste sólo en esta indefensión genérica, derivada de la sola presencia de un «engaño bastante» en el acervo informativo afectado. Adicionalmente, la comisión por omisión requiere que la neutralización o evitación del «engaño» se encuentre asignada normativamente a un garante determinado, ya sea por asunción bilateral, unilateral o injerencia. Desde que se pueda atribuir al garante un conocimiento sobre su competencia preferente sobre el «engaño bastante» *precedente* o, lo mismo, una asignación de conocimiento de su deber de ejercitar la hetero-protección, se desencadena el *desamparo informativo* del engañado.

El *desamparo informativo* del engañado guarda relación con la acusada asimetría de la información que ostenta el garante y el engañado. Sin embargo, la afirmación del *desvalimiento* no depende en exclusiva ni es reductible a la simple constatación de una importante o grave asimetría informativo-patrimonial entre quien requiere ser orientado y quien se debe encargar de la hetero-orientación. El desamparo

normativamente relevante para la estafa por omisión, siempre y necesariamente implica una asimetría informativa entre el engañado y su garante de veracidad. Sin embargo, las relaciones de contenido patrimonial cuyas partes poseen información asimétrica no permiten, por regla general, sostener el *desamparo informativo* de quien “sabe menos” u ocupa la posición de engañado en virtud de un «engaño bastante» *precedente*.

El *desamparo informativo* del engañado, si bien forma parte de toda comisión omisiva de estafa, es especialmente manifiesto cuando el garante de veracidad se encuentra en esta posición en virtud de una asunción bilateral. El titular del acervo afectado por el «engaño bastante» *precedente* conoce que puede confiar legítimamente en recibir oportuna y suficiente protección informativa de su garante. Si este último decide incumplir su deber de veracidad, el engañado queda inserto en un contexto de especial indefensión o, como aquí se le viene denominando, de *desamparo informativo*. En el plano normativo, el beneficiario de la hetero-protección informativa por asunción no tiene otra alternativa racional que depositar su confianza en la veracidad de la información con la que cuenta, pues tiene “derecho a confiar” en recibir de su garante la oportuna y suficiente protección informativa⁵⁹⁷. Este criterio es aplicable también a otros contextos de desamparo informativo en los que un determinado garante tiene asignada la competencia preferente por la desorientación del engañado. Así, cuando la posición de garante deriva de una asunción unilateral y en casos en los que la posición de garante proviene de una injerencia informativa previa⁵⁹⁸, el *desamparado* tampoco posee otra alternativa racional que la de fiarse de la veracidad de la información que ostenta, incluso cuando ignora que la persona con la que interactúa corresponde a su garante de veracidad.

En los *desamparos informativos* analizados, sea que el engañado conozca o desconozca que otro debe protegerle, el Derecho penal considera al desorientado como titular de la expectativa normativa de ser informado —mediante el cumplimiento del correspondiente deber de veracidad— en la interacción patrimonial correspondiente.

A continuación, se reformula la infracción omisiva de la prohibición penal de estafar, incluyendo la noción del *desamparo informativo*. El garante que infringe su deber de

⁵⁹⁷ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, p. 162, aunque sostiene esta afirmación respecto de la asunción como promesa de protección (asunción bilateral y expresa de protección).

⁵⁹⁸ En todo caso, sin que la injerencia dolosa realice el injusto penal del delito de estafa en comisión activa.

veracidad mediante un comportamiento omisivo puede realizar el tipo penal de la estafa en la medida en que se cumplan las condiciones siguientes. El titular del acervo informativo donde se halla el «engaño bastante» *precedente* debe encontrarse en un contexto normativo-circunstancial de *desamparo informativo*. Esta clase de desamparo requiere que un sujeto distinto del engañado tenga asignada preferentemente la competencia sobre el «engaño bastante» *precedente*. El garante infringe la prohibición penal de estafar cuando adopta una actitud de *silencio* a la que pueda atribuírsele el sentido típico de una omisión —dolosa y con ánimo de lucro— de la debida neutralización del «engaño bastante» *precedente* que le compete preferentemente contrarrestar mediante la entrega de oportuna y suficiente información verdadera.

El fundamento último de todos los contextos de *desamparo informativo* es el modo en que la vinculación con un garante de veracidad ciega otras fuentes alternativas de orientación patrimonial⁵⁹⁹. La vinculación entre el garante y el riesgo que éste debe evitar bloquea otros mecanismos que permitirían al engañado superar la situación de error que afecta a su acervo informativo. En el fenómeno del *desamparo informativo*, caracterizado por el bloqueo de mecanismos alternativos de auto y heteroinformación en favor del engañado, se encuentra el *plus de injusto* de la estafa por *silencio* respecto del simple incumplimiento de una obligación informativa extrapenal. Así, *v.gr.* en una compraventa ordinaria, el vendedor que no declara al comprador el vicio redhibitorio que conoce, no genera un desamparo informativo en su contraparte, pues no ciega ni bloquea otros medios disponibles al comprador para salir de su error. Este último debe orientarse por sí mismo, buscar asesoramiento, etc⁶⁰⁰.

c) Otras consideraciones relativas al desamparo informativo

En ocasiones, quien interviene en un determinado ámbito negocial no se encuentra en condiciones de obtener suficiente información verdadera para su propia orientación patrimonial⁶⁰¹. Se trata de supuestos en los que el interesado no puede obtener, procesar o comprender por sí mismo los datos que requiere su orientación o, pudiendo hacerlo, ello supondría un esfuerzo excesivo. Quien previsiblemente sufrirá perjuicios

⁵⁹⁹ JAKOBS, *Sobre la normativización*, 2003, p. 111. Señala que una de las consecuencias de que una persona sea garante de otra —en particular, en virtud de asunción voluntaria— es que «se neutraliza una oportunidad efectiva de salvamento, y esta pérdida debe ser compensada por una sustitución equivalente».

⁶⁰⁰ Todo ello, sin perjuicio de las consecuencias extra-penales de la reticencia dolosa sobre el vicio ocultado al comprador.

⁶⁰¹ *Vid. supra* VIII.4. C) f) 2.

por la desorientación derivada de su inexperiencia, de la dificultad técnica del campo negocial en el que ha decidido intervenir, etc. debe cumplir su incumbencia de auto-protección informativa mediante la obtención de hetero-protección de un garante de veracidad. El contenido de la hetero-orientación informativo-patrimonial se refiere al cúmulo de datos verdaderos necesarios para la toma de decisiones patrimoniales económicamente racionales.

Quien previsiblemente resultará desorientado por su inexperiencia o la dificultad técnica del campo en el que se adentra, incumple su incumbencia de propia orientación si no busca un garante de veracidad. Este incumplimiento no le hace perder la titularidad sobre la expectativa normativa de recibir tutela penal como víctima de un delito de estafa, sin perjuicio de las consecuencias que la incumbencia incumplida pueda generar⁶⁰². En todo caso, para que entre en consideración una *comisión omisiva de estafa* en la que el engañado participa en un sector por él desconocido o dotado de una complejidad que supera sus posibilidades de propia orientación, es menester que el engañado cuente con la hetero-protección de un garante de veracidad.

Si el titular de un acervo informativo-patrimonial cuenta con dos o más garantes de veracidad, esta circunstancia no impide sostener el desamparo informativo de aquél en cuanto engañado, cuando todos los garantes infringen sus deberes de hetero-protección. Ahora bien, si el *desamparo* tuviera lugar en estas últimas circunstancias, es posible una coautoría entre los garantes que, de común acuerdo, omitieran la neutralización del «engaño bastante» correspondiente. Si no existiera tal acuerdo, y todos los garantes de veracidad infringieran omisivamente sus respectivos deberes, cabría sostener tantas autorías accesorias de la estafa omisiva como garantes infractores.

Es posible que el engañado no tenga más garantes de veracidad que el único garante infractor, pero cuente con terceros no garantes que se encuentran dispuestos a neutralizar su «engaño». Ante esta última posibilidad, puede surgir la duda de si el engañado, en tal caso, se encuentra efectivamente en *desamparo informativo*. Tal duda debe ser resuelta afirmativamente. No obsta a la configuración normativa del

⁶⁰² Si se decide intervenir en un sector negocial que supera los propios conocimientos o capacidades de comprender la información relevante patrimonialmente y no se busca la hetero-orientación informativa que resulta indispensable, no sólo se incumpliría la incumbencia de auto-protección informativa, pues podría, además, constituir una auto-exposición al peligro.

desamparo informativo el dato fáctico de que terceros no garantes se encuentren dispuestos a neutralizar el «engaño bastante» *precedente* que afecta al *desamparado*. El garante de veracidad que dolosamente omite la neutralización del «engaño bastante», incluso conociendo que terceros no garantes se encuentran dispuestos a informar verazmente al desamparado, infringe omisivamente la prohibición penal de estafar⁶⁰³. Si se diera este caso —conocimiento de cursos salvadores de terceros no garantes—, es probable que la intervención neutralizadora del «engaño» realizada por terceros no garantes impida la consumación de la comisión omisiva de estafa, pero ésta sería punible en todo caso como tentativa.

d) “Riesgo patrimonial por contacto negocial” y desamparo informativo

Como primer paso para poner a prueba la idea del *desamparo o desvalimiento informativo* en la estafa omisiva, se procurará establecer su relación con el “riesgo patrimonial por contacto negocial”. Los ciudadanos intervienen de modo habitual en el sector de los contactos negociales, caracterizado por un amplísimo y variable abanico de posibles interacciones de contenido patrimonial. Quien interactúa en este sector se inserta en un entramado de relaciones en las que el “riesgo patrimonial por contacto negocial” resulta prácticamente ubicuo. Uno de los múltiples factores que pueden generar el peligro de sufrir perjuicios patrimoniales es la presencia de datos falsos y desorientadores en acervos informativo-patrimoniales. Efectivamente, muchos de los acervos informativo-patrimoniales de quienes participan en negocios sencillos como la compraventa de un inmueble, o más complejos, como las operaciones en el mercado de valores, se encuentran condicionados por «engaños» que pueden desorientar las decisiones que se adopten en el contacto correspondiente.

La desorientación derivada de la presencia de datos falsos en un determinado acervo informativo puede afectar a su titular y provocar que realice una disposición patrimonial perjudicial para sus propios intereses o los de un tercero. Las informaciones falsas y la desorientación que éstas producen se encuentran dentro del “riesgo patrimonial por contacto negocial” si corresponden a auto-«engaños»⁶⁰⁴. Si se trata de hetero-«engaños» que no admiten ser calificados como «bastantes», se

⁶⁰³ Sin perjuicio de que, después de la omisión dolosa por la que el garante único infringe su deber de veracidad, los terceros no garantes intervengan neutralizando eficazmente el «engaño bastante». Se trataría de una tentativa de estafa en comisión por omisión en la que la intervención de terceros no garantes opera como factor impositivo de la consumación.

⁶⁰⁴ Auto-«engaño» en la fase típica y atípica de la comisión de estafa, respectivamente *infra* X.2. B) c) 3. i. y X.2. B) c) 3. iii.

encuentran dentro del riesgo jurídico-penalmente no desaprobado. Por lo tanto, estas formas de «engaño» son impunes a título de estafa, sin que ello suponga obstáculo alguno para que la regulación extrapenal sancione la generación o utilización de esta clase de datos falsos en contactos patrimoniales.

Por regla general, los riesgos de desorientación competen preferentemente al propio titular del acervo informativo-patrimonial sometido al peligro de perjuicio. Este principio rige las tratativas precontractuales, la celebración y cumplimiento de contratos u otros contactos negociales, tanto si se trata de actos jurídicos nominados como innominados. De acuerdo con esta regla general, debe descartarse el *desamparo informativo* del titular de un acervo informativo afectado por la presencia de datos falsos desorientadores en un determinado contacto negocial. Incluso cuando la parte desorientada tiene un derecho extrapenal a ser informado por su contraparte en un determinado negocio, y esta última incumple su obligación absteniéndose de la prestación debida, tal incumplimiento no constituye razón suficiente para sostener un *desamparo informativo* relevante penalmente para la configuración de una estafa en comisión por omisión. Esta última *desorientación*, por la que el titular del acervo afectado por los datos falsos experimenta una defraudación de su expectativa normativa extrapenal de ser informado, permanece en el ámbito penalmente no desaprobado del “riesgo patrimonial por contacto negocial”.

Las consideraciones siguientes, si bien serán planteadas con especial referencia al contrato de compraventa, pretenden mostrar un procedimiento general de análisis para aquellos casos en los que se debe determinar si una de las partes de un negocio o relación de contenido patrimonial se encuentra *informativamente desamparada*. En Derecho civil, una de las partes de un contrato puede estar sometida a un genuino “deber de hablar” en favor de su contraparte⁶⁰⁵. Tal es el caso del vendedor que conoce las cualidades negativas de la cosa ofrecida en venta, sin que pueda ignorar su relevancia para el comprador, pues dichas cualidades afectan sustancialmente a la equivalencia entre el valor de la cosa y su precio. Ante un comprador que da muestras de poseer un conocimiento erróneo sobre las verdaderas cualidades de la cosa, el vendedor “obligado a hablar” puede incurrir en una *reticencia dolosa*, esto es, un

⁶⁰⁵ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 351.

incumplimiento omisivo de su obligación informacional, por medio de un «callar consciente [...] cuando según la ley o la buena fe le es obligado manifestarse»⁶⁰⁶.

El Derecho civil ofrece ciertos mecanismos jurídicos al comprador para resolver el conflicto que provoca la *reticencia dolosa* del vendedor. Es así como el comprador tiene la facultad de solicitar la anulación del contrato si la situación permitiera sostener un vicio del consentimiento. Alternativamente, puede alegar el incumplimiento contractual de las obligaciones del vendedor si la situación configurara un incumplimiento de la norma protectora de los intereses de la parte afectada⁶⁰⁷. Este supuesto de compraventa, cuyo vendedor incurre en una *reticencia dolosa*, permite plantear nuevamente la cuestión fundamental de si el comprador se encuentra en una situación de *desamparo informativo* penalmente relevante para la comisión por omisión de estafa.

La compraventa es un contacto negocial en el que, como en la mayoría de los negocios, la información que poseen las partes es asimétrica. La sola constatación de una asimetría en el cúmulo de datos poseídos por una o ambas partes del negocio, no permite fundamentar el *desamparo informativo* penalmente imprescindible para que pueda entrar en consideración una estafa en comisión omisiva. Tanto el comprador como el vendedor son recíprocamente titulares de un derecho a ser informados y sujetos obligados, también recíprocamente, a proporcionar información suficiente para que uno y otro presten un consentimiento libre de vicios. Los conflictos derivados de la inobservancia de sus respectivas obligaciones informativas son solucionados por medio de los mecanismos extrapenales previstos por la ley o las partes.

A mayor abundamiento, la compraventa es un contrato nominado y regulado por ley, que constituye un *indicio contrario* a la afirmación del *desamparo informativo* del comprador⁶⁰⁸. Ello obedece a que esta tipología contractual, quizá paradigmáticamente, sitúa a las partes en posiciones normativamente equiparables. Es por ello por lo que la sola celebración del contrato de compraventa no constituye un *indicio favorable* a la afirmación de una posición de *garante de veracidad* de una de las partes en favor de la contraria.

⁶⁰⁶ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 347.

⁶⁰⁷ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 2010, p. 352.

⁶⁰⁸ *Vid. supra* VIII.4. C) f) 1.

En consecuencia, el vendedor no ocupa la posición jurídico-penal de garante de veracidad en favor del comprador. La afirmación anterior se mantiene inalterada cuando el vendedor: i. conoce la falsa representación del comprador sobre las cualidades positivas y negativas de la cosa vendida; ii. se encuentra sometido al “deber [extrapenal] de hablar” al comprador y declarar aquellas cualidades negativas de la cosa objeto del contrato que esa parte tiene derecho a conocer; y iii. incumple su obligación informacional mediante *reticencia dolosa*. Los casos de *reticencia dolosa* del vendedor suponen el incumplimiento de una obligación informacional que, desde la perspectiva jurídico-penal, se inserta en el ámbito no desaprobado del “riesgo patrimonial por contacto comercial”.

El vendedor, por su sola intervención como tal en una compraventa ordinaria, no ocupa una posición de garante de veracidad en favor del comprador⁶⁰⁹. Este criterio no se ve modificado cuando existe en el acervo informativo del comprador un «engaño bastante» *precedente*, coetáneo o posterior a la celebración del contrato. El criterio fundamental es que, sin un garante de veracidad, no es siquiera planteable que el comprador, por el solo hecho de serlo, pueda ser considerado como un sujeto inmerso en un *desamparo informativo* jurídico-penalmente relevante en la configuración típica de una estafa en comisión por omisión.

Ahora bien, no debe olvidarse que el vendedor ocupa una posición extrapenal específica como *obligado a informar*. El solo incumplimiento de su obligación informativa, si bien no le constituye en garante de veracidad, sí le convierte en “candidato” a serlo. La defraudación del rol extrapenal como vendedor obligado a informar sienta una primera base para que, en la medida en que tenga lugar una redistribución de los riesgos de desorientación, quien incumple su obligación informativa, luego pase a ocupar la posición de garante de veracidad.

e) La redistribución de los riesgos de desorientación y el *desamparo informativo del engaño*

La distribución originaria de los riesgos de desorientación entre las partes de un negocio jurídico depende de las disposiciones legales, la costumbre, la buena fe

⁶⁰⁹ Es infrecuente que contratos de intercambio como la compraventa configuren una asunción relevante en el plano jurídico-penal. Una asunción requeriría una reconfiguración de las obligaciones informativas, de tal manera que el deber contractual se ordene a la protección del *partner* del negocio por la eventual autolesión condicionada por error, debiendo el vendedor (garante) relevar al comprador de la necesidad de auto-protegerse en el ámbito de riesgo en cuestión, *cfr.* TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 61, a 2).

contractual y, finalmente, lo pactado entre ellas. Por regla general, los contactos de contenido patrimonial generan obligaciones informativas recíprocas, pero no necesariamente simétricas. Lo habitual es que, junto a la obligación de proporcionar determinada información verdadera a la contraparte, exista un importante margen entregado a la propia información u orientación. En este margen, menor o mayor según la tipología del negocio, juegan un papel fundamental las incumbencias de auto-protección informativa.

Las partes de un negocio pueden reconfigurar la distribución originaria de los riesgos de desorientación. La distribución originaria se ve alterada tan pronto como alguna de ellas realice una conducta voluntaria capaz de redistribuir esta clase de riesgos. La redistribución normativa de los riesgos de desorientación puede provocar que una de las partes comience a ocupar la posición de *garante de veracidad* mientras la otra queda situada en un contexto normativo propicio al *desamparo informativo*.

Previamente se ha tratado *in extenso* acerca de los comportamientos capaces de operar una redistribución penalmente relevante de los riesgos de desorientación. Tanto la *asunción* —unilateral o bilateral— de deberes de veracidad como la *injerencia informativa* que somete al injerente a esta clase de deberes, redistribuyen los riesgos de desorientación⁶¹⁰. Estas redistribuciones, junto con generar deberes de veracidad, reasignan la competencia preferente sobre los riesgos de desorientación. Paralelamente, las redistribuciones sitúan a los titulares del derecho de veracidad, entendido éste como el derecho a recibir oportuna y suficiente hetero-protección informativa, en contextos propicios al *desamparo informativo*.

*Supra*⁶¹¹ ha sido resaltada la idea de que, sin un garante de veracidad, no cabe afirmar el *desamparo informativo* del titular del acervo donde se aloja un «engaño bastante» *precedente*. Lo anterior es correcto en lo fundamental y pretende enfatizar que esta clase de «engaño», por sí sola, no genera el *desamparo* requerido para la configuración de una comisión omisiva de estafa. En definitiva, el contexto de *desamparo informativo* queda configurado de modo normativamente definitivo como la situación típicamente relevante (e imprescindible) para la comisión de estafa por omisión, cuando la hetero-protección del garante de veracidad, integrada

⁶¹⁰ VIII.4. G).

⁶¹¹ IX.1. G) b).

efectivamente en su ámbito de organización, coincide con la presencia del «engaño bastante» *precedente* en el acervo informativo del engañado⁶¹².

Salta a la vista que los conceptos normativos *garante*, *deber de hetero-protección* y *desamparo (desvalimiento)* son *relativos*. Con esta afirmación se alude a la intersubjetividad propia de las posiciones de garantía y los deberes vinculados a ellas. La posición de garantía de quien integra en su ámbito de organización unos deberes de orientación ajena, es *relativa* al sujeto beneficiario de la hetero-protección y se refiere sólo al riesgo típico de estafa. Asimismo, el desamparo del engañado — incoado o plenamente configurado— es un concepto y contexto normativo *relativo* al garante de veracidad, pues el engañado no se encuentra en desamparo informativo frente a esferas de organización distintas de la del garante. El *desamparado* sólo tiene esa condición *en relación* con su garante. Viceversa, el garante podrá infringir deberes de veracidad por omisión sólo respecto del beneficiario de su protección.

f) Puesta a prueba del procedimiento para el análisis de supuestos de comisión omisiva de estafa

A continuación, se analizará un caso con la finalidad de ilustrar los criterios propuestos para la identificación de la configuración típica de una comisión omisiva de estafa.

El dueño de una pintura denominada “La Bruja” encarga su venta a un marchante de arte. Éste acepta el negocio a cambio de un porcentaje de la transacción. El marchante es un prestigioso profesional del mercado del arte, debido a su experiencia para reconocer y certificar la autenticidad de pinturas, particularmente las de artistas españoles. Ofrece “La Bruja” en venta, conociendo que se trata de una pintura recientemente descubierta, cuyo hallazgo ha sido difundido por la prensa internacional sosteniendo su autenticidad como un “Goya”, de acuerdo con el parecer de otros expertos. El marchante sabe que la pintura no es una obra auténtica de Francisco de Goya y podría demostrarlo. Sin embargo, decide no debatir acerca de la autoría de “La Bruja” y limitarse a venderla, pues pasa por un mal momento económico y necesita su cuota del precio de transacción. “La Bruja” es ofrecida en venta por 7,5. En el mercado de obras de arte, la media del precio de un “Goya”

⁶¹² Los elementos *garante de veracidad*, «engaño bastante» *precedente* y *desamparo informativo*, deben coexistir normativamente para sostener la configuración típica del comienzo de la tentativa de un delito de estafa en comisión por omisión.

auténtico es 10 y, en cambio, 5 la media del precio de pinturas de la escuela de un gran pintor.

Un sujeto inexperto en el mercado del arte se interesa por “La Bruja” y averigua con total exactitud quién es el marchante que la vende. Contacta con la galería de arte con la que el marchante trabaja habitualmente y concierta una reunión en ese lugar. Allí, el experto enseña la pintura al interesado sin afirmar ni negar que la obra fuese un auténtico “Goya”. Durante el breve encuentro entre ambas partes, el comprador declara expresamente al vendedor su ignorancia sobre obras de arte; añade que constituye un verdadero honor negociar con un especialista tan prestigioso y confiable; finalmente, manifiesta que su interés por “La Bruja” se debe a que don Francisco de Goya es un pariente lejano. Tras oír las tres afirmaciones anteriores, el marchante se limita a afirmar: “Francisco de Goya, su pariente, es un pintor espléndido”.

Al día siguiente, el comprador recibe la pintura después de haber pagado íntegramente el precio 7,5. El marchante, por su parte, retiene el porcentaje del precio que le correspondía según el acuerdo con el dueño de la pintura y transfiere a este último el monto restante.

Meses más tarde, en una entrevista publicada en una revista especializada, el mismo marchante demuestra que “La Bruja” y otras pinturas halladas junto a ella, no fueron pintadas por Francisco de Goya, sino por discípulos suyos. El comprador de “La Bruja” lee la publicación y contacta con el experto. Manifiesta al marchante su decisión de iniciar acciones legales en su contra por haber cometido el delito de estafa. El marchante señala al comprador que no le engañó, pues en ningún momento sostuvo la autenticidad de la pintura.

Las siguientes reflexiones sobre la compraventa de “La Bruja” se realizan con la finalidad de poner a prueba el modelo o procedimiento general de análisis de los casos en los que debe determinarse si una de las partes de un negocio puede ser considerada autora de una comisión por omisión de estafa y, para ello, si la contraparte engañada estuvo efectivamente inserta en un contexto calificable como *desamparo informativo*.

Desde la perspectiva jurídico-privada, el marchante-vendedor poseyó un conocimiento cierto de que el comprador sufría un «engaño» (error) sobre una cualidad determinante para la contratación. Lo anterior es claro ya que, si el

comprador hubiese conocido la característica negativa “la pintura no fue pintada por Goya”, no habría celebrado el contrato ni realizado la disposición patrimonial para pagar el precio pactado. En consecuencia, el marchante ocupó la posición extrapenal de *obligado a informar* al comprador sobre la cualidad negativa “la pintura no fue pintada por Goya”. El experto en arte incumplió su *obligación informacional* mediante una estricta *reticencia dolosa* por la que defraudó omisivamente su rol o posición extrapenal⁶¹³.

En el plano jurídico-penal, el caso permite sostener que el acervo informativo del comprador se vio afectado por un «engaño». El contenido de dicho «engaño» corresponde a la información falsa: “el objeto ofrecido en venta es una pintura auténtica del pintor español Francisco de Goya”. Dicho «engaño» puede ser calificado como «bastante» —idóneo *ex ante* para crear convicción acerca de su veracidad— en atención a la publicidad de la noticia sobre el hallazgo del “Goya” y la condición del marchante como profesional experto en determinar la autenticidad de pinturas españolas. El «engaño bastante» del supuesto analizado correspondía, pues, a una información falsa dotada de suficiente potencial desorientador como para inducir a la realización de un pago —disposición patrimonial perjudicial— por una pintura considerada auténtica, pero que no lo era, realmente.

El «engaño bastante»⁶¹⁴ se asentó en el acervo informativo del comprador antes de que el marchante guardara un *silencio* “no comunicativo” sobre la inautenticidad de la pintura. En consecuencia, la presencia del «engaño bastante» en el acervo del comprador *precedió a la utilización o aprovechamiento omisivo* atribuible al marchante como potencial autor del delito de estafa. Adicionalmente, el caso planteado permite sostener el cumplimiento del requisito negativo de todo «engaño bastante» *precedente*, pues el marchante/ vendedor que guardó *silencio* no realizó previamente el injusto culpable de una estafa activa para que el comprador considerara la pintura como auténtica.

En el caso que se analiza, queda aún por determinar si acaso el vendedor realizó un «engaño» implícito activo, habida consideración del contexto en el cual tuvo lugar su interacción con el comprador. Las características más relevantes de dicho contexto

⁶¹³ El marchante conocía la cualidad negativa de la cosa ofrecida en venta (no autenticidad), sin posibilidad alguna de alegar ignorancia acerca de la relevancia de esta cualidad para el comprador. La cualidad negativa afectó sustancialmente la equivalencia entre el valor de la cosa y su precio.

⁶¹⁴ “El objeto ofrecido en venta es una pintura auténtica del pintor español Francisco de Goya”.

estuvieron dadas por el público reconocimiento de la autenticidad de la obra, la condición de experto del marchante y, finalmente, que éste no negó la autenticidad de la pintura, incluso después de que el comprador le hubiera manifestado que la adquisición de “La Bruja” respondía a su interés por poseer un cuadro auténtico de “Goya”. La cuestión acerca del «engaño» implícito debe ser resuelta negando su configuración. Es conveniente recordar que un *silencio* cien por cien desprovisto de mensaje comunicativo sólo es concebible teóricamente, pues los casos de no-afirmación siempre tienen lugar en un contexto circunstancial que tiñe de significado, aunque éste sea mínimo o muy poco intenso, a la abstención de informar. En el caso analizado, el contexto en el que tuvo lugar la no-manifestación de mensaje por parte del marchante, reforzó el «engaño bastante» *precedente* presente en el acervo informativo del comprador. Sin embargo, el refuerzo del potencial engañoso de la información falsa fue tan tenue o ínfimo, que debe ser valorado como inexistente. Por lo tanto, se trata de un genuino caso de *silencio*. Si bien el precio por el que es ofrecida en venta una cosa determinada puede suponer una manifestación implícita de una determinada información⁶¹⁵, al valor de 7,5 por “La Bruja” no cabe atribuirle un significado engañoso por el que se sostuvo la autenticidad de la obra.

Como siguiente paso, ahora corresponde discernir si ha tenido lugar la superposición normativa entre la *obligación de informar extrapenal* (incumplida) y un *deber de veracidad* jurídico-penal en virtud de un acto voluntario de asunción unilateral o bilateral, o de injerencia. Ya se ha aludido a que el marchante ocupó la posición extrapenal de *obligado a informar* y que la incumplió omisivamente mediante *reticencia dolosa*. Adicionalmente, el vendedor quedó constituido como garante de veracidad en favor del comprador. En el supuesto analizado, la conformación de la posición de garante derivó directamente de una *asunción bilateral* o *compromiso de asunción*. El *compromiso*, sin duda “indeseado” para el vendedor, configuró una asunción bilateral inequívoca tanto en el plano intersubjetivo como en el normativo. Por parte del comprador, fue clara su voluntad de participar en un negocio en el que, por su incapacidad para orientarse por sí solo, cumplió su incumbencia de auto-protección mediante una acuciosa averiguación sobre la persona con la que trataría en la compraventa. Tras la indagación referida, en la breve entrevista que mantuvo con el vendedor, le manifestó verbal y expresamente que depositaba su confianza en la experiencia y profesionalidad del marchante. A partir de ese momento, no cabe dudar

⁶¹⁵ Como cuando se ofrece en venta un Rólex falso por el precio de uno verdadero.

de que el comprador podía contar con los conocimientos especiales de su contraparte en la venta⁶¹⁶. Al marchante, al no rechazar la manifestación de confianza depositada en él por el comprador, se le puede atribuir una aceptación implícita de quedar constituido como garante de veracidad. El contexto obliga a considerar que el comprador no negoció con el vendedor como quien compra una pintura a un intermediario cualquiera, sino confiándose a un prestigioso profesional en el mercado de obras de arte y, además, experto en la certificación de la autenticidad de obras pictóricas españolas.

En definitiva, los comportamientos de ambas partes permiten sostener que el marchante quedó constituido de modo intersubjetiva y normativamente inequívoco como garante de veracidad del comprador. En la breve entrevista que mantuvieron las partes, el marchante *ingresó fácticamente* en su posición como garante del comprador inexperto. Este último, al confiar al marchante su protección informativa en la compra de la pintura, obtuvo la hetero-protección que le exigía su incumbencia de auto-protección. Sin embargo, como consecuencia *indirecta* de la asunción bilateral, tan pronto como el comprador logró que un experto quedara encargado de suplir su déficit para intervenir en el mercado de obras de arte, quedó inmediatamente inmerso en una situación de *desamparo informativo*. En efecto, en su acervo informativo se hallaba un «engaño bastante» *precedente*, pues entonces consideraba auténtica una obra que no lo era, siendo razonable que así lo considerara.

Aunque el comprador obtuvo la titularidad del derecho a la verdad frente al garante o, lo mismo, obtuvo el derecho a confiar en recibir oportuna y suficiente protección de su garante de veracidad, experimentó el fenómeno paradójico por el que su confianza —normativamente respaldada— de recibir hetero-protección informativa, aumentó la probabilidad de resultar *informativamente desamparado* frente al garante que debía prestarle orientación. Aquel que, como el comprador en el caso analizado, cuenta con un garante de veracidad, robustece su expectativa normativa de recibir la prestación de orientación debida por el garante, a la vez que aumenta su vulnerabilidad y dependencia respecto de quien ha incorporado el deber de hetero-orientación a su ámbito de organización. El aumento de protección que indirectamente incrementa el riesgo de desorientación respecto del garante constituye un síntoma claro de la

⁶¹⁶ *Vid. supra* VIII.4. C) f) 2. El solo hecho de que una de las partes sea un inexperto en un negocio no proporciona base suficiente para afirmar un deber de declaración como garante, KINDHÄUSER, *NK-StGB*, 2010, §263, n.m. 164.

configuración de un contexto propicio al *desamparo informativo*. Dicho contexto se debe considerar conformado en plenitud en virtud de la presencia del «engaño bastante» *precedente* en el acervo del engañado. Otro síntoma del desamparo se observa en la circunstancia de que el comprador de “La Bruja”, como beneficiario de un compromiso de asunción, no tuvo incentivos para acudir a garantes de protección alternativos, ni motivos razonables para intensificar su auto-protección frente al marchante de arte.

En el caso planteado, es posible atribuir al garante un conocimiento cierto de la presencia del «engaño bastante» *precedente* en el acervo informativo del comprador y de su deber de neutralizarlo (dolo directo). Su comportamiento corresponde a un *silencio* no comunicativo por el cual infringió omisivamente el deber de veracidad que le imponía la obligación de evitar y, como en el caso, neutralizar desorientaciones derivadas de «engaños». La tentativa de la omisión por *silencio* comenzó cuando el garante, antes de —y durante— la entrevista, supo del «engaño bastante» *precedente* que afectaba al acervo del comprador. En términos más precisos, a partir de la entrevista se puede atribuir al garante un conocimiento cierto del riesgo de estafa y, adicionalmente, el conocimiento de que su *silencio* le beneficiaría a él mismo y al que le encargó la venta de “La Bruja” (ánimo de lucro).

El marchante mantuvo un control sobre el desamparo del engañado hasta la definitiva irrevocabilidad del pago efectuado por el comprador⁶¹⁷. El marchante, mediante su *silencio doloso* y ánimo de lucro —buscaba obtener su cuota en la transacción—, utilizó o aprovechó omisivamente el «engaño bastante» *precedente* para que el engañado realizara una disposición patrimonial inducida por el «engaño», todo ello en términos claramente perjudiciales para el patrimonio del comprador-engañado.

La disposición patrimonial que realizó el comprador fue inducida por el «engaño bastante». Sin saberlo, elemento común a toda comisión de estafa, efectuó un comportamiento perjudicial para su patrimonio, pues pagó por el precio de una pintura auténtica e incorporó a su patrimonio una obra inauténtica (de menor valor). En definitiva, el caso “La Bruja” corresponde a una estafa consumada cometida por omisión o *silencio del garante de veracidad*.

⁶¹⁷ Tentativa perfecta de la estafa en comisión por omisión.

IX.2. OTRAS CUESTIONES EN TORNO A LA COMISIÓN OMISIVA DE ESTAFA

A) BREVE APUNTE SOBRE LA COAUTORÍA Y AUTORÍA ACCESORIA EN LA ESTAFA POR *SILENCIO*

En materia de autoría, el hetero-«engaño bastante» activa y dolosamente organizado por un tercero puede dar lugar a casos de coautoría o autoría accesoria entre el tercero y un garante de veracidad-autor de una estafa típica cometida por *silencio*.

a) Coautoría entre un autor en comisión activa de estafa y otro autor en comisión por omisión

1. Variante básica

Podría darse esta clase de coautoría cuando una esfera de organización realiza una injerencia engañosa activa, *ex ante* «bastante», con dolo y ánimo de lucro⁶¹⁸, en circunstancias en las que, previamente, otra esfera de organización se había constituido como garante de veracidad (*v.gr.* por asunción) en favor del acervo informativo-patrimonial del mismo engañado. Si el garante de veracidad desconociera inicialmente que el injerente (*Eingriffstäter*) ha dado comienzo a la tentativa activa de estafa, y luego —tras configurarse el hetero-«engaño bastante» en el acervo informativo del engañado—, el garante tomara conocimiento del riesgo típico de estafa que amenaza al patrimonio del beneficiario de su hetero-protección informativa, el injerente activo (*Eingriffstäter*) y el garante de veracidad, de común acuerdo pueden mantener dolosamente y con ánimo de lucro la situación de «engaño bastante».

Un plan conjunto permitiría sostener que el “injerente-garante de veracidad por tentativa dolosa y activa de estafa” y el garante de veracidad por asunción, son coautores de una misma estafa, pues ambos omiten por *silencio* —con dolo y ánimo de lucro— la debida neutralización de un mismo riesgo típico de estafa. Son idénticos los contenidos del deber de veracidad del injerente-garante por autoría activa de estafa (deber de desistimiento activo) y el propio del deber de hetero-protección informativa del garante por asunción. También es uno y el mismo el acervo informativo afectado por el hetero-«engaño bastante» y, finalmente, el contenido del «engaño bastante» corresponde también a una misma información falsa desorientadora.

⁶¹⁸ El tercero realiza directamente la fase típica del delito de estafa en comisión activa, como fase típica única.

En la peculiar figura de coautoría analizada, el aporte organizativo del garante por asunción consiste exclusivamente en un *silencio no comunicativo*. El aporte del injerente activo, “en el marco del acuerdo de obrar en común”, también podría consistir en un *silencio no comunicativo*, si la etapa ejecutiva del delito de estafa activo, iniciada por el coautor-injerente activo, correspondiera a una tentativa acabada e imperfecta de estafa. En todo caso, si se llegase a configurar esta forma de coautoría, probablemente se escogería la comisión activa de estafa como título de imputación para ambos coautores.

La coautoría, en lo que respecta al garante de veracidad que comete la estafa por omisión, podría ser considerada como un comportamiento de complicidad omisiva o cooperación necesaria por omisión, en atención a la “pobreza” del aporte organizativo del garante de veracidad, limitado a un *silencio doloso y con ánimo de lucro* ante un hetero-«engaño bastante» *precedente*, mientras que el aporte del injerente doloso es el que ha provocado activamente ese «engaño bastante». Sin embargo, lo más apropiado es afirmar la coautoría, pues el garante de veracidad por asunción ejerce omisivamente, con dolo y ánimo de lucro, un dominio pleno sobre el «engaño bastante» y el desamparo informativo a él vinculado.

2. Variante compleja

Aunque más improbable, podría darse un segundo caso de coautoría entre autor en comisión activa de estafa y autor en comisión por omisión. Se trata ahora del dominio conjunto del riesgo típico de la estafa —en virtud de un acuerdo de coautoría— entre un injerente activo e imprudente en fase 1 (*Ingerenztäter*), quien después de realizar la injerencia informativa, toma conocimiento del «engaño bastante» que ha provocado, y un garante de veracidad por asunción que se encuentra en la fase típica de la comisión por *silencio* (fase 2), conoce también la situación de «engaño bastante» que afecta al beneficiario de su protección. Si el acuerdo entre uno y otro tiene lugar mientras ambos controlan —con dolo y ánimo de lucro— el «engaño» inicialmente provocado por imprudencia, ambos omiten también la neutralización de un mismo *riesgo típico de estafa* en un mismo proceso comisivo. A diferencia de la coautoría anterior⁶¹⁹, el título de imputación de ambos coautores debiera ser la comisión por silencio de un mismo delito de estafa.

⁶¹⁹ IX.2. A) a) 1.

3. Variante aparente

Otra posible —y más bien “aparente”— coautoría de estafa es aquella en la que el acuerdo de obrar en común tiene lugar entre la esfera de organización que ha provocado activa y dolosamente el hetero-«engaño bastante» y otra esfera de organización, cuando esta última aún no ocupa una posición de garante de veracidad en favor del titular del acervo donde se encuentra el «engaño». El acuerdo anterior a la asunción de la función de protección del engañado genera que el compromiso de asunción, en tales circunstancias, carezca de un genuino sentido de hetero-protección y corresponda más bien a una conducta de injerencia en la que la “falsa asunción” transmite un mensaje comunicativo engañoso, si no explícito, al menos implícito. La conducta del “supuesto garante” por asunción constituiría un «engaño bastante» activo, pues se manifestaría la asunción del deber de evitar o neutralizar «engaños», conociendo uno que ya se encuentra en el acervo del beneficiario de la protección para, de acuerdo con el plan delictivo conjunto, no neutralizarlo. En estas circunstancias, desaparecería la coautoría entre un autor activo y otro omisivo en un mismo delito de estafa. Se trata en realidad de una coautoría entre dos autores activos de una misma estafa en comisión activa⁶²⁰.

4. Exclusión de la coautoría

Si es eliminado el acuerdo previo entre el autor de la estafa activa y el autor del mismo delito en comisión omisiva, es posible el surgimiento de casos de autoría accesoria, en la medida en que cada autor sea competente preferente por un mismo «engaño bastante» que afecta al mismo acervo informativo-patrimonial.

b) Autoría accesoria y estafa en comisión omisiva

1. Variante básica

La autoría accesoria requiere la ausencia de un acuerdo previo de obrar u omitir conjuntamente y que al comportamiento de cada autor le sea objetivamente imputable un mismo *riesgo típico de estafa*. Debe tratarse, pues, del riesgo de que un mismo

⁶²⁰ Distinto es el caso y la valoración jurídico-penal de aquél que se compromete como garante por asunción en favor del engañado, conociendo el hetero-«engaño bastante» con anterioridad a la asunción, y que luego cumple su deber de veracidad neutralizando el «engaño bastante» mediante la entrega de suficiente y oportuna información verdadera al engañado. Aquí, el que asume la función de hetero-protección realiza propiamente una asunción (no un comportamiento engañoso) a pesar de conocer el «engaño bastante» que afecta al beneficiario de su protección.

engañado realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por un mismo «engaño bastante» presente en su acervo informativo.

La autoría accesoria puede referirse a dos comisiones omisivas de estafa. Los respectivos garantes de veracidad deben tener —respecto del titular del acervo informativo— la competencia preferente por un mismo «engaño bastante» *precedente* que, cada uno por su cuenta, utiliza dolosamente y con ánimo de lucro a través de un comportamiento de *silencio no-afirmativo*. De este modo, cada garante infringe su propio deber de veracidad de un modo jurídico-penalmente relevante a título de estafa.

2. Variante compleja

La autoría accesoria puede referirse también a una comisión activa y otra omisiva de estafa. Un injerente (*Eingriffstäter*) activo y doloso puede cometer el delito de estafa (directamente en fase típica) en autoría accesoria con otro autor —garante de veracidad— en comisión omisiva. Para que tenga lugar este caso, el garante de veracidad debe guardar *silencio* ante el hetero-«engaño bastante» *precedente* a su omisión, organizado por el otro autor quien, previamente, ha realizado una injerencia informativa activa y dolosa. Así como el hetero-«engaño bastante» compete al injerente activo con preferencia al propio engañado, también es preferente la competencia del garante (no la del engañado) por el mismo hetero-«engaño». La prelación en la competencia se juzga siempre respecto de la eventual competencia del engañado por el auto- o hetero-«engaño bastante» que afecta a su acervo informativo-patrimonial.

B) COMISIÓN OMISIVA DE ESTAFAS EN TRIÁNGULO

En la estafa triangular, quien efectúa el acto de disposición inducido por un «engaño bastante» no somete su propio patrimonio al riesgo de resultar perjudicado, sino el patrimonio de otro. En España, la estafa en triángulo se encuentra expresamente prevista en el artículo 248.1. CP, donde es mencionada como alternativa a la estafa simple. La estafa es simple cuando la disposición patrimonial del engañado es realizada «en perjuicio propio». En cambio, se trata de una estafa triangular cuando el engañado efectúa la disposición patrimonial «en perjuicio [...] ajeno».

El delito de estafa, simple o en triángulo, requiere siempre la identidad entre el sujeto titular del acervo informativo donde se encuentra el «engaño bastante» y el sujeto que realiza la disposición patrimonial inducida por la utilización activa u omisiva de dicho «engaño». En cambio, no es necesaria esa identidad entre aquel que realiza la

disposición patrimonial y el titular del patrimonio perjudicado. Cuando falta esta segunda identidad, se realiza una estafa en triángulo.

Las estafas en triángulo, lo mismo que las simples, admiten ser realizadas en comisión omisiva en la medida en que el «engaño bastante» *precedente* se configure como tal en el acervo informativo de un disponente-engañado distinto de la víctima del delito⁶²¹.

Siempre que la víctima (titular del patrimonio perjudicado) sea una persona jurídica, *v.gr.* una compañía de seguros, un banco, etc. la estafa es triangular, pues únicamente puede ocupar la posición de engañado una persona física quien, en las estafas triangulares, debe tener alguna vinculación relevante con el patrimonio de la persona jurídica y, adicionalmente, debe contar con facultades para realizar disposiciones patrimoniales a su nombre.

Como es fácil de apreciar, esta clase de estafa plantea la cuestión acerca de la clase de relación que debe vincular al engañado-disponente con el patrimonio sometido al riesgo de perjuicio. Existen numerosas teorías sobre esta cuestión específica. En el marco de la presente investigación no corresponde entrar a un examen exhaustivo sobre los diversos posicionamientos en esta materia⁶²². En lo que aquí concierne, parece suficiente señalar que las teorías se mueven entre dos variantes fundamentales: la estafa en triángulo requiere que el disponente actúe con un *poder jurídico* de disposición y, como variante alternativa, es suficiente que el engañado disponga en virtud de un *poder fáctico* sobre el patrimonio ajeno⁶²³.

⁶²¹ Un análisis detallado de casos de estafa en triángulo en comisión por omisión cuya víctima es una persona jurídica, en el estudio estructural *infra* X.2. E) 3.1.2. “Clarinete” y X.2. E) 3.1.3. “Padre e Hijo”.

⁶²² Una exposición detallada sobre las diversas teorías al respecto, OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen*, 1994, pp. 43-88.

⁶²³ Es frecuente que la doctrina distinga entre la *estafa de cosas* de la *estafa de pretensiones o derechos*. En la primera, la disposición patrimonial consiste en la entrega de una cosa corporal mueble. En la segunda se incluyen los restantes casos de estafa en los que el engañado dispone de valores patrimoniales o créditos, o impone sobre el patrimonio protegido obligaciones o gravámenes. Esta distinción posee cierta relevancia ya que existen supuestos en los que la delimitación entre una *estafa de cosas* y un *hurto de cosas muebles* en autoría mediata, de entrada, no es evidente. Este riesgo de confusión es sorteado con éxito por una de las teorías que se refieren a la clase de relación que debe vincular al engañado-disponente con el patrimonio sometido al riesgo de perjuicio. Se trata de la *teoría del mandato o autorización*. Comete estafa el que obtiene la disposición patrimonial inducida por un «engaño bastante» de un sujeto *jurídicamente facultado (autorizado)* por un tercero para realizar actos de disposición que afectan a su patrimonio. De acuerdo con esta teoría, comete una estafa en triángulo *de cosas* quien obtiene dinero de un cajero (engañado) de un banco, o una cosa mueble del representante (engañado) de una persona jurídica, *cfr.* HERNÁNDEZ BASUALTO, *R.D.*, 2010, pp. 201-231. En cambio, comete *hurto en autoría mediata* el que se dirige a la encargada del guardarropas de un teatro y, mediante «engaño», hace que ésta le entregue un abrigo de mucho valor económico. La *teoría de la autorización*

a) Breve apunte sobre la comisión omisiva de la estafa procesal (estafa en triángulo)

La estafa procesal corresponde también a una estafa en triángulo, pues el juez (engañado) dispone sobre el patrimonio de una de las partes, sin ser su titular⁶²⁴. Previamente se ha señalado que las estafas en triángulo pueden ser cometidas por omisión, de lo cual se deduciría, por simple lógica, que la estafa procesal admite también la comisión omisiva. Sin embargo, esta última afirmación se refiere a un problema altamente complejo y que merece un cauteloso examen. Considerando que la estafa procesal no constituye el objeto específico de esta investigación, el examen sobre su comisión omisiva se limitará a un breve apunte sobre esta materia.

La estafa procesal corresponde en España a un tipo agravado del delito de estafa. Se encuentra regulado en el artículo 250.1.7º CP⁶²⁵. Como modalidad agravada, debe cumplir tanto los requisitos de la figura básica del art. 248.1 como los previstos por el artículo 250.1.7º⁶²⁶. Su figura básica corresponde a delito un delito de *medios determinados*, de tal manera que la estafa procesal viene a ser una figura típica de *medios “hiper” determinados*.

De acuerdo con los pasos metodológicos fundamentales seguidos en esta tesis, se analizará el *precepto legal* de la estafa procesal. El texto que la regula obliga a sostener que su autor puede, alternativamente, i) *manipular las pruebas en las que funda sus alegaciones* (conducta transmisora de un mensaje engañoso y como tal, necesariamente activa), o ii) *emplear otro fraude procesal análogo*. La alternativa ii), *emplear un fraude procesal análogo a la manipulación de pruebas*, parece compatible con una conducta por la que el autor (al menos una de las partes) podría valerse o aprovechar un error previamente alojado en el acervo informativo del juez. Sin embargo, el precepto legal establece que el autor debe realizar una u otra alternativa

sostiene el hurto porque la persona que realiza la entrega de la cosa carece de una autorización jurídica para disponer de la cosa, *cfr.* BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental*, 2007, p. 174.

⁶²⁴ Sobre la estructura triangular de la estafa procesal, STS de 14 de enero de 2002, ponente Giménez García, J. (FJ2º).

⁶²⁵ La redacción actual de la estafa procesal dispone (artículo 250.1.7º CP español). «El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero».

⁶²⁶ En este sentido, STS de 26 de enero de 2015, ponente Del Moral García, A., (FJ4º).

—i) e ii)— «provocando error en el Juez o Tribunal». El gerundio «provocando», en conexión con las dos conductas que puede efectuar alternativamente el autor, no parece dejar margen alguno a la realización del tipo mediante una conducta que consista en un *silencio no afirmativo*.

El *precepto penal* del artículo 250 1.7º CP requiere que el comportamiento del autor provoque, suscite, genere, produzca, etc. el «engaño» o error del juez⁶²⁷. En otras palabras, el tipo de la estafa procesal está regulado de tal manera que el autor debe (empleando terminología de la estafa genérica) *engañar activamente*, explícita o implícitamente, al juez o Tribunal. A diferencia del precepto legal del tipo básico de estafa del art. 248.1 CP, cuyo sentido literal posible se encuentra abierto a la comisión por omisión, el precepto legal del tipo agravado de la estafa procesal excluye la comisión por omisión⁶²⁸.

Las afirmaciones anteriores sobre el delito de estafa procesal previsto en el artículo 250 1.7º CP, no excluyen del todo la posibilidad estructural de una estafa procesal realizada en comisión omisiva⁶²⁹. Desde la perspectiva analítico-estructural, parece

⁶²⁷ Las expresiones legales y su consecuencia interpretativa son equivalentes a las planteadas a propósito del precepto legal de la *Truffa* italiana.

⁶²⁸ Podría sorprender que, mediante un proceso breve y predominantemente gramatical, se sostenga una negación tan rotunda. En este punto, parece necesario puntualizar el alcance de lo sostenido recordando, en primer lugar, lo analizado *supra* II.4. A) acerca del *precepto legal* del tipo básico de la estafa (art. 248.1 CP). Éste incluye la comisión activa sin excluir la comisión omisiva, pues su sentido literal posible no restringe la conducta típica a la realización activa de la conducta *engañar a otro*, provocando su error. En otros términos, dentro del sentido literal posible de las expresiones legales presentes en el art. 248.1 CP, el texto permite afirmar que la conducta del autor consiste en utilizar (activa u omisivamente) un «engaño» previamente presente en quien realiza la disposición patrimonial perjudicial inducida por ese «engaño». El tipo aludido establece que el «engaño» que el autor utiliza, debe ser «bastante», esto es, idóneo *ex ante* para producir error en otro. Lo anterior no restringe la comisión en exclusiva a los casos en los que el error del engañado-disponente es provocado por el comportamiento del autor, pues el art. 248.1 se refiere al error como baremo de la peligrosidad *ex ante* de la utilización del «engaño». Respecto del artículo 250.1.7º CP, en cambio, no es posible aplicar una interpretación como la que se acaba de esbozar en relación con la figura básica de estafa. El comportamiento del autor de la estafa procesal debe ser realizado «provocando error en el Juez o Tribunal [...]». En este artículo, la expresión «provocando error» no cabe interpretarla como una referencia a un baremo de idoneidad, como en el tipo básico. Lo que el texto del art.250.1.7º sí puede abarcar son supuestos en los que el acervo informativo del juez estuviera previamente afectado por un error, pero será igualmente necesario que la conducta del autor transmita como verdadero el contenido de dicho error, lo refuerce, etc. En esta clase de supuestos, en definitiva, la preexistencia del error termina siendo irrelevante.

⁶²⁹ El siguiente análisis estructural se realiza a sabiendas de que no se respeta del todo el orden metodológico propuesto en esta investigación. Como primer paso para el estudio sobre un delito determinado corresponde analizar el precepto penal para, a partir del precepto en cuestión, inducir (si es comparado con otros preceptos) y deducir (de los conceptos normativos que posee) su estructura fundamental. Sólo después de este primer paso debiera ser estudiado el delito como categoría sistemática. En lo que sigue, respecto de la estructura omisiva de una estafa procesal, se realiza una breve consideración analítica sobre ella, pero la reflexión no se realiza *stricto sensu* (aquí radica el problema metodológico) “a partir” del precepto penal del artículo 250.1.7º CP, pues éste

posible que una de las partes de un proceso pueda, mediante un *silencio que nada afirme*, utilizar o valerse de un «engaño bastante» inserto en el acervo informativo del juez *antes* del *silencio* del autor. Si el juez, mediante una resolución judicial y ocupando la posición de disponente-engañado, realizara una disposición patrimonial perjudicial para el patrimonio de la contraparte del autor del delito, se verificaría la estructura de una estafa procesal en comisión omisiva (por *silencio*). En consecuencia, desde la perspectiva analítico-estructural, parece posible sostener la configuración de una estafa procesal por *silencio*⁶³⁰.

Si puede verificarse fenomenológicamente un caso que realice la estructura de la estafa procesal en comisión por *silencio*, surge el problema de su subsunción. La jurisprudencia española admite la comisión por omisión de la estafa procesal subsumida en el art. 250 1.7º CP⁶³¹. Sin embargo, nadie parece haber otorgado suficiente importancia al *precepto legal* de este artículo, el cual parece excluir de modo manifiesto la realización típica omisiva. Sin ánimo de emitir un juicio definitivo sobre esta cuestión, un camino digno de ser explorado es la subsunción de las estafas procesales omisivas en el tipo básico de la estafa del art. 248.1 CP. Existe alguna jurisprudencia española que sigue esta vía^{632 633}.

no admite la comisión mediante un silencio no comunicativo. Se realizará, sin embargo, con referencias al tipo básico de la estafa del artículo 248.1 CP.

⁶³⁰ Sin embargo, la perspectiva estructural resulta insuficiente para resolver de modo convincente el problema planteado, ya que se requiere determinar una serie de cuestiones propias de este delito. En otras, si es posible sostener que las partes son garantes de la veracidad de la información que detenta el juez y si, como tales, se encuentran sometidas a un deber jurídico-penal de neutralizar sus errores o «engaños»; ligado a lo anterior, cuál sería el origen de los deberes de garante de las partes en un proceso, deberes ¿*intra*-procesales o externos al proceso?, etc.

⁶³¹ Así, STS de 17 de marzo de 2014, ponente Moral García, A., (FJ5º). El caso concreto realiza la estructura de una estafa procesal por silencio y se confirma una sentencia condenatoria en la que se aplica el art. 250.1.7º.

⁶³² AP de Sevilla, sección 7, de 25 de mayo de 2010, ponente González Fernández, G. La Audiencia dictó la condena por estafa en comisión por omisión ante un supuesto de hecho claramente procesal, aplicando el tipo básico del art. 248.1. CP y no el tipo específico de la estafa procesal.

⁶³³ Un estudio reciente y profundo sobre esta figura delictiva *cf.* BECERRA BRICEÑO, *Estafa procesal*, 2015. El autor admite la comisión por omisión del delito de estafa procesal del art. 250.1.7º, a pesar de sus dudas acerca de la comisión por silencio de la figura básica de estafa, art. 248.1 CP (pp. 258-260). Para la estafa procesal en comisión por omisión, subordina la tipicidad de las conductas omisivas a la existencia de deberes de información que puedan considerarse relevantes jurídico-penalmente a título de la estafa del art. 250.1.7º. A su juicio, de la injerencia engañosa *ab initio* no dolosa (imprudente), generadora del error del juez, si luego pasase a ser conocida por la parte injerente (dolo) sin que ésta neutralice el error del juez, derivan deberes de información procesales jurídico-penalmente relevantes para la sanción del injerente a título de estafa procesal en comisión por omisión (pp. 263-267). Ahora bien, para sostener la tipicidad de la conducta de una parte procesal A, requiere que la contraparte B también resulte engañada por las afirmaciones engañosas de A, de manera tal que B no se encuentre en condiciones de ejercer en propiedad su derecho de defensa, o siendo

consciente de la afirmación engañosa de A, el ejercicio de la defensa de B le supusiera ejercitar una diligencia extraordinaria. La construcción de BECERRA BRICEÑO es semejante a la sub-estructura X.2. E) 3.1.4.

X. TERCER PASO METODOLÓGICO: ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL TIPO DE ESTAFA

Introducción

Los pasos metodológicos previos —el tipo de estafa como precepto legal⁶³⁴ y el tipo de estafa como categoría sistemática⁶³⁵— proporcionan la base conceptual de las formulaciones estructurales que a continuación se exponen.

La estructura típica ha sido obtenida a partir de una labor deductiva e inductiva. El proceso deductivo está presente en esta propuesta estructural ya que, al determinar los conceptos que mejor expresan lo que los términos legales quieren decir, se establece por vía deductiva qué supuestos de hecho son abarcados por el enunciado legal y cuáles, en cambio, quedan fuera de su ámbito de aplicación. El razonamiento inductivo, por su parte, viene dado por la circunstancia de que cada uno de los enunciados legales interpretados constituye un “caso particular” y concreto que, tras ser comparado con los demás enunciados analizados, permite sostener por vía inductiva qué elementos son comunes a todos ellos y cuáles no. Estos elementos comunes son expresados por medio de enunciados breves que transmiten los factores típicos. Su validez depende directamente de su compatibilidad con los resultados obtenidos en el proceso deductivo inicial. No se debe perder de vista que el proceso intelectual deductivo, si son respetadas las reglas de la lógica y el contenido de los términos implicados en la deducción, permite obtener conclusiones dotadas de una fuerza argumental notoriamente mayor que las afirmaciones obtenidas inductivamente. La inducción tiene un potencial de falibilidad mayor que la deducción, pues las afirmaciones y reglas generales obtenidas por vía inductiva —al provenir de casos particulares— incorporan un grado de incerteza nada despreciable, en la medida en que otros casos no analizados podrían desmentir la validez de la afirmación obtenida inductivamente. A pesar de las limitaciones propias de todo razonamiento inductivo, el contraste de sus resultados con los obtenidos deductivamente garantiza que el discurso —en esta investigación, el referido a los elementos objetivos que estructuran la estafa— derive en una argumentación exclusivamente deductiva. En ocasiones, discursos “impecables” en el plano formal-deductivo, no ayudan verdaderamente a quien se enfrenta a la decisión sobre la

⁶³⁴ *Vid.* II.

⁶³⁵ *Vid.* III.

tipicidad o atipicidad de un caso real. En cambio, la estructura del tipo obtenida deductiva e inductivamente, formulada en un nivel de abstracción intermedio, puede constituir un valioso instrumento para distinguir los supuestos de hecho subsumibles en el tipo de aquéllos que no pueden serlo.

La terminología utilizada está tomada principalmente del artículo 248.1 del CP español. En virtud del proceso inductivo-deductivo ya mencionado, la elección y uso de unas determinadas palabras no empecen a la aplicabilidad y validez de la estructura para otros enunciados legales, siempre y cuando estos últimos presenten la misma estructura objetiva fundamental. Tal es el caso de las regulaciones legales del delito de estafa español, alemán y chileno. Incluso la estafa italiana, pese a no admitir la comisión por omisión, responde fundamentalmente a la estructura objetiva aquí formulada.

Podría ser criticada la formulación estructural por incorporar el adjetivo calificativo «*bastante*» junto al sustantivo «*engaño*» pues, entre los enunciados analizados, únicamente el texto español alude expresamente a la idoneidad («*engaño bastante*») como elemento del tipo objetivo. Aquí se ha asumido el criterio por el cual se debe exigir cierta idoneidad o potencial desorientador *ex ante* para que el «*engaño*» adquiera relevancia típica⁶³⁶.

Finalmente, esta formulación estructural pretende abarcar todas las formas comisivas de la estafa: comisión activa por realización expresa de un «*engaño*», comisión activa por realización implícita de un «*engaño*» (comportamiento concluyente) y, finalmente, la comisión por omisión. Pese a esta pretensión omniabarcante de todas las variantes de estafa, la presente investigación centra su atención en la “primera parte” de la formulación⁶³⁷, pues allí se encuentran los elementos que vertebran el debate sobre la posible comisión de la estafa por *silencio*.

La primera combinación de los elementos configuradores de una estafa es I. ESTRUCTURA TÍPICA GENÉRICA DEL DELITO DE ESTAFA. De esta formulación *genérica* inicial derivan tres estructuras *específicas* del mismo delito. Se trata de las estructuras

⁶³⁶ Así, *v.gr.* la jurisprudencia chilena requiere cierta idoneidad del engaño, pese a no estar exigido por el precepto legal de ese país, *cfr.* BALMACEDA HOYOS, *RDUV*, 2011, pp. 59-85.

⁶³⁷ Se alude a los elementos comprendidos entre los símbolos { } y que constituyen la parte *variable o flexible* de la estructura típica de la estafa.

típicas II. ESTAFA POR «ENGAÑO» ACTIVO Y EXPRESO; III. ESTAFA POR «ENGAÑO» ACTIVO E IMPLÍCITO; IV. ESTAFA POR *SILENCIO ANTE UN «ENGAÑO» PRECEDENTE*.

El *registro* utilizado en la elaboración de estas fórmulas y la argumentación sobre los elementos que las integran, intentan mantenerse en un plano analítico de naturaleza estructural. Este *registro* estructural se plasma en el modo en que son expresados los diversos elementos típicos de la estafa y en las conclusiones que se obtienen a partir del estudio de las diversas variantes o combinaciones de los elementos típicos.

Sin embargo, tratándose de un análisis aplicado a los elementos típicos de un delito, es inevitable el recurso a conceptos que requieren una fundamentación dogmática y normológica. Aunque resulte evidente, estas dos últimas clases de fundamentaciones sobrepasan el *registro* en el que se desenvuelve el presente análisis estructural. Así, por citar un ejemplo, en la fórmula de la estructura fundamental de estafa y sus posteriores derivaciones se menciona el *conjunto de elementos [1.1.]*, el cual incluye la *infracción dolosa de la prohibición de estafar*. Pues bien, tanto la cuestión dogmática acerca del concepto de dolo, las clases de dolo admisibles en la comisión del delito, etc., como el problema normológico implicado en la afirmación de la *infracción de la prohibición penal de estafar*, son tratados en otros capítulos de la presente investigación doctoral.

Por la importancia que reviste para la comisión omisiva del delito estudiado, merece una mención especial el hecho de que no se incluya la “posición de garante” en ninguna de las estructuras propuestas. Nuevamente, no se trata de un olvido, sino de una cuestión de oportunidad y, como ya ha sido mencionado, se debe principalmente al *registro* específico de un análisis estructural.

*Infra*⁶³⁸, se realiza una explicación en la que se ha procurado justificar el proceso analítico-estructural aquí empleado.

⁶³⁸ X.2. B) a).

X.1. ESTRUCTURA GENÉRICA

A) FORMULACIÓN DE LA ESTRUCTURA GENÉRICA DEL DELITO DE ESTAFA

({ [1.1. «engaño bastante» + infracción dolosa de la prohibición de estafar] = [1.2. utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante»] } → [2 disposición patrimonial inducida por { }] → [3 perjuicio patrimonial del engañado o un tercero])

B) PROPUESTA ANALÍTICA SOBRE LA ESTRUCTURA GENÉRICA DEL DELITO DE ESTAFA

Para explicar la estructura genérica del delito de estafa y, más tarde, sus tres estructuras específicas se empleará la simbología que sigue.

- () *factores típicos requeridos para una estafa consumada;*
- [] *conjunto de elementos;*
- { } *agrupación variable o flexible;*
- = *relación de identidad;*
- + *relación de simple adición de elementos (sin indicar un orden entre ellos);*
- *relación secuencial;*

Texto subrayado *agrupación invariable o rígida.*

1. Agrupaciones de los elementos típicos de la estafa

1.1. Dentro de () es posible distinguir dos *agrupaciones* de elementos típicos.

1.2. Los elementos incluidos entre { } conforman la *agrupación flexible o variable* de elementos estructurales.

1.3. La *agrupación rígida o invariable* comprende los elementos que en la fórmula aparecen subrayados.

2. Agrupación flexible o variable de elementos típicos. Alcance de la flexibilidad

2.1. La *agrupación flexible o variable* contiene dos conjuntos de elementos típicos, [1.1.] y [1.2.], idénticos en el plano normativo⁶³⁹, pero analíticamente diferenciables. La distinción entre [1.1.] y [1.2.] permite identificar el margen de *flexibilidad* presente en la estructura típica de la estafa.

2.1.1. El conjunto [1.1.] alude a la presencia de un «engaño bastante» en el acervo informativo del engañado, gestor de su propio patrimonio o el de un tercero. Esta presencia adquiere carácter típico por su vinculación normativa con la prohibición penal de estafar infringida por el autor del delito.

2.1.2. El conjunto [1.2.] menciona el aporte organizativo del autor en la comisión del delito. Dicho aporte consiste en utilizar dolosamente y con ánimo de lucro un «engaño bastante».

3. Consecuencias de la identidad normativa entre los conjuntos de elementos típicos [1.1.] y [1.2.]⁶⁴⁰

3.1. La identidad normativa entre [1.1.] y [1.2.] permite formular tres afirmaciones que luego sentarán las bases de la *flexibilidad* de la *agrupación* de elementos que forman parte de { }.

3.1.1. El autor del delito infringe la prohibición penal de estafar mediante la utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante» presente en el acervo informativo de quien gestiona su propio patrimonio o el de un tercero.

3.1.2. La presencia de un «engaño bastante» en un acervo informativo ajeno adquiere relevancia penal para el tipo de estafa en la medida en que dicho «engaño» sea utilizado dolosamente y con ánimo de lucro por el autor del delito.

3.1.3. La utilización típica del «engaño bastante» infringe la prohibición penal de estafar. Esta utilización puede configurarse mediante un comportamiento activo u omisivo del autor⁶⁴¹.

⁶³⁹ [1.1.] = [1.2.].

⁶⁴⁰ [1.1. «engaño bastante» + infracción dolosa de la prohibición de estafar] = [1.2. utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante»].

⁶⁴¹ No se observa ningún obstáculo semántico o conceptual para admitir ambas modalidades de utilización. Más detalles, *supra* II.4. A) a) 2. y VI. A) b).

Que la estructura del tipo de la estafa admita tanto la utilización activa como la utilización omisiva del «engaño bastante» no constituye, *sensu stricto*, un argumento suficiente para afirmar la tipicidad de ambas variantes de utilización. Por lo tanto, se requiere una argumentación dogmáticamente convincente para sostener que la utilización activa y la omisiva pueden ser consideradas idénticas en el plano normativo⁶⁴².

4. Consideraciones adicionales sobre la *agrupación flexible* de elementos típicos de la estafa

4.1. La infracción activa de la prohibición penal tiene lugar cuando el autor realiza activamente la conducta *engañar a otro*⁶⁴³. La infracción activa suele provocar la presencia del «engaño bastante» en el acervo informativo de quien gestiona su propio patrimonio o el de un tercero. En la infracción activa, el «engaño bastante» se aloja en la esfera informativa del gestor del patrimonio en un momento habitualmente posterior a la conducta *engañar a otro* organizada por el autor.

Los supuestos de *provocación activa* del «engaño bastante» configuran la estructura [1.1.] del modo siguiente:

[1.1. activa infracción dolosa de la prohibición de estafar → «engaño bastante»]
--

4.2. También *engaña activamente* el autor que refuerza el potencial desorientador de un «engaño» previamente presente en el acervo informativo de quien gestiona su propio patrimonio o el de un tercero.

Por lo tanto, ni la provocación del «engaño bastante» ni su posterioridad cronológica respecto del «engaño» activo son indispensables para la configuración estructural de una infracción activa de la prohibición de estafar.

Los casos de refuerzo activo del potencial desorientador de un «engaño» previo también configuran la estructura [1.1.], pero del modo siguiente:

⁶⁴² *Supra* IX.1 A)-G).

⁶⁴³ La acción *engañar* corresponde a la utilización activa de un «engaño».

«engaño bastante» o no «bastante» en fase atípica → [1.1. **activa** infracción dolosa de la prohibición de estafar → «engaño bastante»].

4.3. La infracción omisiva de la prohibición penal de estafar requiere que el autor utilice un «engaño bastante» *precedente o preexistente*. Este «engaño bastante» se halla en el acervo informativo de quien gestiona su propio patrimonio o el de un tercero, con anterioridad a su utilización omisiva por parte del autor quien, mediante dicha utilización o aprovechamiento, infringe la prohibición penal de estafar.

La configuración estructural de [1.1.] en casos de utilización omisiva de un «engaño bastante» *precedente* es:

[1.1. «engaño bastante» → **omisiva** infracción dolosa de la prohibición de estafar].

4.4. Desde la perspectiva estructural, parece posible atribuir una utilización omisiva (dolosa y con ánimo de lucro) por la que se infringe la prohibición penal de estafar a una esfera de organización que con anterioridad a la utilización típica omisiva ha introducido o reforzado, activa e imprudentemente⁶⁴⁴, el «engaño bastante» presente en el acervo del gestor del patrimonio propio o ajeno. Dicho «engaño» podría configurar normativamente un «engaño bastante» *precedente* si luego llega a ser utilizado omisivamente, con dolo y ánimo de lucro⁶⁴⁵.

4.5. La utilización omisiva del «engaño bastante» sólo puede consistir en un *silencio* no comunicativo, esto es, un comportamiento que no transmite mensaje engañoso alguno. La utilización omisiva, por definición, no produce empíricamente la presencia del «engaño bastante» en el acervo informativo del engañado, ni refuerza el potencial desorientador de un «engaño» previamente presente en dicho acervo. El motivo es tan sencillo como contundente: la omisión —concepto normativo— no provoca efectos en el plano naturalístico. Por lo tanto, cuando en algún caso dudoso pudiera parecer inicialmente que se ha verificado una utilización omisiva y, a la vez, se constata que la utilización (supuestamente omisiva) ha *provocado* o *reforzado* un «engaño» previo,

⁶⁴⁴ O, también, dolosamente, pero sin realizar el injusto penal del delito de estafa.

⁶⁴⁵ Vid. *infra* X.2. E) 3.1.

deberá descartarse la omisión, pues se habrá configurado una utilización activa de «engaño» y, normativamente, una infracción activa de la prohibición de estafar.

4.6. Una esfera de organización se encuentra en condiciones de infringir omisivamente la prohibición penal de estafar en la medida en que no haya organizado activamente, con dolo y ánimo de lucro, la infracción de la misma prohibición respecto de un mismo acervo informativo afectado por el mismo «engaño bastante». Cuando una esfera organizativa utiliza omisivamente un «engaño bastante» previamente generado por ella mediante una infracción activa y dolosa de la prohibición de estafar, una y otra —utilización activa y omisiva— configuran en conjunto una sola infracción (activa) de la prohibición penal de estafar.

La peculiaridad de este supuesto radica en que primero tiene lugar la utilización activa de un «engaño bastante» y luego la utilización omisiva del mismo «engaño bastante». En estas circunstancias, se configura activamente el «engaño bastante» *preexistente*, por lo que resulta imposible sostener una infracción omisiva de la prohibición penal de estafar. Lo que tiene lugar es una utilización omisiva del «engaño bastante»⁶⁴⁶, en el marco de una infracción activa —en realidad, preponderantemente activa— de la prohibición penal de estafar.

5. Agrupación rígida o invariable de elementos típicos. Alcance de la rigidez

5.1. La *agrupación rígida o invariable* de elementos típicos de la estafa constituye una secuencia inalterable de factores.

5.1.1. La *agrupación invariable* de elementos de la fórmula está encabezada por la *agrupación* de elementos { }, ya examinada en los números 2., 3., y 4. de la presente explicación. De conformidad con lo señalado allí, el primer factor de la *serie invariable* de elementos de la estafa es, paradójicamente, la *agrupación flexible* de elementos que en la fórmula estructural ha sido resumida como la [1.2. utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante»]⁶⁴⁷.

5.1.2. La invariabilidad de la serie de elementos que componen la *agrupación rígida* de la estafa se refiere al orden en el que cada uno de sus elementos debe

⁶⁴⁶ La *utilización omisiva* de un «engaño bastante» no configura necesariamente una *infracción omisiva* de la prohibición de estafar. La *utilización omisiva* puede estar integrada en una *infracción activa* de la prohibición penal de estafar.

⁶⁴⁷ Recuérdese que [1.1.] = [2.2.]. La *flexibilidad* de esta *agrupación* obedece, fundamentalmente, a la posibilidad de que el «engaño bastante» pueda ser utilizado activa u omisivamente por el autor del delito.

resultar configurado y a la estricta relación de dependencia entre dichos elementos. La *agrupación invariable* concatena sus factores de tal manera que la {} constituye el antecedente indispensable para el conjunto de elementos típicos [2]. Por su parte, el conjunto [2] es también el antecedente indispensable del conjunto de elementos típicos [3].

5.1.3. La *agrupación invariable o rígida* de elementos típicos de la estafa puede ser formulada del siguiente modo:

{ agrupación variable o flexible de la estafa } → [disposición patrimonial inducida por { }] → [perjuicio patrimonial del engañado o un tercero]

5.2. Todo lo referido en 5.1. favorece el estudio sobre el significado que cabe otorgar a tres caracterizaciones frecuentemente vinculadas al delito de estafa. Éste es considerado un delito de resultado, un delito de relación y un delito de medios determinados.

6. La estafa como delito de resultado

Es un delito de resultado porque su consumación requiere que el patrimonio del engañado o de un tercero sufra un «perjuicio». Se puede sostener que el «perjuicio patrimonial» es el resultado del delito de estafa porque se trata de un elemento claramente diferenciable del comportamiento típico. El advenimiento del «perjuicio patrimonial» consuma el delito de estafa en la medida en que el riesgo típico de estafa (perspectiva *ex ante*) se realice en el concreto «perjuicio» que afecta al patrimonio de la víctima (perspectiva *ex post*).

7. La estafa como delito de relación

7.1. Esta terminología proviene de una traducción literal de la expresión alemana *Beziehungsdelikt*. No parece oportuno proponer aquí una nomenclatura alternativa. Sin embargo, merece la pena resaltar que la caracterización como “delito de *relación*” puede mover a confusión. El tipo penal no exige una relación especial de confianza, breve o prolongada en el tiempo, entre autor y engañado. No hay indicio alguno para

sostener que el tipo contemple un requisito de esta naturaleza⁶⁴⁸. Por otra parte, el tipo penal tampoco exige una *relación* entre autor y engañado, concebida como una *interacción dialógica*, expresa o implícita, por la que el autor —siempre y en todos los casos— deberá *engañar* a la víctima. Esta clase de interacción existe en las variantes comisivas activas, mas no en la comisión por omisión de este delito.

7.2. Cuando el delito de estafa es concebido como un delito de *relación* y dicha *relación* es asimilada a una *interacción dialógica* entre el autor y el engañado, la comisión de estafa queda restringida a la sola comisión activa, debiendo ser descartada la comisión omisiva mediante *silencio* no comunicativo. En la estructura fundamental del tipo de estafa no hay ningún elemento que obligue a requerir una *interacción* entre el autor y el engañado por la cual ambos dialoguen sobre la información patrimonial falsa⁶⁴⁹.

7.3. La estafa es un delito de *relación* porque el autor y el engañado *coorganizan* el comportamiento típico. La *coorganización* se refiere al necesario aporte organizativo de ambos sujetos. El aporte del autor consiste en la {utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante»}. El aporte organizativo del engañado consiste en la realización de una [disposición patrimonial inducida por { }]. Autor y engañado *se relacionan* en cuanto que *organizan* conjuntamente el comportamiento típico. La *coorganización* establece un contexto común de sentido en el que el riesgo típico se encuentra en condiciones de progresar hacia la consumación del delito⁶⁵⁰.

7.4. El aporte organizativo del autor, {utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante»}, permite sostener el riesgo típico desde la perspectiva *ex ante*. Este aporte, activo u omisivo, puede desestabilizar el foco de peligro —antes atípico— derivado de una determinada información falsa desorientadora, que se halla en el acervo informativo del engañado. La desestabilización del foco de peligro configura el riesgo típico del delito, que consiste en el *peligro de que el titular de un*

⁶⁴⁸ En la doctrina y jurisprudencia alemana, predomina otra concepción a este respecto, *vid. supra* VIII.3. C) b). En todo caso, de acuerdo con la presente propuesta, la especial relación de confianza puede constituir el *origen normativo remoto* de un deber de veracidad.

⁶⁴⁹ En contra, CHOCLÁN MONTALVO, quien entiende que el delito de estafa requiere una *comunicación interpersonal*, lo cual implica necesariamente la transmisión de un contenido informativo —“diálogo”, en la terminología aquí descartada— que produzca el error, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, 2000, p. 136; en sentido próximo al de CHOCLÁN MONTALVO, la caracterización de la estafa como *Kommunikationsdelikt*, TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 4, b); SATZGER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 31.

⁶⁵⁰ *Vid. supra* IV.4 B) b).

acervo informativo realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por «engaño».

7.5. Por su parte, la contribución organizativa del engañado, [disposición patrimonial inducida por { }], completa la *coorganización* del comportamiento típico de la estafa.

8. La estafa como delito de *medios determinados*

8.1 Que la estafa sea un delito de medios determinados indica, en términos negativos, que su configuración típica no se encuentra abierta a cualquier modalidad comisiva generadora de un riesgo de «perjuicio» patrimonial ajeno, que permita imputar a su autor el «perjuicio» que la víctima o un tercero sufren en su patrimonio.

8.2. La estafa es un delito de *medios de determinados* porque el tipo penal vincula la comisión típica a unos factores o elementos específicos. Con mayor concreción, el tipo penal *determina* unos *medios o elementos por los que debe ser coorganizado* el comportamiento típico. El resultado «perjuicio» patrimonial, no corresponde a uno de los *medios determinados* de la comisión de estafa, sino a un elemento requerido para la consumación del delito.

8.2.1. El primero de los *medios determinados* de la comisión de estafa corresponde al aporte organizativo del autor en la configuración del comportamiento típico. Se trata de la {utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante»}. Este primer *medio determinado* permite afirmar la configuración típica del *riesgo*⁶⁵¹ y, con él, la tentativa⁶⁵².

No se debe perder de vista el margen de flexibilidad de la estructura fundamental de la estafa, previamente identificado⁶⁵³. Su primer *medio determinado* corresponde a la *agrupación flexible* de elementos típicos de este delito.

8.2.2. El segundo *medio determinado* corresponde al aporte organizativo del engañado, quien realiza una disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» utilizado por el autor.

⁶⁵¹ El riesgo en la estafa corresponde al *riesgo de que se realice una disposición patrimonial perjudicial inducida por engaño*.

⁶⁵² Al menos como tentativa de estafa fenomenológicamente inacabada y normativamente imperfecta.

⁶⁵³ X.1. B) 2.

El orden en el que deben tener lugar los aportes organizativos del autor y de la víctima es el siguiente. En primer lugar, el autor debe utilizar, dolosamente y con ánimo de lucro, el «engaño bastante» que ha introducido o ya se encontraba presente en el acervo informativo del engañado⁶⁵⁴. En segundo lugar, el engañado debe realizar una disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» utilizado, dolosamente y con ánimo de lucro, por el autor⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ {}.

⁶⁵⁵ [3].

X.2. ESTRUCTURAS ESPECÍFICAS

A) FORMULACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS ESPECÍFICAS DEL DELITO DE ESTAFA

La propuesta analítica sobre la estructura genérica del delito de estafa permitió observar una agrupación *variable o flexible* de elementos típicos de este delito⁶⁵⁶. Los elementos flexibles de la estructura genérica⁶⁵⁷, pueden ser combinados con la distinción entre «engaño» activo expreso y «engaño» activo implícito. De esta combinación de factores derivan las tres estructuras específicas de la comisión típica de estafa.

ESTAFA POR «ENGAÑO» ACTIVO Y EXPRESO

({ [1.1. infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante injerencia informativa activa y expresa → «engaño bastante»] = [1.2. utilización activa y dolosa de un «engaño bastante»] } → [2. disposición patrimonial inducida por { }] → [3. perjuicio patrimonial del engañado o un tercero])

ESTAFA POR «ENGAÑO» ACTIVO E IMPLÍCITO

({ [1.1. infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante injerencia informativa activa e implícita → «engaño bastante»] = [1.2. utilización activa y dolosa de un «engaño bastante»] } → [2. disposición patrimonial inducida por { }] → [3. perjuicio patrimonial del engañado o un tercero])

⁶⁵⁶ { [1.1. «engaño bastante» + infracción dolosa de la prohibición de estafar] = [1.2. utilización dolosa y con ánimo de lucro de un «engaño bastante»] }.

⁶⁵⁷ Vid. *supra* X.1. B) 2.

ESTAFA POR SILENCIO ANTE UN «ENGAÑO» PRECEDENTE

({ [1.1. «engaño bastante» *precedente* → infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante silencio] = [1.2. utilización omisiva y dolosa de un «engaño bastante»] } → [2 disposición patrimonial inducida por { }] → [3 perjuicio patrimonial del engañado o un tercero])

B) PROPUESTA ANALÍTICA SOBRE LAS ESTRUCTURAS Y SUBESTRUCTURAS ESPECÍFICAS

a) Justificación del proceso analítico empleado

El objetivo del proceso analítico que a continuación se desarrolla, es la determinación de la estructura específica de la comisión por omisión del delito de estafa. En lugar de abordar directamente el estudio estructural de la modalidad omisiva de estafa, son analizadas previamente otras combinaciones estructurales que corresponden a modalidades activas de la comisión de este delito. Este modo de proceder no corresponde a un excursus amplio y alejado del tema principal de esta investigación. Todo lo contrario. Se trata de un ejercicio analítico orientado a que la delimitación de la estructura de la estafa por *silencio* sea lo más clara posible. *Sit venia verbo*, se trata de un “camino” más largo que otro posible en el que, como alternativa más breve, sólo analizara la estafa por *silencio*. Aquí se ha escogido estudiar y esclarecer, en primer lugar, “lo que no es” o “impide sostener” la estructura específica de la comisión omisiva de este delito, para luego, en un segundo momento analítico, proponer “lo que sí es” una comisión por omisión de estafa, desde la perspectiva estructural. Por ahora, basta con señalar que las combinaciones estructurales incompatibles con la configuración de la estafa por *silencio*, son aquellas en las que el autor realiza activamente un «engaño», sea éste expreso o implícito.

El procedimiento analítico aquí propuesto —estudio inicial de las estructuras específicas de la comisión activa y, como etapa final, el análisis de la estructura de la estafa por silencio—, posee cierta semejanza con el «diagnóstico diferencial» de un

médico. Cuando un especialista atiende por primera vez a un paciente que presenta un cuadro complejo, no suele pronunciar el diagnóstico inmediatamente. Lo habitual y, por cierto, lo más prudente es que, en la cantidad de sesiones que el caso requiera, realice una labor inicial de “descarte” de todas aquellas enfermedades que no se ajustan a los síntomas que presenta el enfermo. El médico suele tener en cuenta, además, los resultados de las pruebas y analíticas pertinentes. Gracias al “descarte” inicial mencionado y a los análisis practicados, el médico se encuentra en condiciones de emitir un diagnóstico por el que afirma una determinada enfermedad y su tratamiento. Afirmar la concurrencia de todos los elementos típicos de una comisión por omisión de estafa —“diagnóstico” final del especialista—, exige proceder de un modo semejante al del médico. Primero se debe “descartar” la configuración de las estructuras de estafas activas incompatibles con su comisión por *silencio*. Tras excluir la comisión activa procede la concurrencia de todos los elementos de la estructura específica de la estafa por omisión.

El proceso analítico escogido pretende afianzar los criterios conforme a los cuales es posible juzgar, de modo convincente, supuestos de hecho que: a) poseen una estructura que se corresponde con alguna de las variantes activas de la estafa (sean éstas, finalmente, típicas o atípicas); b) configuran plenamente la estructura típica de la estafa por *silencio* o, en casos en los que dicha configuración no sea plena, realizan alguna de las subestructuras próximas (atípicas) a la estafa en comisión por omisión; finalmente, c) no presentan una estructura subsumible en el tipo de estafa.

b) Descripción del procedimiento

b) 1. Cada una de las estructuras típicas específicas⁶⁵⁸ permite formular subestructuras que combinan los elementos que integran la estructura específica correspondiente. Algunas sub-estructuras realizan cabalmente la estructura específica en la que se enmarcan y son, por tanto, típicas. Otras sub-estructuras, en cambio, no configuran plena o exactamente la estructura específica de estafa que les sirve de referencia. Por este motivo, esta segunda clase de sub-estructuras son atípicas. En consecuencia, se estudian combinaciones estructurales que permiten sostener una comisión típica, activa u omisiva de estafa, junto a otras combinaciones estructurales no-típicas, pero “próximas” o “semejantes” a las comisiones típicas. La inclusión de

⁶⁵⁸ 1. Estafa por engaño activo y expreso; 2. Estafa por engaño activo e implícito; 3. Estafa por silencio ante un engaño *precedente*.

variantes atípicas enriquece el estudio, pues pone a prueba los criterios propuestos para distinguir entre, por una parte, los «engaños» activos y *silencios* que realizan el tipo de la estafa y, por otra, los «engaños» activos y *silencios* atípicos a título de estafa.

b) 2. Las sub-estructuras típicas y atípicas están acompañadas por ejemplos casuísticos que ilustran la concreta combinación de elementos objeto de estudio. Los ejemplos poseen nombres breves —v.gr. “Clarinete”— para facilitar alusiones a la sub-estructura correspondiente. En la medida en que ha sido posible, la casuística proviene de “hechos probados” pertenecientes a sentencias judiciales, en su mayoría españolas.

Aunque pudiera parecer una obviedad, el lector debe tener en cuenta que los casos de estafa discutidos en sede judicial realizan plenamente la estructura típica del delito de estafa, o poseen una fenomenología concreta “semejante” o “próxima” a alguna de sus estructuras y sub-estructuras típicas. Lo anterior explica que no abunden sentencias sobre supuestos de hecho atípicos. Lo anterior explica la incorporación de ejemplos “académicos” que, pese a no provenir de la jurisprudencia, son plausibles y, sobre todo, permiten ilustrar y comprender la estructura y sub-estructura analizada.

b) 3. Después de proponer uno o más ejemplos de cada sub-estructura se realizan uno o dos comentarios sobre la combinación estructural correspondiente. Cuando se exponen dos, aparecen bajo los títulos “Primeros comentarios” y “Segundos comentarios”, respectivamente. Los “Segundos comentarios” son algo más complejos que los primeros, pues incorporan los siguientes elementos analíticos: fase 1 y fase 2; auto- y hetero-«engaño»; competencia preferente.

Los comentarios poseen una extensión variable, en función del diverso nivel de detalle y profundidad que requieren las cuestiones que plantea la sub-estructura estudiada. Algunos comentarios son más breves que otros, simplemente para evitar repeticiones innecesarias de argumentos expuestos previamente.

b) 4. Entre las sub-estructuras que no realizan el tipo de la estafa en comisión por omisión presentan especial interés analítico las de estafas activas realizadas mediante «engaño» activo e implícito. La estafa por «engaño» implícito constituye una modalidad comisiva que tiende a ser confundida con la estafa por *silencio*. De acuerdo con el enfoque adoptado en esta investigación, el caso de «engaño» implícito verdaderamente problemático es aquel que consiste en un mensaje engañoso de baja

intensidad comunicativa, pero suficiente como para atribuirle el sentido o significado de un «engaño bastante» implícito⁶⁵⁹.

b) 5. Entre las sub-estructuras examinadas en el marco de la estructura específica “3. Estafa por *silencio* omisivo ante un «engaño» *precedente*” sólo han sido incorporadas las variantes estructurales de “*silencio* no afirmativo doloso”. Intencionadamente, el “*silencio* no afirmativo imprudente” ha sido excluido para evitar un aumento excesivo de las sub-estructuras estudiadas⁶⁶⁰.

c) Distinciones analíticas aún no desarrolladas

Antes de exponer el análisis estructural de las diversas variantes comisivas de estafa, es preciso proponer algunas distinciones que no han sido explicadas hasta ahora.

1. Fases de la comisión del delito de estafa

Como cualquier otro delito, la comisión típica de la estafa comienza con el inicio de su tentativa inacabada. Sin embargo, un grupo relevante de estafas presenta una etapa atípica —fase 1— anterior a la tentativa punible y merecedora de una especial atención. Para el análisis sobre la fase 1, los criterios *al uso* sobre los actos preparatorios no operan correctamente. Sin ánimo de agotar esta cuestión, la fase o etapa atípica previa a la tentativa punible de estafa se diferencia radicalmente de los actos preparatorios, pues las conductas de la fase 1 son siempre impunes penalmente —no así algunos actos preparatorios excepcionalmente punibles— y no se orientan necesariamente *ab initio* a la realización típica del delito, como sí debe ocurrir en todos los actos preparatorios⁶⁶¹.

De entrada, podría parecer inútil otorgar relevancia a la distinción entre una fase atípica y otra típica de la comisión de estafa, fases 1 y 2, respectivamente. Podría pensarse que, si lo que verdaderamente interesa es determinar el inicio de la tentativa y su posterior desarrollo comisivo hacia la consumación, sólo se debiera analizar directamente la fase 2. No obstante, el correcto enjuiciamiento normativo sobre la tipicidad en fase 2 de un grupo nada despreciable de casos, requiere atender a su fase previa. El contexto previo de interacciones penalmente atípicas entre autor y engañado

⁶⁵⁹ Vid. *Supra*. VIII.1. B) b), la intensidad graduable de los mensajes engañosos.

⁶⁶⁰ Es posible que un supuesto de hecho contenga como elemento estructural un “silencio no afirmativo imprudente”. Sin embargo, no presenta interés analítico alguno, ya que, si mantiene inalterado su elemento subjetivo, siempre dará lugar a una configuración *atípica* de estafa.

⁶⁶¹ Cfr. Arts. 17 y ss.; art. 269 CP español.

—fase 1— puede ser determinante para sostener o rechazar la tipicidad de comportamientos analítica y/ o cronológicamente posteriores (tentativas activas u omisivas de estafa). En fase 1 entran en consideración las relaciones contractuales, la duración temporal de éstas, las vinculaciones institucionales como el parentesco, el ámbito sectorial en el que se desenvuelve un negocio determinado, etc.

En la fase 1 se entremezclan consideraciones jurídicas —deberes del tráfico, posiciones de garante, contratos celebrados, etc.— con elementos fácticos y “empíricos”. Así, por ejemplo, en la fase atípica puede ser respondida la pregunta acerca de “quién o qué produjo el «engaño»” que se halla en el acervo informativo del engañado. Sin embargo, la respuesta a este interrogante no resuelve el problema normativo sobre quién —autor o engañado— es el responsable preferente y definitivo por el «engaño», cuestión que se debe plantear en la fase típica 2 y a la luz de la fase atípica, o en la fase típica única. Asimismo, cuando en fase 1 se sostienen auto-«engaños» o hetero-«engaños»⁶⁶², se trata de afirmaciones provisionales, basadas principalmente en la producción naturalística del «engaño» y que, luego en fase 2, deben ser sometidas a confirmación o modificación mediante criterios, ahora sí, exclusivamente normativos.

La fase típica de la comisión activa del delito estafa consiste en un **hetero-«engaño bastante» dolosa y activamente utilizado por la esfera organizativa del autor-garante**. La mayor parte de estas comisiones activas se realizan directamente en fase 2 o, si se prefiere, poseen una única fase comisiva típica (activa). Sin embargo, el juicio sobre la tipicidad de algunos *supuestos dudosos de estafa activa en fase 2* se resuelven adecuadamente prestando atención a la fase 1.

Toda *comisión omisiva de estafa en fase 2* está precedida por una fase atípica, pero siempre relevante para juzgar la tipicidad en fase 2. La fase típica de la comisión omisiva de estafa consiste en un hetero-«engaño bastante» dolosa y omisivamente utilizado por la esfera organizativa del autor-garante.

Las tentativas inacabadas e imperfectas, —sean activas u omisivas, e insertas en una fase 2 o fase única— poseen una estructura fundamentalmente coincidente. **El autor-garante utiliza dolosamente y con ánimo de lucro un hetero-«engaño bastante»**. Lo único que las diferencia es el modo en que el hetero-«engaño» es utilizado por el autor: de modo activo u omisivo, respectivamente. Con algo más de precisión, la

⁶⁶² Vid. *infra* X.2. B) c) 2.

utilización dolosa del hetero-«engaño» es *predominantemente activa* al inicio de la tentativa típica activa y, en cambio, *exclusiva o predominantemente omisiva* en el comienzo de la tentativa de la comisión por omisión de estafa. Las afirmaciones anteriores son compatibles con una constatación adicional: toda comisión típica de estafa posee una dimensión omisiva —más o menos prolongada en el tiempo o reductible a un breve instante— en la que su autor omite el desistimiento activo y eficaz de la tentativa dolosa de este delito⁶⁶³.

La fase 2 de la comisión de estafa no abarca únicamente su comienzo como tentativa inacabada⁶⁶⁴. Comprende también todo el desarrollo comisivo desde el inicio de la tentativa hasta la consumación del delito. El desarrollo al que se alude —tentativa acabada e imperfecta de estafa— es *estructural y normativamente idéntico* tanto en la comisión activa como en la omisiva de estafa. Por su parte, los desarrollos comisivos de las tentativas inacabadas e imperfectas, siendo también idénticos estructural y normativamente, se diferencian en un aspecto o elemento fenomenológico. Se trata del modo en que el autor utiliza —activa u omisivamente, respectivamente— el «engaño bastante». Atendida esta distinción, la estructura comisiva posterior al inicio de la tentativa típica —tentativa acabada e imperfecta—, no presenta diferencia alguna en la comisión activa y la omisiva de estafa. En ambas variantes comisivas, **el engañado, fiándose razonablemente de la veracidad de la información que posee⁶⁶⁵, realiza una disposición patrimonial perjudicial inducida por un «engaño bastante» que el autor-garante utiliza dolosamente y con ánimo de lucro.**

Los criterios anteriores deben ser matizados cuando el supuesto analizado posea solamente una fase atípica. Ante esta clase de casos, tanto la calificación como auto- o hetero-«engaño» como la atribución de la competencia preferente sobre una y otra clase de «engaño», se realizan de modo “definitivo” y no sólo “provisional” en la única fase atípica en la que se desenvuelven los casos atípicos.

2. Distinción entre auto-«engaño» y hetero-«engaño»

De acuerdo con los argumentos expuestos *supra*, el «engaño bastante» designa el estado de un acervo de datos patrimoniales. Consiste en la presencia de información

⁶⁶³ Vid. II.4. A) a) 2.

⁶⁶⁴ Vid. *supra* V.2. y V.4. algunas objeciones a la distinción entre tentativas acabadas e inacabadas.

⁶⁶⁵ El engañado debe *ignorar o descartar razonablemente la falsedad del «engaño bastante»*.

falsa en un acervo informativo-patrimonial cuyo titular ignora o descarta razonablemente su condición de engañado⁶⁶⁶. En el delito de estafa, el «engaño bastante» es *algo del engañado*, pues se aloja en su acervo informativo. Sin perjuicio de esta sencilla afirmación —el «engaño bastante» *está en la esfera u órbita del engañado* y, en esa medida, es *algo suyo*— se puede realizar una distinción analítica entre auto- y hetero-«engaño bastante» según (i) la procedencia empírica del «engaño» y (ii) la esfera de organización a la que compete preferentemente la responsabilidad por el «engaño».

La distinción entre auto- y hetero-«engaño bastante» según su procedencia empírica se plantea propiamente en la fase atípica de la comisión de estafa. En dicha fase se entremezclan aún consideraciones normativas —la clase de relación negocial entre autor y engañado, por ejemplo— con razonamientos de carácter empírico, principalmente si la conducta engañosa del autor ha producido el ingreso de información falsa en el acervo del engañado. La pregunta “quién o qué ha provocado empíricamente el «engaño bastante» presente en el acervo del engañado” es correcta metodológicamente y propia de la fase atípica. Son dos las alternativas de respuesta ante esta interrogante en fase 1. Si es el propio engañado quien provoca su «engaño», se trata de un auto-«engaño» atípico; en cambio, si el «engaño» lo provoca el autor o un tercero, corresponde a un hetero-«engaño» atípico⁶⁶⁷. Esta calificación —auto- o hetero-«engaño»— es provisional, pues debe pasar por el filtro normativo *sensu stricto* de la comisión de estafa en su fase típica.

Como ya ha sido mencionado, la fase típica de la comisión de estafa puede corresponder a una fase 2 o, en su caso, la *fase única* de la comisión. Para ambos casos, se aplican criterios estrictamente normativos para juzgar la subsunción de un determinado comportamiento en el tipo penal. En otras palabras, se debe establecer la configuración del injusto penalmente desaprobado por el delito de estafa. En la fase típica, más allá del *factum* relativo a la procedencia empírica del «engaño bastante», se determina la esfera de organización a la que compete preferentemente el «engaño bastante». Cuando la competencia por dicho «engaño» recae sobre el propio engañado, se configura un auto-«engaño». Si, en cambio, la competencia preferente

⁶⁶⁶ *Vid. supra* IV.4 C).

⁶⁶⁷ La idea del auto-«engaño» y su distinción del hetero-«engaño», ya se encontraba presente en el planteamiento de HERZBERG. Cuando A confunde a M con N por su parecido físico, aunque M conozca el error de A, este último se ha engañado a sí mismo (*A hat sich getäuscht*), HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 71.

corresponde atribuirle normativamente a una esfera de organización distinta del engañado, se configura un hetero-«engaño». La calificación como auto- o hetero-«engaño» es ya definitiva en la fase típica de la comisión de estafa.

3. Función de la distinción analítica entre auto-«engaño» y hetero-«engaño» en la fase atípica 1

La afirmación de un auto- o hetero-«engaño» en fase 1 puede ser entendida como una suerte de *pronóstico provisional* sobre cuál será la esfera de organización sobre la cual recaerá la competencia preferente por el «engaño» en fase 2. El punto de partida sobre las competencias por los auto- y hetero-«engaños» en fase 1 es que a cada esfera de organización le incumbe su auto-protección, de tal manera que en la fase aún atípica la responsabilidad por el «engaño» puede considerarse (provisionalmente) “repartida” entre las esferas que intervienen en el contacto patrimonial correspondiente.

Para determinar en fase 2 la esfera de organización a la que compete preferentemente el «engaño bastante» se debe tomar en consideración la distribución originaria de los riesgos de desorientación y, cuando sea el caso, las redistribuciones de esos riesgos. Ambos factores, distribución originaria y sus redistribuciones, *v.gr.*, un compromiso de asunción de funciones de hetero-protección informativa, suelen tener lugar en la fase atípica 1. Por este último motivo, es necesario distinguir entre la fase 2 y la fase atípica, y, a la vez, atribuir la competencia en fase 2 tomando en cuenta la fase 1.

En cambio, sólo será posible apreciar una sola (única) fase típica cuando: i) no exista una vinculación previa que redistribuya de modo penalmente relevante los riesgos de desorientación entre autor y engañado; ii) la esfera de organización preferentemente competente por el «engaño bastante» en la fase típica corresponda a un injerente informativo activo cuyo comportamiento realice directamente el injusto penal de la tentativa del delito de estafa en comisión activa. Cuando concurren i) y ii), es innecesario determinar la competencia preferente por el «engaño bastante» atendiendo a una fase previa a la típica, porque, sencillamente, no existe tal fase anterior.

i. Auto-«engaño» en la fase atípica 1 de la comisión de estafa

El auto-«engaño» en fase 1 corresponde a una información falsa cuyo origen empírico se encuentra en el propio engañado. Éste toma por verdadera una determinada información falsa sin que un agente externo la haya “introducido” en su acervo informativo-patrimonial.

Cuando se analiza un caso determinado y se llega a la conclusión de que, en fase 1 el «engaño» presente en el acervo informativo del engañado corresponde a un auto-«engaño», el posterior análisis sobre su eventual relevancia típica en fase 2 se facilita notablemente. Lo anterior obedece a que, por regla general, del auto-«engaño» en fase 1 no suele derivar un «engaño bastante» típico de la estafa. Por lo tanto, *el auto-«engaño» en fase 1 sólo excepcionalmente configura un hetero-«engaño bastante» en fase 2.*

ii. Hetero-«engaño» en la fase atípica 1 de la comisión de estafa

El hetero-«engaño» atípico corresponde a una información falsa cuyo origen empírico se encuentra “fuera” del engañado en fase 1.

ii.1. Hetero-«engaños» atípicos en fase 1, provocados por quien en fase 2 eventualmente responderá por la comisión típica de estafa

Un primer grupo de hetero-«engaños» atípicos en fase 1 corresponde a aquellos que proceden empíricamente de la esfera de organización “candidata” a ser calificada como autora del delito de estafa en la fase 2. Aquí se encuentran los «engaños bastantes» provocados por el potencial autor mediante injerencia informativa activa e imprudente. Este grupo también abarca los hetero-«engaños bastantes» provocados por injerencias informativas objetivamente peligrosas, pero desprovistas de los elementos subjetivos ánimo de lucro, dolo o imprudencia del injerente.

El origen empírico de los hetero-«engaños» del grupo a) constituye siempre un factor insuficiente para afirmar el tipo del injusto de la tentativa de estafa. Además, la dimensión subjetiva de estos hetero-«engaños» corrobora su atipicidad o, si se prefiere, su pertenencia a la fase atípica de la comisión de estafa.

El hetero-«engaño bastante» provocado por injerencia informativa activa, dolosa y con ánimo de lucro, no forma parte del conjunto a) de hetero-«engaños» atípicos. La exclusión obedece a que esta clase de injerencia informativa suele configurar directamente el inicio de la tentativa de estafa en comisión activa, en la medida en que *ex ante* pueda ser afirmada la generación del riesgo típico de la estafa⁶⁶⁸.

ii.2. Hetero-«engaños» atípicos provocados por terceros

⁶⁶⁸ *Vid. supra* VIII.4. D) b) 2. supuestos excepcionales en los que esta clase de injerencia informativa no realiza el injusto penal de la tentativa punible de una estafa.

El segundo conjunto de hetero-«engaños» atípicos corresponden a aquellos provocados por injerencias informativas activas, explícitas o implícitas. Sin embargo, este segundo grupo se diferencia del anterior por el siguiente factor: la injerencia informativa es realizada por una esfera de organización distinta de aquella que en la fase 2 responderá penalmente como autora de la comisión típica del delito de estafa. Atendiendo a este factor distintivo, el conjunto b) se ha denominado como hetero-«engaños» atípicos provocados por terceros.

En el grupo b) de hetero-«engaños» atípicos producidos por terceros, se encuentran los hetero-«engaños» provocados mediante injerencia informativa activa e imprudente; también los hetero-«engaños» provocados por terceros que realizan una injerencia informativa objetivamente peligrosa, pero desprovista de los elementos subjetivos ánimo de lucro, dolo o imprudencia.

En b) se incluyen también los hetero-«engaños» provocados por injerencia informativa de un tercero que obra activamente, con dolo y ánimo de lucro. El comportamiento del tercero realiza un «engaño bastante» típico “respecto de aquél y la esfera de organización del engañado”. Este comportamiento —típico para el injerente activo— produce un hetero-«engaño» atípico (fase 1) respecto de quien, sin haber realizado la injerencia típica, podría responder penalmente como autor de estafa en fase 2.

ii.3. Hetero-«engaños» atípicos por no ser ex ante «bastantes»

El tercer grupo de hetero-«engaños» atípicos en fase 1 incluye aquellos provocados por una injerencia informativa *ex ante* no-bastante, manifestada dolosa o imprudentemente. Los hetero-«engaños» no «bastantes» corresponden a simples mentiras. Desde la perspectiva empírica, la mentira afirmada dolosa o imprudentemente puede dar lugar a un hetero-«engaño» atípico en fase 1, si el titular del acervo informativo afectado por la mentira tiene por verdadero el mensaje recibido mediante una injerencia informativa intersubjetivamente inidónea *ex ante*. Por mucho que la mentira genere un hetero-«engaño», éste será no-«bastante» por su contenido y/ o el modo en que la afirmación falsa ha sido propuesta a su destinatario. La mentira no proporciona al destinatario una base razonable para considerar veraz la información falsa.

Sin embargo, la mentira atípica en fase 1 puede dar lugar excepcionalmente a un «engaño bastante» típico en fase 2, cuando el engañado es un sujeto *normal*

gravemente debilitado para su propia orientación patrimonial y, adicionalmente, el autor *adapta* su conducta a la *grave debilidad* del titular del acervo informativo-patrimonial⁶⁶⁹.

ii.4. Hetero-«engaños» atípicos provocados por caso fortuito

Finalmente, el grupo d) de hetero-«engaños» atípicos en fase 1, incluye los «engaños» provocados por caso fortuito. En el contexto del presente análisis, el caso fortuito corresponde a un suceso natural o un acto humano no atribuible al eventual responsable de estafa, que modifica circunstancias relevantes en el plano informativo-patrimonial. El caso fortuito altera la veracidad de ciertos datos presentes en un acervo informativo que comienza a verse afectado por un «engaño».

Quien manifiesta un mensaje que constituye una simple mentira («engaño» no «bastante») podría ser considerado normativamente autor de una estafa típica en fase 2 si, con posterioridad a la mentira, realizara comportamientos engañosos adicionales que modifiquen la valoración de hetero-«engaño» no «bastante», a uno de carácter «bastante».

iii. Auto-«engaño» en la fase típica 2 o fase única de la comisión de estafa

El auto-«engaño bastante» en fase 2 designa la presencia del foco de peligro “información falsa relevante patrimonialmente” en un acervo informativo cuyo titular no puede esperar ni confiar (legítima y razonablemente) en recibir de otra esfera de organización la prestación de una neutralización de la situación de «engaño» que le afecta. El auto-«engaño» en fase 2 es definitivamente atípico, ya que la competencia preferente sobre él recae sobre el propio engañado.

Es posible que el auto-«engaño» sea «bastante» por poseer un potencial desorientador *ex ante* suficiente para inducir a la realización de una disposición patrimonial perjudicial. Lo anterior, sin embargo, no implica afirmar la tipicidad de tal «engaño».

Todo lo afirmado sobre el auto-«engaño» en fase 2 es consecuencia de una idea fundamental sobre la tentativa típica de estafa. Ésta consiste siempre y en todos los casos en la **utilización dolosa y con ánimo de lucro de un hetero-«engaño bastante»**. Por lo tanto, cualquier reflexión acerca del auto-«engaño» en la fase típica de la comisión de estafa sólo presenta un interés analítico, pues el concepto mismo de

⁶⁶⁹ *Vid. supra* VI. B) 6.

auto-«engaño» es incompatible con el «engaño» típico de la comisión de estafa en fase 2.

En definitiva, cuando el auto-«engaño» es imputado preferentemente al titular del acervo informativo afectado, el foco de peligro no puede ser considerado típico, debido a la ausencia de un ámbito de organización, distinto al del sujeto engañado, al que pueda ser atribuida la competencia preferente por el «engaño».

iv. Hetero-«engaño» en la fase típica 2 o fase única de la comisión de estafa

El «engaño bastante» designa el foco de peligro “información patrimonial falsa” presente en un acervo informativo. Dicho foco somete al titular del acervo afectado al peligro de realizar una disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante». Este foco de peligro adquiere el estatus de *riesgo típico* desde que se establece normativamente que el «engaño bastante» compete preferentemente a una esfera de organización distinta del engañado. Dicha esfera utiliza activa u omisivamente el foco (hetero-«engaño»), todo ello dolosamente y con ánimo de lucro.

La injerencia informativa activa, expresa o implícita, que dolosamente y con ánimo de lucro configura un «engaño bastante» que se halla en un acervo informativo ajeno, inicia la tentativa típica de estafa en comisión activa, directamente en una sola o única fase típica.

4. Incumbencia de auto-protección informativa y distinción entre auto- o hetero-«engaños»

El cumplimiento o incumplimiento de la propia incumbencia de información guarda estrecha relación con la distinción analítica entre auto- y hetero-«engaños». Por una parte, su incumplimiento puede favorecer la configuración de auto-«engaños» atípicos en fase 1 y fase 2. Por otra parte, no se debe perder de vista que la conformación de hetero-«engaños» en fase 1 y 2 es compatible con la inobservancia del engañado de su propia incumbencia informativa⁶⁷⁰. Las diversas consecuencias normativas que pueden derivar del incumplimiento de la incumbencia por la propia protección informativa, pertenecen tanto a la fase 1 como a la fase 2 o única.

⁶⁷⁰ Acerca de las diversas consecuencias normativas derivadas del incumplimiento de la auto-protección informativa, *supra* VI.3 D).

C) ESTRUCTURA ESPECÍFICA DE ESTAFA POR «ENGAÑO» ACTIVO Y EXPRESO

({ [1.1. infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante injerencia informativa activa y expresa → «engaño bastante»] = [1.2. utilización activa y dolosa de un «engaño bastante»] } → [2. disposición patrimonial inducida por { }] → [3. perjuicio patrimonial del engañado o un tercero])

1.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» expreso y doloso

1.1.1. “Cupón premiado”⁶⁷¹

A, B y C llevan a cabo en repetidas ocasiones el plan delictivo preestablecido que se describe a continuación. Se desplazan en coche a algún pueblo español. Una vez en la localidad, eligen un transeúnte como víctima. A, B o C, indistintamente, según el rol asumido para la ocasión, actúan como si uno de ellos fuera un disminuido psíquico (“tonto”). El “tonto” se acerca a la futura víctima (D) preguntándole por una calle o edificio. Tras este contacto inicial, aparece en escena otro del trío A, B o C. Éste actúa como persona inteligente (“listo”) y su papel consiste en hacer creer a D, que dando una cierta cantidad de dinero en conjunto (de D y del “listo”), podrían lograr que el “tonto” les entregue unos cupones de ciegos premiados con varios millones de euros. Para vencer la desconfianza de D, el “listo” exhibe una lista de los números premiados en donde figura como tal el cupón que lleva el “tonto”. El “listo” muestra además a D un sobre en el que presuntamente guarda su parte del dinero para entregar al “tonto” con el fin de obtener los cupones premiados. D, si accede al plan propuesto por el “listo”, debe entregar también una suma de dinero. Supuestamente, el “listo” y D se repartirían el monto del cupón después de canjearlo. Mientras dos de los autores llevan a cabo toda esta representación, el tercero vigila las inmediaciones a fin de evitar ser sorprendidos y lleva encima el material necesario para los hechos (cupones, listas, sobre con dinero, etc.), que va entregando a sus compañeros en momentos

⁶⁷¹ STS de 27 de marzo de 2000, ponente Giménez García, J.

previamente establecidos. A, B y C llevan a cabo este plan en numerosas ocasiones y logran que la víctima les entregue dinero para timar al “tonto”.

1.1.2. “Obras de arte”

A es un experto tasador e intermediario de obras de arte. B, ignorante en materia artística, contrata al tasador para que realice un inventario, ponga precio y subaste las numerosas piezas que B ha adquirido a título testamentario. Tras la celebración del contrato entre B y A, este último avalúa los mejores objetos muy por debajo de lo que correspondería en el mercado de objetos de arte, para así dar la impresión de que se trata de objetos de escaso valor. B revisa el inventario con los precios iniciales para la subasta y se extraña del bajo precio atribuido a las piezas que, a pesar de su inexperiencia, él considera más valiosas. A le da una explicación tan contundente como falsa, acerca de los motivos por los que esos objetos valen mucho menos de lo que aparentemente podría pensarse. Por medio de un tercero que participa en la subasta, A se apropia de las piezas más valiosas a bajo precio. Adicionalmente, A recibe el pago por sus servicios profesionales.

1.1.3. “Dos alemanes”⁶⁷²

A hace creer a B y C, un matrimonio de alemanes, que les hará el traspaso o concesión de unos locales. B y C entregan 4.000 € a A, quien en todo momento aprovecha la confianza que su condición de abogado y diputado provincial le conceden.

1.1.4. “Cubertería de plata”

A contrata a la Compañía aseguradora B. El seguro tiene por objeto la cobertura de los bienes muebles que se encuentran dentro de la casa y quedan asegurados ante eventuales hurtos o robos. En la relación de los bienes, A declara verazmente ser dueño de una valiosa cubertería de plata. Los agentes de la aseguradora consideran sospechoso que un cliente como A, de recursos limitados, posea algo tan valioso sin obtener de ello provecho económico. Sin embargo, la falta de personal de la Compañía impide que ella confirme la efectiva existencia del juego de cubiertos. A vende la cubertería para más tarde declarar falsamente su desaparición ante la Compañía. B es notificada de un hurto en casa de A y, entre los objetos cuya desaparición se declara,

⁶⁷² STS de 22 de noviembre de 1986, ponente Montero Fernández-Cid, R.

se encuentra la cubertería. El departamento de indemnizaciones de la aseguradora ordena el pago sin realizar investigaciones adicionales. La escasez de empleados obliga a B a investigar sólo aquellos casos en los cuales el monto de lo indemnizado excede una determinada suma de dinero. El valor de la cuchillería se encuentra por debajo de esa suma. A recibe en su cuenta corriente una transferencia por la que la Compañía le indemniza por el hurto de la cubertería.

1.1.5. Comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos

1.1.5.1. Primeros comentarios

En los cuatro ejemplos es posible apreciar con claridad la configuración de la estructura 1. caracterizada por la infracción dolosa de la prohibición penal de estafar mediante una injerencia informativa activa y expresa. La injerencia o irrupción comunicativa en la esfera de organización de quien luego resultará engañado, consiste en la realización de la conducta *engañar a otro*. En la presente sub-estructura, el autor utiliza activa y dolosamente un «engaño» precisamente al realizar activamente el verbo *engañar*. Adicionalmente, la misma conducta por la que el autor utiliza activamente el «engaño», inserta (también activamente) la información falsa en el acervo informativo del engañado. El «engaño» *ex ante* puede ser calificado como «bastante» o idóneo —según el baremo del hombre medio en la posición del autor— para inducir la realización de la disposición patrimonial perjudicial.

En los cuatro casos el engañado realiza una disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» que ha utilizado activamente el autor. Los supuestos analizados corresponden a estafas consumadas, pues la esfera de organización de la víctima se ve afectada por un perjuicio patrimonial imputable al autor, en virtud del comportamiento típico que él y el engañado coorganizaron.

El mensaje engañoso en “Cupón premiado”, a diferencia de los demás casos de la presente sub-estructura, corresponde a una *mise en scène*, esto es, la máxima expresión de la fuerza comunicativa de los «engaños» activos y expresos. Otra diferencia específica de “Cupón premiado” es la ausencia de una relación negocial previa a la realización típica de la estafa entre los coautores y la víctima engañada.

Por su parte, en “Obras de arte” y “Cubertería”, sí existe una relación negocial previa entre autor y engañado. Es más, en ambos casos el autor ocupa la posición de garante de veracidad en virtud de un compromiso de asunción. Como consecuencia indirecta de la asunción, el engañado —cliente inexperto y la aseguradora, respectivamente—

quedan inmersos en un contexto propicio al desamparo informativo. Ahora bien, en “Cubertería” —no así en “Obras de arte”— la Compañía de seguros engañada⁶⁷³ incumple su incumbencia de auto-protección. En el relato consta que el motivo de la relajación de las medidas de protección de la empresa se debía a la escasez de empleados. Este dato permitiría sostener que la observancia de su auto-protección informativa le era inexigible. Si, a pesar de este último argumento, se considerara exigible a la Compañía el cumplimiento de su auto-protección, ello permitiría invocar (a lo sumo) la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7^a en atención a la disminución del injusto penal (del desvalor de resultado)⁶⁷⁴.

Se retoma ahora la idea de que tanto en “Obras de arte” como en “Cubertería” el autor ocupó una posición de garante de veracidad. En virtud de esta posición, cada uno podría haber organizado una comisión omisiva del delito de estafa. Sin embargo, ambos estafan a la víctima mediante la conducta *engañar* —activa y expresamente— *a otro*.

Finalmente, el autor del caso “Dos alemanes” engaña a las víctimas aprovechando su condición de abogado y diputado provincial. Los hechos probados del caso jurisprudencial son escuetos. Si bien permiten sostener el carácter «bastante» *ex ante* del «engaño» activo que el autor despliega, a diferencia de “Obras de arte” y “Cubertería”, no permiten sostener que el abogado ocupara una inequívoca posición de garante de veracidad en favor de sus clientes. Tampoco permiten afirmar con certeza que las víctimas de nacionalidad alemana no dominaran la lengua española y, aunque así hubiera sido, este dato no constituye razón suficiente para afirmar el desamparo informativo de los clientes. En todo caso, el carácter activo del «engaño» realizado por el autor configura una comisión activa que prevalece por sobre una eventual comisión omisiva. Sin perjuicio de lo anterior, el abogado ocupó una posición de garante de veracidad —como todo autor de este delito—tan pronto como dio comienzo a la tentativa por la cual quedó sometido al deber jurídico-penal de desistir de la ejecución iniciada. El cumplimiento del deber de desistir de la tentativa de estafa requiere el cumplimiento de un deber de veracidad en todo equivalente al propio de los garantes de veracidad en virtud de asunción o injerencia.

1.1.5.2. Segundos comentarios

⁶⁷³ En estricto rigor, engañados son los agentes que intervinieron en lugar y a nombre de la Compañía.

⁶⁷⁴ *Supra* VI.3 D).

Los casos “Cupón premiado” y “Dos alemanes” presentan sólo una fase típica relevante. En dicha fase, de acuerdo con la narración de los hechos, no es posible sostener que los engañados hayan incumplido sus incumbencias de propia orientación informativa. Por su parte, la comisión de estafa de los supuestos “Obras de arte” y “Cubertería de plata” presenta una fase atípica 1 y otra típica 2. En la fase 1 de “Obras de arte” el engañado titular del acervo informativo en el que luego ingresará el hetero-«engaño bastante», cumple diligentemente su incumbencia de propia orientación, pues consigue la hetero-protección informativa de un garante de veracidad. En cambio, en la fase 1 de “Cubertería de plata”, el engañado incumplió su incumbencia de propia orientación por falta de personal y escasez económica⁶⁷⁵.

En la fase 2 de “Obras de arte” y “Cubertería de plata”, el propio garante organiza un hetero-«engaño bastante» activo, con dolo y ánimo de lucro. La injerencia informativa engañosa tiene lugar en el contexto de una previa interacción negocial, de naturaleza extra-penal. En cambio, la fase 2 de los otros casos⁶⁷⁶ comienza directamente por la injerencia informativa engañosa, sin una vinculación negocial previa entre autor y engañado.

En la sub-estructura 1.1. comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» expreso y doloso, el riesgo derivado de la injerencia dolosa es, desde su mismo surgimiento, el riesgo típico del delito de estafa. Con el hetero-«engaño bastante» de la fase típica 2 o única, comienza la comisión activa de este delito. Normológicamente, el injerente-autor de la tentativa corresponde al destinatario del mensaje prohibitivo de la norma primaria de estafa: *se te prohíbe estafar*, o en esta conyuntura, *se te prohíbe seguir adelante con la comisión de estafa que has iniciado*. Adicionalmente, la misma norma primaria le ordena preceptivamente revocar la injerencia informativa por la que dio comienzo a la tentativa de estafa. En otras palabras, el injerente doloso-autor de la tentativa de estafa, es el destinatario del mandato de desistimiento: *desiste activamente de la estafa; te ordeno revocar la usurpación que por injerencia informativa has comenzado y sigues controlando*. El cumplimiento del deber de desistimiento de la tentativa de estafa se identifica con el cumplimiento de un deber de veracidad o, con mayor rotundidad, el deber de desistimiento de la tentativa de estafa es un deber de veracidad.

⁶⁷⁵ Acerca de la posibilidad de sostener que el cumplimiento de la auto-protección es inexigible, *supra* VI.3 C).

⁶⁷⁶ X.2. C) 1.1.1. “Cupón premiado” y X.2. C) 1.1.3. “Dos alemanes”.

De acuerdo con esta última afirmación, el autor de la tentativa de estafa ejecutada por injerencia informativa dolosa puede ser considerado normativamente como un garante de veracidad en favor del titular del acervo informativo afectado. El deber de veracidad le exige neutralizar el «engaño bastante» mediante la entrega suficiente y oportuna de información verdadera capaz de contrarrestar la falsedad de la información que afecta al titular del derecho de veracidad. En cuanto destinatario del deber de desistimiento, el autor debe revocar la usurpación provocada previamente por medio de su injerencia informativa dolosa. Si se analiza con detenimiento el contenido de uno y otro deber, se cae en la cuenta de que son idénticos en la estructura comisiva que ahora se examina⁶⁷⁷. Sin embargo, es razonable mantener la distinción entre ambos deberes porque uno y otro obedecen a perspectivas diversas de un mismo fenómeno. Tiene sentido referirse a deberes de desistimiento desde la perspectiva específica del *iter criminis* de la estafa y, por otra parte, a deberes de veracidad en relación con las obligaciones que afectan a los garantes de veracidad por asunción e injerencia. No obstante, mientras persiste la posibilidad del desistimiento activo en una tentativa activa de estafa, ambos deberes coinciden. Esta identidad de deberes pone en evidencia que los autores de tentativas activas de estafa —en este supuesto, el injerente informativo que realiza un «engaño» expreso con dolo y ánimo de lucro— son garantes de veracidad en favor de los acervos informativos en los que han introducido activamente «engaños bastantes».

El injerente informativo adquiere la doble condición de autor de la tentativa de estafa y garante de veracidad desde la realización misma de la injerencia informativa dolosa en la fase típica 2 o única. Mantiene ambas condiciones durante toda la segunda fase comisiva del delito. En efecto, la fase típica se inicia tan pronto como el autor comienza a omitir dolosamente el cumplimiento de la norma primaria preceptiva que le ordena desistir de la tentativa de estafa⁶⁷⁸. Mientras el desarrollo comisivo de la tentativa de estafa admita desistimiento (tentativa imperfecta) —factor dependiente del dominio activo u omisivo del riesgo típico por parte del autor—, se mantienen plenamente vigentes los deberes de desistimiento/ veracidad que pesan sobre el autor-garante de veracidad por injerencia dolosa. En la sub-estructura analizada, la fase típica 2 admite un dominio del riesgo activo u omisivo, o una combinación de ambos.

⁶⁷⁷ 1.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» expreso y doloso.

⁶⁷⁸ Sobre la habitual necesidad de un desistimiento activo de la tentativa de este delito (como condición de su eficacia), *vid. infra* V.3. B).

Sea como fuere la combinatoria exacta del dominio del riesgo, si se omite el desistimiento, el título de imputación al autor-garante será siempre la comisión activa de estafa, consumada o no consumada. Existiendo un «engaño bastante» activo, la atribución de responsabilidad a título omisivo decae por ser subsidiaria a la activa cuando ambas pudieran considerarse configuradas en un mismo supuesto de hecho.

En sus correspondientes fases típicas (únicas o fases 2), todos los casos analizados permiten sostener que la competencia preferente por los hetero-«engaños bastantes» presentes en los acervos informativos de los engañados, recae sobre los injerentes activos que, dolosamente y con ánimo de lucro, realizaron los respectivos «engaños» expresos.

1.2. Sub-estructura: «engaño» expreso doloso, no «bastante», activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 1.1.

1.2.1. “Soy mi suegra”⁶⁷⁹

A acude a una sucursal de una determinada entidad financiera portando una libreta de ahorros de la que son titulares su suegra, su esposo y su cuñado y, haciéndose pasar por la primera, extrae en tres fechas sucesivas diversas e importantes cantidades de dinero, para lo cual imita la firma de su suegra en los impresos que B, una de las empleadas de la entidad, se aviene a formalizar sin exigirle que se identifique y sin comprobar, por otra parte, la autenticidad de la firma puesto que la libreta está domiciliada en otra sucursal de la entidad, situada además en otro pueblo de la provincia.

1.2.2. “Poderes curativos”⁶⁸⁰

Los hermanos A y B conocen, a través de un pariente común, que C posee “poderes” curativos. A y B acuden al domicilio de C para pedirle que cure a P, su padre común, enfermo por un carcinoma hepático avanzado, con metástasis. C, en casa y junto a su hermano Z, declara a A y B que, efectivamente, posee “poderes” especiales. Pide una fotografía del enfermo y sostiene que puede curarle, pero que ello requería comenzar de inmediato con el proceso curativo. C solicita y recibe una alta suma de dinero como pago por adelantado para costear diversos procedimientos simbólicos —sacrificar algunos animales, entre otros— que debía llevar a cabo. Más tarde, C realiza largos viajes costeados por A y B para visitar al enfermo. Además, mantiene contacto telefónico diario con A, a quien informa los progresos del proceso de curación de su padre. Z, el hermano de C, mantiene por su parte conversaciones con A y B en las cuales confirma los “poderes” de C, indicándoles casos concretos de curaciones en los que C habría intervenido exitosamente. La enfermedad de P sigue su curso natural, sin ninguna influencia real de los pretendidos poderes de C. Éste solicita y recibe cuantiosas sumas adicionales de dinero de los hermanos A y B. Finalmente, P muere.

⁶⁷⁹ STS de 19 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo, J.

⁶⁸⁰ STS de 2 de febrero de 2007, ponente Martín Pallín, J.A. El TS absuelve del delito de estafa a la acusada, previamente condenada por el tribunal *a quo* como autora de este delito.

Al día siguiente, A telefona a C con la intención de pedir la devolución de la fotografía de su padre. C manifiesta no conocerla de nada.

1.2.3. Comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos

1.2.3.1. Primeros comentarios

La autora en el caso “Soy mi suegra” transmite a la empleada del banco una *mentira* por la que afirma activamente que es una de las personas titulares de la cuenta corriente de la que quiere retirar dinero. La mentira consta por escrito y configura un «engaño» no «bastante». Se debe sostener la inidoneidad *ex ante* de la mentira habida cuenta de que el destinatario del mensaje engañoso corresponde a un sujeto normal, con sus capacidades de orientación informativas no debilitadas⁶⁸¹. En el caso, es cierto que «la empleada ha sido engañada pero no que el «engaño» ha[ya] sido bastante para llevarla a entregar a la suplantadora el dinero que demandaba»⁶⁸².

La empleada bancaria incumplió su incumbencia de protección en favor de la entidad bancaria para la que trabajaba. En atención a que la configuración de la sub-estructura analizada es atípica a título de estafa, no parece necesario añadir más reflexiones sobre las consecuencias de la incumbencia incumplida para este delito, ni sobre el desarrollo posterior de la sub-estructura. Podría sostenerse que la disposición patrimonial realizada por la agente bancaria fue inducida por «engaño». Sin embargo, ese acto no configura el elemento típico *disposición patrimonial inducida por un «engaño bastante»*. El caso, en lo que al delito de estafa se refiere, corresponde a una tentativa irreal impune⁶⁸³.

El caso “Poderes curativos” también constituye una tentativa irreal impune, solo que el «engaño», a diferencia del caso anterior, corresponde a un «engaño» burdo⁶⁸⁴. La STS que resolvió este caso, absuelve a los coautores afirmando que su «engaño» no-«bastante» fue burdo e inadmisibile en atención al grado de conocimiento que, en el

⁶⁸¹ Vid. *supra* VI. B) 6. el caso excepcional en el que la grave debilidad del engañado puede permitir que una mentira configure un «engaño bastante». Este fenómeno sólo tiene lugar en la medida en que el autor haya *adaptado* su conducta a la grave debilidad de la víctima normal.

⁶⁸² STS de 19 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo, J.

⁶⁸³ La autora de la tentativa irreal de estafa fue absuelta por este delito y condenada por la autoría de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, STS de 19 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo, J. Cfr. VI. B) 8. Tentativa irreal e impune de estafa (2ª variante), en donde se propone esta solución ante la debilidad leve o moderada del sujeto normal, sin perjuicio de que el autor haya adaptado su conducta a estas clases de debilidades.

⁶⁸⁴ Vid. *supra*, VI. B) 9. Tentativa irreal e impune de estafa (3ª variante).

S.XXI, no permite a un hombre medio depositar racionalmente su confianza en poderes mágicos o paranormales. Lamentablemente, no se puede decir que esta argumentación jurisprudencial sea dominante. Hay alguna STS posterior en la que se sostiene en un caso semejante que el «engaño» que habría sido inidóneo en la generalidad de las personas debe ser considerado «bastante» cuando el engañado es una persona sensible a creer en cosas que la mayor parte de la gente no cree y el autor se aprovecha de ello⁶⁸⁵. Este segundo criterio sobre el «engaño» burdo amplía de modo insatisfactorio el campo de la estafa típica. La mayor “sensibilidad” (!) del engañado para creer en la eficacia de tratamientos mágicos o paranormales transforma la afirmación falsa *ex ante* inidónea, no peligrosa y, en muchos casos, absurda, en un «engaño bastante» típico.

1.2.3.2. Segundos comentarios

Las interacciones comunicativas de contenido patrimonial en “Soy mi suegra” y en “Poderes curativos” se desenvuelven en una fase atípica, pues la simple mentira y el «engaño» burdo, aunque correspondan a injerencias informativas activas, dolosas y con ánimo de lucro, configuran tentativas irreales atípicas.

Que el empleado bancario de “Soy mi suegra” haya incumplido su incumbencia de auto-protección no altera, en la presente sub-estructura, que ambos supuestos deban ser caracterizados como hetero-«engaños» no «bastantes» que, desde la perspectiva jurídico-penal, competen preferentemente al engañado y no al injerente informativo.

⁶⁸⁵ STS de 9 de julio de 2009, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, J.R.

1.3. Sub-estructura: «engaño bastante», expreso, imprudente, activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 1.1.

1.3.1. “Tomates”

B es el propietario de una empresa de Catering y necesita urgentemente 30.000 tomates de la variedad “Cherry”, de tamaño pequeño que, según lo pactado con su cliente C, debe utilizar en la decoración de las ensaladas para una gran cena que se celebrará cuatro días más tarde. B establece contacto telefónico con A, un distribuidor de frutas y verduras con quien nunca había negociado. B expone al distribuidor A numerosas referencias positivas que había recibido sobre su impecable modo de trabajar. A manifiesta su agradecimiento por los elogios. Luego, B señala la cantidad y características de los tomates que necesita. A tiene mala cobertura con su móvil en ese momento, por lo que escucha las palabras de B en forma entrecortada. B no se percata de esta circunstancia. A, pese a los problemas de señal durante la conversación telefónica, considera que ha comprendido lo esencial del mensaje de B: necesita 30.000 tomates Cherry para la semana próxima (siete días). Sin embargo, B necesita esa cantidad en sólo cuatro días. En la misma conversación, A expone a B sus inflexibles condiciones para el cumplimiento de sus entregas. Únicamente despacha al domicilio del comprador las frutas o verduras que se ha comprometido a entregar si recibe el pago del 75% del total en efectivo con al menos tres días de antelación a la fecha de entrega. B paga esa suma en efectivo el mismo día del acuerdo enviando a un dependiente con un sobre que es entregado personalmente a A. Transcurren cuatro días y, cuando sólo quedan dos horas para la cena, B aún no ha recibido la entrega de los 30.000 tomates. Desesperado, llama a A, quien no coge el teléfono por encontrarse reunido con otro cliente. Al ver la llamada perdida, A envía a B un mensaje de texto en el que le señala que sus 30.000 tomates serán entregados conforme a lo convenido verbalmente; que debía confiar en su seriedad y amplia experiencia como proveedor de frutas y verduras. Como era de esperar, los tomates no llegan a tiempo. B pierde su mejor cliente por la forzosa alteración del menú y se ve obligado a indemnizarle lo que habían pactado en caso de incumplimiento del contrato sobre la gran cena. Tres días después, son entregados 30.000 tomates en el lugar acordado por A y B.

1.3.2. “Futbolista”

A, famoso futbolista extranjero, contrata a B, abogado español, para que le asesore en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, tributarias, etc. Tras varios años de asesoramiento en los que todo se desarrolla sin ninguna incidencia, B asume la asesoría de otros futbolistas, viéndose desbordado por la cantidad de trabajo. En estas circunstancias, B confunde algunos datos patrimoniales de sus diversos clientes del mundo del fútbol y, por esta razón, instruye al futbolista A para que pague, por concepto de alquiler de su nueva vivienda, un monto que excede en un 50% al importe previamente pactado con el arrendador (propietario de la casa). Durante 2 años, con la sola excepción del dueño de la casa, nadie advierte el pago excesivo que mensualmente realiza el futbolista A. Este último, por casualidad, lee el contrato de alquiler y se reúne con B, quien desconocía el problema hasta ese momento. B es despedido por A.

1.3.3. Comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos

1.3.3.1. Primeros comentarios

Ambos casos poseen una estructura atípica por la ausencia de dolo y ánimo de lucro por parte de quienes —proveedor de frutas y abogado— realizan las respectivas injerencias informativas falsas. Tanto en “Tomates” como en “Futbolista” los injerentes informativos despliegan comportamientos engañosos activos, expresos, pero imprudentes. En “Tomates”, la transmisión activa de un «engaño» imprudente se produce por medio del mensaje de texto. Esta afirmación imprudente de información falsa puede ser considerada «bastante» por el refuerzo de su aparente veracidad cuando el abastecedor alude a la cifra exacta de tomates, apela a la confianza que se merece y a su amplia experiencia profesional. El «engaño bastante» activo en “Futbolista” es organizado por el abogado al señalar a su cliente la obligación de pagar un alquiler muy superior al contractualmente convenido.

En cuanto a los engañados de uno y otro supuesto, ¿realizan disposiciones patrimoniales inducidas por los respectivos «engaños bastantes» presentes en sus acervos informativos? En el caso “Futbolista” sí, pero debe negarse la comisión típica por la ausencia de una utilización —dolosa y con ánimo de lucro— del «engaño bastante» por parte del injerente informativo. En “Tomates”, la disposición patrimonial perjudicial es previa a la configuración del «engaño bastante» imprudente. En este caso, por tanto, la atipicidad deriva de tanto de la ausencia de la atribución de dolo y ánimo de lucro al autor, como al incumplimiento de uno de los

medios determinados de la comisión de estafa. Ésta requiere que la disposición patrimonial sea inducida por el «engaño», por lo que dicha disposición no puede ser previa a la situación de error.

En “Futbolista”, el arrendador recibe pagos de alquiler muy superiores a lo pactado. El propietario de la vivienda incumple una obligación extrapenal de informar al futbolista o al abogado⁶⁸⁶. El incumplimiento doloso de esta obligación y la dolosa recepción de un pago indebido carecen de relevancia jurídico-penal, pues se encuentran dentro del ámbito permitido de “riesgo patrimonial por contacto negocial”. El arrendatario no *engaña* activamente al futbolista ni tampoco incurre en un *silencio* doloso (y con ánimo de lucro) de los que pueden configurar la estructura de una estafa en comisión por omisión, pues aquél no se encuentra en una posición de garante de veracidad en favor del futbolista.

El análisis de esta sub-estructura podría parecer superfluo, pues es fácil advertir que se trata de casos de incumplimientos contractuales negligentes que, como tales, no permiten sostener la configuración estructural de una estafa típica. Sin embargo, interesa su estudio, pues *infra* serán analizados casos semejantes en los que una injerencia informativa *ab initio* imprudente luego alcanza la relevancia jurídico-penal a título de estafa⁶⁸⁷. No corresponde profundizar aquí en esa sub-estructura excepcional. Basta por ahora señalar que la injerencia informativa *ab initio* imprudente, aunque suponga una irrupción informativa cuyo contenido pudiera corresponder al de un «engaño bastante» —alusión a su idoneidad *ex ante* para provocar error en otro— jamás configurará una estructura típica de estafa mientras el elemento cognoscitivo atribuido al autor se mantenga fijo en la imprudencia.

Los casos “Tomates” y “Futbolista” permiten comentar otro aspecto de interés analítico-estructural. El abastecedor de tomates ocupó una posición jurídica extrapenal vinculada a ciertas obligaciones de informar, pero estas últimas constituyeron un indicio contrario a la configuración de deberes de veracidad jurídico-penales. Tanto el comprador de los tomates como el proveedor de frutas y verduras se encontraban en posiciones jurídicamente equiparadas, aunque existieran —como en todo contacto negocial— asimetrías informativas. En cambio, el abogado-asesor del futbolista sí que estuvo inserto en una posición que, junto a su condición de obligado

⁶⁸⁶ Se debe aplicar la correspondiente normativa civil sobre el pago de lo no debido, el enriquecimiento injusto y la buena fe en el cumplimiento de los contratos.

⁶⁸⁷ VIII.4. D) c).

a informar al futbolista, le habría permitido infringir la prohibición penal de estafar al cliente mediante una conducta de *silencio* doloso. La significación normativa de las circunstancias en las que se encontraba el futbolista-beneficiario de la heteroprotección, fue la propia de un desamparo informativo. Sin embargo, el abogado-asesor infringió sus obligaciones informacionales de modo imprudente, lo cual únicamente puede traer aparejadas consecuencias jurídicas extrapenales. En el plano penal, no existe la posibilidad normológica de que el garante de veracidad pueda incurrir en una infracción imprudente (activa u omisiva) de la prohibición penal de estafar. Adicionalmente, todavía en el caso “Futbolista”, se puede comentar que el abogado infringió su deber de re-assumir fácticamente el ejercicio de su función hetero-protectora. Esta infracción, sin embargo, no le puede ser atribuida a título doloso, sino sólo imprudente.

1.3.3.2. Segundos comentarios

Los casos “Tomates” y “Futbolista” se mantienen en la fase atípica 1. Ambos hetero-engaños cumplen sus incumbencias de auto-protección. El caso “Futbolista” es el más claro en este sentido, pues el profesional del deporte se vinculó con el injerente en una relación previa —compromiso de asunción— donde el abogado se comprometió a prestarle orientación informativo-patrimonial. En “Tomates”, en cambio, no existió una relación entre el comprador y el vendedor previa a la injerencia imprudente del segundo.

En esta sub-estructura se verifica sólo una fase atípica, pues los hetero-«engaños bastantes» provocados mediante injerencias informativas imprudentes no permiten sostener una fase típica 2 o única⁶⁸⁸. El argumento que justifica la negación de la fase típica es tan sencillo como contundente: el delito de estafa ha sido tipificado como un comportamiento doloso. Sin el dolo del injerente informativo no es siquiera planteable la tentativa de una estafa típica.

Como en todos los supuestos dotados únicamente de una fase atípica, el proceso analítico finaliza cuando se concluye, como en la presente sub-estructura, que la provocación activa del hetero-«engaño bastante» no realiza el tipo penal del delito de estafa ni siquiera como la más inacabada de sus tentativas. Sin perjuicio de lo anterior —atipicidad de la sub-estructura—, es posible emitir un juicio jurídico-penal acerca de la competencia preferente sobre el «engaño», sin que ello suponga determinar las

⁶⁸⁸ Sí, de modo excepcional, *vid.* VIII.4. D) c) 2. i.

consecuencias extrapenales asociadas a estas sub-estructuras atípicas. La competencia preferente sobre el hetero-«engaño bastante» derivado de una injerencia imprudente recae sobre la esfera de organización del engañado.

D) ESTRUCTURA ESPECÍFICA DE ESTAFA POR «ENGAÑO» ACTIVO E IMPLÍCITO

({ [1.1. infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante injerencia informativa activa e implícita → «engaño bastante»] = [1.2. utilización activa y dolosa de un «engaño bastante»] } → [2 disposición patrimonial inducida por { }] → [3 perjuicio patrimonial del engañado o un tercero])

2.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» implícito y doloso

2.1.1. “Hotel”⁶⁸⁹

A se aloja durante dos meses en el hotel administrado por B. Realiza un pago parcial de su estancia durante los primeros días, dando así a entender que abonaría el pago por el alojamiento y servicios del hotel. Sin embargo, pasado el tiempo, A no paga el precio de su estancia diaria y es requerido por B. Por medio de una tarjeta de crédito de un tercero —amigo de A— el hotel consigue cobrar 2.000 € y exige que A le satisfaga el resto del pago. Pocos días antes de abandonar el establecimiento, A entrega un pagaré al portador por la suma de 7.000 € que no fueron finalmente abonados por carecer de fondos la cuenta del Banco contra el que fue librado.

2.1.2. “Facturas”⁶⁹⁰

A, Director de aprovisionamiento de una empresa, mantiene con el proveedor B una larga y estrecha trayectoria laboral conjunta. A se vale de la confianza recíproca existente entrabos, y convence a B para que altere las facturas y aumente los precios en un porcentaje nunca mayor al 10% de las transacciones reales. A, en perjuicio de la Sociedad, se queda reiteradamente con la diferencia entre el precio real y el efectivo.

2.1.3. “Defensor de oficio”⁶⁹¹

⁶⁸⁹ STS de 12 de mayo de 2005, ponente Bacigalupo Zapater, E.

⁶⁹⁰ STS de 9 de diciembre de 2010, ponente Saavedra Ruiz, J.

⁶⁹¹ BGH LM Nr.40.

El defensor de oficio A no informa a su cliente B que ha recibido el pago estatal correspondiente a sus servicios de defensa. A reclama a B su salario. B paga los servicios de A como si este último no hubiera recibido la remuneración estatal.

2.1.4. “Multinacional”⁶⁹²

A propone a C una inversión en la sociedad del primero, actualmente en dificultades financieras, sobre la base de la aportación simultánea de capitales con B, una prestigiosa y solvente multinacional. En el momento en el que el inversor C ha de realizar su aportación, A sabe que B no tomará parte en la operación. No informa de esta circunstancia a C cuando, en fecha previa a la inversión, le manifiesta “todo está en orden”, haciendo alusión a la inversión. C invierte su dinero según lo acordado y el negocio es un fracaso económico por la ausencia de B en la operación.

2.1.5. Comentario a la sub-estructura y sus ejemplos⁶⁹³

La presente combinación estructural 2.1. únicamente se distingue de la sub-estructura típica 1.1.⁶⁹⁴ en el carácter implícito del «engaño» activo.

Al igual que en la estructura de estafa activa mediante «engaño» expreso, el autor organiza la irrupción informativa en un acervo ajeno de datos patrimoniales, mediante la conducta *engañar a otro*. La cuestión analíticamente relevante es que la acción *engañar* transmite un mensaje falso implícito. Como en 1.1., aquí también el autor utiliza activa y dolosamente un «engaño» cuando realiza la acción *engañar a otro*, sólo que esta utilización se efectúa por la emisión de una afirmación falsa implícita. Siendo implícito el «engaño», cobra especial relevancia el contexto en el que aquél es transmitido. De modo análogo a la sub-estructura típica 1.1., el «engaño» implícito utilizado activamente por el autor, introduce la información falsa en el acervo informativo del engañado.

La tipicidad de la presente sub-estructura depende de que el «engaño» implícito *ex ante* pueda ser considerado como «bastante» o idóneo —según el baremo del hombre

⁶⁹² PÉREZ DEL VALLE, *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, p. 399 propone este caso.

⁶⁹³ Para explicar la presente sub-estructura de estafa por engaño activo e implícito no se realizarán “Segundos comentarios”. El comentario 2.1.5. parece suficiente y lo señalado previamente en el apartado “1.1.5.2. Segundos comentarios” en relación con “1.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» expreso y doloso” es del todo aplicable a la actual sub-estructura 2.1. “comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» implícito y doloso”.

⁶⁹⁴ 1.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa activa por «engaño bastante» expreso y doloso.

medio en la posición del autor— para inducir la realización de una disposición patrimonial perjudicial.

Las disposiciones patrimoniales de los cuatro ejemplos citados fueron efectivamente inducidas por los correspondientes «engaños bastantes» implícitos utilizados activamente por los autores. Por otra parte, cada uno de los casos de la sub-estructura analizada configuran estafas consumadas, pues la esfera de organización de la víctima resulta afectada por un «perjuicio patrimonial» imputable al comportamiento típico coorganizado por el autor y el engañado.

En “Facturas” se comete un delito de falsedad documental. Haciendo abstracción de este delito, es interesante considerar que el TS condenó al Director de aprovisionamiento de la empresa (A), por un delito de estafa en comisión por omisión. En el plano estructural, la decisión del TS es desacertada. A ocupaba una posición empresarial que, extrapenalmente, permite considerarle como un sujeto *obligado a informar verazmente* a la empresa. Este rol extrapenal fue vulnerado o frustrado por A mediante un comportamiento que le es atribuible como doloso y organizado con ánimo de lucro. Sin embargo, la estructura de la comisión omisiva de estafa requiere un «engaño bastante» *precedente* y un *silencio* que nada afirme (ni falso ni verdadero), ambos imputables a un garante de veracidad. Pues bien, en “Facturas”, no es del todo claro que A ocupaba una posición que, en el plano normativo e intersubjetivo, correspondiera a la de un garante de veracidad. Tampoco queda claro que la empresa se encontrara *informativamente desamparada*, pues el relato de los hechos no permite afirmar de modo rotundo que la empresa hubiera confiado a A la misión de transmitir y obtener la información fidedigna sobre las transacciones que el propio director declaraba. Ante este panorama, más que forzar una dudosa estructura de estafa cometida mediante *silencio*, el caso se ajusta mejor a la sub-estructura 2.1. de estafa por «engaño» activo e implícito. En cada una de las ocasiones en las que A presentó las facturas falsas a quien correspondiera según la concreta organización empresarial, declaró implícitamente que la información entregada correspondía a los términos reales de las transacciones efectuadas con el proveedor B. Desde esta perspectiva, A provocó periódicamente situaciones de «engaño» en el acervo informativo de los agentes que actuaban por la empresa. En consecuencia, habida cuenta de estos argumentos, incluso si se considerara que A ocupó una posición como garante de veracidad, es incorrecto sostener la estructura de una estafa en comisión por *silencio*. En “Facturas” no hay tal *silencio*, sino numerosos mensajes comunicativos implícitos

y *ex ante* «bastantes». Finalmente, tampoco se cumple con la *precedencia* del «engaño bastante» indispensable para la estructura de la estafa por omisión.

Se debe aplicar un razonamiento semejante al recién planteado para “Facturas” al caso “Defensor de oficio”. En Alemania este supuesto es considerado como una estafa omisiva punible⁶⁹⁵. Según el proceso analítico aquí propuesto, la solución alemana sólo parece correcta en cuanto a sostener la punibilidad de la estructura a título de estafa. Sin embargo, el comportamiento del abogado defensor por el que éste demanda a su cliente una remuneración a la que no tiene derecho, “silencia” el dato de la previa recepción del pago estatal, pero sobre todo transmite un mensaje engañoso implícito. La solicitud de pago por los servicios prestados genera el «engaño bastante» del cliente —se trata del ejercicio activo de la conducta *engañar a otro*—, pues el abogado implícitamente afirma no haber recibido el pago por la defensa profesional ejercida. En consecuencia, “Defensor de oficio” posee la estructura de la estafa activa por «engaño bastante» implícito y no corresponde a una comisión por omisión de estafa.

En el caso “Multinacional” es fácil observar la presencia del «engaño» activo «bastante» e implícito. La frase de A, “todo está en orden”, es manifestada en un contexto comunicativo bien delimitado por los términos de la negociación previa. Dicho contexto proporcionó un sentido engañoso a la afirmación implícita. Este mensaje indujo la realización de una disposición patrimonial desorientada por el dato falso “la multinacional B sí invertirá”.

⁶⁹⁵ CRAMER/ PERRON, *StGB*, 2010 §263, n.m. 22.

2.2. Sub-estructura: «engaño» implícito, doloso, no «bastante», activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 2.1.

2.2.1. “Termitas”⁶⁹⁶

A y B, matrimonio co-propietario de una vivienda, ofrecen su casa en venta. C la visita y manifiesta su intención de comprarla. Al día siguiente, sin previo aviso, un inspector de la Generalitat Valenciana se presenta en el domicilio de A y B. Examina minuciosamente la vivienda y entrega un informe escrito a los propietarios. Allí consta que toda la madera del artesanado del techo del inmueble se encuentra gravemente afectada por una plaga de termitas. A y B acuerdan callar respecto de la plaga. Los vendedores y el comprador se reúnen en una Notaría. Allí celebran la compraventa del inmueble. En la reunión, el comprador paga la mitad del importe total y se compromete a saldar el resto en cuotas mensuales. Más tarde, es realizada la inscripción de la venta en el Registro de la propiedad de bienes inmuebles. C paga puntualmente las cuotas mensuales sin trasladarse al inmueble, pues piensa casarse y establecerse allí con su mujer. Antes de la boda, las termitas provocan el desmoronamiento de todo el techo artesonado de la casa.

2.2.2. “Ocultación”

El cliente A, cuando pasa por la caja de una tienda de una cadena de grandes almacenes, paga dos mini tablets que presenta al empleado encargado de cobrar. Antes de pasar delante del cajero, A esconde en su ropa otras dos mini tablets que pasan inadvertidas para el empleado.

2.2.2. Comentario a la sub-estructura y sus ejemplos⁶⁹⁷

El comportamiento doloso “no-informar”, en el contexto de una negociación de compraventa, puede transmitir un mensaje engañoso. Este es precisamente el fenómeno que tiene lugar en el caso “Termitas”. Los vendedores ocupan posiciones extrapenales como *obligados informacionales* y, pese a tal condición, deciden callar

⁶⁹⁶ AP de Valencia, sección 2ª, de 25 de octubre de 2010, ponente Ortega Lorente, J.M.

⁶⁹⁷ El análisis de esta sub-estructura 2.2. de estafa por engaño activo e implícito no requiere “Segundos comentarios”. El que se propone a continuación basta, sobre todo si se tiene a la vista lo previamente explicado en el apartado “1.2.3.2. Segundos comentarios” en relación con “1.2. Sub-estructura: «engaño» expreso doloso, no «bastante», activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 1.1.”. Lo allí comentado es aplicable a la actual sub-estructura 2.2. “«engaño» implícito, doloso, no «bastante», activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 2.1.”.

sobre el vicio oculto de la cosa vendida. El vicio oculto conocido y no declarado a la contraparte, constituye un ilícito civil que legitima a C para solicitar la nulidad del contrato y la indemnización de daños imputables a la reticencia dolosa de A y B⁶⁹⁸. Los vendedores conocían la cualidad negativa de la cosa ofrecida en venta —la plaga de termitas— antes de la celebración del contrato y sabían también (no podían ignorar) la relevancia de dicha cualidad para el comprador, pues afectaba sustancialmente la equivalencia entre el valor de la vivienda y el precio que C pagaría por ella.

El caso “Termitas” no corresponde estructuralmente a un caso de *silencio*. Los vendedores no pueden ser considerados como garantes de veracidad en favor del comprador quien, por su parte, tampoco se encontraba en una situación propicia al desamparo informativo relevante, penalmente, a título de estafa. La única semejanza, sutil por cierto, del supuesto “Termitas” con los genuinos casos de estafa por *silencio* radica en el hecho de que la información falsa se asentó en el acervo informativo del comprador (“la casa se encuentra en buen estado”) sin que los vendedores hubieran generado la situación de «engaño» de C mediante la ejecución activa del injusto penal de estafa⁶⁹⁹. Durante el espacio temporal que medió entre la recepción del informe del inspector y la celebración de la compraventa, los vendedores no interactuaron de modo alguno con el comprador. El «engaño» se configuró al modo en que pueden hacerlo los «engaños» *precedentes*. Sin embargo, recibido el informe, cuando los vendedores contactaron con el comprador y, sin duda alguna, cuando se reúnen todos en la Notaría, la no-manifestación del vicio oculto transmitió implícitamente el mensaje “no conocemos la existencia de un vicio”⁷⁰⁰. Esta transmisión de mensaje fue activa y engañosa. Por lo tanto, se trata de un «engaño» activo, implícito, doloso y realizado con ánimo de lucro, que no puede ser calificado como «engaño bastante», pues se encuentra dentro del ámbito permitido de “riesgo patrimonial por contacto negocial”⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ STS de 5 de marzo de 2010, ponente O’Callaghan Muñoz, X., con explícita referencia al ilícito doloso omisivo “no informar”.

⁶⁹⁹ Requisito negativo del «engaño» *precedente*, *supra* IX.1. B).

⁷⁰⁰ Adicionalmente, por si se intentara vincular el caso con una comisión omisiva de estafa, conviene no olvidar que la celebración de contratos como el de compraventa —sin que conste intersubjetivamente que una de las partes asume el asesoramiento de la parte contraria—, no genera deberes de veracidad jurídico-penales.

⁷⁰¹ La Audiencia provincial de Valencia condenó a los vendedores del caso “Termitas” como coautores de un delito de estafa en comisión por omisión. Esta sentencia fundamenta la estafa por la realización de un “engaño omisivo”. Entre sus FFJJ no se menciona siquiera la necesidad de un garante para la comisión omisiva del delito. En lo que dice relación con el “engaño omisivo”, cita como precedente jurisprudencial la STS de 23 de febrero de 2004: «el engaño omisivo se da cuando al autor del hecho le afecta la obligación, consecuencia de

Una peculiaridad interesante de este caso es que los vendedores inicialmente declararon o presentaron su oferta sin faltar a la verdad. La información que ellos proporcionaron “pasó a ser falsa” luego por un factor inesperado y no controlado por los vendedores. Sin embargo, desde que conocieron el cambio operado por las circunstancias, ambos vendedores acordaron callar. En este punto, nuevamente, puede plantearse la cuestión de si cabe sostener una comisión por omisión de estafa. El modo de obrar de los vendedores que consistió en incumplir su obligación de sacar del error al comprador, ¿no realiza acaso la noción del *silencio* específico de la comisión por omisión de estafa? La respuesta es negativa, pues, como ya ha sido explicado, el contexto comunicativo generado por las tratativas previas a la celebración de la compraventa, tiñó de sentido engañoso la conducta “no-informar” de los vendedores. En consecuencia, ambos realizaron un «engaño» activo implícito, pero jurídico-penalmente no «bastante» y, en definitiva, atípico.

El caso “Ocultación” permite sostener que el comprador, cuando presentó y pagó en la caja dos de los cuatro productos que luego se llevaría de la tienda, declaró implícitamente al cajero que las mini *tablets* que enseñaba correspondían a la totalidad (no a la mitad) de los objetos que debía pagar. El cajero, cuando recibió el pago de dos mini *tablets*, se vio afectado por un «engaño» provocado por el comprador mediante un «engaño» activo implícito. El comprador ocupaba la posición de obligado informativo (extra-penal) ante la tienda, representada en ese momento por su cajero. ¿Incumplió éste su obligación informativa al ocultar entre su ropa los objetos que no pagó? La respuesta es negativa. Este incumplimiento informativo tuvo lugar en el momento en que el comprador pasó por la caja.

la buena fe contractual, de poner de manifiesto a la otra parte contratante una información» (FJ2º). La información omitida ha de referirse a «datos trascendentales sobre el bien objeto de la compraventa, cuyo conocimiento por parte del comprador hubieran producido bien que no hubiera llegado a consumarse, bien manifiestas modificaciones en las condiciones del negocio jurídico, v.gr., el precio». Aunque la Sentencia de la AP valenciana no menciona la doctrina de los contratos civiles criminalizados, el fallo se fundamenta en dicha doctrina. Señala que «para que cualquier negocio civil o mercantil pueda ser considerado como punible desde el punto de vista penal es preciso que surja, a modo de medio engañoso, utilizado para producir el error de la otra persona que contrata, la cual es entonces, y por ello, inducida a realizar un determinado desprendimiento patrimonial del que, en relación de causa a efecto, se beneficia el instigador de la operación, quien, desde un principio, perseguía esa finalidad lucrativa» (FJ2º). El contrato mismo es el medio engañoso que causa el error. La SAP de Valencia es un buen ejemplo de cómo puede sucumbir a la tentación de transformar en deberes jurídico-penales, *obligaciones informativas* reguladas y sancionadas de modo satisfactorio por el Derecho extra-penal. Comentando un caso distinto —se trataba de la incapacidad de pago sobreviniente de un cliente de un hotel— TRIFFTERER niega la posibilidad general de la comisión por omisión de estafa porque, a su juicio, eleva las obligaciones contractuales informativas a la categoría de deberes penales de información *cfr. JuS* 1971, 181.

El supuesto “Ocultación” podría ser visto como un caso de *silencio*, en cuanto que el comprador no informó la verdadera cantidad de objetos que se llevaba de la tienda, con pleno conocimiento de la errónea representación del cajero sobre dicha cantidad. Sin embargo, como en “Termitas”, la interacción comercial proporcionó un sentido comunicativo a la actitud del comprador que calló ante el cajero, de tal modo que debe ser descartado el *silencio no comunicativo*⁷⁰². El comportamiento del comprador configuró un «engaño» activo (implícito), doloso y con ánimo de lucro, realizado al pasar delante del cajero. Un aspecto complejo del caso analizado es la determinación de si este concreto «engaño» implícito posee suficiente fuerza desorientadora *ex ante* como para ser considerado como un «engaño bastante». Lo más adecuado jurídicopenalmente parece ser la negación de la realización típica de una estafa activa (afirmar un «engaño» no «bastante»), y reconducir el supuesto a una sustracción (apropiación) de cosa mueble en la que la conducta engañosa —conocida como “estafa de aseguramiento”⁷⁰³ o *Trickdiebstahl*⁷⁰⁴— simplemente aseguró la consumación del hurto simple o agravado⁷⁰⁵.

⁷⁰² Por lo demás, el comprador no ocupó una posición como garante de veracidad en favor del cajero. TIEDEMANN no compartiría esta solución, pues entiende que en casos con esta configuración hay una injerencia (¿informativa?) por el previo comportamiento de ocultación. A su juicio, la “falta de vinculación” impide apreciar el engaño implícito, quedando espacio únicamente para un engaño por omisión, TIEDEMANN, *LK-StGB*, 2012, §263, n.m. 68, a 4).

⁷⁰³ Sobre esta modalidad de hurto, PASTOR MUÑOZ, *La determinación*, 2004, p.178.

⁷⁰⁴ KINDHÄUSER, *B.T. II*, 2014, §27, nm. 40. Propone otro ejemplo de *Trickdiebstahl*. Una persona que entra en una joyería y simula estar interesado en la compra de anillos. El empleado que le atiende pone sobre la mesa varios anillos que se encontraban en la vitrina. El cliente coge rápidamente los anillos y sale corriendo.

⁷⁰⁵ En España existe una reciente agravación del hurto para casos comúnmente realizados en grandes almacenes o supermercados, (art. 234.3. CP) «cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas».

2.3. Sub-estructura: «engaño» no «bastante», implícito, imprudente, activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 2.1.

2.3.1. “Cuenta corriente”

B, titular de una cuenta corriente, visita regularmente la sucursal bancaria más cercana a su domicilio. Allí es atendido habitualmente por el empleado A, un agente de cuentas corrientes. B no tiene internet en casa ni una libreta de las que ofrece el banco para llevar el registro de los movimientos y el saldo de su cuenta. El empleado A proporciona pacientemente a B toda la información que le solicita en sus visitas periódicas. El banco establece una política de incentivos salariales para los agentes de cuentas corrientes que logren que sus clientes activen nuevas tarjetas de crédito, comiencen a utilizar este medio de financiación o, en caso de que ya obtuvieran financiamiento por este medio, incrementen su uso. El cliente B, por propia iniciativa, pide a su agente que le enseñe a activar y utilizar la tarjeta de crédito asociada a su cuenta, pues debe hacer varios pagos por una suma total de 1.400 €. El agente explica a B los beneficios de la tarjeta durante más de una hora. B pregunta si ya puede retirarse, pues tiene la impresión de saber todo lo necesario para usar correctamente su tarjeta de crédito. El agente bancario, impaciente por atender a otros clientes que le esperan en la sucursal, hace entrega de la tarjeta al cliente y realiza un gesto que a B le resulta familiar, pues es el modo en que A le ha indicado en otras ocasiones “ya le he explicado todo” respecto de los temas bancarios tratados. En la explicación sobre el uso de la tarjeta, A olvida explicar que el banco cobrará, mensualmente y en una fecha determinada, los montos adeudados por el uso de la tarjeta de crédito. En dicha fecha, B tiene 0 € en su cuenta, por lo que el banco ordena el cobro de los 1.400 € y una multa de 500€.

2.3.2. Comentario a la sub-estructura y su ejemplo⁷⁰⁶

Aunque el ejemplo y la sub-estructura no se refieren a la comisión omisiva de estafa, vale la pena comentar lo siguiente, aunque sólo sea con el fin de realizar un ejercicio analítico. Entre A y B no existió una relación por la que el primero asumiera jurídico-

⁷⁰⁶ En la presente sub-estructura de estafa por engaño activo e implícito no serán incluidos “Segundos comentarios”. El contenido del apartado “1.3.3.2. Segundos comentarios” de la sub-estructura 1.3. “«engaño bastante», expreso, imprudente, activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 1.1”. es en todo aplicable a la actual sub-estructura 2.3 “«engaño» no «bastante», implícito, imprudente, activo y atípico, semejante estructuralmente a la comisión típica de estafa activa 2.1.”.

penalmente deberes de hetero-orientación más allá de su rol como agente bancario. Ni la habitualidad de las visitas de B a la sucursal ni el carácter “básico” de las consultas que éste planteaba al agente, otorgan base suficiente para sostener la configuración —normativa e intersubjetivamente inequívoca— de un compromiso de asunción de protección informativa en favor de B.

Durante la explicación verbal de A sobre los términos de la contratación de una tarjeta de crédito, el agente obró con cierto ánimo de lucro, pues él obtendría una ganancia por cada cliente de su cartera que comenzara a utilizar una nueva tarjeta de crédito. Pese a su interés por conseguir el beneficio aludido, A omitió por descuido referirse al régimen mensual de cobro de los montos que los clientes adeudan al banco por concepto de créditos obtenidos mediante el uso de tarjetas. La información incompleta proporcionada por A permite sostener —siempre en el plano estructural— una injerencia informativa imprudente que provocó el ingreso de ciertos datos parcialmente erróneos en el acervo informativo de B. En consecuencia, la irrupción informativa imprudente generó una situación de «engaño» o error sobre la contratación de la tarjeta.

Con mayor precisión, el caso “Cuenta corriente” permite sostener la realización de un «engaño» implícito activo cuando A indicó por señas a B el mensaje “*ya le he explicado todo*” (sobre la tarjeta de crédito). Ahora bien, de acuerdo con la distribución originaria de los riesgos de desorientación, la competencia por la orientación informativa al contratar una tarjeta de crédito, recae preferentemente sobre los clientes, B en este caso, quienes disponen de toda la información escrita antes, durante y después de la contratación o activación de la tarjeta. Si a la competencia preferente de B sobre el concreto «engaño» que a él mismo afecta, se añade la constatación de que la injerencia informativa de A fue organizada imprudentemente *ab initio*, y que este elemento subjetivo no sufrió alteración, no cabe duda alguna de la atipicidad de la sub-estructura presente en el caso “Cuenta corriente”. Es más, no parece posible sostener siquiera que A llegara a incumplir alguna obligación informacional extrapenal.

E) ESTRUCTURA ESPECÍFICA DE ESTAFA POR *SILENCIO* ANTE UN «ENGAÑO»
PRECEDENTE

({ [1.1. «engaño bastante» *precedente* → infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante silencio] = [1.2. utilización omisiva y dolosa de un «engaño bastante»] } → [2. disposición patrimonial inducida por { }] → [3. perjuicio patrimonial del engañado o un tercero])

3.1. Sub-estructura: comisión típica de estafa por *silencio doloso* ante un «engaño bastante» *precedente*

3.1.1. “Asesor”

Durante 30 años, B presta sus servicios a A como asesor de inversiones en el mercado de valores. A y B reciben a la vez —correo electrónico dirigido a A, con copia oculta a B— cierta información falsa sobre una empresa en la que A desea invertir. Esta información hace que la inversión en la empresa parezca especialmente ventajosa para los intereses de A, quien pone en conocimiento de B su proyecto de inversión. El asesor B, conociendo la falsedad de los datos que posee A, no le proporciona la información verdadera sobre la empresa en la que A quiere invertir. Por otra parte, el propio A habría podido recabar la información correcta si hubiera desplegado una mayor diligencia. B, sin embargo, guarda silencio para que, como efectivamente termina ocurriendo, A le despida después de enterarse de la ocultación de información. B recibe una cuantiosa paga por años de servicio ya que —tal y como había previsto— su despido es considerado improcedente en sede judicial, pues no se logra comprobar el conocimiento de B sobre la información que previsiblemente perjudicaría a A.

3.1.2. “Clarinete”⁷⁰⁷

A contrata un seguro de su casa y de los bienes muebles que en ella se contienen. Estos bienes constan en un inventario y están cubiertos frente a todo tipo de riesgos, hurto y robo incluidos. A declara verazmente ante la Compañía de seguros (B) la

⁷⁰⁷ RG 70, 225 [226 ss.]; SATZGER, *StGB*, 2014, §263, n.m. 104.

desaparición —presuntamente por hurto— de un valioso clarinete que se encuentra entre los bienes asegurados. Agentes de la Compañía B estudian los antecedentes aportados por A, en especial la denuncia presentada ante la Policía. Antes de que B haya dado orden de pago de la correspondiente indemnización, el Clarinete reaparece en casa de A con una nota escrita por su hermano donde señala que lo había tomado por unos días y que esperaba no haberle provocado molestias. A, tras recuperar el instrumento, no informa la reaparición a la Compañía. Una semana más tarde recibe en su cuenta corriente la indemnización por el Clarinete.

3.1.3. “Padre e Hijo”⁷⁰⁸

A regresa de un viaje y descubre que su hijo B ha destruido el vehículo de propiedad del primero en circunstancias no cubiertas por el contrato de seguro del coche. B explica a su padre que ha presentado a la Compañía aseguradora C, una reclamación fraudulenta que se encuentra en curso. A no informa a la Compañía de las verdaderas circunstancias del siniestro y se queda con la indemnización que C ordena realizar en favor de su patrimonio.

3.1.4. “Metro”

A administra el patrimonio de B. A expone a B la posibilidad de realizar una importante inversión en títulos de valor. Su recomendación se basa en datos publicados esa misma mañana en el periódico financiero que el administrador lee cada día en su trayecto en metro rumbo al trabajo. A propone la inversión sin haber cotejado la información del periódico con los datos oficiales. B autoriza la operación y el administrador contacta inmediatamente a la institución financiera X para que tome parte en la operación. Horas más tarde, A revisa la información oficial de las cotizaciones en bolsa y cae en la cuenta de que la información del periódico matutino era errónea. Los datos oficiales permiten pronosticar —casi asegurar— que se producirá una merma importante en el patrimonio de B si lleva cabo la inversión. Sin embargo, A decide no informar su error a B y tampoco modificar los términos convenidos con la institución financiera X. A guarda silencio por temor a perder su trabajo como asesor y, con él, el prestigio profesional de largos años sin cometer errores. B, por medio de A, invierte en la operación mencionada y, como era previsible, pierde mucho dinero. El asesor

⁷⁰⁸ Caso propuesto por PIÑA ROCHEFORT, *Fraude de Seguros*, 2006, p. 85.

mantiene su puesto de trabajo hasta que, un año más tarde, el asesorado conoce la causa por la que el negocio fue tan mal.

3.1.5. “Sastrería”

A lleva ejerce labores de contabilidad y de administración de una pequeña empresa dedicada a la sastrería. El precio cobrado por el servicio se fija en función del número de horas que las costureras emplean en la confección de cada prenda y según la complejidad que el sastre asocia a su elaboración (dificultad “normal”, “difícil” o “muy difícil”). El cliente B, abogado de profesión, baja mucho de peso y necesita ropa nueva de trabajo. Acude al taller y, tras tomarle C sus medidas, encarga la confección de 12 trajes completos. Cuando las costureras y el sastre han terminado su labor conjunta, informan a A sobre la cantidad de horas empleadas y valoran la complejidad como “normal”. De acuerdo con el procedimiento habitual, A envía un mensaje de texto al cliente para informarle que puede retirar su encargo. En el mismo mensaje se indica al cliente el monto total que debe pagar. A comete un error y en lugar de cobrar 1.290€, señala que el precio a pagar es 1.920€. El azar y la modesta estructura empresarial hacen que sea A quien entrega la ropa a B, mientras el sastre ha salido a desayunar con las costureras. El cliente lee en voz alta el mensaje recibido para recordar la cifra exacta que debe pagar. En ese momento, A se da cuenta del error que él mismo cometió al enviar el mensaje. Aprovechando que el cliente no manifiesta oposición o extrañeza frente al monto, recibe los 1.920€. B no solicita un comprobante. Tras retirarse B, A se queda con los 630€ de diferencia e ingresa los 1.290€ en la caja de la sastrería.

3.1.6. “Intermediario inmobiliario”⁷⁰⁹

A recibe el encargo de actuar como intermediario inmobiliario de C, propietario de un edificio. A crea una sociedad (B) para que ésta compre el edificio que luego revenderá a D, comprador con una mejor oferta. A nunca informó a C que era socio de B ni de la existencia de una mejor oferta de compra que la ofrecida por B. Tras comprar B el edificio, lo vende a D por un mejor precio.

3.1.7. Primeros comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos

⁷⁰⁹ STS de 4 de enero de 2010, ponente Bacigalupo Zapater, E.

En el marco de este análisis estructural, el estudio sobre la presente sub-estructura presenta un interés primordial. Por este motivo, las explicaciones siguientes son algo más extensas que las realizadas al comentar las sub-estructuras anteriores.

Para no aumentar la complejidad de los comentarios, éstos se centrarán en la configuración de la primera “parte” de la sub-estructura: la presencia de un «engaño bastante» *precedente* en un determinado acervo informativo, seguido de la infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante la adopción de una actitud calificable como *silencio no comunicativo*⁷¹⁰.

3.1.7.1. El «engaño bastante» *precedente*

El primero de los elementos de la sub-estructura de la comisión típica de la estafa por *silencio*, es el «engaño bastante» *precedente*. Dicho «engaño» debe alojarse en el acervo informativo-patrimonial del engañado *antes* del comienzo de la tentativa de estafa en comisión omisiva, sin que la configuración del «engaño» sea imputable al autor-omitente por haber realizado previamente el injusto penal de una estafa activa⁷¹¹.

En el caso “Asesor”, la configuración del «engaño bastante» *precedente* es muy clara. El relato menciona que el engañado A podría haber salido de su «engaño» si hubiera desplegado una diligencia mayor y se hubiera auto-orientado mejor sobre la inversión que deseaba llevar a cabo. Respecto de las consecuencias que podrían asociarse a un incumplimiento de la incumbencia de protección del propio asesorado, difícilmente permitirían fundamentar una disminución del injusto penal de la comisión por omisión de estafa del asesor. Aunque el asesorado hubiera tenido posibilidades fácticas de salir del error, la inequívoca posición de garante de su asesor, legitima que el asesorado rebaje su auto-protección informativa, pues uno de los objetivos por los que se contratan asesores es, precisamente, tener a alguien a quien confiar la veracidad de la información patrimonial que se posee.

“Clarinete” y “Padre e Hijo” presentan una característica común. Los autores y los agentes de las Compañías de seguros compartieron inicialmente la condición de “engañados”. El «engaño bastante» se encontraba en el ámbito informativo de las

⁷¹⁰ { [1.1. «engaño bastante» *precedente* → infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante silencio] = [1.2. utilización omisiva y dolosa de un «engaño bastante»] }.

⁷¹¹ Se trata del requisito negativo que permite sostener la *precedencia* del «engaño bastante». La realización del injusto penal de estafa que impide el «engaño bastante» *precedente* es la estafa activa consumada y cualquiera de sus tentativas típicas.

Compañías incluso antes de que los autores conocieran la existencia del «engaño». En ambos supuestos, se configuró un «engaño bastante» *precedente*, pues la información falsa se encontraba en los acervos informativos de los empleados de las aseguradoras, *antes* de que el autor la hubiera utilizado omisivamente mediante un *silencio no afirmativo*. Ambos supuestos cumplen el requisito negativo de la *precedencia* del «engaño», pues su presencia en el acervo de los engañados no es imputable al autor por haber realizado éste, previamente, el injusto penal (activo) del delito de estafa.

También en “Metro” y “Sastrería”, víctima y autor compartieron inicialmente la condición de “engañados”. Por otra parte, el «engaño bastante» *precedente* de “Metro” y “Sastrería” presenta un rasgo distintivo. Este «engaño» derivó de una irrupción informativa falsa organizada imprudentemente por el asesor del engañado y el administrativo-contable de la sastrería, respectivamente. El carácter imprudente de estas injerencias engañosas obliga a juzgarlas —de entrada— como atípicas a título de estafa. Sin embargo, el riesgo generado *ab initio* imprudentemente fue luego dominado *dolosamente* por la misma esfera de organización responsable de la previa injerencia imprudente. En consecuencia, los «engaños bastantes» de ambos casos fueron *precedentes*, pues se alojaron en el acervo informativo de los engañados *antes* del comienzo doloso de las tentativas de estafa en comisión omisiva.

Si el caso “Intermediario inmobiliario” fuera analizado superficialmente, podría parecer que el «engaño bastante» se plasmó en el acervo del engañado por una injerencia informativa implícita (activa) del autor. Esta “apariencia” de «engaño» implícito se debe a que el “estado de cosas” engañoso derivó de la puesta en marcha del plan del mandatario-autor (A). Sin embargo, éste no emitió ningún mensaje falso y, atendiendo a este factor, no *engañó activamente a C*⁷¹². Si así hubiera sido, A habría iniciado la ejecución activa de una estafa por «engaño» expreso o implícito. En “Intermediario inmobiliario”, fueron dos los datos principales que integraron el contenido del «engaño bastante» de C. En primer lugar, que el edificio que A debía vender sería comprado por el propio mandatario a través de una sociedad creada con el fin de luego revenderla. En segundo lugar, que el edificio fue vendido a la sociedad B por un precio inferior al de la mejor oferta. Siendo éste el contenido del «engaño bastante», cuando A comunicó a C que la sociedad B ofrecía comprar el edificio a un

⁷¹² Toda estructura típica de estafa por silencio permite atribuir al omitente-autor la conducta *estafar a otro mediante engaño*, pero jamás el comportamiento *engañar a otro*. La estafa activa, en cambio, permite atribuir al autor ambas conductas: *estafar a otro mediante engaño* y *engañar a otro*.

determinado precio, no realizó un «engaño» activo implícito por el que transmitiera mensajes tales como: “he cumplido todas las obligaciones y prohibiciones que me impone mi posición como mandatario”; “no soy yo mismo quien compra el edificio” o “no existe una mejor oferta de venta”. A, en cambio, calló de tal manera que se configuró un *silencio* no comunicativo sobre el contenido del «engaño bastante». Cuando dolosamente y con ánimo de lucro comenzó a utilizar la situación de «engaño bastante» mediante el *silencio*, dicho «engaño» —no tanto cronológicamente, sino analíticamente— ya se encontraba en el acervo informativo del engañado. En consecuencia, el supuesto “Intermediario inmobiliario” corresponde a la sub-estructura de estafa por silencio que requiere un «engaño bastante» *precedente*⁷¹³.

3.1.7.2. Infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante *silencio*

La posibilidad de infringir la prohibición penal de estafar mediante omisión la tiene únicamente quien ocupa una posición de garante de veracidad de modo normativa e intersubjetivamente inequívoco. Esta clase de garante se encuentra sometido a deberes de veracidad cuya infracción omisiva, dolosa y con ánimo de lucro, genera su responsabilidad penal como autor de una estafa en comisión por omisión. El concepto “omisión” en la comisión del delito de estafa se refiere exclusivamente al comportamiento *silencio* por el que un garante de veracidad nada comunica a quien afecta un «engaño bastante» *precedente* alojado en su acervo informativo y que, por depender de la protección del garante, se encuentra desamparado informativamente.

Corresponde ahora determinar si los casos de la sub-estructura analizada permiten afirmar la presencia de garantes de veracidad, pues sólo ellos —como se acaba de recordar— pueden infringir dolosamente la prohibición de estafar mediante *silencio*. Ahora bien, los garantes de veracidad, para ser considerados como tales, deben ocupar

⁷¹³ Al resolver este caso, el TS plantea alguna diferencia respecto del contenido del «engaño bastante» (STS de 4 de enero de 2010, ponente Bacigalupo Zapater, E.). En el FJ1º se señala «La recurrente no ha sido condenada por no revelar a sus comitentes su carácter de socia de la sociedad compradora del inmueble, sino, por no haber [...] revelado que tenía una oferta de compra por una cantidad mucho mayor, es decir por haber omitido una información que le incumbía proporcionar como mandataria de aquéllos». La STS exige la posición de garante, pues critica que la sentencia del tribunal *a quo* no señale «cuál era la fuente de este deber ni por qué razón la acusada era garante de que el sujeto pasivo no emitiera un consentimiento perjudicial para sus intereses» (FJ2º). Aplica el art. 11 a la estafa «De acuerdo con el art. 11 a) CP era preciso establecer si en este caso la recurrente tenía un deber especial legal o contractual de actuar» (FJ2º)». El deber de informar del mandatario lo deriva del art. 1459.2 CC. que establece la prohibición de autocontratación que afecta al mandatario; «Esta limitación de la capacidad de adquirir tiene la finalidad de proteger así la confianza del mandante y de evitar que el mandatario haga prevalecer sus propios intereses sobre los del mandante» (FJ2º).

una posición extrapenal como obligados a informar al engañado y, adicionalmente, incumplir sus respectivas obligaciones informativas.

En el caso “Asesor”, el contrato de asesoramiento para el desarrollo de inversiones en el mercado de valores genera obligaciones informativas en favor del asesorado. El asesor B, a pesar de su conocimiento sobre la falsedad de los datos de que dispone el asesorado A, incumplió su obligación al no proporcionarle la información verdadera suficiente para neutralizar el «engaño» presente en la esfera del asesorado. El «engaño» desorientó al asesorado haciéndole considerar la inversión en una determinada empresa como una operación especialmente ventajosa para sus intereses. El asesor B ocupó la posición jurídica de obligado informacional e incumplió dolosa y omisivamente su obligación informativa. Además, en virtud de un compromiso asumido fácticamente, de modo normativa e intersubjetivamente inequívoco —30 años de ejercicio de la función hetero-protectora no dejan margen de duda al respecto— B ocupaba una posición como garante de veracidad del asesorado A. Constándole la presencia de un «engaño bastante» en el acervo informativo del asesorado, el garante omitió su neutralización y así infringió su deber de veracidad. Tras la configuración del «engaño bastante» *precedente* en el acervo del asesorado, la situación de *desamparo informativo* del engañado quedó confirmada. El garante adoptó una conducta de *silencio no comunicativo* por la que utilizó o aprovechó —dolosamente y con ánimo de lucro— el «engaño bastante» *precedente*. De este modo, organizó una infracción omisiva de la prohibición penal de estafar.

Los casos “Clarinete” y “Padre e Hijo” tienen por víctima a una Compañía de seguros. Cada asegurado ocupó la posición jurídica extrapenal de obligado a informar verazmente a la Compañía e incumplió su respectiva obligación informativa (dolosa y omisivamente) cuando no fue declarada la recuperación de la cosa asegurada y el conocimiento sobre el acaecimiento del siniestro del coche en circunstancias no cubiertas por el seguro. En general, las obligaciones informativas del asegurado al momento de la celebración del contrato y, también después, durante su ejecución, constituyen un terreno propicio para sostener en el plano jurídico-penal, la asunción de deberes de veracidad cuya infracción omisiva podría configurar la estructura de una comisión por omisión de estafa. Asimismo, la dinámica habitual de ejecución de un contrato de seguro, genera un amplio margen de desprotección informativa para la Compañía aseguradora. Por lo anterior, parece adecuado afirmar que tan pronto como las Compañías aseguradoras y los asegurados interactuaron entre sí en sus roles

respectivos, cada cual actualizó su respectiva posición jurídico-penal como garante o beneficiario de la hetero-protección. Desde el momento en que el dueño del clarinete conoció su reaparición y, por su parte, el Padre conoció la declaración falsa prestada por su hijo, comenzaron a omitir —dolosamente y con ánimo de lucro— la debida neutralización del «engaño bastante» *precedente* que afectaba a los agentes de las Compañías. A partir de ese momento, comenzaron las tentativas omisivas de estafa, pues el «engaño bastante» *precedente* era utilizado dolosamente y con ánimo de lucro por el asegurado-garante de tal modo que quedó así confirmada la situación de *desamparo informativo* de las aseguradoras de cada caso.

En “Metro”, la condición de A como administrador del patrimonio de B hace innecesario un desarrollo argumental extenso para afirmar: i. la posición jurídica extrapenal de A como obligado a informar; ii. su adicional condición jurídico-penal como garante de veracidad en favor B (asunción de un compromiso de hetero-protección) y; iii. la especial dependencia informativa del asesorado B respecto del asesor A. Esta dependencia permite sostener que, en caso de que el acervo informativo de B se viera afectado por un «engaño bastante» *precedente*, se configuraría el *desamparo informativo*. En “Metro”, A defraudó su rol extrapenal mediante una injerencia informativa activa que, por ser imprudente, realizó un comportamiento atípico a título de estafa. Ahora bien, no se debe desatender la circunstancia de que A se encontraba en su rol como garante de veracidad de B cuando organizó imprudentemente la injerencia informativa que introdujo un «engaño bastante» en el acervo del titular del patrimonio que administraba. Habida cuenta de la insoslayable atipicidad de la infracción imprudente de un deber de veracidad⁷¹⁴, la importancia jurídico-penal de la injerencia imprudente en el presente caso se desvanece. Sólo es relevante en cuanto permite explicar que el «engaño bastante» presente en el acervo informativo del engañado *precedió* a la comisión omisiva (dolosa) de estafa y (requisito negativo) que el «engaño bastante» no era atribuible al asesor por haber realizado previamente el injusto penal (activo) del delito de estafa.

En “Metro”, al garante A se le puede imputar el comienzo de la tentativa omisiva de estafa no tanto porque éste conoció que previamente había organizado una injerencia imprudente que afectó el acervo informativo de B. El asunto, en este caso, es más sencillo. La tentativa omisiva del delito de estafa comenzó cuando (y porque) el

⁷¹⁴ No es posible una infracción imprudente de la prohibición penal de *estafar a otro*.

garante de veracidad por sunción —no por injerencia informativa activa— inició una omisión dolosa y con ánimo de lucro de la neutralización de un «engaño bastante» presente en el acervo informativo que debía proteger.

Por sus semejanzas y desemejanzas, el caso “Sastrería” será explicado en contrapunto con “Metro”, en lo que dice relación con la obligación informativa extrapenal, el deber de hetero-protección informativa y el desamparo informativo del engañado. A, quien ejercía labores contables y administrativas en la pequeña empresa de sastrería, organizó una injerencia informativa imprudente mientras no ocupaba la posición jurídico-penal como garante de veracidad en favor del abogado que necesitaba trajes nuevos. Éste es el principal elemento que diferencia el supuesto “Metro” y “Sastrería”. Cuando A realizó la injerencia imprudente que introdujo el «engaño bastante» en el acervo del cliente, sólo ocupaba una posición extrapenal como obligado informacional. A incumplió imprudentemente dicha obligación, sin siquiera advertir inicialmente su error⁷¹⁵. Sin embargo, cuando entregó los trajes al cliente y recibió el pago por su confección, se le puede atribuir un conocimiento concreto de la diferencia entre la cifra por él informada y la que recibiría en nombre de la empresa. Desde ese momento, quien antes fuera un mero injerente imprudente, pasó a dominar dolosamente y con ánimo de lucro el «engaño bastante» *precedente* que afectaba a B. En “Sastrería”, este paso de la imprudencia al dolo tuvo lugar en una fase continua e interna a la esfera de organización del garante. El desamparo informativo del cliente quedó confirmado —dato determinante para el inicio de la comisión típica de una estafa por silencio—, en el mismo momento en que el autor comenzó a utilizar omisivamente (con dolo y ánimo de lucro) el «engaño bastante» *precedente*⁷¹⁶.

El mandatario A del supuesto “Intermediario inmobiliario”, ocupó una clara posición extrapenal como obligado a informar al mandante acerca de los términos de la venta que se le había encomendado. A incumplió esta obligación mediante una omisión dolosa por la que no informó que él mismo compraría el edificio mediante una sociedad interpuesta. D ofreció un precio mayor que el que A —por medio de B— pagó por la compra. Cuando A, además de aceptar el encargo de actuar como intermediario inmobiliario, ejerció como tal, se configuró entre él y C un compromiso inequívoco de hetero-protección informativa en favor de este último. El breve relato que resume los hechos probados del caso jurisprudencial, no menciona explícitamente

⁷¹⁵ En terminología jurídico-penal, correspondería a una imprudencia sin representación o inconsciente.

⁷¹⁶ *Vid. supra* IX.1. G) e).

el momento en que A informó a C que la sociedad B compraría el edificio por una suma determinada, pero no cabe duda que existió esa transmisión de información. Esta última entrega de información no realizó una injerencia informativa engañosa (dolosa y activa), pues los datos que A proporcionó a C eran verdaderos. Esta última afirmación podría sorprender, pero lo más preciso normativa y estructuralmente es sostener que la falsa representación de B sobre la operación de venta —su «engaño bastante» *precedente*—, no derivó del *input* informativo (A informó a C que la sociedad B compraría el edificio...), sino de los hechos que A realizó a espaldas de C en contravención a su rol o condición de mandatario. Estos hechos no poseyeron un sentido comunicativo engañoso destinado al mandante. A, simplemente, calló que había celebrado una auto-compra prohibida por la legislación civil y que aceptó un precio de venta inferior al de la mejor oferta. En consecuencia, con ánimo de lucro, A guardó un *silencio doloso no afirmativo* sobre el contenido del «engaño bastante» *precedente* alojado en el acervo informativo de B. La presencia de este «engaño» en el acervo de B, confirmó su situación como *desamparado informativo*, factor imprescindible en la estructura típica de la comisión por omisión de estafa.

3.1.7.3. Disposición patrimonial y consumación del delito

Todos los casos analizados configuran en plenitud los elementos de la sub-estructura específica de las comisiones típicas de estafa por *silencio* doloso de un garante de veracidad ante un «engaño bastante» *precedente* que le compete remover. En otras palabras, todos los supuestos corresponden a comisiones típicas consumadas de estafa. Esta afirmación implica que, en primer lugar, el engañado de cada uno de los casos efectuó una disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» *precedente* que el autor utilizó mediante la conducta omisiva aquí denominada *silencio no comunicativo* doloso. En segundo lugar, corresponde sostener la consumación del delito, pues tuvo lugar un perjuicio para el patrimonio de la víctima, imputable al comportamiento típico coorganizado por el garante de veracidad y el desamparado informativo.

3.1.8. Segundos comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos

Los casos “Asesor” y “Padre e Hijo” presentan una fase atípica en la que fueron redistribuidos los riesgos de desorientación, en virtud de compromisos de asunción. Los beneficiarios de la hetero-protección informativa eran el asesorado y la Compañía de seguros, respectivamente. En la fase atípica 1, ingresó en el acervo informativo del asesorado y del correspondiente agente de la empresa aseguradora, un hetero-«engaño

bastante», causado por un tercero distinto de quien en la fase 2 responderá penalmente como autor de la comisión típica del delito de estafa. El hetero-«engaño» inicialmente atípico, adquiere relevancia penal a título de estafa cuando comienza la fase 2. El inicio de esta segunda fase (tentativa inacabada e imperfecta) tuvo lugar cuando el garante de veracidad por asunción comenzó a omitir dolosamente y con ánimo de lucro, mediante *silencio* no comunicativo, la debida neutralización del hetero-«engaño bastante». Este «engaño» se encontraba en el ámbito de competencia del garante por asunción desde la fase aún atípica. Luego, en la fase típica 2, quedó fijada de modo normativamente definitivo que la competencia preferente sobre el hetero-«engaño bastante» del engañado recaía en el garante de veracidad.

La casi totalidad de lo comentado sobre los casos previos de la presente subestructura⁷¹⁷ es aplicable al supuesto “Clarinete”. No obstante, este último se diferencia de los casos anteriores, pues el acervo informativo del engañado fue afectado en fase 1 por un hetero-«engaño bastante» causado por caso fortuito. Aunque el asegurado realizó una declaración veraz, ésta pasó a ser falsa por un cambio de circunstancias (en este caso, el comportamiento del hermano del asegurado) no atribuible al eventual responsable por estafa en fase 2. Aparte de este aspecto específico, como en los dos casos previos, el hetero-«engaño» inicialmente atípico, adquirió relevancia penal a título de estafa cuando comenzó la fase 2. En la fase típica quedó fijada de modo normativamente definitivo la competencia preferente del dueño del clarinete por el hetero-«engaño bastante» que afectaba a la Compañía de seguros.

La fenomenología del caso “Metro” es muy similar a los supuestos anteriores. En fase 1 los riesgos de desorientación fueron redistribuidos por un compromiso de asunción entre asesor y asesorado. Este último era el beneficiario de la hetero-protección informativa del asesor-garante de veracidad. En la fase atípica, además de la redistribución ya mencionada, el garante de veracidad realizó una injerencia informativa por la que introdujo imprudentemente un «engaño bastante» en el acervo informativo del asesorado. De este modo, se configuró un hetero-«engaño bastante» causado imprudentemente por la misma esfera de organización que en la fase 2 podría ser considerada como responsable —alusión a la autoría— de la comisión típica de estafa. Al comenzar la fase 2, el hetero-«engaño bastante», inicialmente atípico, adquirió relevancia penal a título de estafa, pues se vio confirmada la competencia

⁷¹⁷ Sobre “Asesor” y “Padre e Hijo”.

preferente del garante por asunción sobre el hetero-«engaño bastante» causado por él mismo en la fase 1. No se debe perder de vista que el administrador del patrimonio ajeno no fue garante de veracidad en virtud de su injerencia imprudente, sino por el previo compromiso de asunción. En la fase típica, el garante mantuvo la situación de «engaño bastante» en el acervo informativo del beneficiario del compromiso mediante un *silencio* no comunicativo por el que omitió —dolosamente y con ánimo de lucro— cumplir su deber jurídico-penal de veracidad.

En “Sastrería”, el administrativo y contable de la pequeña empresa, realiza en fase 1 una injerencia informativa imprudente que causa el ingreso de un hetero-«engaño bastante» en el acervo informativo del cliente. En esta fase atípica, el injerente desconoce inicialmente que ha incumplido por descuido una obligación informacional extrapenal. Durante la fase 1, a diferencia de los casos ya analizados bajo la presente sub-estructura⁷¹⁸, el injerente no ocupaba aún una posición de garante de veracidad en favor del engañado. Desde la perspectiva analítica, el hetero-«engaño bastante» de la fase 1 provisionalmente fue de competencia del injerente imprudente, sin que ello genere consecuencias jurídico-penales, sino sólo extrapenales. Con la configuración de la fase típica 2, quedó confirmada la competencia preferente del injerente sobre el hetero-«engaño bastante». Es posible sostener lo anterior porque, sin solución de continuidad, el injerente *ab initio* imprudente pasó a controlar —dolosamente y con ánimo de lucro— el «engaño bastante», todo ello en un proceso siempre “interno” a su propia esfera de organización. En otros términos, la irrupción prohibida por el tipo penal de la estafa tuvo lugar en fase 2 como una injerencia dolosa, siendo omisiva la fase típicamente relevante. El injerente imprudente en fase 1, luego doloso en fase 2, adquirió en esta última la competencia preferente por el hetero-«engaño bastante», pues dio comienzo a la comisión omisiva del delito. Como autor de la tentativa omisiva, debe ser considerado como un garante de veracidad, pues corresponde al destinatario del mensaje normativo que le ordena desistir mediante el cumplimiento del deber de veracidad. Sin perjuicio de que la fase 2 del caso estudiado sea fácticamente breve, en ella el injerente doloso guardó un *silencio* no comunicativo, dolosamente y con ánimo de lucro, por el cual realizó el comportamiento típico del delito de estafa.

⁷¹⁸ “Asesor”, “Clarinete”, “Padre e Hijo” y “Metro”, se desarrollan en la fase 1 con un obligado informacional que, además, se constituyó como garante de veracidad.

El mandatario que obra como “Intermediario inmobiliario”, en fase 1 ocupó una posición extrapenal como obligado informacional y, en solapamiento normativo, ocupó además una posición como garante de veracidad por asunción, en favor del mandante. Su deber como garante comprendía los datos patrimoniales relevantes en relación con el encargo de vender un edificio. En la fase 1, el mandante ya poseía una errónea comprensión de los términos de la compraventa encargada, sin que la información falsa que detentaba proviniera del intermediario inmobiliario como injerente informativo doloso. Con más precisión, el acervo informativo del mandante se vio afectado en la fase 1 por un auto-«engaño bastante», pues éste no fue causado por el mandatario, terceros o caso fortuito. El auto-«engaño bastante», conocido en todo momento por el mandatario, ya competía preferentemente en fase 1 al intermediario inmobiliario. Cuando el caso pasó a la fase típica 2, la competencia preferente por el «engaño bastante» que afectaba al mandante quedó atribuida definitivamente al mandatario. En el paso de la fase 1 a la fase 2, el que inicialmente fuera un auto-«engaño bastante», pasó a ser un hetero-«engaño bastante» utilizado omisivamente —con dolo y ánimo de lucro— por el mandatario. ¿Cuándo comenzó exactamente la fase típica de esta comisión por omisión de estafa? Desde la perspectiva estrictamente normativa de la fase 2, comenzó con el dominio omisivo (doloso y con ánimo de lucro) del *riesgo típico de estafa* o, en otros términos, cuando comenzó a ser atribuible al mandatario una utilización omisiva del «engaño bastante» —con dolo y ánimo de lucro— al garante infractor de su deber de veracidad. El correlato fáctico de esta afirmación corresponde, en todo caso, a un momento previo a aquel en el que el engañado realizó la disposición patrimonial inducida por el «engaño bastante» *precedente* a la omisión o *silencio* del mandatario.

3.2. Sub-estructura: *silencio* doloso atípico ante un «engaño bastante» precedente, semejante a la estructura de la comisión típica de estafa por *silencio* 3.1.

3.2.1. “Pago por adelantado”⁷¹⁹

El arrendador y constructor A pacta con B —empresario dedicado exitosamente al negocio inmobiliario por más de 20 años— un pago por adelantado de doce meses por el alquiler de la totalidad de las plantas de un edificio cuya construcción acaba de iniciarse. Al momento del acuerdo entre A y B, la obra cuenta con la pertinente licencia administrativa de construcción. Antes de que B realice el pago mencionado, C inicia una imprevista reclamación administrativa contra la autorización de construcción. A, notificado sobre el procedimiento administrativo en curso, viaja fuera del país y encarga a una secretaria de la empresa constructora que reciba el pago a su nombre en una fecha previamente determinada. A no comunica a B el problema derivado de la reclamación. Más tarde, la licencia de construcción es denegada de modo definitivo. Cuando B reclama la devolución del pago, A no tiene dinero para realizar el reintegro.

3.2.2. “Coche de segunda mano”⁷²⁰

A se dedica profesionalmente a la intermediación para la compraventa de coches de segunda mano. Cobra una comisión por cada coche vendido por su intermediación. B, hermano de A, se interesa por uno de los coches. A no declara a su hermano que el estado del coche es deficiente, pues conoce que éste ha sufrido serias averías previas. B compra el coche sin llevarlo a un taller para su revisión, pues confía en el buen estado de los automóviles que su hermano ofrece al público como intermediario.

3.2.3. Primeros comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos

3.2.3.1. El «engaño bastante» precedente

El primero de los elementos de la sub-estructura de la comisión típica de la estafa por *silencio*, es el «engaño bastante» precedente. Desde la perspectiva puramente estructural, este factor afectó el acervo informativo del arrendatario cuando éste realizó un pago adelantado en situación de «engaño», ya que consideraba, erróneamente, que la construcción del edificio seguía adelante sin problemas. Lo

⁷¹⁹ Schleswig SchlHA 70, 195 y BGH GA 67, 94.

⁷²⁰ Bay NJW 94, 1078, con comentario Hauf MDR 95, 21.

mismo ocurre con el comprador que pagó el coche usado, en un estado de «engaño» respecto de su cualidad negativa o vicio oculto (serias averías previas). En los dos casos analizados, la situación de «engaño» es estructuralmente *precedente*, pues tomó forma en los respectivos acervos sin que el obligado informacional hubiera realizado un comportamiento comunicativo calificable como *engañar a otro* activamente. Por otra parte, como se explica a continuación, el «engaño» que afectó al arrendador y comprador no cabe calificarlo como uno jurídico-penalmente «bastante» (perspectiva *ex ante*).

3.2.3.2. Infracción dolosa de la prohibición de estafar mediante *silencio*

Ambos obligados incumplieron sus obligaciones mediante una *reticencia dolosa* que, desde la perspectiva jurídico-penal, se encontraba en el ámbito permitido de “riesgo patrimonial por contacto negocial”. Arrendador e intermediario no informaron (dolosamente) a sus contrapartes sobre un aspecto negativo del negocio que, de ser conocido, les habría llevado a no contratar o hacerlo en otros términos. Sin embargo, arrendador e intermediario, no ocupaban una posición jurídico-penal como garantes de veracidad en favor de sus contrapartes. En ambos supuestos faltó un compromiso de asunción, asunción unilateral o alguna de las modalidades de injerencias informativas que permiten sostener deberes de veracidad.

Una vez descartada la configuración de deberes de garante jurídico-penales, decae toda posibilidad de que los potenciales autores hubieran infringido la prohibición penal de estafar en comisión por omisión mediante *silencio no afirmativo*. La negación de la existencia de deberes de garante no sufre modificación al constatar que ambos conocieron la falsa representación o «engaño» de sus contrapartes acerca de la cualidad negativa —procedimiento administrativo en curso, averías previas— del objeto del negocio. En consecuencia, la reticencia dolosa sólo surtirá efectos en el ámbito extrapenal.

Por otra parte, el comprador del “Coche de segunda mano” incumplió su propia incumbencia de auto-protección al no llevar el automóvil a un taller donde podrían haber evaluado su verdadero estado. Es el propio comprador quien, unilateralmente, confió en que el coche se encontraba en perfectas condiciones. Por lo tanto, el comprador no tuvo motivos atendibles normativamente para esperar recibir del intermediario una hetero-protección informativa. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que por sí sola, la relación de parentesco entre comprador e intermediario es irrelevante jurídico-penalmente. La confianza que unilateralmente depositó el

comprador en las buenas condiciones del objeto comprado no es tutelada normativamente a título de estafa.

En Alemania, doctrina y jurisprudencia debieran resolver el supuesto “Coche de segunda mano” del mismo modo que aquí. De entrada, podría parecer que la solución alemana debiera ser la afirmación de un «engaño bastante» implícito y activo, pues en ese país es intersubjetivamente inequívoco en el sector de la compra y venta de coches de segunda mano que sólo son ofrecidos en venta aquellos que no han sufrido ningún accidente. Sin embargo, en el caso analizado, la cualidad negativa del coche no se refiere a que no haya sufrido accidente alguno, sino a serias averías previas. En consecuencia, también cabría aplicar en Alemania la solución de la atipicidad.

3.2.3.3. Disposición patrimonial y consumación del delito

De conformidad con el análisis previo, no procede sostener la realización jurídico-penal de disposiciones patrimoniales inducidas por «engaños bastantes» *precedentes*. En “Pago por adelantado” y “Coche usado”, los comportamientos de los potenciales autores son atípicos a título de estafa. Con la afirmación de la atipicidad carece de sentido reflexionar sobre la consumación del delito.

3.2.4. Segundos comentarios a la sub-estructura y sus ejemplos

Tanto el caso “Pago por adelantado” como “Coche de segunda mano” se desarrollan exclusivamente en una sola fase atípica. En el primero de estos casos, la situación de «engaño» del arrendatario no fue causada por una injerencia informativa del *obligado informacional* (constructor y arrendador), sino que deriva de un cambio de circunstancias no organizado por aquél. Por este motivo, la situación de «engaño» presente en el acervo del arrendatario configuró estructuralmente un hetero-«engaño bastante» atípico, derivado de caso fortuito. La alteración de la veracidad de los datos presentes en el acervo informativo del arrendatario se debió a un proceso administrativo incoado por un tercero, por lo que no es atribuible al arrendador. El constructor no transmitió al arrendatario mensaje falso alguno a través de su silencio. En lo que se refiere a la competencia por el «engaño», sin olvidar que el supuesto carece de una fase típica, desde la perspectiva jurídico-penal el caso se rige por la distribución originaria de los riesgos de desorientación (recuérdese que en este caso no hubo una redistribución de dichos riesgos), de tal manera que la competencia preferente por el «engaño» recae en el propio engañado-arrendatario. Esta última

afirmación es compatible con la posibilidad de que el arrendatario deba responder jurídicamente (ámbito extra-penal) por no haber informado al arrendador.

En la fase atípica de “Coche de segunda mano”, el comprador incumplió su incumbencia de auto-protección informativa. Este incumplimiento propició la generación de un auto-«engaño bastante» causado por el propio engañado. No se configuró un hetero-«engaño», pues en la única fase (atípica) del caso el «engaño» no fue causado por el intermediario (potencial autor de estafa), por terceros ni por caso fortuito. La competencia preferente por el auto-«engaño bastante» recayó, desde la perspectiva analítica jurídico-penal, en el propio auto-«engañado» .

XI. CONCLUSIONES

1. Es tradicional sostener que la conducta del autor del delito de estafa consiste en *engañar a otro* de tal manera que el comportamiento engañoso debe *provocar el error* del disponente. Esta afirmación ha generado una interpretación de los enunciados legales que tipifican la estafa según la cual la conducta prohibida por el tipo —*estafar a otro*— únicamente puede consistir en *engañar a otra persona provocándole un error* relevante en el ámbito patrimonial. Desde esta perspectiva, la conducta *estafar* y la acción *engañar* son equiparadas o, más todavía, consideradas como sinónimos.

1.1. La fuerte influencia del paradigma tradicional de la estafa ha propiciado su comprensión como un delito en el que sus elementos se encuentran concatenados causal y cronológicamente. Dichos elementos constituirían los “medios determinados” para la ejecución del comportamiento típico: «*engaño*» (*activo*) → *error* → *disposición patrimonial* → *perjuicio patrimonial*. Desde esta perspectiva, es fácil advertir que la comisión por omisión del delito de estafa es implantable. El descarte de la comisión omisiva deriva de la equiparación del elemento típico «*engaño*» con la acción *engañar* y de la consideración de esta última conducta como la única alternativa de realización del comportamiento *estafar a otro*.

2. El requisito típico «*engaño*» no se encuentra explícitamente en el texto del §263 StGB de Alemania, pero su doctrina y jurisprudencia consideran que este concepto (*Täuschung*) engloba las diversas modalidades de realización típica. Por lo tanto, el «*engaño*» constituye uno de los elementos del tipo penal. En España, en cambio, el «*engaño*» se encuentra expresamente en el enunciado legal del art. 248.1. Lo mismo ocurre con el tipo de estafa de Chile. Si se prescinde de la pre-comprensión tradicional por la que la conducta *estafar* consistiría únicamente en *engañar a otro provocando su error*, determinados tipos de estafa —*v.gr.* el de Alemania, el de España y el de Chile— no excluyen que el comportamiento típico *estafar a otro* pueda ser organizado omisivamente, esto es, valiéndose el autor de un «*engaño*» (error) previamente presente en el acervo de datos patrimoniales del disponente. En cambio, otros tipos penales de estafa —*v.gr.* Italia— admiten únicamente la realización activa. El motivo de la exclusión de la comisión por omisión obedece a que esta clase de tipos penales requieren que el autor despliegue una conducta engañosa que provoque el error del disponente.

2.1. Los tipos penales en los que el comportamiento del autor no consiste únicamente en *engañar* al disponente, la conducta del primero consiste fundamentalmente en la

utilización activa u omisiva de un «engaño». Lo anterior, resumidamente, se debe a dos factores principales. En primer lugar, la conducta que debe organizar el autor no es *engañar*, sino *utilizar (valerse de) un «engaño»*. En segundo lugar, no hay elemento alguno en esta clase de tipos que obligue a restringir la *utilización del «engaño»* a su modalidad activa ni a excluir la posibilidad de una *utilización omisiva de un «engaño»*. En términos precisos, la conducta que cabe calificar como activa u omisiva es la *utilización de un «engaño bastante»*. El «engaño» no sólo designa la acción *engañar*, sino también la presencia de una información falsa en un acervo informativo-patrimonial. El calificativo «bastante» en el caso español se refiere a la idoneidad *ex ante* del «engaño» para generar convicción respecto de su veracidad, a pesar de su falsedad. Sólo cuando el autor *utiliza activamente el «engaño»* aquel realiza la conducta *engañar a otro*.

2.2. En consecuencia, los argumentos previos permiten sostener que la estructura común del comportamiento del autor en todos los enunciados legales analizados en esta tesis consiste en la *utilización típica (activa u omisiva) de un «engaño»*. La utilización activa supone el despliegue del comportamiento *engañar a otro*. Por su parte, la utilización omisiva consiste en mantener y aprovechar (usar) una situación de «engaño» presente en la esfera informativa de la víctima en virtud de un factor distinto de la realización dolosa de una acción engañosa por parte del autor.

3. Entre los enunciados legales y las normas existe una estrecha relación. Las normas jurídico-penales corresponden a los mensajes prescriptivos que se desprenden de tales enunciados. La norma jurídico-penal, concebida aquí como una directiva de conducta, “dialoga” con sus destinatarios. A la vez, y sin que exista incompatibilidad con lo anterior, la norma expresa también una expectativa institucionalizada. En el precepto legal de la estafa subyace una norma primaria materialmente prohibitiva. El comportamiento prohibido por la norma primaria es *la utilización —dolosa y con ánimo de lucro— de un «engaño bastante» que induzca a la realización de una disposición patrimonial perjudicial*. Dentro del ámbito normativo que el precepto penal de la estafa pretende regular se encuentran también los comportamientos realizados por garantes sometidos a deberes de veracidad. Por lo tanto, en la estafa coexisten dos normas primarias. Una prohibitiva y otra norma primaria de mandato dirigida exclusivamente a garantes de veracidad. La norma primaria preceptiva de estafa y su mensaje —*informa verazmente; evita o neutraliza el «engaño»*— reflejan la pretensión de regulación de su enunciado legal, pues el garante de veracidad que

infringe esta directiva de conducta realiza el comportamiento propio del autor del delito. Es posible sostener lo anterior en la medida en que su *silencio utilice omisivamente* un «engaño» previamente presente en el acervo informativo del disponente.

4. El estudio sobre las consecuencias del principio de autorresponsabilidad en la estafa sienta una importante base para un tratamiento unitario de la comisión activa y omisiva de este delito. La noción de incumbencia —como referencia a la exigencia de auto-protección que pesa sobre los ciudadanos en cuanto víctimas potenciales de delitos— y los efectos vinculados con su incumplimiento, pueden ser aplicadas de modo unitario a la comisión activa y omisiva de estafa.

4.1. Ante víctimas de estafa que han incumplido su incumbencia de auto-protección la investigación propone aplicar soluciones diversificadas que no se limiten a negar la tutela penal para el incumplidor. Las consecuencias que la infracción de esta incumbencia genera pueden ir desde: a) la atipicidad del comportamiento del autor potencial que utiliza activa u omisivamente un «engaño» ante un disponente desorientado por infringir su auto-protección de tal manera que competa a este último preferentemente el «engaño» que le afecta; b) la tipicidad del comportamiento de quien utiliza activa u omisivamente un «engaño» en circunstancias tales que la infracción de la auto-protección del engañado no permita sostener que el «engaño» compete preferentemente a la propia víctima, pero sí rompe el nexo de imputación entre el «perjuicio patrimonial» (si sobreviniera) y el comportamiento del autor (tentativa de estafa); c) es también posible que la infracción de la incumbencia justifique una rebaja de la pena para el autor (atenuante analógica del art. 21. 7ª CP España), en atención a la disminución del desvalor de resultado del injusto penal de la estafa; finalmente, d) cabe pensar en casos en los que el incumplimiento de la autoprotección de la víctima no justifique ni siquiera la disminución de penal en virtud de una atenuante analógica.

4.2. En ámbitos técnica y regulatoriamente complejos, la incumbencia de propia orientación exige al ciudadano conseguir el asesoramiento de expertos que, por su parte, podrán quedar constituidos como garantes sometidos a deberes de veracidad en favor del inexperto. Si el ciudadano incumpliera esta incumbencia e interviniera en ámbitos sectoriales complejos, bien podría desarrollar comportamientos delictivos en calidad de autor *v.gr.* un delito de estafa. Dado que la incumbencia le exige conseguir asesoramiento profesional, si el desorientado la incumpliera y realizara

comportamientos delictivos por desconocimiento de las normas que regulan el sector en el que interviene, no podría alegar un error de prohibición en su defensa. Por otra parte, el ciudadano que incumpliendo su incumbencia no buscara la ayuda de algún experto puede verse desorientado en el plano informativo-patrimonial ahora como víctima potencial de una estafa. A esta clase de víctimas potenciales de estafa que han incumplido su incumbencia de autoprotección se deben aplicar las soluciones diversificadas que se han resumido en 4.1.

5. Para la comisión activa y omisiva de estafa reviste especial interés el sector de riesgo aquí denominado como “riesgo patrimonial por contacto negocial”. Uno de los motivos por los que puede resultar perjudicado quien interviene en este ámbito riesgoso es la presencia en su acervo informativo de datos falsos desorientadores que pueden llevarle a tomar decisiones patrimoniales perjudiciales. Mientras los datos falsos a los que se acaba de aludir no constituyan «engaños bastantes» utilizados de modo relevante a título de estafa, el riesgo de resultar perjudicado permanece en el ámbito no desaprobado jurídico-penalmente. En consecuencia, el “riesgo patrimonial por contacto negocial” incluye el peligro de que se utilice información falsa y se realicen disposiciones patrimoniales inducidas por esa clase de información — «engaños» no «bastantes»— en las interacciones de contenido patrimonial.

6. El delito de estafa es un delito de comisión. Como tal, consiste en una *irrupción lesiva* en una esfera organizativa ajena mediante la utilización activa u omisiva de un «engaño bastante» que ingresa o se halla previamente presente en el acervo informativo del disponente. Éste, desorientado por el «engaño» que le afecta, se encuentra sometido al riesgo típico del delito de estafa. Dicho riesgo consiste en el peligro de realizar una disposición patrimonial perjudicial inducida por el «engaño bastante» que el autor utiliza activa u omisivamente. El comportamiento del autor debe desarrollarse en circunstancias que permitan atribuirle un conocimiento cierto (dolo directo) o altamente probable (dolo eventual) de que el engañado dispondrá de su propio patrimonio, o el de un tercero, con un sentido perjudicial. Adicionalmente, debe ser posible atribuir al autor una u otra clase de conocimiento respecto de la obtención de beneficios (ánimo de lucro) —para él o un tercero— en virtud de la disposición patrimonial del engañado.

7. La comisión activa y omisiva del delito de estafa son idénticas en el plano estructural y normativo. Sus diferencias son simplemente fenomenológicas. La comisión activa es realizada mediante la acción *engañar a otro*. El modo en que el

autor utiliza el «engaño» en la modalidad activa consiste, precisamente, en la realización de la acción *engañar a otro*. En consecuencia, lo específico de la comisión activa es la transmisión de un mensaje falso, mediante un engaño activo expreso o un engaño activo implícito. El autor de la comisión activa infringe la prohibición penal de estafar mediante la utilización activa —dolosa y con ánimo de lucro— de un «engaño bastante».

8. Por su parte, la comisión omisiva del delito de estafa se realiza mediante un comportamiento por el cual el autor guarda *silencio* —dolosamente y con ánimo de lucro— ante un «engaño bastante» presente en el acervo informativo del engañado. Si se cumplen los presupuestos expresados resumidamente *infra* en 10.1-10.7, el *silencio* por el que no es transmitido mensaje alguno infringe la prohibición penal de estafar, pues el autor utiliza omisivamente un «engaño» que afecta al acervo informativo-patrimonial del disponente.

9. Todo autor de estafa ocupa, en algún momento del proceso comisivo activo u omisivo, una posición jurídica como garante de veracidad. Mientras los deberes de veracidad permanezcan integrados en la esfera de organización del garante, a éste compete preferentemente el riesgo de desorientación que afecta al acervo informativo-patrimonial del engañado.

9.1. La comisión activa iniciada dolosamente y con ánimo de lucro por quien no era garante de veracidad de la víctima al comenzar su realización, constituye a su autor en garante de veracidad por una injerencia activa, organizada dolosamente y con ánimo de lucro. Normológicamente, el autor-garante de veracidad recibe el mensaje de la norma de conducta del delito de estafa que le comunica: *sigo prohibiéndote estafar y, a la vez, desiste de la estafa que has iniciado y proporciona a la víctima suficiente y oportuna información verdadera para neutralizar el «engaño bastante» que te compete preferentemente*. Al autor de la tentativa de estafa activa se le puede considerar como un genuino garante de veracidad, pues el mandato de desistimiento le impone un deber de veracidad cuyo contenido es idéntico al del deber de veracidad del autor de una comisión de estafa por *silencio*.

9.2. La comisión por omisión de estafa también tiene por autor a un garante de veracidad. A diferencia de la comisión activa, el autor de una tentativa omisiva de estafa ocupa la posición de garante de veracidad en favor del acervo informativo-patrimonial del engañado antes del inicio de la tentativa del delito. Los comportamientos que constituyen posiciones de garante de veracidad y, en otros

términos, re-distribuyen los riesgos de desorientación de la víctima potencial de modo relevante para la comisión por omisión de estafa son los siguientes: a) El garante de veracidad por asunción bilateral o unilateral de deberes de hetero-protección informativo-patrimonial; b) El garante de veracidad por injerencia informativa dolosa que no realiza el injusto penal de la estafa en comisión activa; c) El garante de veracidad por injerencia informativa *ab initio* imprudente que, en una fase omisiva interna a la esfera de organización del injerente, pasa a ser dolosa; d) El garante de veracidad por injerencia dolosa no informativa que consiste en la interrupción de un curso salvador propio en estado de tentativa inacabada o la interrupción de un curso salvador ajeno en grado de tentativa inacabada o acabada. Configuran comisiones por omisión de estafa en la medida en que el inicio del curso salvador propio constituya en garante al posterior interruptor o, ante el curso salvador ajeno, su interrupción constituya en garante de veracidad a quien la lleva a cabo.

9.3. El *origen normativo remoto* de un deber de veracidad puede encontrarse en la ley, la costumbre, relaciones de confianza especial, el principio de buena fe, etc. Sin embargo, el *origen normativo próximo* de los deberes de veracidad jurídico-penalmente relevantes a título de estafa se encuentra en sólo dos fuentes: la asunción y la injerencia.

10. A continuación se indican los elementos específicos que caracterizan la comisión omisiva de estafa. Éstos deben ser analizados respetando el orden en el que son enunciados.

10.1. El «engaño bastante». Consiste en un “estado de cosas” o “situación informativa” cuyo contenido corresponde a uno o varios datos falsos dotados de relevancia patrimonial. La inveracidad del contenido del «engaño» genera un peligro de desorientación para el titular del acervo informativo donde se halla la información falsa. El peligro mencionado se refiere al riesgo de que el engañado decida disponer en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero. El «engaño» típicamente riesgoso es aquél cuya utilización, activa u omisiva, puede ser calificada *ex ante* como «bastante» o idónea —según el baremo del hombre medio en la posición del autor— para generar convicción acerca de su veracidad y así inducir a la realización de la disposición patrimonial perjudicial.

10.2. Precedencia del «engaño bastante». Su presencia en el acervo informativo del engañado no debe ser imputable al potencial autor de la comisión omisiva por haber organizado éste, previamente, el injusto culpable de la estafa activa que haya usurpado

el mismo acervo informativo. Si se diera tal caso, sólo entraría en consideración el delito activo de estafa.

10.3. Incumplimiento de una obligación informativa extrapenal. El origen legal, contractual, etc. de estas obligaciones corresponde al *origen normativo remoto* del deber de veracidad. El autor de la comisión por omisión de estafa debe ocupar la posición extrapenal de *obligado a informar* e incumplirla de cualquier modo, ya sea activa u omisivamente y, tanto en uno como en otro caso, dolosa o imprudentemente.

10.4. Infracción de un deber jurídico-penal de veracidad mediante silencio. La comisión por omisión del delito de estafa exige una superposición normativa entre la obligación informacional extrapenal (incumplida) y un deber de veracidad jurídico-penalmente relevante.

10.5. El silencio del garante debe ser portador del sentido típico-social —perspectiva *ex ante*— que permita atribuir al garante el aprovechamiento o utilización de un «engaño bastante» *precedente* cuyo potencial desorientador es capaz de inducir a la realización de una disposición perjudicial para el patrimonio del engañado o el de un tercero.

10.6. El engañado debe encontrarse en un contexto normativo de desamparo informativo. Un «engaño bastante» *precedente*, por sí solo, no inserta al engañado en un contexto de desamparo informativo relevante para el tipo de estafa. Junto al «engaño bastante» *precedente*, es menester que un garante de veracidad incorpore a su esfera de dominio el deber de proteger al engañado frente al *riesgo típico de la estafa*. Este deber le obliga a entregar oportunamente información verdadera suficiente para neutralizar o impedir la presencia (o conformación) de un «engaño bastante» en el acervo informativo correspondiente. Tras la integración de la heteroprotección en la esfera del garante, el *desamparo informativo* está sólo en ciernes o incoado mientras no se aloje un «engaño bastante» *precedente* en el acervo protegido. Se configurará plenamente el *desvalimiento informativo* cuando: i. el acervo informativo del beneficiario de la heteroprotección —referencia a quien tiene derecho a confiar en recibir suficiente y oportuna información verdadera— se vea afectado por la presencia de un «engaño bastante» en su acervo informativo-patrimonial; y ii. se pueda atribuir al garante dolo —directo o eventual— y ánimo de lucro. La atribución de dolo directo (conocimiento cierto) o dolo eventual (conocimiento de la alta probabilidad de que lo organizado constituye el riesgo típico de la estafa) debe abarcar la *utilización activa u omisiva de una situación de «engaño*

bastante» y de la inducción a la realización de una disposición patrimonial perjudicial en virtud de la utilización del «engaño». De modo análogo a la atribución de conocimiento propia del dolo, el autor del delito organiza su comportamiento con ánimo de lucro cuando pueda atribuírsele el conocimiento de que su organización dolosa beneficiará a su patrimonio o el de un tercero.

10.7. El desamparo normativamente relevante para la estafa por omisión, siempre y necesariamente implica una asimetría informativa entre el engañado y su garante de veracidad. Sin embargo, las relaciones de contenido patrimonial cuyas partes poseen información asimétrica no permiten, por regla general, sostener el *desamparo informativo* de quien “sabe menos” u ocupa la posición de engañado en virtud de un «engaño bastante» *precedente*.

11. Se puede otorgar un tratamiento unitario para la comisión activa y omisiva de estafa. Existe esta posibilidad, principalmente, porque el desarrollo del proceso comisivo de todas las estafas requiere la configuración de tres bloques o grupos comunes de elementos típicos.

11.1. *La dimensión organizativa del autor*. Éste debe realizar una conducta que consiste en la utilización activa u omisiva de un «engaño». La utilización de la información falsa («engaño») utilizada por el autor debe ser *ex ante* «bastante» para inducir la realización de una disposición patrimonial perjudicial.

11.2. *La dimensión organizativa del engañado*. En el acervo informativo del disponente debe encontrarse un «engaño bastante». El engañado sigue adelante con el proceso comisivo cuando efectúa una disposición patrimonial inducida por el «engaño» utilizado activa y omisivamente por el autor.

11.3. *Los elementos adicionales que tienen lugar en la esfera de organización de la víctima y que son requeridos para la consumación del delito de estafa*. Se trata del perjuicio patrimonial de la víctima. Dicho «perjuicio» es el resultado típico y requisito de la consumación de la estafa. Desde una perspectiva *ex post*, el «perjuicio patrimonial» debe ser imputado al comportamiento típico que el autor y engañado han *coorganizado* (11.1. y 11.2.). Cuando así sea, se configura una estafa consumada y es posible afirmar la responsabilidad penal del autor del delito en comisión activa u omisiva, según corresponda.

XII. BIBLIOGRAFÍA

AMELUNG, K.: “Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug”, en *GA* 1977, pp. 1-17.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale. T.I*, Milano, 2002.

ANTÓN ONECA, J., “Estafa”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica, Carlos-E. Mascareñas (dir.)*, Barcelona, Tomo IX, 1958, pp. 56-90.

ARROYO DE LAS HERAS, A.: *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Barcelona, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Barcelona, 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa en el Código penal*, Madrid, 2004.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos Patrimoniales y Económicos)*, Madrid, 1987.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; PÉREZ MANZANO, M.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 1993.

BALMACEDA HOYOS, G.: “El delito de estafa en la jurisprudencia chilena” en *Revista de Derecho Universidad de Valdivia*, vol. XXIV, N°1, julio 2011, Valdivia, pp. 59-85.

BALMACEDA HOYOS, G.: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Santiago, 2014.

BAMBERGER, H.G.: *Versuch beim Unterlassungsdelikt*, Bonn, 1978.

BECERRA BRICEÑO, J.: *Naturaleza e interpretación del subtipo agravado de estafa procesal*, Tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2015.

BENLLOCH PETIT, G.: *El desistimiento voluntario del delito*, Universitat Pompeu Fabra, Tesis doctoral inédita, Barcelona, 1998.

BOCKELMANN, P.: “Betrag verübt durch Schweigen” en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, pp. 437-458.

BUNG, J.: “Konkludente Täuschung? Von fehlenden zur Fehlvorstellung beim Betrag” en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, vol. 159, N°6, 2012, pp. 354-363.

BUSTOS RAMÍREZ, J. - HORMAZÁBAL MALARRÉ, H.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2006.

CABRERA GUIRAO, A.- CONTRERAS ENOS, M.: *El engaño típicamente relevante a título de estafa: modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial*, Santiago de Chile, 2009.

CANCIO MELIÁ, M.: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998.

CARRASCO PERERA, Á.; *Derecho de Contratos*, Cizur Menor-Navarra, 2010.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N° 2, 1999.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *El delito de estafa*, Barcelona, 2000.

CORCOY BIDASOLO, M. – VA: *Manual de Derecho penal, Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, T. I.*, Valencia, 2015.

CRAMER, P. – PERRON, W.: *Strafgesetzbuch Kommentar Schönke/Schröder*, München, 2010.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), disponible en: <http://rae.es/drae/> [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2016].

DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1983.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° extraordinario 2, 2004, pp. 279-316.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Fraudes de anticipos: estafa inmobiliaria y apropiación indebida” en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 59, 2009, pp. 17-28.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La estafa sobre datos registrales” en *Indret* (3), 2006.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006.

- EISELE, J.: *Strafrecht Besonderer Teil II: Eigentums- und Vermögensdelikte*, 2012, Auf., Stuttgart, 2015.
- ENGISCH, K.: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1964.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A.: *Derecho penal. Parte especial*, T. III, Santiago, 1999.
- FIANDACA, G. – MUSCO, E.: *Diritto Penale. Parte Speciale. V.II. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2002.
- FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München, 2016.
- FRISCH, W.: “Funktion und Inhalt des ‘Irrtums’ im Betrugstatbestand” en *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, pp. 647-667.
- FRISCH, W.: *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes, zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, 1983.
- GALLEGO SOLER, J.I.: “Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa (Comentario a la STS 1217/2004, de 2 noviembre 2004 Ponente: Excmo. Sr. D. J. R. Berdugo y Gómez De La Torre)”, *ADPCP*, Núm. LVIII-2, Mayo 2005, pp. 529-559.
- GARCÍA MOSQUERA, M.: *La Estafa de Seguro*, Madrid, 2006.
- GARRIDO MONTT, M.: *Derecho penal. Parte especial*, t.IV, Santiago, 2008.
- GEPPERT, K.: “Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl, insbesondere in den Fällen des sog. "Dreiecks-Betruges"” en *JuS* 1977 pp. 69-75.
- GIEHRING, H.: “Prozeßbetrug im Versäumnis —und Mahnverfahren— zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in §263 StGB” en *GA* 1973, pp. 1-26.
- GILI PASCUAL, A.: “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado” en *Indret* (2), 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 54, Fasc./Mes 1, 2001, pp. 5-26.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “Función y contenido del error en el tipo de estafa” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 38, Fasc./Mes 2, 1985, pp. 333-346.

GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

GRÜNWARD, G.: “Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts”, en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1966, pp. 281-303.

HAUF, C.J.: Anmerkung Bay NJW 94, 1078 en MDR 95, 21.

HEFENDEHL, R.: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, München, 2003.

HELLMANN, U: “Die Strafbarkeit des Vermieters wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung”, en JA 1988, pp. 73-81.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H.: “La estafa triangular en el Derecho penal chileno, en especial la estafa procesal”, en *Revista de Derecho*, Volumen XXIII-Nº1, julio 2010, pp. 201-231.

HERZBERG, R.D.: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972.

HERZBERG, R.D.: “Funktion und Bedeutung des Merkmals „Irrtum“ in §263 StGB”, en GA 1977, p. 289 y ss.

HILLENKAMP, T.: “Anmerkung zu BayOblG, Urt. v. 05.02.1987 - RReg 3 St 174/86” en JR 1988, pp. 299-304.

HILLENKAMP, T.: *Vorsatz und Opferverhalten*, Göttingen, 1981.

HOFFMANN, K.: “Täuschung trotz Erklärung der Wahrheit im Betrugstrafrecht”, GA 2003, pp. 610-622.

HÖRNLE, T.: “Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht”, GA 2009, pp. 626-635.

HÖRNLE, T.: “Subsidiariedad como principio limitador. Auto-protección”, en v. Hirsch/Seelman/Wohlers/Robles Planas, *Límites al Derecho penal*, Barcelona, 2012, pp. 87-100.

JAKOBS, G.: “Teoría y praxis de la injerencia”, en *ADPCP*, vol.LII, 1999, pp. 17-50.

JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, G.: *La Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, Marcial Pons, 2011.

JAKOBS, G.: *JZ*, 1988, pp. 519 ss.

JAKOBS, G.: “Actuar y omitir” en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, pp. 101-134.

JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900.

JESCHECK, H.-H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Granada, 2002.

KAISER, E.: “Betrug durch bewußtes Ausnutzen von Fehlern beim Geldwechseln”, en *NJW* 1971, pp. 601-602.

KAMBERGER, P.: *Treu und Glauben (§242 BGB) als Garanstellung im Strafrecht?*, Frankfurt am Main, 1996.

KARGL, W.: “Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen”, *ZStW*, t. 119 (2007), pp. 250-289.

KARGL, W.: “Die Tathandlung beim Betrug”, en *PRITTWITZ / BAURMANN / GÜNTHER / KUHLEN / MERKEL / NESTLER / SCHULZ (Hrsg.): Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70 Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, pp. 613-633.

KAUFMANN, A.: *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, 2006.

KINDHÄUSER, U.: *Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Straftaten gegen Vermögensrechte*, Baden-Baden, 2014.

KINDHÄUSER, U.: *NomosLehrbuch, Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden Baden, 2013.

- KINDHÄUSER, URS: *NomosKommentar, Strafgesetzbuch Band 2*, Nomos, 3. Auflage, Baden Baden, 2010.
- KLESCZEWSKI, D.: *Strafrecht Besonderer Teil: Lehrbuch zum Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2016.
- KURTH, F. J.: *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main, Bern, Nancy, New York, 1984.
- LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27^a Auf., München, 2011.
- LACKNER, K.: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, Berlin – New York, 1988
- LUHMANN, N.: *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, Madrid, 1998.
- MAAB, W.: *Betrug verübt durch Schweigen*. Gießen, 1982.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: *Strafrecht Allgemeiner Teil 2*, Heidelberg, 2014.
- MAYER LUX, L.: *Die konkludente Täuschung beim Betrug*, Bonn, 2013.
- MAYER LUX, L.: “El engaño concluyente en el delito de estafa” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 3, 2014, pp. 1017-1048.
- MAYER, H.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 2011.
- MIR PUIG, S.: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.
- MITSCHE, W.: *Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte*, Berlin, 2015.
- MONTIEL, J.P.: “¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?”, en *InDret* (4), 2014.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010.
- NAUCKE, W.: “Ausnutzen einer Fehlbuchung kein Betrug durch Unterlassen”, en *NJW* 1994, pp. 2809-2811.

- NAUCKE, W.: *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin, 1964.
- OFFERMANN-BURCKART, S.: *Vermögensverfügungen Dritter im Betrugstatbestand*, Berlín, 1994.
- ORDOQUI CASTILLA, G.; “La responsabilidad del empresario por el deber de informar”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini: teoría general del derecho de daños. Responsabilidades especiales. Derecho privado y procesal: perspectiva y prospectiva*, coord. BUERES, A.J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Buenos Aires, 1997, pp. 922-949.
- OTTO, H.: “Die neue Rechtsprechung zum Betrugtatbestand”, en *Jura* 2002, pp. 606-615.
- OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Berlin – New York, 2002.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995.
- PASTOR MUÑOZ, N.: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, 2004.
- PAWLIK, M.: *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012.
- PAWLIK, M.: “¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos?” en *La Libertad institucionalizada*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 207-230.
- PAWLIK, M.: “Betrügerische Täuschung durch die Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben?”, en *StV* 5/2003, pp. 297-301.
- PAWLIK, M.: *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln – Berlin – Bonn – München, 1999.
- PERDOMO TORRES, J.F.: *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Bogotá, 2008.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: “El engaño omisivo en la estafa”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº59, Madrid, 1996, pp. 376-399.

PÉREZ DEL VALLE, C.: “La Prueba del Dolo en la Estafa. Comentario a la STS de 393/1996, de 8 de mayo”, en *ADPCP*, Tomo 49, Fasc/Mes 2, 1996, pp. 823-829.

PÉREZ MANZANO, M.: “Acerca de la imputación objetiva de la estafa” en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1995, pp.285-309.

PIÑA ROCHEFORT, J.I.: *Fraude de Seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, Santiago, 2006.

PIÑA ROCHEFORT, J.I.: *Rol social y sistema de imputación*, J.M. Bosch, Barcelona, 2005.

POLITOFF, S., MATUS, J.P., RAMÍREZ, C.: *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago, 2004.

QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra), 2010.

RAGUÉS I VALLÈS, R.: *El Dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, R.: *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, 2007.

RUNTE, R.: “Straftatsystematische Probleme des «Betruges durch Unterlassen»” en *Jura* 1989, pp. 128-134.

RANFT, O.: “Grundprobleme des Betrugstatbestandes”, en *Jura* 1992, pp. 66-77.

RANFT, O.: “Kein Betrug durch arglistige Inanspruchnahme einer Fehlbuchung – BGH, NJW 2001, 453”, en *JuS* 2001, pp. 854-858.

RENGIER, R.: “Kündigungs-Betrug des Vermieters durch Tun und Unterlassen bei vorgetäushtem Eigenbedarf – BayObLG, NJW 1987, 1654”, en *JuS* 1989, s. 802-808.

RENGIER, R.: *Strafrecht Besonderer Teil I.*, 16 Aufl., München, 2014.

ROBLES PLANAS, R.: *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*, en *InDret* (4), 2013.

ROBLES PLANAS, R.: La identidad de la dogmática jurídico-penal, en *ZIS*, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2010_2_412.pdf.

ROBLES PLANAS, R.: *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, 2003.

RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal I*, 1972

ROPERO CARRASCO, J.: “¿Hay que “merecer” la protección del derecho penal?: Derechos y deberes de las víctimas”, en *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidad de Madrid*, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9, y 10 de marzo de 2005, Madrid, 2005, pp. 115-138.

ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General*, t.I, Madrid, 1997.

ROXIN, C.: *Política criminal y sistema del derecho penal*, Buenos Aires, 2006.

ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t.II, München, 2003.

SAMSON/ GÜNTHER, *Sistematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand, 1975.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Teoría del Delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010.

SATZGER, H. en V. SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, *StGB. Strafgesetzbuch. Kommentar*, Köln, 2014.

SCHMIDHÄUSER, E.: “Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht”, en *JZ* 44. Jahrg., Nr. 9 (5. Mai 1989), pp. 419 - 425.

SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2014.

SCHÜNEMANN, “Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen”, en *ZStW*, (96), 1984, pp.287-320.

SCHÜNEMANN, B.: “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática”, en v. HIRSCH/SEELMAN/WOHLERS/ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, Barcelona, 2012, p. 63-85.

SCHÜNEMANN, B.: “Wohin treibt der deutsche Strafprozeß?”, en *ZStW* 114 (2002), pp. 1–62.

SCHÜNEMANN, B.: “Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen”, en: *ZStW* 90 (1978), pp. 11 – 63.

SCHÜNEMANN, B.: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Gottingen, 1971.

SCHÜNEMANN, B.: *Strafrechtssystem und Betrug (Studien zum Wirtschaftsstrafrecht)*, Herbolzheim, 2002.

SEELMANN, K., “Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes”, *JuS*, 1982, 748-751.

SEIBERT, T.: *Die Garantenpflichten beim Betrug*, Hamburg, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Artículos 11 y 12 del Código penal” en *Comentarios al código penal*, COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, en *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, DA COSTA ANDRADE/ANTUNES/AIRES DE SOUSA (COORDS.)*, v. II, Coimbra 2009, pp. 979-1004.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, en *Libro Homenaje al profesor Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 633-646.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La Regulación de la “Comisión por omisión” (artículo 11) en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 51-78.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La Regulación del Iter Criminis (artículos 16-18)” en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 121-157.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley-1*, 1987, pp. 955-966.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Montevideo, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Prólogo a la edición española” en *Límites al Derecho penal*, Barcelona, 2012, pp. 13-17.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Instituciones y Derecho” en *Indret* (4), 2014, Editorial.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 559-575.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del código penal”, en *Manuales de formación continuada*, N°4, 1999, pp.153-172.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Sullo stato del principio di legalità penale” (trad. Vincenzo Mongillo), en: Stile/Manacorda/Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, pp. 181 y ss, pp. 186-187.

STRATENWERTH, G.: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, Buenos Aires, 2006.

TIEDEMANN, K: *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Berlin, 2012.

TIEDEMANN, K.: “Der Vergleichsbetrug”, en *Kohlmann, Günter (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Band II*, Köln, 1983, pp. 405-417.

TRIFFTERER, O.: “Abgrenzungsprobleme beim Betrug durch Schweigen – OLG Hamburg, NJW 1969, 335”, en *JuS* 1971, pp. 181-184.

TRÖNDLE, H. – FISCHER, T.: *Beck'sche Kurzkommentare*, München, 2003.

VALLE MUÑIZ, J.M.: *El Delito de Estafa*, Barcelona, 1987.

VIVES ANTÓN, T. - VA: *Derecho penal: parte especial*, Valencia, 2015.

VAQUER ALOY, A. Y OTROS coords.: *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Barcelona, 2012.

VOLK, K.: “Täuschung durch Unterlassen beim Betrug - OLG Köln, NJW 1980, 2336” en *JuS* 1981, 880-883.

WITTIG, P.: *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs. Ein normanalytischer Ansatz*, Frankfurt am Main, 2005.

ZAGREBELSKY, V. – PACILEO, V.: *Codice Penale Annotato con la giurisprudenza*, Torino, 1999.

XIII. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1. Tribunal Supremo

STS 30 de enero de 1945

STS de 25 de enero de 1960, ponente Quintano Ripollés, A.

STS de 8 de julio de 1983, ponente Hijas Palacios, J.

STS de 4 de octubre de 1985, ponente Castro Pérez, B.F.

STS de 21 de septiembre de 1988, ponente Bacigalupo Zapater, E.

STS de 30 de septiembre de 1988, ponente García Miguel, M.

STS de 23 de abril de 1992, ponente Bacigalupo Zapater, E.

STS de 29 de marzo de 1994, ponente González Poveda, P.

STS de 18 de mayo de 1995, ponente Montero Fernández-Cid, R.

STS de 8 de mayo de 1996, ponente Bacigalupo Zapater, E.

STS de 17 de noviembre de 1997, ponente De Vega Ruiz, J.A.

STS de 19 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo, J.

STS de 27 de marzo de 2000, ponente Giménez García, J.

STS de 3 de mayo de 2000, ponente Giménez García, J.

STS de 19 de octubre de 2001, ponente Conde-Pompidou Touron, C.

STS de 14 de enero de 2002, ponente Giménez García, J.

STS de 12 de mayo de 2005, ponente Bacigalupo Zapater, E.

STS de 14 de junio de 2005, ponente Giménez García, J.

STS de 9 de junio de 2006, ponente Soriano Soriano, J. R.

STS de 2 de febrero de 2007, ponente Martín Pallín, J. A.
STS de 13 de julio de 2007, ponente García Pérez, S.F.
STS de 2 de diciembre de 2008, ponente Soriano Soriano, J.R.
STS de 9 de julio de 2009, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, J.R.
STS de 4 de enero de 2010, ponente Bacigalupo Zapater, E.
STS de 5 de marzo de 2010, ponente O'Callaghan Muñoz, X.
STS de 9 de diciembre de 2010, ponente Saavedra Ruiz, J.
STS de 21 de enero de 2011, ponente Teso Gamella, P.
STS de 17 de marzo de 2014, ponente Moral García, A.
STS de 26 de enero de 2015, ponente Del Moral García, A.
STS de 15 de diciembre de 2015, ponente Jorge Barreiro, A.
STS de 15 de julio de 2016, ponente Colmenero Menéndez de Luarca, M.

2. Audiencias provinciales

SAP de Valencia, sección 2ª, de 25 de octubre de 2010, ponente Ortega Lorente, J.M.
SAP de Sevilla, sección 7ª, de 25 de mayo de 2010, ponente González Fernández, G.

B) JURISPRUDENCIA ALEMANA

1. Reichsgericht

RG 31, 210
RG 49, 29
RG 70, 225 (226 ss.)
RGSt 70, 257 (258)
RGSt 42, 40 (41)

RGSt 56, 227 ss.

2. Bundesgerichtshof

BGHSt 2, 325 (326)

BGHSt 14, 170 (171)

BGHSt 15, 24 (26)

BGHSt 16, 120 (121)

BGHSt 19, 295 (298)

BGHSt 39, 392 (398)

BGHSt 46, 196, 203

BGHSt 47, 83 (88)

BGHSt 48, 331 (346 ss.)

BGHSt 51, 165 (173)

BGHSt 54, 44, 48 ss.

BGH NJW 1952, 1148

BGH NJW 1994, 950

BGH NJW, 2001, 453

BGH GA 67, 94

BGH GA 77, 18

BGH NStZ 1988, 175

BGH wistra 1990, 305

BGH wistra 1992, 141

BGH StV 2003, 276 (277)

BGH NStZ 2003, 554 (555)
BGH NStZ 2010, 502
BGH NJW 2000, 3013
BGH NJW 2012, 1377 (1382)
BGH *LM* Nr. 40
BGH MDR/D 75
BGH 2, 150 (153)
BGH 6, 198
BGH 19,167 (168)
BGH 19 343, §253 RN 23.

3. Oberlandesgerichte

BayObLG NJW 1987, 1654
BayObLG JZ 1987
BayObLG NJW 1994, 1078
OLG Frankfurt MMR 2011, 270(272)
OLG Hamburg NJW 1969, 335
OLG Köln NJW 1980, 2366
OLG Köln NJW 1987, 2245
OLG Nürnberg MDR 1964, 693
OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868 (2870)
OLG Schleswig SchlHA 70, 195
OLG Stuttgart NJW 1969, 1975

OLG Stuttgart ZWH 2012, 113[114]

4. Kammergericht bzw. Kommanditgesellschaft

KG JR 1986, 469

KG NZWiSt 2014, 116 (118)

C) JURISPRUDENCIA CHILENA

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique de 27 de diciembre de 2007 [Rol 129-07].