

Los deberes de autoprotección en el delito de estafa

A propósito del fallo “Selman” de la
CSJN

Pablo Gabriel Fossaroli¹

SUMARIO: I.- Introducción a la temática; II.- Los elementos constitutivos del delito de estafa; III.- Las diferentes posturas en relación a la idoneidad del ardid o engaño; IV.- Mi posición; V.- Bibliografía

RESUMEN: En el presente trabajo se abordarán las distintas posturas desarrolladas por la doctrina en relación a la idoneidad del engaño en el delito de estafa y la incidencia que tienen en el tipo objetivo los deberes de autoprotección de la víctima para lo cual se ha tomado en consideración el precedente “Selman” de la CSJN. La postura adoptada permite concluir que la tesis funcionalista radical se erige como adecuada y respeta el principio de mínima intervención que informa el derecho penal.

¹Abogado. Especialista en Derecho Penal en la Universidad de Mendoza. Diplomado en Derecho Penal Económico de la Universidad M. Champagnat. Diplomado en Cibercrimen y evidencia digital de la Universidad M. Champagnat, maestrando en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Cuyo. Auxiliar escribiente en Oficina Fiscal N.º 19 del MPF de Mendoza.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la propiedad – Estafa – Imputación objetiva – Competencia de la víctima

ABSTRACT: This paper will address the different positions developed by the doctrine in relation to the suitability of deception in the crime of fraud and the incidence that the victim's self-protection duties have on the target type, for which the victim's self-protection duties have been taken into consideration. precedent "Selman" of the CSJN. The position adopted allows us to conclude that the radical functionalist thesis stands as adequate and respects the principle of minimal intervention that informs criminal law.

KEYWORDS: Crimes against property - Fraud - Objective imputation – Competence of the victim

I.- Introducción a la temática

Amazon, MercadoLibre, e-commerce, pagos mediante criptoactivos, son parte de la revolución que ha generado el auge en el tráfico comercial de nuestros días y continúa expandiéndose exponencialmente dando lugar a nuevas modalidades de intercambio de bienes y servicios. Frente al crecimiento y la complejidad de las actividades económicas existen múltiples actores que interactúan a diario en las transacciones comerciales y ello produce que existan conflictos y desavenencias hasta llegar a la comisión de delitos y es allí donde entra en juego el delito de estafa, perteneciente al género de la defraudación, que encuentra su anclaje en los delitos contra la propiedad², ubicados en el título VI, del Libro II del Código Penal argentino.

La *communis opinio* coincide en que el bien jurídico protegido por el delito de estafa ampara el patrimonio, concepto que debe ser entendido en un sentido mixto

² Diversos autores como Quintano Ripollés, Maggiore o Donna critican la nomenclatura utilizada por el legislador y le achacan que el término “propiedad” tiene falta de precisión o carencia de tecnicismo puesto que posee reminiscencias de carácter histórico, vinculando el bien jurídico tutelado al derecho de dominio, siendo el término patrimonio más apropiado. La propiedad no se reduce al vínculo dominial sino que es mucho más amplio, debiendo ser entendido en un sentido constitucional, el cual comprende a todos los intereses apreciables que una persona pueda tener fuera de su vida, de su honra y de su libertad.

o de carácter jurídico-económico y como bien postula Welzel, el patrimonio de una persona se compone de la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico.³

El delito de estafa puede ser definido como un ataque al patrimonio, constituido por aquella defraudación mediante la cual el sujeto activo despliega una acción consistente en un ardid o engaño con aptitud suficiente para provocar en la víctima un estado de error orientado a conseguir que el sujeto pasivo realice una disposición patrimonial en su perjuicio. De esta conceptualización se desprende que debe acreditarse de manera concatenada y en el siguiente orden, determinadas conexiones causales para transitar la etapa ejecutiva del delito en estudio. Por un lado, el ardid o el engaño debe provocar un error en la víctima, es decir, una falsa creencia o conocimiento viciado sobre algún aspecto o circunstancia que no se corresponde con la realidad y por el otro, la disposición o desprendimiento patrimonial perjudicial debe haber sido realizado como consecuencia del estado psicológico en que se encuentra inmerso la víctima. Dicho en otras palabras, debe existir un nexo causal entre el acto con incidencia negativa en el patrimonio de la víctima por medio del cual se desprende de los derechos de su propiedad y la maquinación o maniobra fraudulenta empleada, lo que no significa que para explicarlo se deba resucitar la vieja fórmula de la *conditio sine qua non* sino que los cauces dogmáticos deben continuar en el sendero de la teoría de la imputación objetiva.

Siguiendo los lineamientos de la actual doctrina en materia de imputación objetiva, este tipo de injusto penal tiene la estructura de un delito de resultado y requiere para completar el juicio de tipicidad, que se traspase el tamiz que le imponen ciertos institutos sin los cuales no se le puede atribuir el resultado pernicioso a la organización defectuosa de la esfera de libertad del sujeto que lleva acabo la empresa criminal. A saber: aumento del riesgo permitido, que le asigna un marco normativo a la esfera de libertad de actuación de las personas que viven en sociedad; el principio de confianza, que contribuye a delimitar con mayor precisión el rol cívico adecuado a derecho y libera de responsabilidad penal a quien tiene una expectativa normativa de que las demás personas intervinientes en el contacto social se comportarán de la misma manera; la prohibición de regreso, otro criterio

³ DONNA, E. A. (2001), “*Delitos contra el Patrimonio*”, Santa Fe:Rubinzal-Culzoni, pág. 269.

delimitador de la responsabilidad penal que beneficia a quien se mueve dentro de los contornos de libertad asignados al ejercicio de un rol socialmente estereotipado en el marco de un contexto con múltiples actores intervinientes, a pesar de que su aporte sea utilizado para canalizar un hecho delictivo, y la competencia de la víctima, que ha tenido mayor desarrollo y discusión científica dentro de la llamada “victimodogmática”⁴. Estos son los criterios que van a legitimar la imputación delictiva y como expresa José Caro John: *“Un simple acto causal no constituye un factor determinante para imputar un delito a una persona, sino, debe buscarse el significado de esa conducta y observar si actuó dentro de una normatividad expresa o tácita, a efectos de atribuir objetivamente el tipo de una conducta determinada a través de criterios que se hayan desarrollado en la denominada imputación objetiva, que, viene ejecutándose como fundamento de la teoría del tipo penal.”*⁵

Si bien se debe examinar, dentro de los límites antes indicados, cada uno de los institutos en mención para completar el tipo objetivo, es en el ámbito de los deberes de autoprotección que debe adoptar la víctima al momento de realizar una transacción comercial donde me detendré al desarrollar el presente trabajo.

Dentro de esta línea de análisis, cabe decir que el titular del patrimonio puesto en riesgo debe organizar su círculo de libertad de tal forma que una organización defectuosa de su ámbito jurídico no manifieste un abandono al derecho en tutela. El ordenamiento jurídico le otorga facultades a los ciudadanos para organizar su círculo de libertad y dentro de ellas encontramos a la facultad de exclusión de terceros que contribuyan a generar consecuencias perjudiciales a su peculio pero ello no quiere decir que no pueda aceptar los riesgos propios de toda actividad económica signada por imposibilidad de garantizar el éxito de los negocios. En otros términos, si sólo se buscara proteger aquella actividad provechosa para el titular del bien jurídico y no se aceptara la competencia sobre

⁴ Siguiendo a Schünemann, principal exponente en la materia, el principio victimológico puede ser concebido como un criterio de exención de responsabilidad penal para aquellos comportamientos frente a los cuales la víctima puede protegerse a sí misma de modo sencillo y exigible sin más. Citado en “Derecho, Proceso Penal y Victimología” (2003), REYNA ALFARO. L., M. 1º Ed. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 272

⁵ DONNA, E., A., coordinado por FALCONE, A.... [et al.] (2018) *“Autores detrás del autor: Homenaje al Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder”*, 1º ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, pág. 254

las posibles pérdidas que pudieren producirse, se provocaría una asimetría en la relación jurídica de las partes, abandonando el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias que busca conservar el derecho penal liberal. En esta línea argumentativa Pawlik expone que: “*el hacer participar a éste en los riesgos de la organización respectiva, pero privarlo de las ventajas (jurídicas y económicas) de ésta, significaría otra vez introducir una asimetría fundamental en la relación con su contraparte, para la cual no existe una razón convincente objetivamente.*”⁶. Así, el obrar a propio riesgo del agraviado debe comunicar un sentido de renuncia a la protección jurídico-penal y con una eficacia excluyente del tipo penal.

No obstante lo expuesto, no sufrirá de forma automática una liberación de imputación la conducta del agente por el aporte autorresponsable de la víctima sino concurren otros elementos que hacen posible la aplicación del instituto dogmático. En primer lugar, se debe constatar una organización conjunta entre autor y víctima la cual depende de criterios normativos y no de una configuración fenomenológica o temporal de las aportaciones. Para mayor claridad, cabe decir que lo trascendente no será que la víctima actúe en último lugar para que exista autolesión o que el autor despliegue una mayor causalidad sino que lo neurálgico de la decisión trasunta por determinar a partir de que punto la organización conjunta abandona esa esfera y obtiene un significado objetivo autónomo independiente del arbitrio de los intervinientes⁷. En segundo lugar, debe existir una actuación libre de la víctima que evidencie una falta de instrumentalización por parte del autor y de esta forma pueda decirse que en el caso concreto la persona poseía una base cognitiva necesaria para poder ser considerado autorresponsable. En última instancia, sólo la actividad generadora del riesgo será imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima si hay ausencia de un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima o en palabras de Jakobs, responsabilidad

⁶ PAWLIK, M. (2008). “*¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación de cuenta y constelaciones emparentadas*”, En Anuario de Derecho Penal, págs. 31-52. disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10003100052 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES %C2%BFEnga%C3%B1o por medio del aprovechamiento de defectos de organizaci%C3%B3n ajenos?: a cerca de la distribuci%C3%B3n de riesgos conforme al 263 StGB en casos de err%C3%B3nea acreditaci%C3%B3n en cuenta y constelaciones emparentadas

⁷ REYNA ALFARO. L., M. *op. cit.*, pág. 289

en virtud de competencia institucional frente a la cual existen deberes positivos derivados de un status especial cuyo contenido está signado por mejorar la posición o el estado de organización ajena. Son casos de heteroadministración de los bienes jurídicos del titular del patrimonio por existir dependencia o subordinación lo que redundará en la falta de responsabilidad penal.

II.- Los elementos constitutivos del delito de estafa

El codificador argentino abrevó en materia de estafa en las leyes penales españolas que eran tributarias del concepto francés de estafa. La casuística adoptada en el art. 172 de la ley sustantiva nos da la pauta de que se trasladó al texto legal la falta de claridad en el desarrollo dogmático que existía hasta el momento, careciendo de grandes expositores en la materia.

Como ya se adelantó, el tipo objetivo de la estafa exige la reunión concatenada y de manera consecutiva del fraude, del error y de la disposición patrimonial perjudicial. El articulado integra los diversos supuestos de la defraudación, en cuyas especies encontramos a la estafa y al abuso de confianza. Asimismo hace alusión a diversos medios comisivos fraudulentos, entre los que se los puede nuclear en el ardid y en el engaño. El primero puede ser definido como un artificio empleado por el autor con el propósito de obtener una cosa ajena, mientras que el engaño es la simulación o disimulación capaz de inducir a error⁸. Ambas son realizadas con ánimo de lucro y con una potencialidad lesiva hacia el patrimonio ajeno, constituyéndose en los cimientos sobre los cuales se van a apoyar el error y la disposición patrimonial perjudicial puesto que si no existe fraude alguno debe descartarse *in limine* la comisión de delito.

El nexo entre el ardid o engaño y el perjuicio estará conformado por el estado cognoscitivo posterior al fraude en el que se encuentra la persona humana, la cual debe contar con discernimiento y voluntad, conforme lo establece el art.

⁸ ABOSO, Gustavo Eduardo, (2017) “Código Penal de la República Argentina comentado, concordado y con jurisprudencia”. 4º Edición, Buenos Aires: BdeF, pág. 943

260 del CCyCN⁹, puesto que en supuestos de incapacidad¹⁰ o que involucren aparatos mecánicos o electrónicos los cuales no son pasibles de ser engañados¹¹, la acción se vería desplazada a otras figuras penales. Sin embargo, ello puede resultar una tarea ardua en la praxis comercial donde existen múltiples modalidades de negociación y trato entre los intervinientes y sólo constituirá un riesgo prohibido de estafa, aquel engaño que *ex ante* se vislumbre como eficaz e idóneo para conducir al disponente a tomar una decisión económica con incidencia patrimonial negativa. Una respuesta aproximativa que pueda ilustrar una solución a dicha problemática puede ser encontrada en los usos y costumbres vigentes para cada actividad económica. Ello debe ser matizado con los institutos desarrollados por la teoría de la imputación objetiva que delinea los contornos de los contactos sociales en una sociedad de riesgo. Por ejemplo, el caso del panadero que ofrece a los clientes un pan sin gluten cuando en realidad posee mínimas cantidades de ello y de esta forma sus productos no satisfacen los estándares ofertados. En primer lugar se recurrirá al código sustantivo, a la norma general, que determina el tipo penal específico a analizar, en este caso el delito de estafa (art. 172 del CP). En un segundo plano se recurre a normas extrapenales, tales como el Código Civil y Comercial de la Nación, el Código Alimentario Argentino (ley 18.824), etc. En tercer lugar se debe recurrir a las normas de la *lex artis* plasmado en los protocolos o reglamentos de las asociación de panaderos donde se puede abreviar los límites de actuación de los ayudantes o amasadores y por último existe un estándar de conducta que impone la práctica habitual de un oficio que delimita el ámbito de competencia funcional. Una ampliación sobre el tema excedería el objeto del presente trabajo monográfico.

Para completar las exigencias de la estafa, la víctima debe realizar a consecuencia del estado de error una acción positiva o de tolerancia que produzca

⁹ ARTICULO 260 del Código Civil y Comercial de la Nación: “El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.”

¹⁰ ARTÍCULO 261.- Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

¹¹ En el año 2004 la ley 25.930 introdujo el inc. 15 al art. 173 del Código Penal y zanjó definitivamente la discusión que existía en la doctrina en cuanto a la aplicación de las diversas figuras delictivas para este tipo de casos.

una disminución de su patrimonio aunque pueden existir casos donde se produzcan un desdoblamiento del sujeto pasivo del engaño y del ofendido patrimonial, como ocurre en los supuestos de estafa procesal. En ese lugar sistemático ocupa un lugar trascendente el concepto de patrimonio puesto que de acuerdo a que se entienda por patrimonio podrá alegarse que se ha producido un perjuicio que complete el tipo objetivo. Será tarea de la judicatura determinar si el adquirente de un elemento robado (posible encubridor por receptación dolosa) tiene aptitud para solicitar la protección jurídico-penal de dichos bienes o al igual que en el Derecho Privado carece de tal reconocimiento.

Por último, cabe agregar que pueden darse supuestos de estafa por omisión, donde tiene un papel protagónico el silencio, es decir, la falta de comunicación de información apta para tomar una decisión o en el aprovechamiento de un estado mental erróneo el cual no es aclarado por quien tiene un deber jurídico de corregir. Tal como ha desarrollado Nuria Pastor Muñoz, el criterio de accesibilidad normativa a la información establece que el disponente tendrá derecho a la información veraz cuando el conocimiento no sea asequible en términos normativos o dicho en otras palabras, si le era exigible la búsqueda de dicha información por las condiciones propias del mercado.

Ahora bien, todos los conceptos antes desarrollados deben ser aplicados en la praxis diaria sobre una base objetiva que posibilite una interacción libre entre los actores del tráfico mercantil, indispensable para la vida social y esto se traduce en que debe existir una necesidad de confiar en la información entregada o con mayor precisión técnica, existe un derecho a recibir información veraz puesto que exigir el control de todas las circunstancias relevantes de una operación se contraponen con las exigencias de estructuras sociales actuales que requieren transacciones cada vez más ágiles, eficientes y accesibles.

III.- Las diferentes posturas en relación a la idoneidad del ardid o engaño

La doctrina ha desarrollado dos posturas bien diferenciadas para concebir el engaño las cuales si bien no son diametralmente opuestas, el hecho de optar por una o por la otra puede dar lugar a caer en el ámbito de la atipicidad con consecuencias notorias en un proceso penal.

Así, encontramos un criterio limitado o restringido de cuño francés el cual reclama la *mise in scène* (puesta en escena) de una parafernalia fraudulenta, acompañadas de manifestaciones mendaces o embusteras, que analizadas en su conjunto, permite concluir que posee una aptitud para provocar un error en la víctima, demostrando así una mayor peligrosidad por la premeditación y preordenación de medios. En la actualidad no existen férreos seguidores de esta postura aunque podría ser matizarla para su aplicación¹²

Salvando las distancias que la dogmática penal ha impuesto, el jurisconsulto Francesco Carrara decía que ninguna protección penal merecen los que se hacen sacar dinero por una viejita harapienta que asegura saber adivinar los números de la lotería a diferencia de aquella que lleva puesto un vestido de seda y joyas falsas que aparentando riqueza por sus ganancias, distinguiendo entre la mentira o artificio verbal y el artificio material¹³. En esos tiempos, ya se podía observar la importancia del accionar de la víctima en el proceso de intercambio de bienes y servicios y la debida distinción que debe hacerse entre el fraude civil y el fraude penal, caracterizado por el plus fraudulento (aunque olvidaban estas teorías que lo que castiga el tipo penal es la lesión patrimonial y no el engaño).

El otro camino que recorre la doctrina es el criterio amplio cuyo rúbrica está dada por la idoneidad del engaño con capacidad para inducir a error a la víctima, sin que sea necesario el despliegue de alguna maniobra fraudulenta exterior o cierta teatralidad para que el accionar o el engaño omisivo sea penalmente relevante. Esta última postura exegética es la más adecuada ya que de la lectura del tipo penal no se advierte que sea una exigencia la realización de una maniobra o maquinación fraudulenta externa, siendo suficiente la constatación de una inveracidad. Sin embargo, ello requiere de algunas precisiones que delimiten una correcta aplicación del derecho penal y el principio de subsidiariedad de la protección penal de bienes jurídicos. De este modo, la idoneidad del engaño puede ser analizada a partir de un baremo objetivo que tenga en consideración la entidad del medio fraudulento utilizado y los usos y costumbres que impone el tráfico comercial o desde un

¹²C. Nac. Crim. Y Corr., sala 6°, 17/11/1981 – D., M. A., ED 99-287, citado en ROMERO VILLANUEVA, H. (2017) “Código Penal de la Nación y legislación complementaria anotados con jurisprudencia”, 8° ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 535

¹³DONNA, E. A. (2001), “Delitos contra el Patrimonio”, Santa Fe:Rubinzal-Culzoni, pág. 276.

baremo subjetivo donde inciden las circunstancias personales, sociales y educacionales del sujeto pasivo para valorar la entidad o la naturaleza del acto.

Entroncando con los conceptos antes vertidos, es en este punto donde deben ser analizadas las medidas de autoprotección adoptadas por la persona que dispone de su patrimonio puesto que un quebranto arriesgado de dichos deberes provoca que el resultado no le sea imputable al sujeto activo beneficiado sino a la propia y defectuosa esfera de organización de la víctima. Allí, tendrá incidencia la adecuación *ex ante* del engaño para configurar operativamente un acto de disposición, es decir, se considera *ex ante* que existe un riesgo prohibido de estafa lo que en el *iter criminis* posiciona al comportamiento en grado de tentativa y en caso de que *ex post* se materialice el acto de disposición con menoscabo patrimonial, hará perfectible la acción, logrando la consumación del delito.

Ahora bien, al momento de analizar el quebrantamiento de los deberes de autoprotección que derivan de un rol social estereotipado se deberá prestar especial atención a los detalles del caso, puesto que en caso de que la persona ostente un rol especial, profesionalizado, se le puede exigir mayor cautela o prudencia al momento de realizar la actividad como así también precisará otro baremo la idoneidad del engaño o ardid. Dicho en términos de Pérez Manzano: *“a mayor deber de diligencia de la víctima mayor despliegue de actividad engañosa requerido para afirmar la idoneidad del engaño”*¹⁴

Como se dijo, el engaño debe implicar un aumento del riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, tal como enseña Jakobs, cuando el hecho se realiza con engaño requiere necesariamente la producción de lesión de un derecho de en el ámbito de los delitos contra las personas¹⁵(en este caso delitos contra el patrimonio) y quedará reservado al ámbito privado todo aquel riesgo provocado por la falta de transmisión de información puesto que en el ámbito de las incumbencias que surge de la responsabilidad por organización no se puede

¹⁴HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2010) “*Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática*”, Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 37, N°. 1, págs. 14, se puede acceder en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3263930>

¹⁵PARMA, C., MANGIAFICO, D. y ÁLVAREZ DOYLE, D., (2019), “*Derecho penal Parte especial*”, Buenos Aires:Hammurabi, págs. 431.

fundamentar una posición de garante que exija poner en conocimiento de quien realiza la disposición patrimonial toda la información posible destinada a disminuir los riesgos que implica el tráfico mercantil. Dicho en palabras del discípulo de Jakobs, *“desde el punto de vista de la estafa, la fiabilidad de informaciones proporcionadas por medio del lenguaje no es un fin en sí mismo, ella sirve para posibilitarle a la persona individual el manejo auto-responsable de su patrimonio, para facultarla por tanto, a modo de ejemplo, para decidir sobre una base objetiva suficiente respecto de la aceptación de riesgos económicos. Este limitado objetivo no exige descargar al titular del patrimonio también de aquellos riesgos que se generan para él por el hecho de que debe procesar y evaluar, dentro de su propia esfera de organización, las informaciones relevantes para su decisión. Pero justamente a ello se llegaría, si se calificara como engaño típico”*¹⁶

Lo relevante en este tipo de delitos estará consolidado por los usos y costumbres que imponen los negocios jurídicos donde debe prevalecer la buena fe entre las partes y no el sentido o el valor que le imprima el autor o la víctima. La delimitación entre el engaño y el dolo que propone el análisis de la inveracidad desde una perspectiva subjetiva se torna difusa, indefinida, lo que no puede ser sostenida sin que se produzcan consecuencias sistemáticas que no son tolerables.

En el seno de la jurisprudencia argentina encontramos diversas posturas en relación a la idoneidad o inidoneidad del engaño, encontrando criterios disímiles y valederos que enriquecen la discusión. Recurriendo al clásico Código Penal de la Nación del Dr. Horacio Romero Villanueva se pueden encontrar los siguientes comentarios en relación a la entidad del engaño: *“Para la configuración del delito de estafa el engaño debe ser de una entidad tal que inhiba al sujeto pasivo de la posibilidad de desentrañar la tergiversación de la verdad histórica”*¹⁷. *“Así, el engaño debe ser suficiente y proporcional para los fines propuestos, en función de las condiciones personales del afectado y de las circunstancias, todas del caso en particular”*¹⁸. Ello avizora una solución a adoptar.

Ahora bien, en un reciente y tórrido precedente caratulado *“Recurso de hecho deducido por Sergio Daniel Avancini en la causa Selman, Christian José s/ estafa y estafa en*

¹⁶ PAWLIK, M (2008). op. cit.

¹⁷ C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 19/9/2005 - Candura, Claudio; ídem, sala 5ª, 18/8/2004 - Sprei, Alejandro., citado en ROMERO VILLANUEVA, H. (2017) op. cit., pág. 536

¹⁸ C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 22/2/2006 - Spizer, Fabiana B., citado en ROMERO VILLANUEVA, H. (2017) de op. cit., pág. 536

grado de tentativa -dos hechos- en concurso real”¹⁹ de fecha 22 de Mayo de 2020²⁰, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), remitiéndose al dictamen del Dr. Eduardo Casal, resolvió que aquella intelección que entiende que *“la falta de cuidado por parte de la víctima convierte en atípica la conducta del autor, o bien, formulado a la inversa, la tipicidad del delito de estafa requeriría, además de los elementos que son mencionados tradicionalmente (engaño, error, disposición patrimonial perjudicial), que la víctima haya obrado diligentemente, choca con el dato insoslayable de que prácticamente toda estafa presupone un descuido de la víctima y que ello es en definitiva lo que hace posible que tenga éxito el engaño”*, adhiriendo de esta forma a la teoría del éxito en materia de idoneidad del engaño. Concluye en ese sentido que: *“si las personas obraran en sus asuntos con el máximo de diligencia, no habría estafas. De allí pues que reclamar como elemento adicional para la tipicidad que la víctima no haya obrado descuidadamente, no sólo importaría exigir un requisito que ni la ley, ni la doctrina y la jurisprudencia que pacíficamente la han interpretado, piden, sino además consagrar una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa y la torna inoperante, sin más razón que la sola voluntad de los magistrados”*.

Siguiendo los lineamientos del precedente jurisprudencial mencionado, la Corte Federal ha tomado parte en la discusión doctrinaria en apoyo de una teoría restrictiva a favor de la víctima lo que podría sugerir que genera un aparente desequilibrio entre los agentes del sistema económico pero analizado esto de forma detenida puede advertirse que, más allá de los cuestiones probatorias que todo caso puede presentar, las conductas inveraces que de forma dialéctica pueden ser atribuidas a la habilidad de negociación, implican una amenaza a la confianza que depositan las personas en que la información proporcionada sea veraz y esté garantida por el Estado de Derecho, quiero decir, que exista seguridad jurídica.

Este criterio restrictivo no sólo tiene raíces vernáculas sino que también la jurisprudencia española lo ha receptado. Ejemplo de ello, es la STS 162/2012 en la

¹⁹CSJN, “Recurso de hecho deducido por Sergio Daniel Avancini en la causa Selman, Christian José s/ estafa y estafa en grado de tentativa -dos hechos- en concurso real”, sentencia 22/05/2020

²⁰El caso trataba sobre una compraventa millonaria de un inmueble por la cual la parte compradora, con el pretexto de una supuesta modificación de los datos del recibo, le entregó a la contraparte otro recibo ya firmado que había traído consigo en lugar del que se encontraba firmado por el escribano y posteriormente desconoció el pago del mismo aduciendo que no le pertenecía la rúbrica inserta.

cual se interpretó que “no es admisible desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales”²¹, a tal punto que ha puesto en duda la propia existencia de los deberes de autoprotección para este tipo de delitos.

IV.- Mi posición

Del breve análisis que se ha realizado se ha de advertir que los fundamentos que adopta la CSJN en materia de fraudes se encuentra cohonestada con la teoría amplia en materia de idoneidad del engaño en el delito de estafa y es susceptible de ser compartida con amplitud pero debe ser matizada en varios aspectos de la misma si verdaderamente el derecho penal constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. En efecto, en el marco de un Estado de Derecho aquellos descuidos o irreflexiones que lleve a cabo la víctima, como parte de la organización de su esfera de libertad, no colocan a la persona afectada patrimonialmente en objeto del delito, o si se quiere, que el acto reprochado sea el engaño en sí mismo. Aquí lo trascendente será realizar una ponderación de los intereses en juego que se enfrentan en una interacción económicamente, debiendo valorar las singularidades del caso concreto, es decir, el contexto en el cual se desarrollan los hechos, la calidad de las intervinientes y los usos y costumbres que surgen del sector de cada actividad económica para que, en última instancia, determinar si el daño patrimonial sobre el cual descansa el andamiaje tutelar del texto legal puede ser reconducido al ámbito de responsabilidad de la víctima.

Para finalizar es necesario recordar a Manzini quien afirmaba que “un *mínimum de sinceridad en las relaciones patrimoniales debe ser impuesta coactivamente en un Estado bien ordenado, porque dicho elemento representa uno de los más vitales intereses en el normal desenvolvimiento de los negocios privados y la civil convivencia*”²² y en el ámbito jurídico-penal tributario de las enseñanzas de Hegel, los seres humanos deben respetar a los demás como personas, teniendo a su cargo deberes negativos que surge de su rol de ciudadano (principio de *neminem laedere*) como también deberes positivos que puede surgir de un rol especial que importa una obligación de

²¹SILVA SÁNCHEZ, J., M. [et al.] (2015) “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*”, Barcelona: Atelier, pag. 259

²²DONNA, E. A. (2001), “*Delitos contra el Patrimonio*”, Santa Fe:Rubinzal-Culzoni, pág. 265.

mejorar la posición de la esfera jurídica ajena con el límite prudente que impone el instituto dogmático de imputación objetiva que excluye la tipicidad de la conducta del autor en aquellos casos en que la persona coloca en una situación de posible sacrificio de sus propios bienes desapareciendo la heterolesión, base de toda persecución penal.

V.- Bibliografía

Libros y Artículos

- ABOSO, Gustavo Eduardo, (2017) “Código Penal de la República Argentina comentado, concordado y con jurisprudencia”. 4º Edición, Buenos Aires: BdeF, págs. 942-959.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, (2004) “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”, 1º Reimp. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- DONNA, Edgardo Alberto (2001), “Delitos contra el Patrimonio”, Santa Fe:Rubinzal-Culzoni, págs. 255-340.
- DONNA, Edgardo, Alberto, coordinado por FALCONE, Andrés (2018) “Autores detrás del autor: Homenaje al Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder”, 1º ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, págs. 251-286.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. (2010) “Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática”, en Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 37, N°. 1, págs. 9-41
- MATOS RAZURI, Sergio, “La intervención de la víctima en el delito de estafa”, disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141208_01.pdf
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, (2004) “La determinación del engaño típico en el delito de estafa”, Madrid: Marcial Pons.
- PARMA, Carlos, MANGIAFICO, David y ÁLVAREZ DOYLE, Daniel, (2019), “Derecho penal Parte especial”, Buenos Aires:Hammurabi, págs. 428-432.
- PAWLIK, Michael (2008). “¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos

conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación de cuenta y constelaciones emparentadas”, En Anuario de Derecho Penal, págs. 31-52. disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10003100052_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_%C2%BFEnga%C3%B1o_por_medio_del_aprovechamiento_de_defectos_de_organizaci%C3%B3n_ajenos?:_acerca_de_la_distribuci%C3%B3n_de_riesgos_conforme_al_263_StGB_en_casos_de_err%C3%B3nea_acreditaci%C3%B3n_en_cuenta_y_constelaciones_emparentadas

- REYNA ALFARO, Luis, Miguel, “Derecho, Proceso Penal y Victimología”, (2003), 1º Ed. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- ROMERO VILLANUEVA, H. (2017) “Código Penal de la Nación y legislación complementaria anotados con jurisprudencia”, 8º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 535-565.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, María (coord.) (2015) “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”, Barcelona: Atelier, págs. 253-275.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por Sergio Daniel Avancini en la causa Selman, Christian José s/ estafa y estafa en grado de tentativa -dos hechos- en concurso real”, sentencia 22/05/2020