



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

EL ENGAÑO EN EL DELITO DE ESTAFA

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Memorista:

FELIPE ARIEL MARTÍNEZ CORTÉS

Profesor Guía:

LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH

Santiago, Chile.

Diciembre 2016

***A mi familia y especialmente a mis padres,
por su apoyo incondicional.***

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DELITO DE ESTAFA Y CONCEPTO DE ENGAÑO.....	10
1.1. Regulación de la estafa en el Código Penal chileno.....	10
1.1.1. La figura general del art.473.....	10
1.1.2. Estafas especiales.....	12
1.2. Estructura del tipo penal de la estafa en el Código Penal Chileno.....	13
1.2.1. Elementos objetivos del tipo penal de la estafa.....	14
1.2.1.1. El engaño.....	14
1.2.1.2. El error.....	15
1.2.1.3. La disposición patrimonial	16
1.2.1.4. El perjuicio.....	17
1.2.1.5. El nexa causal.....	18
1.2.2. Elementos subjetivos del tipo penal de la estafa.....	18
1.2.2.1. El dolo y la culpa.....	18
1.2.2.2. Dolo penal y dolo civil.....	18

CAPÍTULO II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL ENGAÑO.....	21
2.1. El concepto de engaño la estafa.....	21
2.2. Teoría de la mise en scène o puesta en escena.....	23
2.2.1. Requisitos de la puesta en escena.....	24
2.2.2. Acogida en el derecho iberoamericano.....	25
2.3. Teoría del engaño bastante.....	27
2.3.1. Baremo objetivo	28
2.3.2. Baremo subjetivo.....	29
2.4. Teoría de la Imputación objetiva.....	32
CAPÍTULO III. EL PROBLEMA DE LOS DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA	36
3.1. El principio victidogmático como límite a la acción penal.....	36
3.2. Delitos de relación y delitos de intervención.....	45
CAPÍTULO IV. EL OBJETO DEL ENGAÑO.....	48
4.1. Hechos como objeto del engaño.....	48
4.2. Juicios de valor como objeto del engaño.....	49
4.2.1. Exigencia en nuestro ordenamiento.....	51
4.2.2. Doctrina relevante.....	51

CAPÍTULO V. FORMAS DE ENGAÑO.....	56
5.1. Engaño activo.....	56
5.1.1. Definición de la figura.....	56
5.1.2. La teoría de la simple mentira.....	56
5.2. Engaño concluyente.....	60
5.2.1. Definición de la figura.....	60
5.2.2. Posibilidad de engaño concluyente en Chile.....	61
5.3. Engaño por omisión.....	62
5.3.1. Definición de la figura.....	62
5.3.2. Problemáticas del engaño por omisión.....	63
5.3.2.1. Posición de garante.....	63
5.3.2.2. Error imputable al engaño omisivo.....	64
5.3.3. Engaño por omisión en el Código Penal chileno.....	66
CAPÍTULO VI. COMPARACIÓN ENTRE EL ENGAÑO EN LA ESTAFA Y LA FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PRIVADO.....	67
6.1. Definición de la falsificación de instrumento privado y su regulación en el Código Penal chileno.....	67

6.2. Similitudes y diferencias entre el engaño típico en la estafa y la falsificación de instrumento privado.....	70
CONCLUSIONES.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	78

RESUMEN

La presente investigación tiene como fin el estudio del engaño en el delito de estafa en Chile. Para esto, se analizan las principales y más influyentes posturas doctrinales nacionales e iberoamericanas sobre la materia.

En definitiva, se examinan los puntos controvertidos más relevantes en el estudio del engaño. En primer lugar, se tratan las distintas definiciones del concepto de engaño en la estafa, sus características y requisitos. Posteriormente se estudian los deberes de protección exigidos a la víctima de este delito. A continuación, se revisan las distintas posturas respecto al objeto sobre el cual puede recaer el engaño. Luego, se describen las diversas formas en que se puede realizar el engaño. Por último, se realiza un análisis comparativo entre el engaño de estafa y el engaño en la falsificación de instrumento privado.

Como conclusión, se observa que si bien existen diversas teorías aplicables al engaño en la estafa, la aplicación de la imputación objetiva presenta las respuestas más consistentes que se ajustan de mejor manera al tráfico jurídico actual.

INTRODUCCIÓN

Nuestro legislador ha regulado el delito de estafa de manera casuística, es decir, mediante una serie de ejemplos que configuran el tipo penal sancionado. Por este motivo, los elementos que componen la tipicidad del delito han debido surgir desde la doctrina y la jurisprudencia.¹

Dentro de los elementos que integran el tipo penal de la estafa destaca el engaño. El concepto de engaño es fundamental para entender la figura de la estafa. La interpretación del engaño determinará la aplicación del delito en cuestión. Así, se puede entender el engaño desde la postura de la mise en scène, o desde la postura de la imputación objetiva, por ejemplo. De esta forma, la postura de la puesta en escena se presenta como la más restrictiva, exigiendo para la realización del engaño externalidades que acompañen la mentira. En el otro extremo, se ha sostenido que basta con una simple mentira para configurar el engaño en la estafa. La postura de la imputación objetiva en cambio, se presenta como una doble exigencia, tanto respecto a la acción engañosa misma como a la necesidad de autoprotección de la víctima.²

En este sentido, debido a las características del delito de estafa, la doctrina ha debido estudiar si existen deberes de autoprotección de la víctima, ya que, a diferencia de delitos como el hurto o el homicidio, la estafa requiere la participación activa del sujeto pasivo, ya que es este en definitiva quien realiza la disposición patrimonial que genera el perjuicio.

La forma en la que se entiende el concepto de engaño también influye respecto a sobre qué puede recaer el mismo, o las formas en que se puede realizar.

¹ Véase, BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1) p.65

² CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.120

Los casos que el legislador ha tomado de ejemplo para regular la estafa corresponden a delito activos, pero cabe la pregunta si la estafa puede cometerse de manera pasiva, o también si se considera el engaño concluyente como forma de engaño típico.

En definitiva, el estudio del engaño en la estafa delimita la tipicidad de la misma y en por tanto, su aplicación práctica en el tráfico jurídico.

CAPÍTULO I. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DELITO DE ESTAFA.

1.1. Regulación de la estafa en el Código Penal chileno

El código penal chileno regula la estafa en el párrafo octavo del Título IX del Libro Segundo (artículos 467 y siguientes). Cualquier estudio respecto al tipo penal de estafa deberá considerar en primer término la forma en que están redactadas las disposiciones en nuestro Código Penal. El delito de estafa está regulado de manera casuística, sin desarrollar de manera expresa todos sus elementos,³ lo que hace necesario su estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia de manera de poder delimitar cuales son los requisitos y exigencias de este delito.

1.1.1. La figura general del artículo 473.

Para parte de la doctrina nacional el artículo 468 corresponde a la figura básica o genérica de la estafa,⁴ mientras que el artículo 473 sería la figura residual, aplicándose a “otros engaños” que no han sido descritos anteriormente. La distinción realizada de esta forma cobra sentido si se entiende que el engaño en la estafa ha de consistir siempre en ardides o maquinaciones, postura que encaja con la denominada teoría de la mise en scène. De esta forma, la figura del 473 se referiría al resto de los engaños que no han sido enunciados expresamente en el título.⁵

³ El párrafo octavo del Título IX del Libro Segundo, titulado Estafas y otros engaños, comienza con su artículo 467 describiendo una forma de estafa y termina con su artículo 473, donde se sanciona al que defraude o perjudique usando cualquier otro engaño no descrito en los artículos anteriores. De esta manera, la forma en que se regula la estafa en nuestro Código es mediante descripciones de casos determinados, a partir de los cuales la doctrina y jurisprudencia han rescatado cuáles son efectivamente los elementos que configuran el delito.

⁴ En ese sentido, ETCHEBERRY Orthusteguy, A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, p. 406; CABRERA Guirao, J. y CONTRERAS Enos, M., El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial, pp. 20 a 30; LABATUT Glenda, Gustavo; Zenteno Vargas, Julio. 1990. Derecho Penal. Tomo I. 7° ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

⁵ Véase BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1) p.64. El autor afirma que la mayoría de la jurisprudencia opta por considerar el art. 463 como la figura básica y el art. 473 como figura residual, existiendo jurisprudencia sin embargo que afirma lo contrario, considerando la figura del 473 como general.

Postura opuesta es la de LABATUT, que considera que la figura del artículo 473 es más bien un “principio general destinado a evitar la impunidad de hechos fraudulentos no expresamente previstos”.⁶

Al analizar la forma en que está redactado el párrafo octavo, no parece preciso considerar la disposición del artículo 468 como la figura general en el delito de estafa, sino más bien como una de las tantas formas en que se puede realizar. Esto especialmente considerando el último artículo del párrafo en cuestión, que sanciona al que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier otro engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores.

Esta figura no exige maquinación alguna, ni describe la forma en que debe realizarse el engaño, sino que basta con que éste se realice. Es por esta razón que el artículo 473 corresponde a la descripción básica del delito de estafa, de la cual se puede estudiar y definir de mejor manera sus elementos.

Teniendo presente estos argumentos es posible configurar al tipo penal del art. 473 como figura general del delito de estafa. En esta misma línea, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ indican: “Aquí, siguiendo el estilo de nuestra codificación, y tal como sucede respecto a los homicidios y las lesiones, el legislador expresó primero todos los hechos que le parecían especialmente graves, para solo al final establecer la regla general, la figura delictiva que reúne los elementos esenciales de toda estafa, elementos a los que los casos especiales de estafa del CP agregan las particularidades que lo identifican: el objeto material, en los fraudes en la entrega; la clase de engaño, en las estafas calificadas del art. 468; el medio engañoso, en la falsificación de instrumentos privados; etc.”⁷

En definitiva, la expresión “defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores” no se trata de una figura residual que sirva para castigar aquellas conductas que no se mencionaron expresamente en

⁶ LABATUT Glenda, Gustavo; Zenteno Vargas, Julio. 1990. Derecho Penal. Tomo I. 7° ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 226

⁷ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. 2006. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.417

la norma penal, sino que todo lo contrario, es la figura general del delito de estafa que sirve de base para el estudio del tipo penal consagrado en nuestro país.

1.1.2. Estafas especiales.

Si se considera el artículo 473 como la figura general, las demás disposiciones del párrafo octavo formarían parte de los que se considera como estafas especiales, ya que el legislador les ha dado características específicas para su configuración en cada caso.⁸

En primer lugar, la estafa calificada por el engaño, regulada en el artículo 468 de nuestro Código Penal. En esta estafa el legislador exige lo que la doctrina denomina mise en scène.⁹ En este tipo de estafa el engaño se lleva a cabo mediante una especie de “ardid o maquinación”, razón por la cual este artículo ha sido considerado, por parte de la doctrina nacional que adhiere a la teoría de la mise en scène, como la figura general del delito de estafa.¹⁰

En segundo lugar, encontramos los fraudes en la entrega o el comercio, regulados en los artículos 67 y 469 N°1 y N°2. Estos tipos de fraudes se caracterizan por presentar un tipo de engaño en específico, que debe recaer ya sea en la calidad, cantidad o sustancia de la cosa.

En tercer lugar, las estafas con causa ilícita, reguladas en los artículos 469 N°5 y 470 N°7. En este tipo de fraude falta un determinado requisito de validez del acto jurídico, que si bien por regla general solo conllevaría consecuencias en el ámbito civil, en estas figuras existe una especie de derecho a no ser engañado, por lo que reciben protección además en el ámbito penal.

⁸ Íbid. p.443.

⁹ LIRA Correa, Blanca. 2008. Las teorías de la imputación objetiva y la mise en scène. P.91-109

¹⁰ Véase ETCHEBERRY Orthusteguy, A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III.

En cuarto lugar, los fraudes de subvenciones, regulados en el artículo 470 N°8 del Código Penal. Este tipo de fraude se caracteriza por la obtención fraudulenta de remuneraciones o prestaciones del Fisco o municipalidades.

Por último, podemos agrupar las figuras de los artículos 470 N°2 y N°6 y el artículo 470 N°4 y N°5, como otras estafas especiales. En las estafas de los artículos 470n°2 y n°6 se sanciona a los que entregan datos falsos u ocultan datos o celebran contratos basados en esos contratos. En la estafa del artículo 470 n°4, se sanciona a quienes hacen suscribir con engaño determinado documento. En la estafa del artículo 470n°5, se sanciona a quienes que defrauden sustrayendo o destruyendo parte de algún proceso.

En definitiva, nuestro legislador al momento de regular la estafa decide hacerlo mediante la descripción de varias figuras que constituyen determinados tipos de engaño en situaciones específicas. Es por esta razón que se hace necesario construir una estructura básica del tipo penal de la estafa, y con esto, un concepto más definido de qué es efectivamente lo que se entiende por engaño.

1.2. Estructura del tipo penal de la estafa en el Código Penal Chileno.

La estructura del tipo penal en la estafa no es un tema fácil de analizar, partiendo desde la forma en que nuestro Código Penal describe el delito de estafa hasta la falta de definición clara de cada uno de sus elementos. Es por esta razón que ha sido labor de la doctrina y la jurisprudencia proponer un esquema de los elementos típicos de la estafa¹¹.

La descripción del artículo 473 establece “El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo.” Se desprende de esta disposición el elemento de engaño y el perjuicio,

¹¹ BALMACEDA, Gustavo. *op. cit.* en n. 2, p.65

para algunos los únicos elementos del tipo penal de la estafa. Es bastante pacífico sin embargo, en la doctrina y la jurisprudencia iberoamericana la exigencia del engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación de causalidad.¹²

Siguiendo a POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, a partir de esta descripción de estafa podemos distinguir sus elementos: En primer lugar el engaño, es decir, la acción de engañar. En segundo lugar, el error que ese engaño produce en la víctima, o sea, el efecto del engaño. En tercer lugar, la disposición patrimonial, que es el acto que genera el perjuicio, provocado por el autor del delito mediante su engaño. En cuarto lugar, el perjuicio patrimonial (pérdida propiamente tal) que sufre una persona. Por último, la relación causal entre estos elementos.¹³

Algunos autores han agregado además a la tipicidad del delito el ánimo de lucro. La explicación radica en que el delito en sí no es solo contra el patrimonio, sino contra el enriquecimiento.¹⁴

1.2.1. Elementos objetivos del tipo penal de la estafa

1.2.1.1.- El engaño

Sin duda el elemento del tipo penal de la estafa más estudiado, y no con menor razón. Se ha definido como “cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad”;¹⁵ una simulación o disimulación capaz de inducir a error; una mutación o alteración de la verdad; un ardid, una determinada maquinación o simulación.¹⁶ La verdad es que todo concepto de engaño desarrollado como elemento del delito de estafa necesariamente debe incluir un análisis más profundo de todos los aspectos que abarcan la conducta típica. Si puede ser tanto acción como omisión, si cabe el dolo o la culpa, si requiere una puesta en escena o basta con una

¹² Véase *Ibíd.*, p.65. La jurisprudencia nacional ha sido clara en establecer la existencia de una relación de causalidad entre cada uno de los elementos del tipo.

¹³ POLITOFF L., *op. cit.* en n. 7. p.418

¹⁴ Véase BALMACEDA, Gustavo. *op. cit.* en n. 2, p.67. El autor reconoce que la postura mayoritaria de la doctrina es la exclusión de este elemento, además la jurisprudencia que ha sostenido esta postura es más bien minoritaria.

¹⁵ ETCHEBERRY Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, p. 392

¹⁶ POLITOFF L., *op. cit.* en n. 7. p.430

simple mentira, incluso en qué puede recaer, la interpretación que se haga del concepto de engaño es lo que delimita la aplicación del delito de estafa.

1.2.1.2. El error

Es el efecto que produce el engaño en la persona que recibe la comunicación. Es el primero de los efectos que genera el engaño, esta falsa representación de la realidad generada por el actor que culmina en el perjuicio generado a la víctima.

Hay cierta doctrina española que considera que el error no es un elemento que debiera tratarse como elemento separado sino más bien dentro del estudio mismo del engaño.¹⁷

Así, si se analiza desde el punto de vista de la imputación objetiva, el error sería más bien un punto de referencia para la delimitación de la tipicidad del engaño,¹⁸ en el sentido que el engaño que puede generar un error en la persona es una cualidad necesaria del mismo para que se produzca la disposición patrimonial esperada, no un elemento distinto de la misma conducta. Entendido así, el error se entiende como una consecuencia de la suficiencia del engaño respecto a la víctima. Por esto, si se considera que el derecho penal no puede proteger al sujeto que ha sufrido el engaño por actuar de manera negligente respecto a sus deberes de autoprotección, el error jugaría un papel más relevante en este ámbito de colaboración con el principio de subsidiariedad de la norma penal, en la distinción si la víctima merece o no protección penal.

A pesar de estas consideraciones, el hecho de analizar el error como un elemento aparte en la tipicidad del delito de estafa permite enfocarse en aspectos que no están comprendidos en el engaño, y por tanto deben analizarse separadamente.

Para POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, los problemas que pueden analizarse en este elemento son principalmente dos: “El primero de ellos es si la ignorancia se puede equiparar al error. Aunque el asunto es discutible, debe responderse afirmativamente

¹⁷ GOMEZ Benítez, José Manuel. 1985. Función y contenido del error en el tipo de estafa. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 38. p. 333-346.

¹⁸ *Ibíd.* p. 333

a la pregunta planteada, si se entiende que el error del engaño no necesariamente debe ser generado por este, sino también puede ser mantenido por el engaño. Y esto sucede en los casos de omisión de decir la verdad, cuando se está obligado a ello. Esta forma de engaño no produce un error, sino que mantiene un error que el autor debe despejar, y por ello es punible.”¹⁹

Este es uno de los problemas que existen respecto a la interpretación misma de la norma penal. La importancia de este tema radica en si es posible o no la estafa por omisión en nuestro ordenamiento jurídico. Más adelante se tratará este tema en profundidad respecto a las formas de engaño en la estafa.

“La siguiente cuestión que se presenta es la del momento en que debe producirse el error. La regla general es que el error debe ser producido por la acción engañosa. La excepción es el caso del delito de comisión por omisión, donde el error, a pesar de ser anterior, es mantenido por la acción engañosa (que en este caso son todas aquellas diferentes a la que despejaría el error). Es también imaginable el caso de mantener un error por medio de la simulación, pero en este caso la simulación solo es punible en la medida que ella es una acción diferente a la debida, cual es despejar el error, pues solo quien está obligado a despejar el error puede ser castigado por no hacerlo.”²⁰

Al igual que en el punto anterior la relevancia de la discusión radica en la posibilidad de sancionar la estafa como delito omisivo. En este caso, el problema se centra en la relación de causalidad entre el engaño y el error. Si se considera que el error es un efecto necesariamente producido por el engaño, estamos frente a la improbable situación donde es la mera omisión del actor la que genera el error en la víctima. Si en cambio, se considera que basta con que la omisión mantenga en el error a la víctima en lugar de generarlo, nos encontraríamos frente a un escenario mucho más probable.

1.2.1.3. La disposición patrimonial

El error resultado del engaño debe producir en primer lugar, una disposición patrimonial. Se puede definir como el acto de voluntad por el cual el sujeto pasivo

¹⁹ Véase POLITOFF L., *op. cit.* en n. 5. p.432

²⁰ *Ibíd.* p.432

provoca, activa o pasivamente, una disminución de su patrimonio.²¹ Es así como esta disposición es un hecho material y no se restringe por el concepto civil de disposición, pudiendo disponer en el sentido penal quien no necesariamente tiene la capacidad de disponer, en el sentido civil.²²

1.2.1.4. El perjuicio

Esta disposición patrimonial debe generar un perjuicio, entendiendo perjuicio como un detrimento efectivo del patrimonio o una disminución real o potencial del patrimonio del sujeto pasivo. De esta manera no existiría perjuicio si la pérdida generada es compensada con una ganancia equivalente.²³

Por otro lado, en este punto es relevante examinar qué es lo que se considera por patrimonio y cuál es su contenido en la estafa. Si se utiliza un concepto puramente jurídico, restringiríamos el alcance de la estafa ya que hechos como la posesión no podrían estar considerados en el patrimonio de una persona. En el otro extremo, la utilización de un concepto puramente económico nos lleva a una situación de restricción similar, dejando de lado conceptos normativos penales de la estafa para basarse exclusivamente en el saldo final de la víctima.²⁴

En definitiva, el concepto mixto o jurídico-económico es el que mejor se adapta al delito de estafa y es la teoría imperante en la doctrina alemana y española.²⁵ De esta forma podemos considerar el contenido del patrimonio como aquellos bienes que se encuentran en disposición de la persona, siempre que tal poder no se encuentre jurídicamente desaprobado de forma expresa.²⁶

²¹ ETCHEBERRY Orthusteguy, A. *op. cit. en n.10, p. 434*

²² POLITOFF L., *op. cit. en n. 5. p.434*

²³ *Ibid.*, p. 435

²⁴ SHALACK Muñoz, Andrés. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. 2008. Revista chilena de derecho. Vol 35. n°2. p.278

²⁵ Véase *Ibid.*, p.279. El autor reconoce tres grandes variantes de este concepto. En primer lugar, aquellas que consideran aquellas valoraciones económicas condensadas en derechos subjetivos. La segunda considera que las posiciones económicamente valiosas gocen de protección al efecto de considerarlas como parte del concepto penal de patrimonio. Por último, están las formulaciones que consideran que basta con que la posición de que se trate tenga la aprobación del ordenamiento jurídico o al menos no esté prohibido por este.

²⁶ POLITOFF L., *op. cit. en n. 5. p.435*

1.2.1.5. El nexa causal

El engaño debe producir un error, resultado de ese error se realiza la disposición patrimonial que genera el perjuicio. Puede discutirse si el error debe producirse o basta con que se mantenga a raíz del engaño, pero en cualquier caso siempre habrá una relación causal y funcional entre los elementos de la estafa.²⁷

1.2.2. Elementos subjetivos del tipo penal de la estafa

1.2.2.1. El dolo y la culpa

Nuestro Código Penal no presenta figura de estafa imprudente, por lo que necesariamente la conducta del agente debe ser dolosa.²⁸

De esta forma podemos definir el dolo en la estafa como el conocimiento y la voluntad de engañar, para producir un error, que genere una disposición patrimonial y un perjuicio económico. Esta definición es la mayoritaria en la doctrina iberoamericana y en la alemana. ¿Puede haber dolo eventual en la estafa? De la sola lectura de la disposición legal no se desprende ninguna exclusión a esta forma de dolo. Naturalmente, si se acepta como elemento de la tipicidad de la estafa el ánimo de lucro, no se podría considerar que la estafa pueda cometerse con dolo eventual.²⁹

1.2.2.2. Dolo penal y dolo civil

Respecto a este tema cabe preguntarse si hay realmente diferencias entre el dolo concebido en sede penal respecto a la estafa y el dolo regulado en materia civil. En el ámbito de las relaciones contractuales la distinción no siempre es sencilla.

²⁷ *Ibíd.* p. 436

²⁸ *Ibíd.* p. 440

²⁹ ETCHEBERRY Orthusteguy, A. *op. cit. en n.10*, p. 405. Respecto a este punto, el autor considera que sólo cabría el dolo directo debido al necesario ánimo de lucro que tiene el actor al momento de realizar el engaño.

En cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia española se ha sostenido que la diferencia radica en el momento en que nace o aparece la intención del agente. De esta manera, serían negocios civiles criminalizados aquellos “contratos procedentes del orden jurídico privado, civil o mercantil, con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta, aunque la intención inicial, o antecedente, de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo, defina la estafa”.³⁰

En otras palabras, esta definición considera como negocios civiles criminalizados aquellos en que la intención inicial siempre ha sido su incumplimiento.

Esta definición sin embargo no puede ser suficiente para distinguir el dolo civil del penal, ya que al igual que en la figura descrita, el dolo vicio regulado en nuestro Código Civil, también nace al momento mismo de generarse el consentimiento. Si se sigue a esta definición, llegaríamos a la conclusión que todo dolo civil que vicie el consentimiento es también dolo penal típico en el delito de estafa.

Otra interpretación se relaciona con la mayor reprochabilidad de la conducta penal como criterio diferenciador entre ambos dolos. Esta postura, sin embargo, no considera que el engaño resultado del dolo civil también es un engaño, y se presenta como una lesión a los deberes de lealtad contractual y por tanto presenta en términos casi idénticos al engaño constitutivo de estafa.³¹

Para CHOCLAN la diferencia entre el dolo penal y civil radica en dos criterios: El ánimo de lucro y el fin de protección de la norma penal.³²

Si se considera el ánimo de lucro como requisito de la tipicidad del delito de estafa, se puede distinguir el dolo penal del civil ya que no es una característica de este último la

³⁰ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.90

³¹ *Ibíd.* p. 93

³² *Ibíd.* p.94

intención de enriquecerse, ya que lo fundamental es la intención positiva de inferir injuria.

Al analizar el fin de protección de la norma penal como diferenciador entre el dolo penal y el dolo civil, se debe entender el principio de subsidiariedad del Derecho penal, en el sentido que el tipo de la estafa debe restringirse sólo a los más graves ataques al patrimonio de una determinada persona. Entendido en estos términos, toda función de delimitación del concepto mismo de engaño no es más que la determinación del alcance de protección de la norma al caso concreto.³³

³³ *Ibíd.* p 95

CAPÍTULO II.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL ENGAÑO

2.1. El concepto de engaño en la estafa.

Nuestro legislador no señala de manera directa qué se entiende por estafa, menos aún qué se entiende por engaño. Este primer elemento del delito es probablemente el más complejo de conceptualizar, quizás es por esto que nuestro legislador del siglo XIX lo presenta mediante modelos casuísticos, intentando capturar su contenido mediante casos y fórmulas en la forma punitiva codificada.³⁴

Para el profesor Mario Garrido Montt “el engaño no es más que la falta a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, a efectos de presentar la realidad con un aspecto diferenciado al que en verdad tiene o posee, consistiendo éste en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee. Se hablaría en el último caso de disimulación, mientras que en el anterior, de simulación.”³⁵

Por otra parte, para POLITOFF/MATUS/ RAMÍREZ “lo relevante a la hora de enjuiciar si una conducta determinada (falta de verdad en lo que se dice o se hace con o sin puesta en escena) es o no un engaño bastante, idóneo para estafar, es si esa conducta, ex ante considerada, genera o no el riesgo de inducir o mantener en otro una falsa representación de la realidad que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por la persona a que se dirige el mensaje de la acción engañosa, más las circunstancias conocidas o reconocidas por el autor del engaño”³⁶

³⁴ LEYTON Jiménez, José Francisco. Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. *Ars Boni et Aequi*. v. 10 n. 2, 2014. p.131

³⁵ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal: Parte Especial*. 2008. Tomo IV. 2ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.321. En el mismo sentido, ETCHEBERRY Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, p. 394 y LABATUT Glenda, Gustavo; Zenteno Vargas, Julio. 1990. *Derecho Penal*. Tomo I. 7° ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p.226

³⁶ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. *Lecciones de derecho penal chileno Parte especial*. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.430

No hay un solo concepto de engaño típico, ya que cada uno depende de cómo se entiende la delimitación que el legislador le ha dado al delito de estafa. Sin duda alguna, el engaño constituye el núcleo de la estafa y es por esta razón que es fundamental conceptualizar al engaño como elemento de la tipicidad del delito.

“Como consideración general, tenemos que subrayar que el engaño constituye la esencia del delito de estafa pues ofrece una ilimitada variedad de ejemplos que son fruto del ingenio y de la picaresca que se da en la vida real y que se incardina en el seno de un pacto o relación contractual preparada con fin defraudatorio (no se olvide que el popularmente conocido “cuento del tío”, a fin de cuentas, es un contrato).”³⁷

Como ya se ha visto, existen diversos acercamientos al concepto de engaño. Su importancia se refleja en cuanta protección merece la víctima del engaño en el delito de estafa. En efecto, lo que busca todo concepto de engaño es la delimitación del ámbito de protección que brinda la norma penal. “... lo cierto es que la discusión a su respecto se ha concentrado principalmente en la definición del engaño típico, contexto en el cual lo relevante es sobre todo si la víctima crédula, torpe o negligente merece o no la protección que el tipo está llamado a proveer. Concretamente, la pregunta en sede de engaño típico es si una inveracidad simple y aun burda satisface las exigencias del concepto o si, por el contrario, este requiere una inveracidad con cierto grado de calificación en términos de complejidad, gravedad o idoneidad general para inducir a error.”³⁸

Así, la cuestión sobre qué se puede calificar como engaño típico y qué debe estar fuera de la protección de la norma penal ha sido tratado por la doctrina y jurisprudencia de distintos países. Mientras que en Alemania, en Inglaterra o en los Estados Unidos la figura de engaño no presenta mayores exigencias en este sentido,³⁹ la doctrina y

³⁷ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. 351-358 pp.

³⁸ HERNÁNDEZ Basualto, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. Revista Chilena de Derecho. 2010. vol. 37. N0 1, p. 10”

³⁹ Véase *Ibíd.* p10

jurisprudencia de países como España y Chile son más exigentes a la hora de calificar el engaño típico.

“Destaca en este sentido la situación en España, donde la exigencia de calificación incluso parece confirmada expresamente desde 1983 por la referencia legal a un “engaño bastante” para inducir a error a otro.”⁴⁰

Es a partir de estas ideas que se analizará en este capítulo en primer lugar, la teoría de la mise en scène o puesta en escena, en segundo la teoría del engaño bastante y por último la teoría de la imputación objetiva.

2.2. Teoría de la mise en scène o puesta en escena

La llamada teoría de la mise en scène, ardid o puesta en escena, proviene del Código Penal francés, donde se regula cuatro tipos de engaño típico. Uno de ellos son las “maniobras fraudulentas”, que exigen algo más que una simple mentira para llevarse a cabo.⁴¹

En este sentido, se ha sostenido que esta es la forma en que debe entenderse el engaño en la estafa, ya que encaja de manera perfecta tanto los elementos objetivos como en los subjetivos: “el subjetivo, porque muestra mayor astucia, mayor persistencia del deseo de hacer daño, y el objetivo, porque las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la credibilidad de la víctima y le agregan al hecho un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero que se presente”.⁴²

En definitiva, esta teoría exige apariencias externas que acompañan y aumentan la credibilidad y por tanto la capacidad del engaño. El propio autor en su definición aclara

⁴⁰ *Ibíd.* p11

⁴¹ Véase BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*. Vol. XXIV (1). p.68

⁴² CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. 4 vol. Temis, 1978. 4ed. p.426

que son estas apariencias externas las que hacen más “excusable la credibilidad de la víctima”, sin embargo, el enfoque de esta teoría no es la víctima, sino directamente la conducta llevada a cabo por el autor del engaño. Esta teoría entiende que no existe un deber absoluto de veracidad en las relaciones jurídicas, por lo que no basta con una simple mentira para existir engaño típico, debe haber algo más.

2.2.1. Requisitos de la puesta en escena

Como su nombre lo dice, esta teoría se basa en la existencia de una externalidad, una especie de puesta en escena para realizar un engaño típico en el delito de estafa.

“La teoría de la mise en scène o ardid plantea que la simple mentira no es constitutiva del engaño necesario para configurar los delitos de estafa, sino que se requiere un “despliegue engañoso externo”. La puesta en escena implica “acompañar meras afirmaciones con pequeñas escenificaciones que pretenden probar su veracidad”.⁴³

“El ardid debe tener aptitud, idoneidad para inducir a incurrir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales. Hay eso sí quienes consideran que la naturaleza del engaño debe ser considerada con un criterio objetivo, apreciándola frente a la situación de un hombre medio, y no de aquel que en el hecho fue embaucado”.⁴⁴

En este caso, no basta con que el engaño se realice mediante un ardid o maquinación, ya que éste además debe ser apto o idóneo para producir el error. En este sentido es similar a lo postulado por la teoría del engaño bastante, sin embargo el foco de atención en el caso de la mise en scène es el ardid o maquinación por el cual se realiza el engaño, no el engaño mismo. Si no existe esta externalidad o puesta en escena, es

⁴³ LIRA Correa, Blanca. Las teorías de la imputación objetiva y la Mise en scene en relación con el delito de estafa. *Ars Boni et Aequi*. v. 6 n.2, 2010. p.96

⁴⁴ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal: Parte Especial*. 2008. Tomo IV. 2ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 323

irrelevante que el engaño haya efectivamente inducido al error a la víctima, pues no se dan las características necesarias del engaño típico.

Respecto a nuestra jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Santiago ha definido el engaño en la estafa de la siguiente manera: *“el delito de estafa en general es una apropiación por medios inmateriales que se fundamenta en un ardid, un montaje realizado para provocar la distorsión de la realidad en la apreciación sensorial del ofendido. El despliegue escénico realizado por el sujeto activo, está destinado a producir un error en el perjudicado quien movido por su equivocada apreciación de la realidad dispone o predispone que se disponga de su patrimonio, circunstancia que en definitiva le ocasiona un perjuicio (...) No basta para que exista el engaño exigido por el legislador, una afirmación desprovista de una inteligente actividad, llamada por algunos mise en scène, esto es, el reforzamiento mediante apariencias externas de lo que se dice o afirma. El engaño debe ser serio, creíble, verosímil”*⁴⁵

En este sentido, la estafa se fundamenta en el engaño y este no puede ser sino un ardid o montaje destinado a producir error en la víctima. El engaño además debe ser serio, creíble y verosímil. En otras palabras, se realiza una calificación respecto a la idoneidad del engaño sólo desde el punto de vista de la conducta desplegada por el actor, y siempre que el engaño se haya realizado mediante un ardid o puesta en escena.

2.2.2. Acogida en el derecho iberoamericano

Esta teoría ha sido acogida por parte importante de la doctrina nacional,⁴⁶ a pesar de criticársele metodológica, sistemática y formalmente.⁴⁷

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Leikin con Mena (1998) considerando 6°.

⁴⁶ En este sentido, ETCHEBERRY Orthusteguy, A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, p. 392; CABRERA Guirao, J. y CONTRERAS Enos, M., El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial, pp. 20 a 30; LABATUT Glenda, Gustavo; Zenteno Vargas, Julio. 1990. Derecho Penal. Tomo I. 7° ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 225.

⁴⁷ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p. 70

La jurisprudencia en Chile sin embargo, constantemente ha exigido el ardid o puesta en escena para configurar el elemento de la simulación o engaño en la estafa.⁴⁸

Por su parte la jurisprudencia española también adoptó la teoría de la puesta en escena, por lo menos hasta antes de la reforma a su Código Penal en 1983, donde se incorpora el concepto de “engaño bastante”. “Así se puede apreciar, por ejemplo, en dos sentencias tomadas al azar, dictadas el año 1981, en las que se señala que “el delito de estafa requiere para su existencia: a) una maquinación insidiosa constitutiva del engaño operativo del traspaso patrimonial, por parte del agente de la acción, que tenga la intensidad suficiente para penetrar en el campo de la ilicitud penal, mediante el encaje en la tipología; b) perjuicio patrimonial...c) relación causal entre la maquinación y el perjuicio”.⁴⁹

Como se ha dicho anteriormente esta teoría no es ajena a la crítica. Se cuestiona tanto el origen de su interpretación como su aplicación misma al momento de considerar como típica una determinada conducta.

“Sistemáticamente, porque se dice que posee graves contradicciones: de un lado, sostiene que no se puede proteger a la “víctima negligente” y, de otra parte, se afirma que la aptitud del engaño se mide en atención a las características propias de la

⁴⁸ Véase LIRA Correa, Blanca. Las teorías de la imputación objetiva y la Mise en scene en relación con el delito de estafa. p.97 y BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p. 69. Al respecto, el autor ejemplifica con algunas sentencias de nuestros tribunales donde se acoge la teoría de la puesta en escena: “(a) el engaño debe comprenderse como la “intención dolosa” de causar perjuicios en los intereses de la víctima (GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1931 p. 414); (b) el engaño es una maquinación o ardid, una puesta en escena (GJ N° 159 CS 1993 p. 115. Similar, STO P Curicó 14/05/2008, RIT 10-08; SJG de Angol 19/06/2006, RIT 1424-05; SJG de Concepción 27/01/2009, RIT 7165-07; SCS 17/07/2001, Rol 4535-00; SCS 26/06/2002, Rol 1124-01; FM N° 55 CS 1963 p. 109; FM N° 65 CS 1964 p. 47, al hablar de “maquinaciones fraudulentas que configuraron la estafa”); (c) el acusado desplegó acciones externas falsas que corroboraron y dieron verosimilitud a dicha afirmación mendaz en todos y cada uno de los delitos, encaminadas en definitiva a generar un error de disposición patrimonial con el consecuente perjuicio para las víctimas (STOP de Antofagasta 12/04/2008, RIT 27-08).”

⁴⁹ Véase LIRA Correa, Blanca. Las teorías de la imputación objetiva y la Mise en scene en relación con el delito de estafa. Ars Boni et Aequi. v. 6 n.2, 2010. p.96, respecto a Sentencia del Tribunal Supremo de España 2263 (1981) en: Repertorio de jurisprudencia española, Tomo XIX. Así también, la autora destaca el siguiente fallo: “Otra sentencia del mismo año explica que “el delito de estafa surge al ámbito punitivo cuando el sujeto activo con ánimo de lucro, utiliza una conducta dinámica y culpabilista, mediante un engaño... por lo que para que el delito se configure es necesario el elemento psicológico del engaño, como actuación artificiosa, simulada e inveraz. Lo fundamental es que el engaño se reputa de una entidad o relevancia bastante, en cuanto haya tenido intensidad para inducir a error a la víctima”. Sentencia del Tribunal Supremo de España 1101(1981) en: Repertorio de jurisprudencia española, Tomo XIX.

maniobra (de ser coherente, la aptitud del engaño se debería medir conforme con la diligencia de la víctima). Formalmente, pues no existiría en nuestra legislación ninguna norma que impida castigar a la simple mentira como engaño típico. Y, por último, político-criminalmente se afirma que el principio sobre el que se fundamenta (el de ultima ratio) se encuentra dirigido al legislador y no al intérprete. Es decir, debería incidir en la tipificación del engaño y no sobre el momento de su interpretación”.⁵⁰

En definitiva, la exigencia de un ardid o maquinación respecto al engaño no se condice con nuestro texto legal ni tampoco es conveniente debido a la realidad de nuestro tráfico jurídico. En la práctica, no se requiere que el engaño tenga una especial puesta en escena, basta con que el engaño haya sido suficiente para generar un error en un sujeto medianamente diligente para que estemos frente a un engaño típico.

Esto no significa que el ámbito de protección se amplíe a todos los casos posibles, incluyendo una simple mentira, sino más bien son los criterios normativos los que varían, ya no enfocándose en la forma en que se realiza el engaño mismo, sino en el sujeto pasivo de la conducta, para determinar si el engaño puede considerarse típico o no.

2.3. Teoría del engaño bastante

“Engaño bastante” es la forma en que consagra el engaño el Código Penal español posterior a su reforma en el año 1983. A partir de este concepto se busca establecer cuál es la suficiencia del engaño para que sea típico, ya que el solo enunciado de la figura da a entender que no basta cualquier tipo de engaño, y sin embargo tampoco exige una forma de externalidad especial en la conducta.

“Es por eso que hoy en día, aunque el CP español exige que el engaño sea “bastante”, esta expresión no se entiende en un sentido cuantitativo, como lo hace la doctrina

⁵⁰ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p.70

chilena, sino en uno causal, y más propiamente dicho, en el sentido de que la acción engañosa debe ser bastante para inducir a error a otro, en el caso concreto. Aquí se abandona el criterio puramente objetivo, que dominaba antiguamente, aceptándose hoy en día que la materialidad de la acción engañosa puede consistir en una simple mentira, si, según las características personales del engañado y las circunstancias del caso, se puede afirmar, ex ante, que la acción engañosa generaba el riesgo del error que padece la víctima del engaño, rechazándose de este modo el criterio de la "puesta en escena" como único distintivo del engaño de la estafa, reemplazándolo por el criterio que se denomina "mixto objetivo-subjetivo".⁵¹

Lo relevante entonces del engaño bastante es que mide la conducta ya no en términos cuantitativos, sino más bien en el sentido de la relación causal. El engaño será bastante cuando logre inducir error en la víctima.

"A diferencia de la tesis de la mise en scène, demandar un engaño bastante desplaza el foco del análisis, desde la representación a cargo del agente, propia de toda puesta en escena, hacia la reacción de cargo del disponente del patrimonio, pues precisamente respecto de dicha reacción el engaño ha de ser "bastante". Desde este punto de vista, la teoría de la mise en scène desarrolla propiamente un concepto de engaño típico; la tesis del engaño bastante, en cambio, se ubica entre la conducta típica (engaño) y la reacción que esta tiene o puede tener (disposición patrimonial perjudicial determinada por error).⁵²

A partir de estas definiciones, se desprende que existe un tanto un factor objetivo como un factor subjetivo en el engaño para que sea bastante, esto es, típico en el contexto del delito de estafa.

2.3.1. Baremo objetivo

⁵¹ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile.p.430.

⁵² MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3.p.1022

La jurisprudencia española ha establecido, "...al restringir el ámbito del engaño típico, se ciñe a su texto legal, afirmando que solamente es típico el engaño bastante, o sea, el que sea capaz de traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y además que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de una persona."⁵³

En este sentido, el engaño debe significar la creación de un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el comportamiento no es tolerado y no es materialmente irrelevante.⁵⁴

Asimismo, el engaño debe tener un aspecto de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia. "No obstante, debido a que en la estafa se requiere por parte del engañado cierta credulidad, confianza y buena fe, la concepción en examen apunta que hay que completar este proceso con un módulo subjetivo que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo."⁵⁵

Por tanto, el engaño no podrá ser bastante si no se cumplen las condiciones necesarias exigidas para la conducta típica. El baremo objetivo mira las características del engaño desde una perspectiva ex ante que tenga en cuenta la peligrosidad de la acción.⁵⁶

2.3.2. Baremo subjetivo

El baremo subjetivo, como es de suponer, se enfoca en la víctima del engaño. Es el requisito subjetivo necesario para que el engaño pueda considerarse bastante y por

⁵³ Véase BALMACEDA Hoyos. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2). p.183. Al respecto, el autor realiza un estudio sobre las siguientes sentencias: STS de 21/01/2002; 23/10/2002; 28/11/2004; 08/04/2003; 20/01/2004; 28/01/2004; 25/03/2004; 15/02/2005; 17/02/2005; 23/06/2005; 07/07/2005; 29/12/2005; 22/02/2006; 16/07/2008; 24/09/2008.

⁵⁴ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.130. Al respecto, el autor considera que estas conductas no inducen error generalmente, aunque con el engaño no se persiga un fin socialmente útil.

⁵⁵ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. p360.

⁵⁶ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p128.

tanto típico. “Sólo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, el engaño es insuficiente -no bastante- para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.”⁵⁷

A diferencia de la mise en scène que se enfoca sólo en la conducta del actor al momento de realizar el engaño, esta postura hace necesario estudiar el comportamiento de la víctima en relación a sus deberes de autoprotección.

En este sentido para analizar si el engaño puede ser considerado bastante o no se acude a estudios victimológicos. La pregunta entonces que surge es cómo determinar cuando la víctima ha cumplido con sus deberes de autoprotección, si le era exigible o no y en qué consistiría dicho comportamiento. Para CHOCLAN, “La cuestión de cuándo es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta, y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado, así como de la capacidad individual del sujeto en orden a la evitación del daño.”⁵⁸

La aplicación de la victimología o victidogmática de esta forma introduce al estudio de la estafa la propia responsabilidad de la víctima. Sin embargo, su sola aplicación no es suficiente para considerar un engaño como bastante. “La aplicación de la victimodogmática a la estafa puede considerarse un avance, en la medida en que introduce la responsabilidad de la víctima en el análisis de la tipicidad y, con ello, contribuye al abandono de un pensamiento causalista que concebía el delito como proceso unilateral de producción de un resultado lesivo. Sin embargo, el uso que la victimodogmática hace del principio de subsidiariedad no es satisfactorio desde un punto de vista metodológico. La aportación de la victimodogmática consistente en poner de relieve que las posibilidades de autoprotección de la víctima pueden ser importantes en la definición del comportamiento típico y, con ello, servir para deslindar

⁵⁷ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p126.

⁵⁸ *Ibíd.* p120.

las esferas de responsabilidad de autor y víctima debe tenerse en cuenta en un marco más adecuado, a saber, el juicio de imputación objetiva del comportamiento”⁵⁹

En conclusión, la victidogmática aporta al estudio del concepto subjetivo del engaño bastante, sin embargo, no es suficiente para definirlo correctamente. Por esta razón la mayoría de la doctrina española estudia ese punto bajo la teoría de la imputación objetiva.⁶⁰

El concepto de engaño bastante acuñado por el legislador español y delimitado por su jurisprudencia y doctrina es un paso importante respecto a teorías como la puesta en escena, que entienden la figura del engaño de manera unidireccional, solo enfocada en las externalidades de la conducta.

La jurisprudencia española ha entendido que para que el engaño sea bastante, es decir en su caso, típico, deben conjugarse dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo.⁶¹ El primero mira la realización de la conducta, no desde un punto de vista externo como lo hace la teoría de la puesta en escena, sino respecto a su suficiencia e idoneidad. El segundo se enfoca en la víctima del engaño. Debido a que el delito de estafa es un delito de comunicación y autolesión, el engaño no puede sino referirse al sujeto pasivo del engaño, ya que en mayor o menor medida es de él que depende el resultado del engaño y por tanto el ordenamiento jurídico no puede mantenerse al margen de esta distinción.⁶²

⁵⁹ PASTOR Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p118. Para la autora, además, el principio de subsidiariedad resulta insuficiente para delimitar el ámbito de responsabilidad de la víctima, como demuestra el hecho de que los diversos planteamientos victimodogmáticos se ven obligados a recurrir a correctivos que sirvan para evitar las consecuencias indeseables a las que conduciría el solo pensamiento de la subsidiariedad.

⁶⁰ Véase CHOCLAN Montalvo, José Antonio. Engaño bastante y deberes de autoprotección. Revista de derecho y proceso penal. 2. Ed Aranzandi. 1999. p.61 y PASTOR Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid p.119

⁶¹ Véase BALMACEDA Hoyos. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2). p.183. STS de 21/01/2002; 23/10/2002; 28/11/2004; 08/04/2003; 20/01/2004; 28/01/2004; 25/03/2004; 15/02/2005; 17/02/2005; 23/06/2005; 07/07/2005; 29/12/2005; 22/02/2006; 16/07/2008; 24/09/2008.

⁶² Véase BALMACEDA Hoyos. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2). p. 184 y ss.

Bajo el punto de vista del fin de protección de la norma penal, la mera negligencia del sujeto no debiese considerarse dentro del ámbito de protección de la norma sin transgredir el principio de ultima ratio del Derecho penal. Es teniendo en vista estas consideraciones que la doctrina ha utilizado el método de la imputación objetiva para delimitar el concepto de engaño.

2.4. Teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva no está fuera de controversias y no es un concepto completamente unánime. Siendo así, CHOCLAN la define de la siguiente forma: “la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción, y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la Norma Penal. En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante.”⁶³

“De esta manera, no existe entonces unanimidad en torno a lo que se entiende por “imputación objetiva”, e, incluso, todavía existen detractores de este juicio de imputación (sobre todo, desde la teoría final de la acción). Sin embargo, entendemos que la doctrina dominante considera que el punto central de atención es el del juicio de imputación objetiva del resultado, tanto desde un punto de vista general como en relación con el delito de estafa en particular, partiendo del siguiente supuesto: asegurada la relación de causalidad conforme con la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben agregarse criterios correctores de índole normativo que exigen la

⁶³ CHOCLAN Montalvo, Jose Antonio. Engaño bastante y deberes de autoprotección. Revista de derecho y proceso penal. 2. Ed Aranzandi. 1999. p.60

ejecución de un peligro por parte del autor, y que este no se encuentre cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.”⁶⁴

Se puede entender bajo este punto de vista que la imputación objetiva se enfoca tanto en la acción misma del engaño como en su resultado, atendido a las características propias del sujeto pasivo.

Por esto es relevante incluso el conocimiento que tenga el autor del engaño sobre la víctima, ya que variará de esta manera los parámetros normales que se aplican a una persona promedio dentro de la sociedad. “Cuando el sujeto activo busca de propósito la debilidad de la víctima y su credulidad por encima de la media, en ese caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según un juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor.”⁶⁵

“Ahora bien, el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credulidad, aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación de la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.”⁶⁶

“En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser casual -en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, no

⁶⁴ BALMACEDA Hoyos. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2). p.181

⁶⁵ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.120

⁶⁶ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. Engaño bastante y deberes de autoprotección. Revista de derecho y proceso penal. n. 2. Ed Aranzandi. 1999. p.61

constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues, el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.⁶⁷

En definitiva, desde el punto de vista de la imputación objetiva, el engaño puede observarse desde dos perspectivas. En primer lugar, la actitud de la víctima frente al engaño y, en segundo lugar, el fin de protección de la norma.

Para determinar cuál es el parámetro que se aplica al sujeto al momento de exigir su deber de autocuidado se debe hacer un análisis completo de la relación entre las partes y la capacidad propia del sujeto, de esta forma "... para buscar si un riesgo cae o no dentro del ámbito del fin de protección de la norma, debería ponerse atención en los deberes de autoprotección de la víctima, los que dependen de las pautas sociales en el caso concreto y de las relaciones que existen entre el sujeto activo y el perjudicado (como la capacidad y acceso a las posibilidades de autoprotección, la existencia o no de una relación de confianza, su debilidad o fortaleza, etc.), es decir, en relación al relevante problema del engaño y su relación con el riesgo permitido.⁶⁸

Siendo así, esta teoría excluye determinadas situaciones que no se ajustan al fin de protección de la norma, a pesar ser objetivamente imputables al resultado: "De acuerdo con este principio de autorresponsabilidad, la teoría ha excluido la imputación objetiva en la estafa en los siguientes casos: a) negocios de riesgo calculado o especulativos, por ejemplo la concesión de créditos sin comprobar el estado patrimonial del solicitante (que incluiría los casos de entrega de tarjetas de crédito en las mismas condiciones); b) relaciones jurídico-económicas entre comerciantes. Se entiende que existe corresponsabilidad, pues los niveles de diligencia exigidos en este campo son mayores; c) utilización abusiva de tarjetas de

⁶⁷ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.122

⁶⁸ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. p367

crédito por su propio titular, pues siempre hay una actuación negligente del comerciante o de la entidad emisora y pueden ser fácilmente evitados con una mínima diligencia; d) casos de excesiva comodidad de la víctima, en los que hubiera podido evitar el error con el despliegue de una mínima actividad.”⁶⁹

⁶⁹ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.123

CAPÍTULO III: EL PROBLEMA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA.

El concepto de engaño no puede definirse desde un punto de vista unidireccional. El comportamiento de la víctima que sufre el engaño debe analizarse, ya que no todo engaño puede ser considerado típico para el delito de estafa, y los criterios para determinar su tipicidad no se encuentran exclusivamente en la conducta del autor, sino también en la actitud del sujeto pasivo.

En especial en el delito de estafa, la víctima del engaño cobra una relevancia fundamental. En este caso se puede decir que se observa la credulidad o inocencia de la persona que fue engañada, en otras palabras, si el sujeto pasivo incurrió en error a causa de su comportamiento negligente o no. La estafa necesita una intrusión en el comportamiento de la víctima, la que por error realizará la disposición patrimonial, por lo que es el propio sujeto pasivo quien realiza el perjuicio contra su patrimonio. Esta situación hace necesario que la conducta del sujeto engañado sea analizada para determinar la tipicidad del engaño. Es por esto que el delito de estafa se ha clasificado como delito de autolesión o delito de relación.⁷⁰ La problemática que significa estudiar el propio comportamiento de la víctima para determinar la tipicidad del delito ha sido abordada de distintas formas.

Así es como la doctrina ha estudiado los criterios que permitan determinar cuál es la diligencia debida de la víctima del engaño, y en esta materia ha llamado la atención la postura del principio victidogmático. Sin estar exenta de críticas, la postura victidogmática logró enfocar la atención en el sujeto pasivo del delito, de manera que su contribución al estudio de la figura del engaño en la estafa es especialmente relevante.

⁷⁰ Véase CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p. 114

3.1. El principio victidogmático como límite a la acción penal

“La llamada Victidogmática es un intento problemático, que trata de que la consideración criminológica de la víctima sea completada con una perspectiva dogmática, es decir, con una elaboración conceptual del significado del actuar de la víctima para la determinación del contenido del tipo”.⁷¹

El estudio victidogmático se enfoca particularmente en la responsabilidad que le cabe a la propia víctima respecto al delito que sufre. “Entre las propuestas que han considerado que la estructura del delito de estafa se caracteriza por presentar dos comportamientos que son candidatos a la imputación del acto de disposición perjudicial —el del «autor» y el de la «víctima»—, se encuentran las provenientes del pensamiento victimodogmático. Este último ha llamado la atención sobre lo incompleto de contemplar el delito desde una perspectiva unidireccional y ha aportado al análisis del delito un punto de vista importante, a saber, el de que la víctima no ha de verse como mera realidad sobre la que se proyecta el delito, sino como alguien que puede contribuir a su configuración e, incluso, ser responsable del mismo.”⁷²

“Así, la victimología, ciencia que se erige con la misión de hacer respecto del sujeto pasivo lo que ya desde el siglo XIX venía realizando la criminología, analiza al ofendido desde componentes naturalistas y sociales, estudiando la posibilidad, incluso, de que unas personas sean más propensas que otras a ser víctimas de delito.”⁷³

Existen varios estudios victidogmáticos que abordan de distintas perspectivas la problemática de la víctima. PASTOR realiza un análisis respecto a las posturas que pueden servir de mayor aporte para el estudio del delito de estafa.⁷⁴ Así, los primeros

⁷¹ TORÍO López, A. Significación dogmática de la compensación de culpas en Derecho penal. Estudios Penales en memoria del prof. Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989. p.884

⁷² PASTOR Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p.103

⁷³ LEYTON Jiménez, José Francisco. Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. Ars Boni et Aequi. v. 10 n. 2, 2014. p148

⁷⁴ Véase *Ibid.* p.106.

estudios victimológicos al respecto se enmarcan en el elemento del error en el delito de estafa.

Bajo el criterio del “merecimiento de protección”, GIEHRING postula que el fundamento para determinar la existencia de error es la probabilidad de veracidad que la víctima le atribuye a la información del autor.⁷⁵ De esta manera, si la víctima considera que la probabilidad de veracidad de la información entregada por el autor es muy alta, su duda debe ser considerada irrelevante y así, se debe entender que la víctima está en error. En cambio, si el sujeto pasivo considera que la probabilidad de veracidad de la información es baja, su duda es relevante y por tanto no existe el error.⁷⁶

Esta primera postura victidogmática aporta la idea de la duda de la víctima como posibilidad de autoprotección, y en este sentido, como un mecanismo necesario para la configuración de la estafa. Si la víctima duda, pero omite averiguar la veracidad de las afirmaciones del autor, ella será por tanto responsable de las consecuencias perjudiciales de su disposición patrimonial, no pudiendo ser amparada bajo la protección de la norma penal.

Para PASTOR, este acercamiento a la problemática de los deberes de autoprotección de la víctima presenta graves problemas.⁷⁷ En primer lugar, la duda de la víctima no puede significar que el riesgo disminuya y a la vez que la víctima acepte el riesgo. O se disminuye el riesgo o la víctima acepta el riesgo, pero no ambas. En segundo lugar, se define la necesidad de la protección de la norma penal a partir de la reacción de la víctima. En este sentido, la conducta del autor del engaño se relativiza y la tipicidad del delito queda supeditada casi exclusivamente a la reacción de la víctima. Así, “la reacción concreta de la víctima frente al engaño puede ser relevante para analizar la imputación objetiva del resultado y, por tanto, para establecer si hay o no consumación,

⁷⁵ GIEHRING, Heinz, Prozeßbetrug im Versäumnis - und Mahnverfahren -Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in 263 StGB, GA, 1973. p. 18. en PASTOR Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 109

⁷⁶ Véase, PASTOR Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 109. Para la autora, la existencia de dudas disminuye la peligrosidad de la acción, por una parte, y el merecimiento de protección por la otra, ya que en esta situación la víctima “acepta el riesgo del engaño”.

⁷⁷ *Ibíd.* p.110.

pero no debe influir en nada en la determinación de la tipicidad del comportamiento del autor”⁷⁸. Es decir, si la víctima efectivamente incurre en error y a causa de esto realiza una disposición patrimonial que genere un perjuicio, podemos decir que se ha producido el riesgo jurídicamente no tolerado por la norma penal en el sentido de la imputación objetiva, sin embargo esto no debe afectar a que la conducta del actor fuese típica en primer lugar.

Se puede apreciar así el primer gran problema de la postura victidogmática. El estudio casi exclusivo respecto al comportamiento de la víctima para determinar la tipicidad de la conducta omite una parte fundamental del delito, esto es, la acción del autor.

Posteriormente, se analiza otra propuesta, bajo el criterio de la “necesidad de protección”. Esta postura, defendida por RAIMUND HASSEMER,⁷⁹ se presenta como un “análisis general del papel de las posibilidades de autoprotección y de la necesidad de protección en la interpretación de los tipos”⁸⁰, y a su vez corrige los defectos que presentaron las posturas victidogmáticas anteriores.

“Este autor consideraba que el principio de subsidiariedad tenía cierta capacidad de rendimiento pero, al tiempo, percibía que interpretar los casos de duda solamente con base en aquel principio podía conducir a soluciones insatisfactorias. En efecto, a su entender, el principio de subsidiariedad determinaba que solamente hubiera necesidad de acudir al Derecho penal si no existían medios menos lesivos que el ius puniendi capaces de proporcionar al bien jurídico una protección igualmente eficaz. Sin embargo, se daba cuenta de que tomar en consideración las posibilidades de autoprotección de la víctima en un sentido fáctico podía traer como consecuencia la eliminación de la interacción económica, pues la víctima siempre podía autoprotgerse más, hasta el punto de adoptar la medida más drástica, a saber, la renuncia a la interacción. Dado que esto último era inadmisibles, este autor se veía forzado a

⁷⁸ *Ibíd.* p.111.

⁷⁹HASSEMER, Raimund. *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB.* Duncker und Humblot, Berlin, 1981. p.223 en PASTOR Muñoz, Nuria. *La determinación del engaño típico.* 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 111

⁸⁰ PASTOR Op. Cit. p. 111

introducir ciertos correctivos normativos. Por ello, puede decirse ya aquí que este planteamiento no se basó exclusivamente en el criterio de necesidad de protección, sino que acudió, también, a criterios externos a la idea de la subsidiariedad.”⁸¹

En otras palabras, esta postura comprende que la visión exclusiva desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, entendido de esa forma, no es capaz de resolver el problema de los deberes de autoprotección de la víctima, ya que se llegaba al extremo de exigir la renuncia absoluta del sujeto pasivo a la interacción, lo que es inadmisibile. El análisis sobre hasta qué punto es capaz la víctima de autoprotgerse, o hasta qué punto está obligada a hacerlo, necesariamente debe incluir elementos externos.

De esta forma HASSEMER debe agregar una serie de elementos para configurar los elementos que se le exigen a la víctima para su propia protección.⁸² Es así como el autor desarrolla esta exigencia a través de la *intensidad del peligro*, concepto que nace como resultado de la *puesta en peligro general* al bien jurídico y las *posibilidades individuales de protección* de la víctima.⁸³

“A su entender, al titular del patrimonio le correspondían una serie de *medidas de autoprotección* y, por ello, la intervención penal solamente podía justificarse cuando estas hubieran sido neutralizadas desde fuera mediante un comportamiento que

⁸¹ *Ibíd.* p.112

⁸² HASSEMER, Raimund. *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB.* Duncker und Humblot, Berlin, 1981. p.27 en PASTOR Muñoz, Nuria. *La determinación del engaño típico.* 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 113

⁸³ Véase PASTOR Muñoz, Nuria. *La determinación del engaño típico.* 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 113. “En efecto, según su propuesta, la intensidad del peligro se debía definir, en primer lugar, por la puesta en peligro general, que debía entenderse como la forma, intensidad y probabilidad de que se produjera una agresión contra el bien jurídico y que dependía directamente del grado de desarrollo alcanzado por la interacción social. Y, en segundo lugar, a partir de las posibilidades individuales de protección, las cuales no podían entenderse de modo maximalista, sino que debían determinarse a la luz de la configuración social, la cual concebía determinadas relaciones económicas como necesarias. Obviamente, esto significaba que al sujeto no se le podía exigir, en nombre de las posibilidades individuales de autoprotección, que renunciara a la participación en contactos sociales ordinarios y socialmente adecuados, aunque estos últimos llevaran consigo un riesgo de menoscabo de bienes jurídicos. Según este autor, la intervención penal solamente tenía sentido si existía una puesta en peligro general suficiente y las posibilidades de autoprotección tendían a cero. A su entender, para valorar la intensidad de peligro, debía tenerse en cuenta la clase de delito objeto de análisis. Por una parte, debía tomarse en consideración la distinción entre tipos incongruentes, en los que todo menoscabo del bien jurídico debía considerarse relevante, y tipos congruentes, en los que debía entenderse que solamente las agresiones previstas por la ley reunían suficiente intensidad de peligro.”

afectara al estado de conocimientos de la víctima. Así, en el tipo de estafa, el *engaño* recogía la *puesta en peligro* y el *error*, la *falta de posibilidades de autoprotección* y la relación funcional entre ambos determinaba la *intensidad de peligro*. Según este autor, cuando existían posibilidades de autoprotección, se debía excluir el error. A su entender, tales *posibilidades de autoprotección* debían sujetarse, *por una parte*, al límite de la capacidad del titular para adquirir más información y, *por otra*, no coincidían con las que el titular podía adoptar fácticamente. En concreto, este autor proponía distinguir entre tres posibles estados del sujeto pasivo del engaño, a saber, el de *convicción subjetiva de la veracidad* de las afirmaciones (sin seguridad objetiva), el de *duda difusa* y el de *duda concreta*⁸⁴

En base a estos criterios, el autor excluye la posibilidad de autoprotección de la víctima en los casos donde no existiera duda concreta. Solo existiendo duda concreta, la víctima tendría posibilidades de comportamiento, de manera que en estos casos se debe atribuir una necesidad de autoprotección.⁸⁵ En otras palabras, cuando el engaño ha sido realizado de manera tan eficaz que el sujeto pasivo ni siquiera ha dudado de su afirmación, entonces no se le sería exigible a la víctima la necesidad de medidas de autoprotección.

La principal crítica que le cabe a esta postura, es que al enfocarse únicamente en el estudio de los deberes de autoprotección de la víctima, se confunden los elementos del engaño y el error, de manera que la tipicidad de la conducta pesa casi exclusivamente en la negligencia de la víctima respecto a sus deberes de autoprotección.

⁸⁴ Véase PASTOR Op. Cit.. p. 113

⁸⁵ Véase *Ibíd.* p. 114, además, este autor sometía al criterio de la exclusión de la necesidad de protección en caso de duda concreta a una serie de límites. A su entender, en primer lugar, debía considerarse que las dudas concretas no eran habituales, salvo en los negocios complejos o sospechosos (por ejemplo, en una venta de segunda mano); en segundo lugar, el titular del bien jurídico no tenía el deber de seguir adelante con sus averiguaciones si no le era posible salir de la duda debido a la inaccesibilidad de la información; y, en tercer lugar, la víctima tampoco debía continuar con sus averiguaciones si no podía abandonar el acto de disposición planeado, por ser este último una necesidad para cuya satisfacción no gozaba de otras alternativas. En síntesis, la necesidad de protección solamente desaparecía cuando el titular del bien jurídico no buscaba informaciones adicionales, aunque podía, y realizaba el acto de disposición, aunque no debía hacerlo.

Hasta aquí las posturas mencionadas centran su estudio en el elemento del error desde la perspectiva victimodogmática, lo que se traduce en que la negligencia de la víctima en particular es la que determina que la conducta engañosa sea o no típica.

Sobre esto, BALMACEDA explica, “Por ello, el error no debería incluirse en el engaño, ya que conllevaría el absurdo de desvalorar en el tipo el comportamiento sólo en función de la diligencia de la víctima, su credibilidad, o educación. Entonces, la aptitud para generar el error determinará no la existencia del engaño, sino, en su caso, su “relevancia” jurídico penal.”⁸⁶

En definitiva, si bien se realizan importantes acotaciones en el ámbito de las medidas de autoprotección de la víctima en el delito de estafa, el estudio victimológico realizado respecto al elemento del error no puede bastarse a sí mismo. Sus conclusiones sin embargo pueden ser utilizadas desde otro punto de vista. “En primer lugar, la duda como hecho psicológico es importante para el juicio de imputación del resultado. En segundo lugar, la duda puede ser relevante para la definición del engaño, pero, en tal caso, se ha de entender en un sentido normativo; esto es una consecuencia de las exigencias de generalización, que determinan que no interesen las peculiaridades psicológicas del proceso de decisión de cada víctima. Con otras palabras, si se trata de establecer cuándo es necesaria la intervención penal, no es correcto basarse en el hecho psicológico de que la víctima alberga dudas concretas, sino en un concepto normativo de duda definido *ex ante*. Mezclar los planos de discusión y emplear argumentos de necesidad de intervención penal en el tratamiento de un problema de imputación objetiva del resultado no puede conducir más que a confusión.”⁸⁷

Estas perspectivas se enfocan en la psicología del sujeto pasivo para determinar la tipicidad de la estafa a partir del elemento del error, específicamente en la posibilidad de duda que presenta la víctima. El principal problema que genera esta postura es que centra en la víctima la totalidad del examen de tipicidad del delito, sin prestar atención

⁸⁶ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. p.367

⁸⁷ *Ibíd.* 115

al engaño mismo. El mayor aporte de la victidogmática sin embargo ha sido su estudio respecto al tratamiento del engaño típico.

En este sentido, PASTOR destaca la tesis de ELLMER.⁸⁸ A diferencia de las posturas anteriores, este estudio victimológico está enfocado en el desarrollo del elemento del engaño, por lo que las construcciones utilizadas delimitan la tipicidad del engaño, independiente de la existencia o no del error en la víctima.⁸⁹

“Con la introducción de la referencia a las incumbencias de la víctima dirigidas a evitar el error, este autor abría la puerta a la normativización, esto es, a la definición del engaño típico a través de un modelo de víctima.”⁹⁰El autor considera que las limitaciones de la autoprotección de la víctima deben ser estudiadas a partir del elemento del engaño para configurar su tipicidad, no del elemento del error. Por tanto, las medidas de autoprotección que el sujeto pasivo utiliza incidirán en la determinación de la tipicidad del engaño.⁹¹

Siendo así, este autor establece que la evitabilidad del error debe medirse a través de un criterio subjetivo, “a la luz de los conocimientos y capacidades individuales de la víctima y, además solamente podía afirmarse cuando la víctima fuera un sujeto responsable, esto es, capaz de haber actuado de otro modo en el caso concreto.”⁹²

⁸⁸ ELLMER, Manfred. *Betrug und Opfermitverantwortung*. Berlin. 1986. p. 281 en PASTOR Muñoz, Nuria. *La determinación del engaño típico*. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 115.

⁸⁹ Véase PASTOR Muñoz, Nuria. *La determinación del engaño típico*. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 115. “(ELLMER)... entendía que solamente se podía considerar responsable de una estafa a quien hubiera defraudado la confianza ajena, si esta última podía calificarse de fundada; la confianza fundada existía solamente en el caso de que la víctima hubiera, empleado el cuidado que le incumbía [Obliegenheit zur Aufmerksamkeit]. Según este punto de vista, la víctima había cumplido sus deberes o incumbencias bien cuando existía una relación de confianza especial, o bien, cuando no le era exigible que realizara más averiguaciones. En tal caso, debía considerarse que el error era inevitable y, por tanto, que el autor era responsable de éste. En cambio, el error de la víctima debía considerarse evitable y, por tanto, afirmarse la corresponsabilidad de la víctima, en primer lugar, cuando esta última tenía a su alcance los medios para averiguar si las afirmaciones del autor eran o no veraces y, en segundo lugar, cuando, aun careciendo de los medios para averiguar si el autor mentía, debería haber captado el peligro de engaño existente.”

⁹⁰ *Ibid.* p. 116

⁹¹ Véase BALMACEDA Hoyos, Gustavo. *Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?*. 2010. *Revista de Estudios de la Justicia*. N°12. p.359

⁹² Véase PASTOR Muñoz, Nuria. *La determinación del engaño típico*. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 117. “Este criterio subjetivo de evitabilidad lo fundamentaba, en primer lugar, en el principio de Derecho civil diligencia quam in suis, criterio que aun cuando en Derecho civil operaba de un modo objetivo, en Derecho penal debía aplicarse, a su entender, subjetivamente, porque el Derecho penal tenía la misión de proteger a las víctimas débiles. En segundo lugar, este autor fundamentaba su criterio en el principio general de reparto de responsabilidad desarrollado por JAKOBS, según el cual el titular del bien jurídico que hubiera actuado con un

En su tesis, los límites a los deberes de autoprotección de la víctima están dados por el principio de exigibilidad. En este sentido, el análisis debe hacerse de manera concreta, según el significado del negocio para la víctima, el valor en juego y la relación que exista entre el autor y el sujeto pasivo. “

Lo más relevante de esta teoría es que examina desde la perspectiva victidogmática ya no el elemento del error, sino del engaño. De esta manera, agrega a la definición de tipicidad del engaño las limitaciones de la autoprotección de la víctima.

A pesar de estos aportes, esta teoría presenta dificultades similares a las vistas anteriormente. Específicamente, la subjetivización del concepto de “evitabilidad”, utilizado como límite a la necesidad de medidas de autoprotección de la víctima, “...conduce a que el precepto de la estafa deje de satisfacer de modo suficiente las necesidades de generalización y normativización de la norma. En efecto, lo que se gana al tomar en consideración la corresponsabilidad de la víctima en la interpretación del engaño se pierde al definir la evitabilidad; al establecer que hay responsabilidad cuando la víctima *concreta* se ha comportado con ligereza o imprudencia burda, el comportamiento de la víctima concreta se convierte en el criterio decisivo de la tipicidad del engaño.”⁹³

Es así como en última instancia, la teoría condiciona la tipicidad del engaño al comportamiento de la víctima en concreto. Esta crítica es esencialmente la misma que se realiza a las posturas victidogmáticas anteriores, esto es, el enfoque casi exclusivo que se hace respecto a la víctima de la estafa para determinar la tipicidad del delito, en este caso sin embargo ya no en el elemento del error, sino del engaño.

“La aportación de la victimodogmática consistente en poner de relieve que las posibilidades de autoprotección de la víctima pueden ser importantes en la definición

descuido fuera de lo normal debía ser considerado preferentemente competente respecto a la lesión del bien jurídico, aun cuando otro hubiera contribuido dolosamente a tal lesión.”

⁹³ *Ibíd.* p. 117

del comportamiento típico y, con ello, servir para deslindar las esferas de responsabilidad de autor y víctima debe tenerse en cuenta en un marco más adecuado, a saber, el juicio de imputación objetiva del comportamiento.”⁹⁴

En la misma línea BALMACEDA “Entonces, podemos decir que el único aporte que efectuaría dice relación con llamar la atención en que las posibilidades de autoprotección de la víctima podrían ser relevantes en la conceptualización de la conducta típica y, con ello, podría ser útil para delimitar los ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima, en relación con los cuales debería ponerse atención en un marco más adecuado, es decir, en el juicio de tipicidad del comportamiento (o según otra terminología: en la imputación objetiva de la conducta”.⁹⁵

En definitiva, las distintas posturas provenientes de los estudios victidogmáticos han aportado en la profundidad del análisis que requiere una figura tan compleja como el engaño en la estafa. Por su especial naturaleza, es innegable que el estudio de su tipicidad no se puede agotar en la simple acción del sujeto activo, sino que es necesario delimitar la conducta de la víctima, que es en definitiva quien realiza la disposición patrimonial. De ahí que nace la problemática de los deberes de autoprotección de la víctima que ha sido tratada por la victimología. Sin embargo, los aportes realizados por estas teorías encajan de mejor manera en el contexto de la teoría de la imputación objetiva.

Como destaca CHOCLAN “... son esencialmente correctas aquellas posiciones intermedias que reconocen la posible eficacia exoneradora de la responsabilidad criminal, en caso de reprochable omisión por la víctima de las medidas de autoprotección disponibles exigibles, en determinados tipos penales que explícita o implícitamente requieren una especial intensidad en el comportamiento del autor, frente al que la reacción de la víctima se muestra insuficiente.”⁹⁶

3.2. Delitos de relación y delitos de intervención

⁹⁴ Ibíd. p118

⁹⁵ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. p.352

⁹⁶ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.114

En el estudio sobre la delimitación de la responsabilidad que le recae a la víctima en el delito de estafa, la victidogmática ha realizado importantes aportes. Sin embargo, como es de suponer, estos principios victimológicos no son aplicables a todos los delitos. “La cuestión más problemática reside en determinar en qué casos la infracción por la víctima de sus deberes de autotutela puede conducir a una exclusión del injusto del autor. Como regla general, no es exigible a la víctima la puesta en marcha de mecanismos de autoprotección frente a cualquier ilícito penal.”⁹⁷

Es en atención a este punto que se ha realizado la distinción entre delitos de relación y delitos de intervención. En los primeros, el autor no puede consumir el delito sin mover a la víctima a un determinado comportamiento, es decir, debe haber una interacción entre ambos, mientras que en los delitos de intervención, es una persona la que accede arbitrariamente a la esfera de intimidad de otra.⁹⁸

Para HASSEMER, defensor de esta postura, “...esta distinción era importante porque la víctima podía influir en la concreta intensidad del peligro, tanto en los delitos de intervención como en los de relación. En concreto, en los primeros, la víctima apenas podía influir sobre las posibilidades de autoprotección, pero sí podía aumentar la puesta en peligro. En cambio, en los delitos de relación, la víctima podía influir tanto sobre la puesta en peligro como sobre las posibilidades de autoprotección.”⁹⁹

Claramente el delito de estafa correspondería al tipo de relación. Sólo en este tipo de delitos son aplicables los principios victidogmáticos estudiados y de esta manera, se logra entender la importancia de las medidas de protección exigidas a la víctima al momento de configurar la tipicidad de la estafa, y más específicamente, la tipicidad del engaño.

⁹⁷ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.110

⁹⁸ Véase LEYTON Jiménez, José Francisco. Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. *Ars Boni et Aequi*. v. 10 n. 2, 2014. p148

⁹⁹ Véase PASTOR Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p. 112, respecto al planteamiento de HASSEMER, Raimund. *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*. Duncker und Humblot, Berlin, 1981.p. 43

“Corresponde, pues, al intérprete determinar qué tipos penales deben limitar su alcance de acuerdo con el principio victidogmático. A tal efecto suele distinguirse por la teoría entre delitos de relación (Beziehungsdelikte) y delitos de intervención (Zugriffsdelikte), planteándose aquel principio solo respecto de los primeros, pues en los casos de víctima cooperante al hecho del autor puede exigirse, precisamente, que cese aquella cooperación mediante un comportamiento de autotutela, sin que la victidogmática pretenda llegar hasta los delitos violentos, pues en este caso no cesa la necesidad de protección aunque la víctima haya dejado de tomar medidas de autoprotección normales, pudiéndose plantear la contribución de la víctima solo a efectos de imputación objetiva cuando con su comportamiento ha generado el riesgo.”¹⁰⁰

Si bien estos criterios sirven de ayuda para comprender de mejor manera el delito de estafa y en particular, el concepto de engaño, por sí solos no son suficientes para determinar la necesidad de medidas de autoprotección de la víctima. Aun así, esta diferenciación contribuye a la delimitación de los deberes de autoprotección de la víctima. En ese sentido en los delitos de relación al titular del patrimonio le corresponden una serie de medidas de autoprotección, y por ello, la intervención penal solo puede justificarse cuando estas han sido neutralizadas por un comportamiento externo.

“Esta idea nos conduce a analizar cuándo el engaño de la estafa puede considerarse bastante, cuándo encierra la cantidad de riesgo necesaria para tener de acuerdo con el enfoque victimológico del que partimos, cuando aquel engaño sea fácilmente evitable por la víctima actuando los mecanismos de autotutela que resulten exigibles, pues la negligencia de la víctima en la vigilancia de los bienes jurídicos de que es titular incrementa el riesgo de lesión inherente a la conducta del autor, y ese aumento del riesgo sólo debe imputarse al ámbito de competencia de la propia víctima.”¹⁰¹

¹⁰⁰ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p. 114

¹⁰¹ *Ibid.* p. 119

CAPÍTULO IV: EL OBJETO DEL ENGAÑO

Atendidas las características que debe tener la conducta fraudulenta, cabe preguntarse sobre cuál es el objeto del engaño o, en otras palabras, sobre qué puede recaer el engaño en la estafa.

Entendiendo que por lo general los engaños recaen sobre hechos determinados, el problema surge al considerar si los juicios de valor también pueden considerarse objetos del engaño.

4.1. Hechos como objeto del engaño

Se puede definir de manera amplia el concepto de hecho de la siguiente forma, “Todo acto de habla se refiere a un hecho, esto es, a algo que sucede en el mundo exterior o interior del individuo. Sea que se lleve a cabo una amenaza, una calumnia o una aserción, el objeto de las mismas será un hecho, “algo” a lo que alude la amenaza”.¹⁰²

La problemática sin embargo surge al contrastar el concepto de hecho con los denominados juicios de valor. Para determinar de mejor forma el concepto de hecho, se debe destacar que no es discutido en la doctrina que el engaño pueda recaer en hechos presentes.¹⁰³ Más discutido es la viabilidad del engaño sobre hechos internos y sobre hechos futuros.¹⁰⁴

“El concepto de “hecho” se dice que excluye a los juicios de valor. Inclusive, se sostiene que su “dicotomía” es absoluta. Por eso, en ese sentido es importante la determinación

¹⁰² MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 Nº 3. p.1026

¹⁰³ Véase GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal: Parte Especial. 2008.Tomo IV. 2ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.332; POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.426 y ss.

¹⁰⁴ Véase BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p.73

de lo que se entienda por juicios de valor. No obstante, también se ha apuntado que la discusión contrasta con su poca relevancia práctica, puesto que cuando se analiza el concepto, se puede descubrir que los juicios de valor en sentido estricto son muy pocos, de forma que con su exclusión no se limitaría el concepto de hecho.”¹⁰⁵

Entonces, según la mayoría de la doctrina podemos decir que el objeto del engaño se reduce a los “hechos”,¹⁰⁶ es decir, a contextos o sucesos presentes o pasados, no pudiendo ser integrantes del engaño los “juicios de valor”, puesto que de ellos no cabe deducir la indirecta afirmación falsa de un hecho.¹⁰⁷

4.2. Juicios de valor como objeto del engaño

BALMACEDA describe el panorama de la siguiente forma “... respecto al problema de si son viables o no como forma de engaño los juicios de valor, un sector estima que, al contrario de lo que sucede en el derecho alemán, no lo impediría el derecho español vigente. Según otros, habrá que someter también los juicios de valor al juicio de adecuación, y, por tanto, tienen que analizarse las circunstancias del caso y el conocimiento que de ellas tenga o debiera tener el autor, y, para otro importante sector de la doctrina española, en principio no pueden constituir una modalidad de engaño, salvo cuando se sitúen fuera de la órbita de una mera “opinión”, pues en esos casos se estaría presuponiendo falsamente la existencia de unos hechos, circunstancia que implicaría un incremento del riesgo permitido.”¹⁰⁸

“Los juicios de valor no pueden ser ni verdaderos ni falsos porque pertenecen al mundo de la opinión. En efecto, las afirmaciones de hecho tienen una función informativa, es decir, transmiten informaciones sobre el mundo y, en este sentido, son susceptibles

¹⁰⁵ *Ibíd.* p.74

¹⁰⁶ ¹⁰⁶ Véase GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal: Parte Especial. 2008. Tomo IV. 2ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.332; POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.426 y ss; CHOCLÁN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.97 y ss.

¹⁰⁷ *Ibíd.* p.75

¹⁰⁸ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. p.368

de contrastación y, por ello, pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. En cambio, los juicios de valor tienen una función expresiva y directiva, lo cual significa que son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos ni falsos”.¹⁰⁹

Respecto a esta definición es relevante considerar la postura de MAYER, que considera más relevante para la determinación de un determinado acto de habla su sentido, o “fuerza ilocucionaria”, la que dependerá naturalmente del contexto en que se produzca la interacción.¹¹⁰

“Quién emite el mensaje, cómo lo emite y respecto de quién lo emite puede ser más relevante que las palabras empleadas por el emisor. El concepto de “verdad” no puede atribuirse a una afirmación en cuanto tal, esto es, aisladamente considerada. Para determinar si una afirmación es “verdadera” o “falsa” debe considerarse la relación que se da entre la afirmación de que se trate, los individuos que intervienen en la interacción comunicativa y el contexto espacio-temporal en el que esta interacción se desenvuelve. Ello permite que frente a un cambio en las circunstancias en las que se lleva a cabo una determinada aserción, la afirmación que en un contexto era falsa pase a ser verdadera en otro y que la que era verdadera, se torne falsa.”

En otras palabras, los juicios de valor se han definido como contraparte de los hechos, en el sentido de que aquellos no son susceptibles de ser considerados verdaderos o falsos. Sin embargo, es necesario considerar que hay contextos donde los llamados juicios de valor tienen suficiente “fuerza ilocucionaria” para determinar su viabilidad como objeto del engaño.

4.2.1. Exigencia en nuestro ordenamiento

¹⁰⁹ PASTOR Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. p.196

¹¹⁰ MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p.1026

Nuestro Código Penal no señala sobre qué debe recaer el engaño típicamente relevante en la estafa. Siendo así, se debe estudiar la posibilidad que existe de que el engaño recaiga sobre juicios de valor respecto a las distintas teorías doctrinales existentes.

En efecto, la disposición “El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo...”, que aparece en el art. 473 de nuestro Código Penal, no hace ninguna referencia al objeto del engaño y por tanto, ha sido trabajo de la doctrina determinar si el engaño típico puede recaer tanto en hechos como en juicios de valor.

4.2.2. Doctrina relevante

Para POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ el criterio para determinar el objeto del engaño es su susceptibilidad de un juicio de verdad o falsedad.¹¹¹ En este sentido, los hechos susceptibles de juicios de verdad o falsedad son los hechos del mundo exterior presentes o pasados; los hechos del mundo exterior futuros, pero ciertos desde el punto de vista científico o convencional, de manera que su afirmación pueda considerarse un hecho presente; los hechos y circunstancias físicas o sociales de los hombres; las capacidades de los hombres; y los sucesos internos, mentales, de los hombres, como la intención o la voluntad de realizar un hecho, o el conocimiento de ciertas cosas.¹¹²

De esta forma, no serían susceptibles de juicios de verdad o falsedad los hechos del mundo externo o interno futuros; los meros juicios de valor u opiniones; y los meros pronósticos.¹¹³

¹¹¹ Véase POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3º ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.426

¹¹² *Ibíd.*, p.427

¹¹³ *Ibíd.*, p.428

En definitiva, el engaño típico no podría recaer sobre algo que no pueda ser considerado verdadero o falso, por no poder ser contrastable. Siguiendo esta postura, el engaño puede recaer sobre juicios de valor que se fundan en un supuesto conocimiento del que los emite. “Así, el médico que consigue practicar una costosa e inútil operación afirmando que la enfermedad por la que se opera no tiene otro remedio, realiza un pronóstico de un hecho futuro que puede considerarse engañoso, pues se basa en un falso conocimiento del estado actual de la enfermedad”.¹¹⁴

Para CHOCLÁN “Se trata de excluir el concepto de engaño de meras opiniones personales o consejos que sólo pertenecen a las valoraciones de quien los formula y frente a las cuales no puede afirmarse el binomio verdadero/falso, pues, aun en los casos de reserva mental de quien formula una opinión, objetivamente de ser tomada por la otra parte como eso, una mera opinión, no como la afirmación de un hecho que pueda ser tenido como cierto. Cuestión distinta es que el juicio de valor pueda tomarse razonablemente por el sujeto pasivo como la afirmación de un hecho”.¹¹⁵

Similar a la postura de POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, para CHOCLÁN el engaño no puede recaer en valoraciones no susceptibles de ser consideradas como verdaderas o falsas, es decir, la regla general es que se deben excluir los meros juicios de valor como objeto del engaño.

En el mismo sentido, nuestra jurisprudencia se ha referido al tema de la siguiente forma: “[E]l engaño puede referirse lógicamente a hechos presentes o pretéritos, únicos sobre cuya realidad existe certeza, y pueden consiguientemente ser distorsionados o deformados... la simulación, como que tiende a producir una falsa representación de la realidad, debe referirse a hechos presentes o pasados; de manera que la simulación alegada sobre un hecho futuro no es dable de considerar, puesto que... las promesas o afirmaciones sobre hechos futuros no pueden constituir simulación, porque ellas en ningún caso pueden provocar una representación falsa de

¹¹⁴ Véase *Ibíd.*, p.427. En el mismo sentido, aquellas afirmaciones que se basan en el falso conocimiento de un hecho que sucederá o aquellas promesas cuyo fundamento o intención expresada no existe en realidad.

¹¹⁵ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. *El delito de estafa*. 2002. España. BOSCH. p.97

la realidad, sino una creencia, sin fundamentos, en una posibilidad. Y así como en la simple afirmación siempre va envuelta la eventualidad de que sea mentirosa, el que recibe una promesa o un pronóstico también tiene siempre la posibilidad de que ellos no lleguen a cumplirse. Así tampoco podrían constituir simulación las afirmaciones que no se refieren a hechos, sino a simples opiniones o apreciaciones de quien las formula”.¹¹⁶

Por su parte, BALMACEDA¹¹⁷ entiende que la delimitación del objeto del engaño no se basa en la diferencia entre hechos y juicios de valor, sino más bien en cómo la conducta fraudulenta determinada se enmarca en la imputación objetiva del delito. Así, “creemos que cualquier comportamiento podría constituir un engaño típico, siempre y cuando satisfaga las necesidades de imputación objetiva, es decir, que sea idóneo para producir error –no siendo necesario que se produzca un estado de error “efectivo”- o sea, dependerá de la admisión o no del estado de error como exigencia típica, y si cabe o no dentro de la esfera de protección de la norma.”¹¹⁸

Si bien en esta postura el criterio para determinar el objeto del engaño es distinto, ya no basado en el examen si corresponde a hechos o juicios de valor, sino en cómo se ajusta la conducta a la imputación objetiva, las conclusiones a las que se arriban son similares: “Así, se excluyen de la tipicidad los engaños que generen un peligro jurídicamente irrelevante y aquellos que no incrementen el riesgo inexistente, por ejemplo, cuando nos encontramos frente a exageraciones comunes, inexactitudes socialmente toleradas, o cuando se empleen tips habituales en la publicidad.”¹¹⁹

La principal diferencia de esta postura consiste en que, fundado en el criterio de la imputación objetiva, no habrá problema en considerar un juicio de valor como objeto del engaño mientras genere un riesgo jurídicamente relevante, de igual manera que

¹¹⁶ Gaceta Jurídica N° 228 CS 1999 p. 98 en BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p.76

¹¹⁷ BALMACEDA Hoyos. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2), pp. 163-219

¹¹⁸ *Ibíd.* p.188

¹¹⁹ *Ibíd.* p.189

no podría considerarse un hecho como objeto del engaño si no cumple con las exigencias de la imputación objetiva.¹²⁰

En una línea similar MAYER¹²¹ explica el objeto del engaño a partir de la definición misma del concepto de engaño. Para la autora, todos los actos de habla se refieren a un hecho y los juicios de valor no son la excepción.¹²²

“Un juicio de valor, en tanto acto de habla, también se refiere a un hecho. Su exclusión como forma de engaño típico obedece a la imposibilidad de sostener que una opinión sea “verdadera” o “falsa” en el sentido en que se emplean dichos términos respecto de una afirmación, y no a que “la novena sinfonía de Beethoven es la obra musical más hermosa que conoce la historia de la humanidad”. Ahora bien, el sentido específico que asuma un determinado acto de habla o, dicho de otro modo, su “fuerza ilocucionaria” depende, en todo caso, del contexto en el que se lleve a cabo la interacción comunicativa en cuestión.”

De esta forma, para la autora “El engaño no es cualquier conducta que, influyendo en la representación intelectual de otro, le conduzca a una falsa idea de la realidad o lo mantenga en ella sino solo una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes. A ello se agrega que dicha definición de engaño permite superar las enormes dificultades que provoca el concepto de engaño bastante o suficiente. En este orden de ideas, si el agente efectúa una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes, la fuerza (ilocucionaria) del concepto de afirmación, unida a la connotación patrimonial de los hechos a que debe referirse el engaño, provocará que su comportamiento sea un engaño típico, sin necesidad de plantear ulteriores exigencias

¹²⁰ Véase *Ibíd.*, p.190 y ss.

¹²¹ MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 3. 1017-1048pp

¹²² Véase *Ibíd.* p.1026. “Sea que se lleve a cabo una amenaza, una calumnia o una aserción, el objeto de las mismas será un hecho, “algo” a lo que alude la amenaza (vgr. Juan le dice a su hermano: “Uno de estos días te voy a matar”), la calumnia (por ejemplo, Juan le dice a la prensa, luego de haber dado muerte a su hermano: “María mató a mi hermano esta mañana”) o la afirmación (vgr. María le dice a la prensa: “Yo no maté al hermano de Juan”).”

de idoneidad y permitiendo fundamentar el castigo penal a lo menos de una forma imperfecta de ejecución del delito de estafa.”¹²³

En conclusión, lo relevante en esta postura es la “afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes”, y no la distinción entre hechos y juicios de valor.¹²⁴

¹²³ MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p1030

¹²⁴ Véase MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p1026. Para la autora, son hechos típicamente relevantes para el delito de estafa aquellas circunstancias que, de acuerdo con la relación negocial concreta que se verifique entre el agente y el disponente, sean manifiestamente determinantes para efectuar una disposición patrimonial racional.

CAPÍTULO V: FORMAS DE ENGAÑO

En el estudio de la conducta fraudulenta en la estafa se pueden distinguir tres formas de engaño.¹²⁵ En primer lugar, el engaño activo basado en una simulación expresa, es decir, aquella que aparenta un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz. Es la forma de engaño más común. En segundo lugar, el engaño basado en actos concluyentes, donde se aparenta un hecho ya no necesariamente con afirmaciones mendaces, sino más bien realizando conductas que lleven al engañado a un error. En tercer lugar, el engaño basado en una omisión por parte de quien está obligado a informar la verdad.

5.1. Engaño activo

5.1.1. Definición de la figura

El engaño que conlleva una simulación expresa, es la conducta activa del actor que busca generar en la víctima un error, corresponde a la forma más común de engaño.

Es discutido, sin embargo, si cualquier tipo de conducta activa puede considerarse como engaño típico en el delito de estafa. En ese sentido, para quienes aceptan la teoría de la puesta en escena,¹²⁶ el engaño requiere de una exteriorización especial de la conducta, que incluso sin necesariamente llegar a un ardid, no puede llegar jamás a ser una simple mentira.

5.1.2. La teoría de la simple mentira.

Para BALMACEDA, no hay disposición que restrinja el engaño llevado a cabo mediante una simple mentira para ser típico, mientras que cumpla con las condiciones de la imputación objetiva. “La simple mentira puede constituir un engaño a efectos de la estafa –ya sea que se comience la construcción a partir del artículo 468 o 473 del Código Penal chileno–. En este sentido, estimamos que al engaño se le ha dado un protagonismo extremo, ya que el debate de la distinción de ilicitudes –penal y civil– al

¹²⁵ Véase POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.424

¹²⁶ Véase ETCHEBERRY Orthusteguy, A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, p. 442 y ss

parecer será, en definitiva, un problema de tipicidad que tendría que remediarse de acuerdo con los elementos hermenéuticos tradicionales. Necesariamente el engaño típico tiene que delimitarse en sede de imputación objetiva, declarándonos, en este sentido, dudosos en afirmar el rechazo a priori de un engaño típico que no implique una puesta en escena.”¹²⁷

En la misma línea, MAYER explica el problema de la siguiente manera, “De forma más reciente y en parte como reacción ante la falta de una exigencia legal expresa de que el agente lleve a cabo, ineludiblemente, una puesta en escena o emita un engaño bastante, se ha ido extendiendo la tesis que no excluye la simple mentira como forma de engaño típico en el delito de estafa. Por el contrario, se ha sostenido que en determinados supuestos, una simple mentira bastará o será suficiente para constituir un engaño típico; en otros casos, en los que el legislador exija engaños calificados, tendrá que emitirse algo más que una simple mentira y efectuarse, en cambio, un ardid o maquinación. De esta manera, la teoría de la simple mentira amplía las conductas que pueden ser consideradas como engaño típico para efectos de la estafa, a diferencia de lo que ocurre con las tesis restrictivas del engaño bastante y, sobre todo, de la *mise en scène*.”¹²⁸

Por su parte, para ETCHEBERRY no existe posibilidad que el engaño activo se manifieste como una simple mentira. Incluso el artículo 473 del Código Penal, que no exige ardid alguno, no podría describir una simple mentira. Así el autor delimita el ámbito de conductas que puede tener este tipo de engaño, señalando que “...no deben llegar a constituir un ardid, pero deben ser algo más que una simple mentira.”¹²⁹

Sin embargo, hay otros motivos aparte de la teoría de la puesta en escena para oponerse a considerar la simple mentira como forma de engaño típico. “Sobre esto en nuestro país se ha dicho que la simple mentira no es suficiente para componer una simulación. Por un lado, porque no existiría en materia penal una obligación genérica de decir la verdad y, por otra parte, porque consentir la contingencia de castigar como

¹²⁷ BALMACEDA Hoyos. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2), p. 210

¹²⁸ MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p.1023

¹²⁹ ETCHEBERRY Orthusteguy, A., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, p. 442

fraude penal cualquier mentira en que otro haya creído, significaría ampliar excesivamente el ámbito del fraude penal en deterioro del fraude civil.”¹³⁰

En este sentido, en principio la simple mentira debiese descartarse en base a los deberes de autoprotección de la víctima, ya que el sujeto pasivo que recae en error debido a una simple mentira por regla general habrá actuado de manera negligente respecto a sus deberes de autoprotección.

De esta manera, MAYER sostiene que: “La posibilidad de subsumir como formas de engaño típico a falsificaciones burdas, se opone a una demanda general de que se ejecute un engaño bastante, a las cuales, en todo caso, puede pronosticárseles alcanzar una forma imperfecta de ejecución del delito respecto de un importante número de casos. Con todo, sostener que el engaño típico en la estafa equivalga o pueda equivaler a una “mentira”, requiere efectuar una serie de precisiones que ponen en duda las reales ventajas de tal formulación del comportamiento incriminado. A ello se agrega que una mentira, en tanto acto comunicativo, supone simplemente un hablante, que la emite, y un oyente, que recibe e interpreta el mensaje falaz de que se trate. En cambio, el comportamiento típico en la estafa va más allá de eso, perfilándose como un medio de lesión del patrimonio de otro. No por nada la doctrina penal alude al “engaño” típico y no a la “mentira” típica como comportamiento incriminado. Sólo el “engaño” típico—y no la “mentira”— es un medio de lesión del patrimonio ajeno en el delito de estafa.”¹³¹

Así, si bien la simple mentira no debiese excluirse a priori por el sólo hecho de que no consta de un ardid o externalidades especiales, para poder considerar la simple mentira como suficiente para constituir engaño típico se debe examinar en concreto la situación comunicacional.

Desde otra perspectiva, “... los artículos 171, 179 y 184 del Código Penal muestran de una manera bastante clara, no obstante su anacronismo y escasa aplicación práctica, que el legislador decimonónico no tuvo dificultades en admitir un engaño liviano como

¹³⁰ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p. 69

¹³¹ MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p.1025

susceptible de ser típico a efectos de la estafa. Cuando estas normas aluden a la falsificación “tan ostensible”, “tan grosera y ostensible” y “tan mal ejecutada” que cualquiera pudiera notarla a simple vista y no obstante ello, la punen, castigándola no a título de falsedad, sino que de estafa, el codificador evidencia que una correcta interpretación sistemática implica admitir la simple mentira como capaz de ser subsumida en el tipo.”¹³²

Siguiendo esta misma idea, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ explican: “Por tanto, no podemos excluir como engaño suficiente una simple mentira o afirmación mendaz, si en el caso concreto ésta era apta para inducir a error a la persona a quien se dirige el mensaje que contiene dicha mentira. Las palabras de un amigo, de un médico, de un sacerdote, etc., son buenos ejemplos de lo anterior. El argumento de que el derecho no protege a los necios o a los negligentes no puede admitirse para castigar con la indefensión al que actúa de buena fe, y por su buena fe, al creer en las palabras de otro, resulta estafado. Ni aun el derecho civil admite esta indefensión del contratante de buena fe, pues el error de un contratante o el actuar doloso del otro siempre vicia el consentimiento, y no se exige para ello una expresión objetiva, cuantitativamente determinable, de ese dolo o del error a que ese dolo induce. Es más, el derecho civil sólo castiga al contratante doloso, impidiéndole solicitar la nulidad del acto en que su dolo ha intervenido, y faculta, por tanto, al contratante engañado a ejecutar el acto (si le favorece) o a anularlo.”¹³³

En definitiva, si se considera que el engaño en la estafa debe consistir en determinados actos externos según la teoría de la puesta en escena, no es posible considerar la simple mentira como suficiente para configurar un engaño típico en la estafa. Si por el contrario se entiende que no es necesario que el engaño consista de estas apariencias externas, la simple mentira podrá ser aceptada como suficiente, siempre que cumpla con las exigencias generales que la conducta debe tener para ser típica.

¹³² LEYTON Jiménez, José Francisco. Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. *Ars Boni et Aequi*. v. 10 n. 2, 2014. p.144

¹³³ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. *Lecciones de derecho penal chileno Parte especial*. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.431

5.2. Engaño concluyente

5.2.1. Definición de la figura

DIEZ-PICAZO define el engaño concluyente de la siguiente manera: “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.”¹³⁴

Para MAYER, “El engaño concluyente, al igual que el engaño expreso, es una forma de engaño activo, que supone la realización de una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes. Lo que diferencia al primero, del segundo, dice relación con la manera en que se verifica la interacción comunicativa entre el emisor y el receptor del mensaje típicamente relevante. Mientras que en el engaño expreso la afirmación mendaz es directa o explícita, en el engaño concluyente, que algunos denominan “tácito”, la aserción del sujeto activo es indirecta o implícita, es decir, se encuentra implicada en los elementos que definen la relación comercial de que se trate y sin los cuales esta dejaría de tener sentido o perdería su razón de ser.”¹³⁵

En este sentido, el engaño concluyente se diferencia del engaño expreso por la falta de una afirmación mendaz. Así, el autor del engaño utiliza los elementos de la relación comercial de manera implícita para afirmar un hecho que llevará al error a la víctima.

En ese sentido, “... el engaño concluyente usualmente será llevado a cabo a través de un determinado comportamiento, con o sin empleo de lenguaje oral o escrito, que da a entender la existencia o inexistencia de determinados hechos. En estricto rigor, el engaño no está constituido por ese comportamiento; este sólo posibilita su ejecución. El engaño concluyente está constituido por una afirmación falsa sobre hechos

¹³⁴ DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos del Derechos Civil patrimonial, vol. I, 2 Ed., Madrid, 1983. p.112 en CHOCLÁN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.137

¹³⁵ MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p.1031

típicamente relevantes que se encuentra implicada en la conducta desplegada por el agente.”¹³⁶

De manera que para que sea posible realizar un engaño concluyente se requiere la existencia de elementos que configuren la relación negocial y que sean entendidos por ambas partes, tanto por el sujeto activo como por la víctima.

“Para establecer qué elementos definen una relación negocial y que, consecuentemente, serán concluyentemente afirmados por quienes intervienen en ella, debe tenerse en cuenta la normativa jurídica y extrajurídica que la rige, así como ciertas implicancias comunicativas de determinados actos de habla.”¹³⁷

5.2.2. Posibilidad de engaño concluyente en Chile

Las disposiciones de nuestro Código Penal no hacen ninguna referencia a esta modalidad de engaño en la estafa. Por este motivo, es necesario examinar si las posturas doctrinales al respecto son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico.

“El engaño, elemento claramente consagrado en las normas penales chilenas sobre el delito de estafa, debe ser entendido, genéricamente, como una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes. Que esa aserción falsa vaya acompañada de una puesta en escena del sujeto activo no determina la calificación de esa conducta como engaño típico. De esta forma, puede que el agente se valga de una *mise en scène* para ejecutar la conducta, pero que no lo haga, no excluye la existencia de un engaño típico para efectos de la estafa, ni siquiera tratándose de los engaños “calificados” del artículo 468 del Código Penal. Todas las hipótesis de estafa contempladas en el Código Penal chileno pueden ser llevadas a cabo a través de un engaño (activo) expreso o concluyente. Las limitaciones que plantean las normas penales chilenas no dicen relación con la forma que puede revestir el engaño típico, sino que con los hechos a los cuales este puede referirse. Por lo mismo, la figura específica de estafa

¹³⁶ Véase MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p.1032. Refiriéndose a situaciones clásicas que ejemplifican engaños concluyentes, la autora afirma que: “quien se sienta en un restaurante y pide comida o quien ingresa a un taxi e indica su lugar de destino afirma, con ello, su voluntad y capacidad de pagar por la comida o por la carrera solicitada. Resulta innecesario que lo explicita, pues su interlocutor, atendidos los elementos propios de esa relación negocial, partirá de la base de que estos concurren, precisamente, por encontrarse implicados en su definición”

¹³⁷ *Ibíd.* p.1034

que se aplique dependerá del hecho al que se refiera el engaño y no de la forma que asuma la aserción falsa en cuestión.”¹³⁸

En definitiva, entendiendo el engaño concluyente como una forma específica de engaño activo y considerando que no toda forma de engaño requiere de una puesta en escena, el engaño concluyente es una figura completamente aplicable en el ordenamiento jurídico chileno mientras se den las condiciones necesarias.

5.3. Engaño por omisión

5.3.1. Definición de la figura

Para MAYER, “La distinción entre engaño por acción y engaño por omisión en la estafa implica diferenciar entre dos clases de normas, a saber, prohibiciones (de acciones) y mandatos (de acciones). Así, mientras que el engaño activo supone realizar una afirmación falsa prohibida, el engaño por omisión implica no realizar una afirmación verdadera mandada, no obstante haber sido esta posible y exigible de ejecutar. Sea en su vertiente activa u omisiva, el concepto de afirmación es constitutivo del engaño típico y, además, la base para distinguir entre acción y omisión en la estafa.”¹³⁹

“Tanto en el engaño activo como en el omisivo, la estafa conserva su carácter de delito de comunicación: en el engaño por acción el agente efectúa una comunicación (sobre hechos típicamente relevantes) mediante una afirmación mendaz; en el engaño por omisión, en cambio, no realiza una comunicación (sobre hechos típicamente relevantes) que debió y pudo llevar a cabo. En este último caso el sujeto activo es sancionado, precisamente, por no dar lugar a una comunicación que debió verificarse a través de afirmaciones verdaderas (sobre hechos típicamente relevantes) dirigidas al disponente del patrimonio.”¹⁴⁰

¹³⁸ *Ibíd.*p.1037

¹³⁹ *Ibíd.*p.1030

¹⁴⁰ *Ibíd.*p.1031

En este caso, la reprochabilidad de la conducta es la omisión del sujeto activo, que, de haber actuado como le obligaba el ordenamiento jurídico, habría evitado el error de la víctima y su consecuente disposición patrimonial, y perjuicio.

5.3.2. Problemáticas del engaño por omisión

“La posibilidad del engaño por omisión es un tema debatido. Su admisibilidad ha sido cuestionada por diferentes razones: debido a la (in)compatibilidad dogmática del mandato de determinación de la ley penal con la (no)aceptación de la omisión impropia en el Derecho chileno; y por los problemas propios del engaño y la fundamentación de la posición de garante. La mayoría de la doctrina en Chile no ha tenido problemas en admitir el engaño por omisión, siempre y cuando exista una posición de garante, haciendo referencia a las reglas generales de la comisión por omisión.”¹⁴¹

Por su parte, CHOCLÁN también señala “... determinar si un comportamiento inactivo del sujeto activo tiene la virtualidad comunicante que requiere el engaño <inductor>, o si, en realidad, los casos que plantea la doctrina como de engaño omisivo pueden ser reconocidos a la teoría de los *comportamientos activos concluyentes* admitidos por la teoría como medio para exteriorizar un engaño.”¹⁴²

5.3.2.1. Posición de garante

Debido a que en los delitos por omisión lo reprochable no es la realización de una determinada acción prohibida, sino la pasividad respecto a una conducta a la que se está obligado, es necesario determinar cuál es la fuente de esta obligación.

En este caso, la conducta debida corresponde a un deber de comunicación verídica hacia el sujeto pasivo. En ese sentido, la posición de garante se establece debido a un deber general de buena fe en los negocios jurídicos.¹⁴³

¹⁴¹ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p.77

¹⁴² CHOCLÁN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.137

¹⁴³ Véase *Ibíd.* p.139. Para el autor sin embargo, el principal problema que presenta el engaño por omisión no es la posición de garante del sujeto, sino la posibilidad de que la mera omisión pueda equivaler a la acción en el sentido del tipo.

“Pero, más allá de estas dificultades –en el supuesto de que se superen–, lo realmente problemático en la práctica del delito de estafa será el establecimiento de la posición de garante de la que deba surgir el deber de información frente a la víctima. Debe hacerse presente que si se estima a la estafa como maquinación (mise en scène), habría que rechazar su posibilidad omisiva y en forma de juicio de valor. Por último, se reconocería la comisión por omisión cuando el sujeto tuviese el deber jurídico de informar y no lo hace.”¹⁴⁴

Para BALMACEDA, “Nos parece que de forma general, se imponen en la doctrina las fuentes tradicionales de la ley –o reglamentaciones en general– y el contrato. Más problemático parece efectuar una hipótesis de injerencia, por ejemplo, basada en la participación en el mercado, lo que redundaría en equiparar sin más la calidad de comerciante con la de garante.”¹⁴⁵

En definitiva, en los casos que no se apliquen las fuentes tradicionales de posición de garante, se ha señalado que la buena fe en los negocios jurídicos sirve como fundamento para establecer la posición de garante y de esta manera sancionar el delito de estafa por omisión.

5.3.2.2. Error imputable al engaño omisivo

Otro gran problema que surge al tratar el engaño omisivo, se relaciona con el elemento de la causalidad en la estafa. El nexo causal es un elemento fundamental en la configuración del tipo penal. Siendo así, cabe preguntarse cuál es el orden en que surgen los elementos en los casos de engaño omisivo.

En la forma expresa, el engaño es causal del error en la víctima que genera la disposición patrimonial y, en definitiva, el perjuicio. En su forma omisiva, difícilmente será la omisión la que genere el error, sino que más bien la omisión del sujeto activo

¹⁴⁴ BALMACEDA Hoyos. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2), p.189

¹⁴⁵ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. p.370

mantiene en error a la víctima. En este caso sin embargo, el error no fue resultado de la omisión, sino que aquel era preexistente a la conducta del sujeto activo.

“La tipicidad de la omisión quedaría, pues, limitada a los supuestos en que la omisión contraria al deber jurídico de impedir la lesión patrimonial determina el *nacimiento del error*, pero no sería apreciable cuando, a pesar de la existencia de aquel deber que fundamenta la posición de garantía, sin embargo, la omisión determina que perviva o se mantenga un error que se produjo en la esfera propia de la víctima.”¹⁴⁶

“Si la estafa se caracteriza por constituir la producción dolosa de un perjuicio patrimonial no se encuentra explicación dogmática para limitar la tipicidad de la conducta omisiva a los casos en que la omisión determina el nacimiento del error, con exclusión de aquellos en los que el garante no actúa en evitación del error ya existente en la esfera de la víctima...”¹⁴⁷

Entonces, si la omisión no genera el error en la víctima, sino que exclusivamente lo mantiene, no puede sancionarse a quien omite como autor de estafa, ya que en este delito no puede establecerse la correspondencia entre el hacer y la mera omisión.¹⁴⁸

De todas formas, para el autor no hay ninguna razón dogmática para que, en caso de autoría activa de otro, pueda apreciarse participación por omisión que sea equivalente a una cooperación activa, en la medida en que la omisión favorezca el hecho principal.

“Si el engaño es el medio que utiliza el sujeto para inducir a la disposición patrimonial, el comportamiento requerido en el tipo de la estafa debe tener el suficiente contenido comunicativo para influir en la psique del inducido, por lo que, o bien la mera omisión no informa de nada, ni falso ni verdadero, y en consecuencia no es la causa de la decisión de la víctima de disponer del patrimonio, o bien consiste en no evitar que otro resulte engañado por un suceso ajeno, pero en estos casos no existe un engaño que sea imputable al autor, y , si existe infracción del deber jurídico de actuar, su responsabilidad sólo puede exigirse a título de partícipe, conforme a lo expuesto.”¹⁴⁹

¹⁴⁶ CHOCLÁN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.140

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p.141

¹⁴⁸ Véase *Ibíd.*, p.144.

¹⁴⁹ *Ibíd.* p.145

5.3.3. Engaño por omisión en el Código Penal chileno

Nuestro Código Penal no menciona la posibilidad de comisión por omisión del engaño en la estafa.

“La importancia que han ido adquiriendo los intereses patrimoniales en las disposiciones penales chilenas, podría dar pie al castigo de la estafa en su modalidad omisiva. Si el resultado del engaño activo y del engaño por omisión es idéntico, a saber, la disposición patrimonial perjudicial determinada por error, no se advierte entonces qué diferencia de fondo podría existir entre quien daña el patrimonio ajeno porque efectuó una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes y quien daña el patrimonio ajeno porque no proporcionó información típicamente relevante que debía y podía entregar. La estafa omisiva, sin embargo –al igual que el homicidio (o infanticidio) por omisión–, enfrenta una dificultad insuperable: la falta de certeza que provoca el fundamento del castigo en consideraciones doctrinales que, por arraigadas que estén, no obligan al juez. De ahí que en los ordenamientos jurídicos que no cuenten con una cláusula general de comisión por omisión, como es el caso chileno, resulte ineludible una consagración legal de la misma. El castigo de la omisión impropia no debe depender del Tribunal que la juzgue, sino que ha de basarse en normas que posibiliten una interpretación mínimamente estandarizada de (todos) los tipos penales de la Parte Especial. Mientras ello no ocurra, la sanción de la estafa omisiva seguirá en una suerte de limbo. Lo anterior confirma la importancia que tiene distinguir entre el engaño activo y el omisivo y, ante todo, entre el engaño por omisión y el engaño concluyente como formas de conducta típica.”¹⁵⁰

En conclusión, el engaño por omisión en Chile debe superar importantes problemas dogmáticos para poder ser considerado como una forma típica en el delito de estafa. Aun así, probablemente el principal problema que enfrenta es la falta de una disposición precisa en nuestro Código Penal que autorice el castigo de una estafa por omisión impropia.

¹⁵⁰ MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p.1029

CAPÍTULO VI. COMPARACIÓN ENTRE EL ENGAÑO EN LA ESTAFA Y EL ENGAÑO EN LA FALSIFICACIÓN DEL INSTRUMENTO PRIVADO.

6.1. Definición de la falsificación de instrumento privado y su regulación en el Código Penal chileno

La falsificación del instrumento privado se regula en el artículo 197 de nuestro Código Penal, que establece en su inciso primero: “El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo la primera de ellas según las circunstancias.”

La conducta sancionada es la de quien comete alguna de las falsedades del artículo 193, recaídas en un instrumento público. En ese sentido, se ha discutido si acaso el concepto de falsedad es el mismo que el de falsificación: “A pesar de la distinción, falsedad y falsificación parecen utilizarse indistintamente para significar una misma idea: la mutación o alteración de la verdad, que en este caso tiene lugar en un instrumento privado. Además del sentido natural de las palabras, la definición de falsedad como una forma de engaño aparece también etimológicamente, e incluso del origen del término que se conecta con el engaño en la estafa.”¹⁵¹

Entendiéndose esta relación entre la falsedad en los instrumentos privados y el engaño en la estafa, se ha discutido la forma en que se debe aplicar el artículo 197.

BALMACEDA expone algunos de los problemas que surgen al tratar el tipo penal de falsificación de instrumento privado, en relación a la estafa, de la siguiente forma: “Aquí lo que interesa es averiguar si nos encontramos frente a un concurso real, un concurso

¹⁵¹ VARGAS Pinto, Tatiana. "Daño del engaño" en documentos privados: Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados. Rev. derecho (Valdivia). 2011, vol.24, n.2. p.186

ideal o un concurso aparente de leyes penales. La mayoría de la jurisprudencia parece inclinarse por la última solución, por aplicación del principio de especialidad, haciendo primar la falsificación sobre la estafa. Se dice que la estafa sería el precepto general (art. 468 o 473 CP), puesto que se puede cometer a través de varios medios. En cambio, la falsificación del instrumento privado (art. 197 CP) constituiría la norma especial, por cuanto únicamente se puede cometer a través de los medios señalados en el art. 193 CP. Se argumenta que el art. 197 CP exige que la falsificación del instrumento privado lo sea en “perjuicio de tercero”, señalando que entonces se trataría de una clase especial de estafa consistente en ocasionar un perjuicio a través de un engaño particular que consiste en falsificar un instrumento privado.”¹⁵²

Por este motivo se ha tratado en la doctrina el delito de falsificación de instrumento privado como una forma especial de estafa, consistente en un engaño que recae en un instrumento privado y genera un perjuicio a un tercero.

En esa línea, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ incluyen en el estudio del delito de estafa la falsificación de instrumento privado, considerando el artículo 473 como la figura básica de aquella: “aquí, siguiendo el estilo de nuestra codificación, y tal como sucede respecto a los homicidios y las lesiones, el legislador expresó primero todos los hechos que le parecían especialmente graves, para sólo al final establecer la regla general, la figura delictiva que reúne los elementos esenciales de toda estafa, elementos a los que los casos especiales de estafa del CP agregan las particularidades que lo identifican: el objeto material, en los fraudes en la entrega; la clase de engaño, en las estafas calificadas del Artículo 468; el medio engañoso, en la falsificación de instrumentos privados, etc.”¹⁵³

En ese sentido, para estos autores se entiende la falsificación de instrumento privado como un tipo especial de estafa, por la exigencia que hace el legislador a una forma determinada de engaño. “El engaño consiste en la falsificación y sus formas son las del art. 193 CP. Se trata de una estafa, pues aunque operan los mecanismos de la

¹⁵² BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p.80

¹⁵³ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.417

falsificación documental, la ley exige el perjuicio, y que ese perjuicio haya sido querido por el autor de la falsificación como resultado de la misma, que no es así otra cosa que un medio para engañar a otra. Las penas se agravan si los instrumentos falsificados son letras de cambio u otra clase de instrumentos mercantiles.”¹⁵⁴

Se basan entonces para llegar a esta conclusión en que, al igual que en la estafa, la falsificación de instrumento privado consiste en un engaño (una forma especial de engaño que recae en el instrumento privado), que genera un perjuicio patrimonial en la víctima.

“La falsificación de instrumentos privados del § 5 del Tít. IV Libro II es, como hemos hecho notar anteriormente, un atentado contra el patrimonio y no una clase de falsedad que afecte la fe pública, por lo que su tratamiento se ha expuesto someramente junto con el de las estafas.”¹⁵⁵

“La debida comprensión del problema requiere partir de una premisa básica: la finalidad de los tipos de falsedad documental es la de proteger la seguridad del tráfico jurídico y la confianza en el ‘valor probatorio de los documentos’ [...] Así, es posible establecer un régimen diferenciado... entre la falsedad ideológica cometida por funcionario público en documento público, y la contenida en documento privado... confeccionado por particular, precisamente por la diversa función probatoria que la ley les atribuye [...] se resuelve el supuesto de acuerdo con las reglas del concurso medial o ideológico... toda vez que frecuentemente la falsificación, de acuerdo con un plan unitario del autor, es una conducta realizada como antesala de la ulterior estafa en la que el documento así falsificado es el instrumento del engaño. Se da, por tanto, una identidad parcial entre la actividad ejecutiva del delito medio y la del delito fin, que justifica el tratamiento del caso como un solo hecho, esto es, imponiéndose la pena prevista para la infracción más grave...”¹⁵⁶

¹⁵⁴ *Ibíd.* p.411

¹⁵⁵ *Ibíd.* p.451

¹⁵⁶ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. El delito de estafa. 2002. España. BOSCH. p.105

6.2. Similitudes y diferencias entre el engaño típico en la estafa y la falsificación de instrumento privado.

Continuando con el estudio de esta materia, la doctrina nacional ha sostenido que la figura de falsificación de instrumento privado correspondería a una forma especial de estafa, donde el engaño recaería precisamente en un instrumento privado.¹⁵⁷

Cabe señalar, sin embargo, que existen diferencias entre ambas figuras que se reflejan en la forma de engaño exigido.

En esta línea, MAYER ha postulado que el enfoque tradicional que considera la falsificación de instrumento privado como una forma especial de estafa sería equivocado,¹⁵⁸ ya que si bien existen similitudes en ambas figuras, habría diferencias que impedirían tratarlas dentro del estudio de un mismo tipo penal.

“De cierta manera, en las falsedades, la alteración de cuestiones establecidas conlleva o encierra una afirmación falsa relativo a hechos, cuyo destinatario, generalmente, carece de concreción, así como de relevancia para establecer si concurren o no los elementos típicos. En cambio, en la estafa, la realización de una afirmación falsa — esto es, la acción de engañar a otro—, se refiere a hechos precisos que, comunicativamente, son presentados al disponente del patrimonio de manera distinta a como existen en la realidad. Con ello se busca que sea ese sujeto quien realice un acto de disposición patrimonial perjudicial determinado por error, resultado indispensable para que el tipo de estafa alcance el grado de consumado.

Si bien existe un punto común entre la falsedad requerida en el delito de falsificación de instrumento privado y el engaño en la estafa, en esta última la víctima es necesariamente una persona concreta.

¹⁵⁷ Véase BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1). p.80 y ss; POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.417.

¹⁵⁸ MAYER LUX, Laura. La falsificación de instrumentos privados: ¿una estafa especial?. Revista de derecho (Valdivia). 2014, vol.27, n.2. pp.217-241.

“Desde un punto de vista penal, si bien los conceptos de falsedad y engaño suponen la realización de una afirmación (falsa) o, lo que es lo mismo, de un acto de habla asertivo (mendaz), la forma de plasmar dicha afirmación en la falsificación de instrumentos privados se restringe a un documento que revista ese carácter. En cambio, el engaño en la estafa no requiere su plasmación en dicho soporte, pudiendo llevarse a cabo, perfectamente, un engaño típico en forma verbal o aun mediante gestos. Además, el comportamiento típico en el delito de estafa es siempre un engaño patrimonial, esto es, un engaño que se emplea como medio para la afectación de los intereses patrimoniales de otro. Se trata de una conducta que no se agota en una mera "afirmación falsa con perjuicio" (plasmada en un documento privado), constituyendo, en cambio, un mecanismo de instrumentalización del disponente del patrimonio y de provocación de un perjuicio patrimonial ajeno.”¹⁵⁹

En ese sentido una diferencia fundamental para la autora es que el engaño en la estafa es un medio para que la víctima realice una disposición patrimonial que genera un perjuicio. Así, la afirmación falsa que supone el engaño en la estafa siempre será un medio y no se agota en sí misma.

“La falsedad, en tanto supone la realización de una afirmación falsa, es al igual que el engaño en la estafa, un acto comunicativo que se dirige a otra persona, siendo (potencialmente) recibido e interpretado por alguien diverso de su autor. No obstante, el carácter comunicativo de la estafa va más allá de la emisión y determinación del sentido de un mensaje. En la estafa, además de la realización de una afirmación mendaz sobre hechos típicamente relevantes, se verifica la disposición patrimonial (perjudicial determinada por error) de quien recibe e interpreta la información falsamente aseverada. Es decir, la disposición patrimonial (perjudicial y determinada por error) se basa en determinadas informaciones típicamente relevantes y se lleva a cabo porque se parte de la efectividad de las mismas.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Ibíd.* p.222

¹⁶⁰ *Ibíd.* p.229

Nuestro legislador no exige que el perjuicio generado en la falsificación de instrumento privado sea de carácter patrimonial. Siendo así, no se podría considerar como un tipo de estafa especial si se podría consumir sin uno de los elementos fundamentales de la estafa.

En la misma línea Vargas afirma sobre el elemento del engaño: “La determinación del “engaño relevante” se conecta entonces con el fin de la norma. Desde esta perspectiva, tiene sentido definir el engaño en la estafa como un engaño patrimonial, que cree un riesgo para la afectación del patrimonio al suscitar la disposición patrimonial de otro. Ahora bien, ¿se mantiene esta clase de engaño en la falsificación de instrumento privado? Al menos, puede cuestionarse si se trata de documentos no mercantiles, aunque se requiera perjuicio de otro, si el bien que se protege en las falsedades no es el patrimonio ajeno, llámese: fe pública, fe probatoria, seguridad del tráfico jurídico, confianza en las relaciones jurídicas, funcionalidad del documento, etc. Este cuestionamiento se reafirma con la citada introducción de falsificaciones de instrumentos privados mercantiles que no exigen perjuicio. Por de pronto, se llama la atención acerca de la modalidad de la conducta engañosa en el delito de falsedades dentro de los términos legales, la mutación de verdad delimitada por los supuestos del artículo 193, y frente al objeto de la norma. La mera exigencia de perjuicio de tercero no limita la forma de conducta a un engaño patrimonial.”¹⁶¹

Esta postura, como ya se ha mencionado, es opuesta a la sostenida por los profesores POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, que consideran la falsificación de instrumento privado como una forma de estafa que requiere de un engaño determinado. Para dichos autores, “La falsificación de instrumentos privados del § 5 del Tít. IV Libro II es, como hemos hecho notar anteriormente, un atentado contra el patrimonio y no una clase de falsedad que afecte la fe pública, por lo que su tratamiento se ha expuesto someramente junto con el de las estafas.”¹⁶²

¹⁶¹ VARGAS Pinto, Tatiana. "Daño del engaño" en documentos privados: Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados. Rev. derecho (Valdivia). 2011, vol.24, n.2. p.190

¹⁶² POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing Chile. p.451

Es cierto sin embargo que siguiendo el tenor del artículo 193 del Código Penal, no se requiere la realización de una disposición patrimonial para configurar el tipo penal de falsificación de instrumento privado, a diferencia de lo que ocurre en la estafa.

Por otra parte, siguiendo la distinción entre delitos de autolesión y heterolesión, la estafa corresponde sin duda al primer tipo, ya que es la propia víctima la que realiza la disposición patrimonial que provoca el perjuicio.¹⁶³ En el caso de la falsificación de instrumento privado sin embargo, si no existe el requisito de disposición patrimonial siquiera, difícilmente podrá considerarse como un delito de autolesión.

Siguiendo esa misma línea, MAYER afirma: “Pues bien, si tuviéramos que ubicar a la falsificación de instrumentos privados dentro de alguna de esas categorías, tendríamos que calificarla como un delito de "heterolesión", al igual que el hurto. Quien lleva a cabo la falsedad en documento privado no requiere la realización de conducta alguna de otro —y menos de un disponente patrimonial— para lesionar el bien jurídico protegido. Basta con la falsificación, por una parte, y con el perjuicio de tercero, por la otra, sin que se necesite un acto de disposición patrimonial determinado por error, que una (causalmente) al engaño con el resultado típico (perjuicio patrimonial).”¹⁶⁴

“El tipo penal de estafa es un delito de resultado y ese resultado no es otro que el perjuicio patrimonial de un tercero. Esto obliga a distinguir, por una parte, el comportamiento típico y, por otra, el resultado delictivo, debiendo existir entre conducta y resultado una relación de causalidad. En el caso de la estafa, el comportamiento delictivo es el engaño, este debe provocar el perjuicio patrimonial de la víctima. Si bien tradicionalmente se sostiene que el resultado típico en el delito de estafa es la lesión del (activo del) patrimonio, dicha afirmación debe ser precisada, teniendo en cuenta la pluralidad de elementos integrantes de dicha figura delictiva. Aunque la conducta típica en la estafa se agota en el engaño, el resultado típico tendrá un carácter complejo y estará integrado por el error, por la disposición patrimonial y por el perjuicio patrimonial

¹⁶³ Véase BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. p.366

¹⁶⁴ MAYER LUX, Laura. La falsificación de instrumentos privados: ¿una estafa especial?. Revista de derecho (Valdivia). 2014, vol.27, n.2. p.230

de la víctima. De esta forma, mientras que la conducta delictiva será el engaño típico, el resultado delictivo será la disposición patrimonial perjudicial determinada por error. En cambio, la caracterización de la falsedad de documento privado como tipo de resultado es discutida, discusión que se vincula con la función que desempeña el perjuicio en dicho delito, a saber, si acaso cumple el rol de resultado del tipo, como en la estafa, o si, en cambio, juega el papel de condición objetiva de punibilidad. Desde el punto de vista del castigo de ambos delitos, ninguna de dichas opciones resulta satisfactoria.”¹⁶⁵

En conclusión, la diferente estructura del delito de estafa respecto a la falsificación de instrumento privado dificulta su clasificación como un tipo especial de estafa. El delito de estafa se configura de distintos elementos, entre ellos el engaño, cuyo concepto se relaciona con todos los restantes elementos del tipo. Así, el engaño debe ser causal de la eventual disposición patrimonial que realiza la víctima,¹⁶⁶ diferenciándose así de la falsedad exigida en el tipo penal establecido en el artículo 193 del Código Penal. De esta forma, parece ser claro que la estafa puede producirse mediante falsificación de instrumento privado, lo que no significa que se deba considerar a esta como un tipo especial de estafa.

¹⁶⁵ Véase *Ibíd.* p.234.

¹⁶⁶ Véase BALMACEDA Hoyos, Gustavo. *Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?*. 2010. *Revista de Estudios de la Justicia*. N°12. p.365. Al respecto el autor señala: “Así, conforme con lo que hemos apuntado, la determinación de la tipicidad del engaño requiere una valoración de su capacidad para provocar un error y estimular el acto de disposición patrimonial, acorde con la tesis de la adecuación, de donde se concluye que se maniobra en este lugar con una doble medida, objetiva y subjetiva, de forma similar a como se concibe el deber de cuidado en los delitos imprudentes.”

CONCLUSIONES

El engaño es fundamental para la delimitación del delito de estafa y por tanto, este elemento se relaciona con todos los elementos restantes que componen el tipo penal. Así, las diversas teorías sobre el engaño modifican la aplicación de la estafa, restringiendo o ampliando su alcance.

Respecto a la teoría de la mise en scène, la exigencia de un engaño que sólo se puede llevar a cabo mediante un ardid o maquinación, no se condice con nuestro texto legal ni tampoco es conveniente debido a la realidad de nuestro tráfico jurídico actual. De esta manera, es más conveniente una postura que no requiere que el engaño tenga una especial puesta en escena, sino que basta con que el engaño haya sido suficiente para generar un error en un sujeto medianamente diligente para configurar un engaño típico.

En este sentido, al entender el engaño desde la perspectiva de la imputación objetiva, los criterios normativos varían, ya no enfocándose sólo en la forma en que se realiza el engaño mismo, sino en el sujeto pasivo de la conducta, para determinar si el engaño puede considerarse típico o no.

De manera similar, el concepto de engaño bastante acuñado por el legislador español y delimitado por su jurisprudencia y doctrina también se separa de teorías como la puesta en escena, que entienden la figura del engaño de manera unidireccional, sólo enfocada en las externalidades de la conducta.

Debido a que el delito de estafa es un delito de comunicación y autolesión, el engaño no puede sino referirse al sujeto pasivo del engaño, ya que depende de este el resultado del engaño y, por esta razón, el ordenamiento jurídico no puede mantenerse al margen del actuar de la víctima.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Véase BALMACEDA Hoyos. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2). p. 184 y ss.

Entonces, desde el punto de vista de la imputación objetiva, el engaño se observa desde dos perspectivas. En primer lugar, la actitud de la víctima frente al engaño y, en segundo lugar, el fin de protección de la norma.

Entonces, bajo el punto de vista del fin de protección de la norma penal, la negligencia del sujeto no se considera dentro del ámbito de protección de la norma, de acuerdo al principio de última ratio del Derecho penal.¹⁶⁸

Por su naturaleza, es innegable que el estudio del tipo penal de la estafa no se agota en la acción del sujeto activo, sino que además es necesario delimitar la conducta de la víctima, que es en definitiva quien realiza la disposición patrimonial. En relación a esto, se determina cuál es el parámetro aplicable al sujeto al momento de exigir su deber de autocuidado mediante un análisis completo de la relación entre las partes (sujeto activo y sujeto pasivo) y la capacidad propia del sujeto. Entendiéndose así, se ha recurrido al estudio de los deberes de protección a través de la victidogmática, la que ha aportado al desarrollo del concepto subjetivo del engaño bastante, sin embargo, no ha sido suficiente para definirlo correctamente. Por esta razón la mayoría de la doctrina iberoamericana estudia ese punto bajo la teoría de la imputación objetiva.¹⁶⁹

Respecto al objeto del engaño, la imputación objetiva no presenta problema en considerar un juicio de valor como objeto del engaño mientras genere un riesgo jurídicamente relevante, de igual manera que no podría considerarse un hecho como objeto del engaño si no cumple con las exigencias de la imputación objetiva.¹⁷⁰

¹⁶⁸ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12.p367

¹⁶⁹ Véase CHOCLAN Montalvo, Jose Antonio. Engaño bastante y deberes de autoprotección. Revista de derecho y proceso penal. 2. Ed Aranzandi. 1999. p.61 y PASTOR Muñoz, Nuria. La determinación del engaño típico. 2004. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid p.119

¹⁷⁰ Véase BALMACEDA Op. Cit.. p.190 y ss.

Por su parte, en la actualidad el engaño por omisión se sanciona a discreción del juez, debido a su falta de regulación expresa.¹⁷¹ Por este motivo, el engaño por omisión en nuestro ordenamiento jurídico debe superar importantes problemas dogmáticos para poder ser considerado como una forma típica en el delito de estafa. Aun así, el principal problema que enfrenta es la falta de una disposición precisa en nuestro Código Penal que autorice el castigo de una estafa por omisión impropia.

Por último, respecto al engaño en la estafa y el engaño en la falsificación de instrumento privado, se presentan diferentes estructuras en ambos delitos, lo que dificulta considerar al engaño de la falsificación de instrumento privado como una forma especial de estafa. El delito de estafa se configura de distintos elementos, entre ellos el engaño, cuyo concepto se relaciona con todos los restantes elementos del tipo. Así, el engaño debe ser causal de la eventual disposición patrimonial que realiza la víctima,¹⁷² diferenciándose así de la falsedad exigida en el tipo penal establecido en el artículo 193 del Código Penal, que no la exige. De esta forma, es claro que la estafa puede producirse mediante falsificación de instrumento privado, lo que no significa que se deba considerar la falsificación de instrumento privado como un tipo especial de estafa.

¹⁷¹ MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. p.1029

¹⁷² Véase BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. 2010. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. p.365.

BIBLIOGRAFÍA

BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Vol. XXIV (1): 59-85.

BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2011. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 13, (2), 163-219.

BALMACEDA Hoyos, Gustavo. 2010. Engaño en la Estafa: ¿Una puesta en escena?. Revista de Estudios de la Justicia. N°12. 351-358.

CABRERA Guirao, J. y CONTRERAS Enos, M., El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial. 30p.

CHOCLAN Montalvo, José Antonio. 2002. El delito de estafa. España. BOSCH. 398p.

CHOCLAN Montalvo, José Antonio. 1999. Engaño bastante y deberes de autoprotección. Revista de derecho y proceso penal. n. 2. Ed Aranzandi. 59-63.

ELLMER, Manfred. 1986. Betrug und Opfermitverantwortung. Berlin..

ETCHEBERRY Orthusteguy, A. 1999. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III. 392p.

GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal: Parte Especial. 2008. Tomo IV. 2ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 463p.

GIEHRING, Heinz, 1973. Prozeßbetrug im Versäumnis - und Mahnverfahren -Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in 263 StGB, GA.

GOMEZ Benítez, José Manuel. 1985. Función y contenido del error en el tipo de estafa.

Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 38.333-346.

HASSEMER, Raimund. 1981. Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB. Duncker und Humblot, Berlin,

HERNÁNDEZ Basualto, Héctor. 2010. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. Revista Chilena de Derecho. vol. 37. N0 1, pp. 9-41.

LABATUT Glenda, Gustavo; ZENTENO Vargas, Julio. 1990. Derecho Penal. Tomo I. 7° ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

LEYTON Jiménez, José Francisco. 2014. Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. Ars Boni et Aequi. v. 10 n. 2., pp.123–161.

LIRA Correa, Blanca. 2008. Las teorías de la imputación objetiva y la Mise en scene en relación con el delito de estafa. Ars Boni et Aequi. v. 6 n.2, 2010. 91-109pp

MAYER Lux, Laura. 2014. El engaño concluyente en el delito de estafa. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3. 1017-1048p.

MAYER Lux, Laura. 2014. La falsificación de instrumentos privados: ¿una estafa especial?. Revista de derecho (Valdivia)., vol.27, n.2.217-241.

PASTOR Muñoz, Nuria. 2004. La determinación del engaño típico. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 291p.

POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de derecho penal chileno Parte especial. 3° ed. Santiago. Legal Publishing

Chile. 689p.

SHALACK Muñoz, Andrés. 2008. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. Revista chilena de derecho. Vol 35. n°2: 261-292

TORÍO López, A. 1989. Significación dogmática de la compensación de culpas en Derecho penal. Estudios Penales en memoria del prof. Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela,

VARGAS Pinto, Tatiana. 2011. "Daño del engaño" en documentos privados: Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados. Rev. derecho (Valdivia). vol.24, n.2.179-204.