

LAS TEORÍAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA *MISE EN SCÈNE* EN RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTAFA*

BLANCA LIRA CORREA**

RESUMEN: Este trabajo expone los problemas que presenta el delito de estafa en Chile, básicamente en lo que dice relación con uno de sus elementos: el engaño. Para esto, la autora, expone dos teorías que actualmente se disputan sus lineamientos, siendo una de ellas la teoría de la *mise en scène*, prácticamente la única que se ha aceptado históricamente por nuestra jurisprudencia. La otra teoría que se expone es la de la *imputación objetiva* y su aplicación en el elemento del engaño requerido en la estafa. Esta teoría, sólo últimamente, ha sido planteada por una parte de la doctrina nacional, como una vía de solución a los problemas que presenta el engaño en la estafa. La autora concluye cuál de estas teorías resulta más conveniente, a efectos de dar una solución más justa para las partes que se ven involucradas en el delito de estafa.

ABSTRACT: This paper outlines the issues about the swindle in Chile, mainly regarding one of its elements: deception or trick. In order to achieve this, we will discuss two currently competing theories in its

* El texto de este artículo corresponde a una versión revisada de la monografía presentada para aprobar el *Curso de Teoría General del Delito*, dictado por el Dr. Álvaro FERNÁNDEZ DÍAZ, dentro del Programa de Doctorado en Derecho impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el segundo semestre académico del año 2008.

** Abogado, Magíster en Ciencia Jurídica y Candidata a Doctor Pontificia Universidad Católica de Chile. Jueza del Tribunal Eclesiástico Interdiocesano de Santiago. <blanca_lira_c@hotmail.com>.

guidelines. One of them is the *mise en scène* theory, practically the only one that historically has been accepted by our jurisprudence. The other theory we will discuss, is the one that refers to the *objective imputation* and its application in the required element of deception or trick in swindle. This theory, only recently, has been raised, by part of the legal community, as a way to solve the problems of deception or trick in swindle. The paper is oriented to finally, conclude by the authoress, which one of these theories is more convenient, in order to give a fairer outcome for the parties involved in swindle.

PALABRAS CLAVES: Estafa – *mise en scène* – imputación objetiva – engaño – ardid

KEY WORDS: Swindle – *mise en scène* – objective imputation – deception – trick

I. ESTAFA

El nombre del delito de estafa o *estelionato* como lo denomina CARRARA, surgió en el Derecho Romano derivado del estelión o salamandra, animal cuyos colores varían ante los rayos del sol –como alusión a los camuflajes que el autor del delito debe emplear para su realización– y se aplicaba a todos los delitos cometidos en perjuicio de la propiedad o patrimonio ajeno.

El delito de estafa se encontraba contemplado en el derecho español en la *VII Partidas de Alfonso el Sabio*, en donde se estimó que este delito no podía ser definido, sino que se optó por ejemplificar sus formas.

El arquetipo de *Las Partidas*, plasmado posteriormente en Código Penal español de 1848, fue el que sirvió de modelo inspirador para nuestro legislador, quien no lo definió, estableciendo un sistema casuístico para su delineamiento. El Código Penal chileno trata el delito de estafa, en el párrafo 8 del título IX, bajo el epígrafe “*estafas y otros engaños*”, constituyendo la estafa una especie dentro del género más amplio denominado engaños, cuya figura básica la constituye el artículo 468 del Código Penal, la que debe entenderse en relación con el artículo 473 de dicho Código que establece una figura residual de la estafa. De la lectura de estos artículos sólo se puede extraer como exigencia, para que concurra la estafa, la existencia de un engaño y un perjuicio, pero nada se dice sobre el elemento de error y el acto de disposición

patrimonial que realiza la víctima, y que es quizá la nota más característica de la estafa.¹

Su tipo consiste en *“configurar un despojo injusto de la propiedad ajena, que no es ni verdadero hurto, ni verdadero abuso de confianza, ni verdadera falsedad, pero que participa del hurto, porque ataca injustamente la propiedad ajena; del abuso de confianza, porque se abusa de la buena fe de otros, y de la falsedad, porque a ella se llega mediante engaños y mentiras. La criminalidad de la estafa está toda en los antecedentes, en los artificios para engañar; por esto el engaño constituye la verdadera esencia de este delito”*².

Se distinguen entonces en relación con la estafa, cuatro situaciones diferentes: la estafa propiamente tal, los engaños semejantes a ésta (468 Código Penal); los engaños que no se hallan expresados en los artículos anteriores (473 Código Penal), y aquellos que constituyen estafas especiales como sucede, por ejemplo, en los delitos regulados en el artículo 469 n° 1 y 2 del Código Penal.

Las estafas *“serían los fraudes que se cometen mediante alguno de los engaños expresados en el párrafo en cuestión, en tanto que los “otros engaños” serían los fraudes perpetrados mediante el empleo de otro engaño no expresamente descrito en el resto del párrafo”*³. ETCHEBERRY afirma que el rasgo común entre las distintas hipótesis señaladas en el artículo 468 que describe la estafa, y los otros engaños, radica en el *ardid* o *maquinación*: *“los engaños del 468 son casos en los que se refuerzan las afirmaciones engañosas mediante el despliegue externo de falsas apariencias: lo que la doctrina llama el ardid o la mise-en-scène; y los otros engaños serían los fraudes en los que el engaño está constituido por otro medio que no es un ardid”*. Así también lo manifiesta MERA FIGUEROA⁴. El ardid exigido puede ser mínimo, pero siempre se requiere un hecho externo, una apariencia falsa⁵. Agrega que podemos distinguir, dentro del engaño, la actividad del agente (simulación) y el efecto producido en el sujeto pasivo de la acción (error)...

¹ FERNÁNDEZ (2005) p. 183.

² CARRARA (1980) pp. 412 y 413.

³ ETCHEBERRY (1966) pp. 15 y 16.

⁴ MERA (1994) p. 34, señala que el ardid se exige en el tipo legal del artículo 468, no así en el 473.

⁵ ETCHEBERRY (1998) pp. 406 y 407.

La figura de la estafa consiste en “defraudar a otro”⁶. En ella deben estar presentes todos los elementos de los fraudes, a saber: simulación, error, disposición patrimonial de la víctima, perjuicio. Una de las características de la estafa, y que la distingue del hurto que el actor consigue “*obtener del propio sujeto pasivo del error, la disposición patrimonial, que a su vez será la causa del perjuicio. Existe una colaboración involuntaria de la víctima... efectuada porque tiene una representación equivocada de la realidad, creada por la acción fraudulenta del agente*”⁷.

En este trabajo desarrollaremos el elemento denominado simulación o engaño, y por lo tanto no nos extenderemos en los demás elementos constitutivos de la estafa.

II. EL ENGAÑO

El diccionario de la Real Academia española define el engaño como la “*falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre*”.

El Código Penal no define lo que entiende por engaño. Por esto nos remitimos a la definición de ANTÓN ONECA⁸ quien señala que el engaño “*consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas*”, y agrega que “*el engaño es en definitiva, faltar a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir entonces, 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 (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)*”⁹. Agrega GARRIDO, que el hecho de si una mentira es suficiente para producir el engaño, es una cuestión muy debatida en la doctrina. El considera que no basta con la simple mentira, ya que en nuestro ordenamiento no existe un deber de naturaleza jurídica de decir la verdad, y así lo considera también la mayoría de la doctrina; salvo en los casos de aquellas personas que por ley o como fruto de un contrato, tienen el deber de decir verdad.¹⁰ MERA estima que la simulación sin otros calificativos, no exige el ardid, bastando la simple mentira.¹¹

⁶ *Ídem.*, p. 408.

⁷ MERA (1994) p. 17.

⁸ ANTÓN (1958) p. 61.

⁹ GARRIDO (2000) pp. 321-323.

¹⁰ GARRIDO (2000) p. 324.

¹¹ MERA (1994) p. 19.

El engaño debe preceder a la disposición material y producir error en la víctima, la que, a consecuencia precisamente de ese error, realiza una disposición patrimonial que le resulta perjudicial.¹²

Hay autores que afirman que aunque engaño y mentira no son idénticos, “no hay engaño posible sin afirmar por lo menos una mentira”, o sea, que todo engaño lleva implícita una mentira. Es necesario, eso sí, destacar que el cuestionamiento del engaño en el delito de estafa lleva naturalmente al su contrapartida, cual es, el error que debe haber generado en el sujeto pasivo la acción de engañar, y la consiguiente la disposición patrimonial de dicho sujeto.¹³ Por lo tanto un hecho que no se discute por los autores es el requisito del engaño en la estafa. Es el engaño el medio adecuado para realizar el fraude o estafa. CARRARA estima al respecto “que todos estos estudios giran siempre en un círculo de ejemplos que no conducen al conocimiento exacto del criterio esencial de este delito, sino a resolver las graves dificultades que presenta en los casos prácticos”.¹⁴

Nuestros tribunales en reciente jurisprudencia han desechado la simple mentira como hecho constitutivo de engaño¹⁵, siguiendo a CARRARA, quien distinguió entre mentira y artificio, destacando que la mentira no es delito, pero el artificio, cuando no tiende a una burla inocente, sino a un injusto despojo, presenta las condiciones objetivas del delito. Pero para que haya artificio se requiere no sólo el discurso, sino algo que compruebe las afirmaciones falsas. Otros autores como MUÑOZ CONDE estiman que “el concepto de engaño es tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma”¹⁶, lo que en nuestra legislación reviste particular dificultad por cuanto no existe un concepto de estafa, ni tampoco el código establece sus elementos constitutivos.

A modo de ejemplo, y con el objeto de analizar el estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico, destaca una sentencia dictada el año 2007 por la Corte de Apelaciones de Valdivia que define el engaño como “la acción realizada con miras a producir una falsa representación de la realidad, que induce a error”¹⁷. En esta sentencia, se excluye, por lo tanto el engaño

¹² HERNÁNDEZ (2003) p. 5.

¹³ BACIGALUPO (1994) pp. 187 y 188.

¹⁴ CARRARA (1980) p. 422.

¹⁵ Vid. v.g. Corte Suprema. *Onell con Vásquez* (2005) considerando 5°.

¹⁶ MUÑOZ(2002) p. 413

¹⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia. *Vargas y Caroca con Serviu Décima Región* (2007) considerando 4°.

por omisión. En el mismo sentido, una sentencia del año 2005, de la Corte Suprema afirma que *“la falsedad ideológica cometida por un particular no es punible, salvo los casos más bien raros en los cuales la ley impone también a éste una obligación de decir verdad, porque en cualquier otra situación sus mentiras no afectan a la fe pública, ya que nadie está obligado a tener por verdaderas las afirmaciones que hace”*.¹⁸

Podemos concluir por tanto que la opinión dominante en Chile –fuertemente influida por ETCHEBERRY– es que el engaño típico no puede consistir en una simple mentira, sino en una mentira inserta en un despliegue engañoso externo. La principal opinión disidente ha corrido por cuenta de Jorge MERA, quien estima que *“la simple mentira puede ser engaño típico en la estafa”*. Así también opina HERNÁNDEZ, afirmando que se entiende que si la víctima lo creyó, ésa es prueba suficiente e indesmentible de su “idoneidad” y en consecuencia de su relevancia jurídico penal¹⁹.

III. TEORÍA DE LA MISE EN SCÈNE O ARDID

Al estudiar la jurisprudencia francesa, CARRARA²⁰ descubrió en un fallo de fecha 4 de abril de 1862, la solución al criterio con el que debía resolverse si concurría o no en un determinado caso, el delito de estafa. Este fallo distinguía entre artificio material y verbal, agregando que el fraude no podía consistir en simples palabras mentirosas, sino que para que hubiera delito se requería de algo material, una especie de aparato escénico, de una *mise en scène*, un hecho externo, o la intervención de tercera persona que diera crédito a las palabras. Este autor estimó que esta teoría completaba el elemento subjetivo y objetivo del delito; *“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”*²¹.

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”*²². La puesta en escena

¹⁸ Corte Suprema. *Onell con Vásquez* (2005) considerando 5°.

¹⁹ HERNÁNDEZ (2003) pp. 12-14.

²⁰ CARRARA (1980) p. 426.

²¹ CARRARA (1980) p. 428.

²² HERNÁNDEZ (2005) p. 184.

implica “acompañar meras afirmaciones con pequeñas escenificaciones que pretenden probar su veracidad”²³.

“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”.²⁴

La jurisprudencia en Chile constantemente ha exigido el ardid o puesta en escena para configurar el elemento de la simulación o engaño en la estafa. Así por ejemplo, en una sentencia de la Corte Suprema de 1981 se resuelve que “no habiendo existido maniobras, ardid o mise en scène para inducir a engaño al comprador, debe desecharse la posible calificación de estafa”²⁵. Luego, en sentencia del año 1998 de la Corte de Apelaciones de Santiago, se manifiesta la siguiente doctrina: “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”²⁶. Este es el mismo criterio que se emplea hasta ahora en los tribunales nacionales, para configurar los elementos o requisitos de la estafa. Ello, por ejemplo, se constata en dos sentencias dictadas el año 2007, una por la Corte de Apelaciones de Valdivia, y otra por la de Santiago, en las que se exige el ardid o maquinación para configurar el delito de estafa: “las estafas serían aquellos fraudes en que el engaño ha consistido en un ardid o mise en scène”.²⁷

²³ PÉREZ (1995) p. 297.

²⁴ GARRIDO (2000) p. 323.

²⁵ ETCHEBERRY (1986) p.399, causa contra José Máximo Díaz Alveal y otro RDJ LXXVIII, 4-137.

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. *Leikin con Mena* (1998) considerando 6°.

²⁷ *Vid.* Corte de Apelaciones de Valdivia. *Vargas y Caroca con Serviu Décima Región* (2007) considerando 6°, y Corte de Apelaciones de Santiago. *Ministerio Público con Acuña* (2007) considerandos 3° y 8°.

La jurisprudencia española anterior a 1983 –año en que se reformó el Código Penal en relación con el delito de estafa– también adoptó la teoría del ardid o maquinación. 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”*. 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 repute de una entidad o relevancia bastante, en cuanto haya tenido intensidad para inducir a error a la víctima”*.²⁸

Hay autores en la doctrina nacional que critican la teoría de la mise en scène argumentando que *“al centrar el juicio de la relevancia del engaño en el despliegue de maniobras externas, se cae en un excesivo formalismo. Esta circunstancia lleva al juzgador a desvincularse de la concreta peligrosidad de la conducta engañosa”*²⁹. Agregan además que la mise en scène ni siquiera tiene sustento en Francia, ya que ella es sólo una de las formas de engaño típico del derecho francés³⁰. En este sentido MERA argumenta que *“el engaño en la estafa no exige, per se, del ardid, y por lo tanto no puede excluirse de este elemento del tipo, a priori, la simple mentira, la cual no basta por cierto para configurar la totalidad de la estafa, pero sí el primero de sus elementos”*³¹, esto es, la simulación. Le reconocen sin embargo a esta teoría, la exigencia de una determinada idoneidad en la conducta engañosa.

MERA considera³², y en esto discrepa de Etcheberry, que la sola existencia del ardid no garantiza una mayor eficacia engañosa del medio empleado; el ardid puede ser burdo. En cambio una simple mentira puede resultar mucho más irresistible para su destinatario, y no sólo en el caso de personas sencillas y poco instruidas. Lo determinante debe ser la aptitud real en el caso concreto para inducir a error.

²⁸ *Repertorio de jurisprudencia española* (1981) Tomo XIX.

²⁹ FERNÁNDEZ (2005) p. 185.

³⁰ HERNÁNDEZ (2003) pp. 147 y ss.

³¹ MERA (1994) p. 33.

³² *Ídem.*, p.34.

A fin de corregir los problemas que produce la teoría de la *mise en scène*, la jurisprudencia española, y algunos autores, proponen utilizar los criterios de la teoría de la imputación objetiva en el delito de estafa.

IV. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Esta teoría está fundamentalmente ligada a la determinación de la relación entre conducta y resultado³³ en los delitos. Aún cuando no está nada clara su configuración sistemática, intentaremos sintetizar a grandes rasgos sus lineamientos históricos y teóricos.

IV.A. Breve reseña histórica

Fue HÖNIG quien primero utilizó el término imputación objetiva, a quien posteriormente se sumó LARENZ. La teoría expuesta por estos dos autores perseguía delinear los límites máximos de atribución de responsabilidad, la que con el tiempo fue concentrándose en la cuestión de atribución de resultado³⁴. Por su parte WELZEL contribuyó a su elaboración mediante la teoría de la adecuación social.

Dentro del ámbito histórico de la teoría de la imputación objetiva están las contribuciones que hiciera en este sentido ROXIN, y su *teoría del principio de riesgo*, que plantea que *“un resultado causado por el sujeto sólo debe ser imputado al causante como su obra, y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo”*³⁵.

Los criterios propuestos por la doctrina se aunaron, finalmente, en el *principio de riesgo* de ROXIN, quien propuso como parámetros objetivos para determinar el juicio de imputación objetiva, los siguientes³⁶: a) disminución del riesgo: se atempera por la conducta de un sujeto, un suceso que comportaría un daño más grave; b) creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) incremento o falta de aumento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma, que ROXIN elaboró para los casos de daños sobrevenidos con posterioridad, en que se produce un segundo daño, al cual llamó posteriormente *alcance del tipo*.

³³ CANCIO (2004) p. 47.

³⁴ CANCIO (2004) p. 65.

³⁵ *Ídem.*, pp. 42 y 43.

³⁶ *Ídem.*, p.44.

IV.B. Situación actual

Los autores se han alejado cada vez más del análisis de la imputación del resultado, centrando la atención en la conducta típica, en el comportamiento no permitido, por lo que esta teoría se ha transformado en una teoría del tipo³⁷. A este alejamiento han contribuido FRISCH con su teoría de la conducta típica, y JAKOBS con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, que no son objeto del estudio al que nos hemos abocado, por lo que no las trataremos en este trabajo³⁸. Sólo creo importante destacar que en ningún caso existe unanimidad en la doctrina en cuanto a lo que debe entenderse por imputación objetiva.

Es en el segundo elemento descrito por ROXIN, esto es, la creación o no de un riesgo jurídicamente relevante, en el que se centrará este estudio, para aplicarlo posteriormente al requisito del engaño en la estafa. Se trata de averiguar qué le incumbe al autor, qué comportamiento se espera de éste en su interacción con el titular del patrimonio, hecho que debe poder determinarse de modo objetivo, mediante la definición de estándares de conducta no individualizados. En la estafa esto significa que el autor tiene asignada la administración de ciertas informaciones en las que la víctima basa sus decisiones de disposición³⁹.

Choclán⁴⁰ enumera los elementos típicos de la estafa, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, y estima que debe concurrir:

1. Engaño precedente o concurrente.
2. El engaño ha de ser bastante para la prosecución de los fines propuestos, en el sentido que debe viciar la voluntad de la víctima, dadas sus características personales, analizadas ex ante.
3. Ha de producirse un error esencial en el sujeto pasivo o víctima, quien desconoce la realidad o tiene un conocimiento inexacto o deformado de la realidad por causa del engaño producido por el actor. Esta teoría parte del supuesto que no cualquier engaño es suficiente como para producir error en la víctima, y la consiguiente disposición patrimonial que este engaño implica, sino que es necesario que el autor haya producido un

³⁷ PASTOR (2004) p. 152.

³⁸ CANCIO (2004) p. 47.

³⁹ PASTOR (2004) p. 154.

⁴⁰ CHOCLÁN (2000) p. 82.

peligro jurídicamente reprochable, y que el resultado de su acción, sea aquel que la norma penal busca evitar, y no otro.

Habría que analizar además si la imprudencia de la víctima en la protección de su patrimonio incide en el juicio de adecuación de la conducta engañosa. La imprudencia de la víctima es un dato que los jueces deberán tener en cuenta para juzgar la idoneidad objetiva. Este requerimiento vendría a resolver la queja que ETCHEBERRY hace a una sentencia, argumentando que “otra vez observamos que la sentencia protege al contratante negligente y crédulo, ya que con un mínimo de atención, el comprador pudo exigir un certificado de gravámenes por un lapso más prolongado...”⁴¹.

4. Debe haber un acto de disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio para la víctima –porque en este delito el bien jurídicamente protegido es su patrimonio–. En efecto, en la estafa, el fin de protección de la norma es “la protección patrimonial frente a un determinado tipo de engaños que se consiguen o pueden conseguir un ejercicio viciado por error, de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño”⁴².

La imputación objetiva considera que no es necesario el desplazamiento del patrimonio, sino “que salga de la esfera del dominio de su titular, entrando lícitamente en la esfera de dominio del autor del delito”⁴³.

5. Intención de obtener una ventaja, o ánimo de lucro del actor. Este es el elemento subjetivo del tipo. Es necesario que el autor del delito haya realizado el hecho con una determinada intención, cual es perseguir su enriquecimiento personal.
6. Nexos de causalidad entre el engaño y el perjuicio. Deberá establecerse si el perjuicio sufrido es la materialización del riesgo creado, porque incluso puede suceder que el perjuicio no llegue a producirse⁴⁴.

⁴¹ ETCHEBERRY (1986) p. 397.

⁴² PÉREZ (1995) p. 296.

⁴³ CHOCLÁN (200) p. 161.

⁴⁴ PÉREZ (1995) p. 301.

IV.C. Momento y elementos a considerar en la evaluación de la materialización del delito

Los contenidos de la caracterización respecto de la conducta de los sujetos involucrados se valoran, como ya señalamos, *ex ante*, mientras la constatación del resultado se realiza *ex post*. La perspectiva *ex ante* se formula, según la posición mayoritaria, desde un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el cual actúa el sujeto. Este sujeto es un sujeto teórico que no existe en la realidad, por lo que ROXIN, a fin de establecer un margen sobre el cual definir a este sujeto sugiere “*generalizar hacia abajo, e individualizar hacia arriba*”⁴⁵.

Para que el engaño sea suficiente para provocar un acto de disposición por error como creación de un riesgo adecuado, son necesarios según FERNÁNDEZ DÍAZ, los siguientes elementos⁴⁶:

a) *Juicio de adecuación*. Es el engaño el que da inicio al proceso causal en la estafa, (elemento que ya analizamos anteriormente). Deben excluirse por lo tanto de la estafa todas aquellas conductas que no tengan una naturaleza defraudatoria. Para la comprobación de la idoneidad del engaño en la estafa, resulta decisivo indagar la capacidad *ex ante* del engaño para producir error en la víctima. Esta referencia al error debe considerarse directamente vinculada al acto de disposición patrimonial. Por ello afirma FERNÁNDEZ, desde una perspectiva *ex ante* la fórmula podrá entenderse como “*un engaño suficiente para producir un acto de disposición patrimonial por error*”. En este sentido el engaño debe entenderse “*como incongruencia entre la realidad y lo que expresa el autor... logrando que el engaño no dependa del estado psicológico del autor, sino de la valoración objetiva de su comportamiento*”⁴⁷.

Pero no basta con la acción y el resultado en la estafa, sino que es necesario que el engaño se conecte con el resultado a través de un acto de disposición patrimonial, además el engaño debe ser bastante como para inducir a error. Habrá que afirmar claramente la idoneidad del engaño para alcanzar la meta perseguida.⁴⁸

Habrá que analizar también si la imprudencia de la víctima en la protección de su patrimonio incide en el juicio de adecuación de la conducta

⁴⁵ CANCIO (2004) pp. 60 y 61.

⁴⁶ FERNÁNDEZ (2005) p. 186.

⁴⁷ PASTOR (2004) p. 265.

⁴⁸ PÉREZ (1995) pp. 291-294.

engañoso. La imprudencia de la víctima es un dato que los jueces deberán tener en cuenta para juzgar la idoneidad objetiva.⁴⁹ Este requerimiento vendría a resolver la queja que Etcheberry hace a una sentencia en la que *“otra vez observamos que la sentencia protege al contratante negligente y crédulo, ya que con un mínimo de atención el comprador pudo exigir un certificado de gravámenes por un lapso más prolongado que el inusitado de sólo ocho días”*⁵⁰.

b) *Formación del juicio de adecuación.* La determinación de la peligrosidad *ex ante* de una conducta respecto de la producción de un resultado dependerá en gran medida de la información que se tenga para enjuiciarla. De esto va a depender que un error sea más o menos adecuado para producir un error en otro. En este sentido resultan relevantes los conocimientos del autor sobre alguna de las características de la víctima, que le hagan vulnerable a los engaños del autor.

*“Deben tomarse como base las circunstancias conocidas o reconocibles por el hombre prudente del círculo social del autor, en base a sus conocimientos especiales”*⁵¹. Por lo tanto las características especiales de la víctima serán un dato a tener en cuenta, ya que *“tratándose de una conducta por parte de la víctima que implica la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial, no puede producirse imputación del resultado a la conducta del autor”*⁵². Estas medidas son aquellas que son de común conocimiento. Asimismo la exigencia de la puesta en escena, o mise en scène, serán otro dato a tener en cuenta, pero no son el elemento que permite determinar o no la existencia del delito de estafa.⁵³

El juicio de adecuación debe tomar en consideración todas aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por un espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (*ex ante*), además de aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos especiales.

c) *El error en que ha incurrido la víctima.* *“La conducta victimal culpable o dolosa puede incidir de forma relevante en el comportamiento criminal”*. Aquí se incorporan: La exigencia de un mínimo de cuidado de autoprotección

⁴⁹ PÉREZ (1995) p. 296.

⁵⁰ ETCHEBERRY (1986) p. 397.

⁵¹ PÉREZ (1995) pp. 292-296.

⁵² CANCIO (2004) pp. 105-108.

⁵³ PÉREZ (1995) p. 296.

por parte de la víctima; el hecho de que no se trata de cualquier víctima, sino de una persona promedio de acuerdo a las características sociales, culturales, psicológicas de esa víctima, valorada *ex ante*, antecedentes que en ningún caso deben sopesarse a la luz de la *mise en scène*. Porque obviamente no será lo mismo estafar con cheque a un empleado bancario que a un mendigo.

Por lo tanto, la víctima debe ser evaluada en forma objetiva y en función de las condiciones personales del sujeto afectado, y según las circunstancias en que se ha desarrollado el caso concreto. Una vez analizadas dichas condiciones, deberá concluirse necesariamente, que la víctima no pudo neutralizar el riesgo inicial producido por el autor.

Lo anteriormente expuesto, a mi juicio, implica una cierta subjetividad y el necesario recurso a otras ciencias, desde el derecho –tales como la psicología, la sociología– por parte de quien juzgue la situación, porque es el juez quien deberá establecer los parámetros sobre los cuales se va a determinar quien es el sujeto medio, sobre el cual se delinea el delito. Es en este punto en donde creo que la teoría de la *mise en scène* facilita la labor del juez, en cambio la imputación objetiva implica una recarga en sus funciones, dificultando su labor. Lo positivo de la teoría de la imputación objetiva es que permite decisiones más justas, por cuanto incorpora todos los elementos del tipo.

Además la imputación objetiva viene a solucionar el grave problema que planteaba ETCHEBERRY –quien es como dijimos, un gran defensor de la teoría de la *mise en scène*– cual es que elimina la excesiva protección que esta última da a las víctimas negligentes.

El beneficio que esto produce se encuadra dentro del alcance de protección de la norma, analizado anteriormente, por cuanto implica que el Estado no puede intervenir, sino sólo en los casos en que el engaño es particularmente peligroso. Son estos “*los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio*”⁵⁴, ya que es precisamente quien posee un patrimonio quien está principalmente obligado a su protección. Como contrapartida, en la *mise en scène*, basta que exista un ardid que provoque error en la víctima, para que el Estado –a través de los tribunales– acuda a proteger a la víctima, por lo que pierde preponderancia o significación el principio de subsidiariedad en el delito de estafa.

⁵⁴ CHOCLÁN (2000) p. 109.

IV.D. Principios inspiradores

- a) *Principio de fragmentariedad.* Determina que frente a un bien jurídico como el patrimonio que no ocupa un lugar nuclear en el ámbito de lo penalmente protegible, sólo se incriminan los engaños particularmente peligrosos, aquellos que supongan un alto riesgo para el patrimonio. En este sentido la teoría de la *mise en scène* resulta de gran ayuda.
- b) *Principio de subsidiariedad.* Llama a no imponer una pena cuando subsistan medios alternativos de tutela menos gravosos, incluyendo dentro de éstos los medios que tiene a disposición el individuo afectado. En este sentido las posibilidades de defensa de la víctima se convierten en un dato relevante y a veces, decisivo, en orden a valorar la peligrosidad de la conducta engañosa. BACIGALUPO y MUÑOZ CONDE, también consideran que el derecho penal debe ser la ultima ratio de la política social, mientras sea posible confiar en medios extra-penales para la protección de los bienes jurídicos en juego, reservándolo para aquellos ataques fraudulentos al patrimonio verdaderamente graves, tanto cuantitativa como cualitativamente.⁵⁵

V. TEORÍA DE LA MISE EN SCÈNE VERSUS TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA ESTAFA

El mayor aporte de la teoría de la imputación objetiva, a mi juicio, es que analiza todos los elementos de la estafa, en forma objetiva, incorporando tanto los elementos objetivos del delito, como los elementos subjetivos tanto del autor, como de la víctima, quienes en su calidad de personas siempre llevan impresa cierta subjetividad, la cual no se puede desconocer.

Además esta teoría incorpora un elemento nuevo a considerar: esta subjetividad se analiza en forma objetiva, de acuerdo a un sujeto medio, en el ámbito de acción de la víctima. Para esto debe considerarse referente necesario para la estimación de la configuración del delito, el fin protector de la norma de la estafa, que es en definitiva aquella razón por la que se estipuló el delito en el Código Penal: la protección de un bien jurídico determinado, cual es el patrimonio de la víctima. Por lo tanto no cualquier puesta en escena, como podría ser una exagerada publicidad de un producto, va a ser suficiente para la configuración del delito de estafa.

⁵⁵ BACIGALUPO (1994) p. 190, MUÑOZ (2002) p. 413.

Engaño bastante que produce error en la víctima. De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, es necesario que exista un engaño que sea bastante o suficiente como para producir un error en la víctima de estafa, sin que sea necesaria una puesta en escena aparatosa. Lo relevante en la teoría de la imputación objetiva es que el engaño “conlleve el riesgo de lesión del patrimonio individual del tercero”⁵⁶ y no la puesta en escena o ardid ya que ésta no necesariamente implica lesión patrimonial.

Para evaluar el error en que ha incurrido la víctima, la imputación objetiva exige analizar los conocimientos especiales que de ella tenía el autor, elemento que no se exige en la teoría de la *mise en scène*.

Por otra parte, la imputación objetiva presupone que la disposición patrimonial que efectuó la víctima sea consecuencia del engaño urdido por el autor. En la *mise en scène*, en cambio, basta que se halla producido un engaño sin analizar si éste fue o no eficaz para producir el resultado, puesto que en ella la sola existencia de un ardid es suficiente para que se considere eficaz y causa del engaño.

Todos éstos aspectos son sin duda relevantes para la delimitación del delito de estafa, puesto que la exigencia de una puesta en escena no siempre permite resolver adecuadamente en conformidad con la tipicidad de éste delito, porque a veces la confianza entre dos personas, o la postura social de una frente a otra (padre-hijos, jefe-subalterno, etc.) puede implicar que una simple mentira sea suficiente como para configurar el delito de estafa. En ciertas circunstancias, esa teoría resultará muy extensiva y en otras muy restrictiva, porque puede ocurrir que se realice una gran puesta en escena, que resulte tan burda que ni siquiera el más ingenuo de los hombres crea en ella. No obstante lo anterior, la maquinación o ardid será un elemento a tener en cuenta al momento de evaluar la intención del autor y configurar el delito.

CONCLUSIONES

1. El delito de estafa comprendido en los artículos 467 y siguientes del Código penal no se encuentra suficientemente delimitado, siendo su descripción casuística.
2. La jurisprudencia ha optado por exigir la concurrencia del engaño para resolver la configuración del tipo penal de la estafa, cuando ha habido

⁵⁶ CHOCLÁN (2000) p. 99.

una *mise en scène* o ardid por parte del autor, no siendo suficiente que el error en la víctima se haya producido mediante una mentira o engaño.

3. La teoría de la *mise en scène* implica exigencias muy altas para la víctima de la estafa, y deja fuera las mentiras que en muchos casos pueden ser más efectivas que una puesta en escena para engañar. De todos modos el ardid es un elemento a considerar en delito de estafa. En todo caso es necesario que además de la mentira, concurren los demás elementos de la estafa.
4. Actualmente cierto autor ha propuesto resolver el problema que suscita el engaño en el delito de estafa, mediante la teoría de la imputación objetiva. Esta doctrina resuelve los casos en que no ha habido ardid, pero el engaño ha sido suficientemente idóneo como para producir error en la víctima, pudiendo ser bastante para ello, el empleo por parte del autor, de una mentira. Resuelve asimismo el problema planteado por Etcheberry, cual es, que no se exige habitualmente ni siquiera la precaución más mínima a la víctima.
5. Lo más destacable de la teoría de la imputación objetiva es, a mi juicio, que el juez deberá tener en consideración para resolver, tanto las circunstancias especiales del autor, como las de la víctima, en conjunto con los demás elementos del tipo de la estafa, no bastando para su configuración un ardid, hecho que en muchos casos ha conducido a resolver injustamente. De este modo, se delimita el tipo del delito de estafa de acuerdo con el fin protector de la norma, contribuyendo así a lograr una mínima intervención del Estado en este tipo de delito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANTÓN ONECA, José (1958): "Estafa", *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Editorial Francisco Seix S.A.) Tomo IX.
- BACIGALUPO, Enrique (1994): *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal* (Madrid, Akal/iure) 526 pp.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2004): *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva* (1ª reimpresión, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo) 211 pp.
- CARRARA, Francesco (1980): *Programa de Derecho Criminal. Parte especial* (Traducc. José J. Ortega Torres, Bogotá, Editorial Temis) 549 pp.

CHOCLÁN, José Antonio (2000): *El Delito de Estafa* (Barcelona, Editorial Bosch) 397 pp.

ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *IV Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 490 pp.

_____ (1987): *IV El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1967-1982* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 726 pp.

_____ (1966) *IV El Derecho Penal en la jurisprudencia* (Concepción, Samuel Muñoz Vera Editor) 315 pp.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro (2005): “Engaño y víctima en la estafa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Número XXVI, Tomo I): pp. 181-193.

GARRIDO MONTT, Mario (2000): *IV Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 447 pp.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2003): “Aproximación a la problemática de la estafa”, AA.VV., *Problemas actuales de Derecho Penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco) pp. 147-190.

MERA FIGUEROA, Jorge (1994): *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta* (Santiago, Editorial jurídica Conosur) 299 pp.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2002): *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch) 1038 pp.

PASTOR MUÑOZ, Nuria (2004): *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.) 315 pp.

PÉREZ MANZANO, Mercedes (1995): “Acercas de la imputación objetiva de la estafa”, ARROYO ZAPATERO, Luis, et al, *Hacia un derecho Penal Económico Europeo* (Madrid, Universidad Autónoma de Madrid) pp. 285-309.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal Supremo de España 1101 (1981) en: *Repertorio de Jurisprudencia*, Tomo XIX.

Sentencia del Tribunal Supremo de España 2263 (1981) en: *Repertorio de Jurisprudencia*, Tomo XIX.

Leikin con Mena (1998): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 junio 1998, rol n° 48036-97, *Legal Publishing Chile* 20622.

Onell con Vásquez (2005): Corte Suprema, 6 junio 2005, rol n° 253-2003, *Legal Publishing Chile* 32180.

Ministerio Público con Acuña Quiroz (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 marzo 2007, rol n° 248-2007, *Legal Publishing Chile* 36264.

Vargas y Caroca con Serviu Décima Región (2007): Corte de Apelaciones de Valdivia, 30 julio 2007, rol n° 85-2007, *Legal Publishing Chile* 36868.

