

ENGAÑO Y VÍCTIMA EN LA ESTAFA*

ÁLVARO FERNÁNDEZ DÍAZ**
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

La particular configuración típica del delito de estafa, donde la víctima del engaño coopera en la producción del perjuicio, obliga al intérprete a preguntarse en qué medida dicho comportamiento puede afectar la imputación del resultado a la conducta del autor. En los últimos años, especialmente en la doctrina y jurisprudencia comparada, la conducta negligente de la víctima y sus consecuencias para la configuración del engaño, ha centrado gran parte del debate académico sobre este delito. El alcance de esta discusión y la proyección que puede tener para la resolución de diversos casos en nuestro país, constituye el contenido de esta presentación.

PALABRAS CLAVE: Engaño – Víctima – Estafa.

ABSTRACT

The particular, typical figure of swindle, where the victim of the deception cooperates in the cause of the harm, forces the interpreter to wonder to what extent such a conduct can affect the results from the imputation on the perpetrator's conduct. In the last few years, most of the academic debate, particularly in the comparative doctrine and jurisprudence, has been centered on this offense, on the victim's negligent conduct, and on its consequences for the constitution of the deception. Both the scope of this discussion and the projection it may have for the resolution of various cases in Chile make up the content of this presentation.

KEY WORDS: Deception – Victim – Swindle.

* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

** Catedrático de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección Postal: Alameda 340. Tercer Piso. Santiago. Correo Electrónico: afernandez@mercurio.cl

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal chileno que data de 1874 regula en su Libro II, Título IX (*"Crímenes y simples delitos contra la propiedad"*), párrafo 8, lo que denomina en su epígrafe *"Estafas y otros engaños"*. En esta materia (artículos 467 a 473) nuestro código reproduce casi textualmente el Código Penal español de 1848¹ y, por tanto, mantiene las deficiencias que contenía esa regulación española, lo que ha dificultado las interpretaciones que pudieran hacerse de sus normas. Desde 1874 hasta la fecha, la regulación de la estafa no ha sufrido modificaciones sustanciales² y, por tanto, se mantiene hasta hoy inalterada la estructura del Código penal español antes referido.

En efecto, el Código chileno carece de un concepto general de estafa que dé cuenta de los requisitos típicos que le son propios a esta figura delictiva. En cambio, establece un sistema exageradamente casuístico, acompañado de una figura residual que ofrece problemas de interpretación casi insolubles, todo lo cual da cuenta de la confusión del legislador en orden a entender las notas características de la estafa. Como si ello fuera poco, el legislador mecaniza en exceso la penalidad proporcionándola a la cuantía de la defraudación y coloca en el mismo párrafo de las estafas a figuras delictivas que nada tienen que ver con ésta: la destrucción de cosa embargada (artículo 469 N° 6)³ y de documentos (artículo 470 N° 5), la apropiación indebida (artículo 470 N° 1)⁴, el abuso de firma en blanco (470 N° 3), el hurto de posesión (artículo 471 N° 1) y la usura (artículo 472)⁵.

¹ A este respecto vid. RIVACOBBA, Manuel de, *Evolución histórica del derecho penal chileno* (Valparaíso, 1991), pp. 48 - 49, que señala que los comisionados que elaboraron el código chileno trabajaron con el Código Penal español de 1850, pero teniendo a la vista y tomando en consideración la redacción original de 1848; y además sostiene que tampoco desconocían los comisionados el Código español en su reforma de 1870. Cabe en todo caso consignar, que las reformas penales españolas de 1850 y 1870 no introdujeron modificaciones sustanciales en la regulación del párrafo dedicado a las estafas. En efecto, la reforma penal española de 1850 sólo incorporó dos modificaciones. Agravó la pena del tipo residual de estafa y, además, suprimió la falta de estafa cuando la defraudación no excedía de cinco duros, absorbiéndola en el delito. Por su parte la reforma penal española de 1870 únicamente cambió el orden de algunas disposiciones ubicadas dentro del párrafo destinado a las *"Estafas y otros engaños"* y pasó a medir la cuantía de la defraudación en "pesetas" en lugar de "duros".

² Los únicos cambios introducidos en el párrafo *"Estafas y otros engaños"* con posterioridad a su aprobación, se refieren al monto de la cuantía de la defraudación, regulándola en unidades tributarias mensuales (UTM); el agregar los números 8 (DL . N° 3.443 del 2 de julio de 1980) y 9 (Ley N° 19.932 del 3 de febrero de 2004) al artículo 470 del Código Penal como nuevas formas de estafas especiales; derogar el número 3 del artículo 471 (DL N° 345 del 5 de mayo de 1925) que sancionaba la defraudación en la propiedad literaria o industrial; y modificar la regulación del delito de usura consagrado en el artículo 472 del Código Penal.

³ Esta figura no estaba contemplada en el Código español, y fue agregada por la Comisión Redactora, sin mayores explicaciones al respecto.

⁴ En España esta figura permaneció en el párrafo de las estafas hasta la reforma penal de 1944, que la trasladó a otra ubicación más apropiada.

⁵ Esta figura tampoco estaba contemplada en el Código español y fue agregada por la Comisión Redactora, aunque después ha sufrido modificaciones.

La figura básica de la estafa la constituye el artículo 468 del Código Penal que sanciona al “que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”⁶. Esta disposición debe entenderse en relación con el artículo 473 del Código Penal que establece una figura residual que sanciona al “que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo”. Del análisis literal de estos conceptos no se desprenden los requisitos que constituyen el núcleo de la estafa. De su simple lectura sólo se puede extraer la exigencia de un engaño y de un perjuicio, pero nada se dice sobre el elemento error y el acto de disposición patrimonial que realiza la víctima, y que es quizás la nota más característica de la estafa y que permite diferenciarla de otras figuras delictivas.

Además el código regula una serie de supuestos de estafas especiales: artículos 467, 469 N° 1 y 469 N° 2 que sancionan las entregas fraudulentas; artículo 469 N° 5 que sanciona las defraudaciones con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos; 470 N° 4 que sanciona la suscripción engañosa de documento; artículo 470 N° 6 que sanciona la celebración fraudulenta de contratos aleatorios; artículo 470 N° 7 que sanciona los fraudes en el juego; artículo 470 N° 8 que sanciona a los que obtuvieren prestaciones improcedentes; artículo 470 N° 9 que sanciona al fraude en la suscripción de un contrato de promesa de compraventa de inmueble. Por su parte el artículo 494 N° 19 sanciona un supuesto de falta de estafa cuando la defraudación no excede de una unidad tributaria mensual.

Se incluyen también en el párrafo otras figuras que manteniendo similitudes con las estafa parecen responder a una estructura distinta, donde al igual que en la apropiación indebida y el abuso de firma en blanco, lo esencial es el abuso de confianza: artículos 469 N° 3, 469 N° 4 y 470 N° 2 que sancionan supuestos de administración fraudulenta. Por último, el artículo 471 N° 2 que sanciona al que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado, es un supuesto que está más próximo a la falsedad que la estafa y parece no requerir ni el error ni el acto de disposición del sujeto pasivo.

Los problemas de interpretación que genera una regulación como la expuesta son evidentes. Frente a cualquier supuesto de hecho habrá que determinar, sin que se ofrezcan parámetros claros al respecto, si estamos en presencia de uno de los “engaños semejantes” (artículo 468), de uno de los numerosos engaños especialmente sancionados en el párrafo o de uno de los engaños “que no se halle expresado en los artículos anteriores” (artículo 473). Además, como en el párrafo se incluyen figuras que presentan una estructura típica diversa de la estafa, habrá que determinar previamente si los requisitos propios de este delito le son o no aplicables, circunstancia que genera también un margen de incertidumbre apreciable.

⁶ Si bien esta figura está tomada de forma textual del Código Penal español de 1848, es indudable que su redacción se vio influenciada por el artículo 405 del Código Penal francés de 1810.

A la deficiente regulación de la estafa en nuestro ordenamiento, cabe agregar los problemas propios de interpretación, tanto en el derecho nacional como comparado, que genera esta figura delictiva. En efecto, la compleja configuración típica de la estafa, donde es la víctima la que se provoca un perjuicio producto de un engaño, exige que muchas de las nuevas instituciones dogmáticas de la Parte General del Derecho Penal tengan que sufrir una adaptación antes de poder ser aplicadas en este delito. La idea de que gran parte de la dogmática de la Parte General ha sido creada y desarrollada siguiendo el modelo de los delitos violentos queda patente al estudiar esta figura. Un buen ejemplo de ello lo constituyen los problemas que generan en la estafa los criterios de causalidad e imputación objetiva. La cooperación de la víctima del engaño en la producción del perjuicio obliga al intérprete a preguntarse en qué medida dicho comportamiento puede afectar la imputación del resultado a la conducta del autor.

II. DELIMITACIÓN DEL ENGAÑO SOBRE LA BASE DE CRITERIOS NORMATIVOS

1. *Planteamiento del problema.*

La opinión ampliamente dominante de nuestra doctrina y jurisprudencia exige una cierta idoneidad de la conducta engañosa para que ella sea típicamente relevante. En otras palabras, no todo engaño que produzca un acto de disposición por error sería punible. Nuestra doctrina y jurisprudencia, fuertemente influenciada en esta materia por Carrara⁷ (que se inspiró en la jurisprudencia francesa) consideran que el engaño típico no puede consistir en una simple mentira, sino que en una mentira inserta en un despliegue engañoso externo (esto regiría tanto para los artículos 468 y 473 del Código Penal, disposiciones que se distinguirían entre sí sólo por la gravedad de la preparación de escena desplegada, aunque esto último con matices en la doctrina). Es lo que se conoce como la teoría de la *mise en scène*. Incluso Jorge MERA, que en esta materia adopta una postura minoritaria cuando sostiene que la mentira puede ser constitutiva de engaño, acoge el criterio de la *mise en scène* para la aplicación de la figura fundamental de estafa del artículo 468 del Código Penal⁸.

Ilustrativa de esta postura es la sentencia de la Corte Suprema de 17 de junio de 1999 (Número Identificador LexisNexis: 16054) que en su considerando 3° dispone: "Que, a su vez, hay también acuerdo en que el engaño requiere más que una simple afirmación mendaz. Se precisa, en efecto, que el autor altere la situación objetiva, con el propósito de conferir a su mentira una apariencia de verosimilitud; que se sirva de lo que Carrara, con su habitual precisión designa como artificio [...], esto es, de un hecho externo al cual el maestro de Pisa quizá exagerando un poco, aunque recogió la idea de una sentencia de la corte de

⁷ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial* (Traducción J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, 1980), IV, pp. 426 ss.

⁸ MERA FIGUEROA, *Fraude penal y fraude civil. El delito de entrega fraudulenta* (Santiago, 1994), pp. 258 -259.

casación francesa— compara con una *mise en scène*, un aparato o puesta en escena que, como tal, altera la realidad y la falsea [...] . Sólo así se justifica que en estos casos la ley recurra a la sanción penal, pues únicamente el engaño entendido de esta forma es capaz de inducir a error a la gran mayoría de los participantes en el tráfico jurídico (y no sólo a los crédulos e imprudentes), creando de este modo un peligro generalizado para el patrimonio de las personas”.

Cuesta explicarse la fuerza que mantiene en nuestro derecho una teoría como la *mise en scène*, que ha sido superada en el derecho comparado hace ya varias décadas. Es interesante analizar al respecto la doctrina y jurisprudencia española anterior a 1983 —fecha en que se produce una reforma que modifica la regulación de la estafa que, como vimos, hasta ese entonces era casi idéntica a la nuestra—, que si bien en su abrumadora mayoría era partidaria de establecer criterios restrictivos en el engaño, no recurría en forma mayoritaria a esta teoría. Así por ejemplo, ver Anton Oneca⁹, Rodríguez Devesa¹⁰, Muñoz Conde¹¹ que optaban por el criterio de la causalidad adecuada y Quintano Ripolles¹² por el criterio de la “normalidad relativa”. Ocurre que la *mise en scène* no ofrece un parámetro correcto para la delimitación de los engaños típicos. 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. Por ello, este criterio puede ser en algunas ocasiones demasiado amplio y en otras demasiado estrecho. En efecto, es demasiado amplio pues no todo comportamiento engañoso que suponga una preparación de escena debe ser típicamente relevante. Piénsese, por ejemplo, en supuestos de engaños burdos, como quien solicita un crédito a un banco ofreciendo como garantía un inmueble del cual en realidad no es dueño, y que para darle verosimilitud acompaña una fotografía en la que aparece él sonriente en la puerta de entrada de la propiedad. Por otra parte, es demasiado estrecho, pues la simple mentira puede tener en determinadas circunstancias una entidad tal como para considerarse típicamente relevante. Así por ejemplo, la mentira que pueda desplegar una persona constituida en dignidad, o de reconocida experiencia en la materia o con respecto de la cual la víctima tenga estrechos lazos de confianza o amistad, puede perfectamente generar un peligro penalmente relevante.

Como si esto fuera poco, el antecedente francés de la teoría de la *mise en scène* tampoco tiene sustento. Como ha puesto de relieve el profesor Hernández Basualto¹³, la *mise en scène* es sólo una de las muchas formas de engaño típico

⁹ ANTON ONECA, voz *Estafa*, en Nueva Enciclopedia Jurídica (Barcelona, 1958), IX, pp. 61-63.

¹⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte Especial*^R (Madrid, 1980), p. 506.

¹¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial* (4ª edición, Sevilla, 1982), p. 245.

¹² QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (puesto al día por C. García Valdés, 2ª edición, Jaén, 1977), II, p. 595.

¹³ HERNÁNDEZ BASUALTO, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en: AA. VV., *Problemas actuales de derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003), pp. 147 ss.

que conoce el derecho francés, de suerte que las otras formas de engaño admitirían la mera aseveración mendaz.

Ahora bien, la superación de la teoría de la *mise en scène* no significa rechazar la exigencia de una determinada idoneidad de la conducta engañosa. Muchos esfuerzos ha realizado la doctrina comparada en los últimos años en orden a una normativización de esta figura, que por el tiempo disponible no puedo analizar aquí. Sin embargo, a mi juicio, la utilización de los criterios que ofrece la imputación objetiva permite resolver los problemas que genera la delimitación de los elementos típicos en la estafa. A continuación centraré mi análisis sólo en un aspecto de la imputación objetiva, el que considero que es el que mejor contribuye a delimitar la exigencia de un engaño típicamente relevante: “la creación de un peligro adecuado para la causación del resultado”¹⁴ (es lo que Roxin, en su Parte General denomina la exclusión de la imputación si falta la creación del peligro relevante¹⁵). Un análisis similar lo sustenta, entre muchos otros, Pérez Manzano¹⁶ en España (también la jurisprudencia española cuando habla de la exigencia de un módulo objetivo y subjetivo) y en cierta forma Naucke¹⁷ en Alemania.

2. Engaño suficiente para provocar un acto de disposición por error como creación de un riesgo adecuado.

a) Juicio de adecuación. El delito de estafa precisa de una determinada forma de conducta que dé inicio al proceso causal: el engaño, que según la definición de la Real Academia Española designa la “falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”, y en el lenguaje común indica “la acción y efecto de hacer creer a alguien con palabras o de cualquier modo, algo que no es verdad”. Por ello, de entrada deben excluirse de la estafa todas aquellas conductas que no tengan una naturaleza defraudatoria, como las que suponen el uso de la fuerza o de las amenazas.

Para la comprobación de la idoneidad del engaño resulta decisivo, en virtud de la especial configuración típica de la estafa, indagar la capacidad *ex ante* del engaño para producir un error en la víctima. De esta forma el error ejercerá un papel eminentemente limitador de las conductas típicamente relevantes¹⁸. Naturalmente debe considerarse esta referencia al error directamente vinculada al acto de disposición patrimonial. Por ello, desde una perspectiva *ex ante* la fór-

¹⁴ Por todos, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado* (Madrid, 1992), pp. 61 ss.

¹⁵ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* (Traducción y notas D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal), (Madrid, 1997), I, pp. 366 y 367.

¹⁶ PÉREZ MANZANO, *Acerca de la imputación objetiva en la estafa*, en *Hacia un Derecho Penal europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann* (Madrid, 1995), pp. 285 ss.

¹⁷ NAUCKE, *Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik. Festschrift für Karl Peters zum 70 Geburtstag* (Tübingen, 1974), pp. 109 - 120.

¹⁸ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, ADPCP, pp. 338 y ss.

mula podría entenderse quizá mejor de la siguiente manera: “engaño suficiente para producir un acto de disposición patrimonial por error”.

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. En efecto, según el conocimiento ontológico sea más o menos amplio, un engaño parecerá más o menos adecuado para producir un error en otro. Así por ejemplo, utilizando únicamente el conocimiento general de un hombre medio, habría que negar la peligrosidad típicamente relevante de la conducta consistente en “vender a los viajeros que se dirigen al puerto brazaletes imitando oro, en cuyo extremo se lee 18 k.” al precio de 700 pesetas, y relojes en cuyas esferas se hallan reproducidas las marcas y signos de los auténticos Omega y Rolex [...] al precio de mil 200 pesetas cada uno”¹⁹. En cambio, esta situación puede variar ostensiblemente si en el juicio de adecuación se incorporan los conocimientos especiales del autor sobre alguna de las características de la víctima que la hagan particularmente vulnerable a los engaños ajenos, como puede ser su avanzada edad y disminuida capacidad intelectual.

Siguiendo la fórmula tradicional, 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. De esta forma, el juicio razonable del espectador objetivo no está desvinculado de la realidad en que se produce. Por una parte, asume como punto de referencia el significado y credibilidad que a la conducta engañosa se le adjudica en el ambiente social o profesional en que se desarrolla²⁰. Y, por otro lado, obliga a considerar todas aquellas circunstancias del caso concreto, conocidas o reconocibles por el autor, que hagan a la víctima especialmente vulnerable a los engaños de éste, como puede ser: la situación de confianza necesitada en que se encuentra la víctima²¹, la relación de confianza existente entre ambos, o ciertas características de la víctima relacionadas con su edad, capacidad intelectual, personalidad, etcétera. De cualquier modo, la víctima ha de tener siempre una capacidad mínima reconocida, pues de lo contrario habrá hurto y no estafa²².

¹⁹ Ejemplo tomado de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 19 de enero de 1976.

²⁰ Así por ejemplo, será distinta la valoración penal de un engaño que se produce en el seno de unos negocios especulativos con una entidad financiera, de aquel que tiene lugar en una transacción comercial de carácter familiar. Cfr. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* (Milano, 1955), p. 237.

²¹ Cfr. ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung* (Berlin, 1986), pp. 275 - 277.

²² En relación con el establecimiento de esta capacidad necesaria, señala ANTÓN ONECA, voz *Estafa*, cit., p. 65, que no se debe trasplantar al campo del derecho penal la capacidad del derecho civil, sino que “el requisito de la capacidad deberá determinarse en vista de las exigencias de esta figura de delito y, conforme a ellas lo decisivo será si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto el grado de madurez y sanidad mental necesarios para conocer de los hechos brindados a su conocimiento, y tomar resoluciones de acuerdo con este conocimiento”.

Por ello, el juicio de adecuación no difiere, como recién mencioné, del criterio utilizado por la jurisprudencia española cuando hace referencia a los módulos objetivos y subjetivos. Así por ejemplo, en numerosas sentencias el TS español ha afirmado la idoneidad del engaño sobre la base de las características especiales de la víctima: “credibilidad de una ciega de avanzada edad” (STS 28 de marzo 1963); “sentimientos caritativos de un anciano” (STS 21 de mayo 1964); “confianza y amistad existente entre la víctima y los inculpados” (STS 29 de marzo 1990); “súbdito extranjero residente en país lejano geográfica, cultural y jurídicamente, desconocedor del idioma” (STS 10 de julio 1991); “anciana débil mental” (STS 4 de abril 1992). En nuestra jurisprudencia se puede analizar por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 16 de diciembre de 1997²³ que configuró el engaño sobre la base del aprovechamiento “de las deterioradas condiciones físicas e intelectuales de un anciano de 96 años”.

Con todo, es importante destacar que las características especiales de la víctima y las demás circunstancias del caso concreto, sólo serán un antecedente a tomar en cuenta según el conocimiento que de ellas tuviera o hubiera debido tener el autor al momento del hecho. Y es precisamente esto, lo que no queda del todo claro en algunas aportaciones doctrinales, donde muchas veces parece que las características especiales de la víctima se consideran con independencia del conocimiento que de ellas tenga o pudiera tener el autor²⁴.

c) Grado de tendencia. La experiencia victimológica muestra que los engaños más burdos, los que pueden fácilmente descubrirse, determinan muchas veces un acto de disposición patrimonial por error. Sin embargo, el que según esta experiencia resulte pensable que cualquier engaño pueda producir un error en otro, no es un argumento que lleve a negar la eficacia restrictiva de exigir una cierta idoneidad de la conducta engañosa²⁵.

En el juicio de adecuación lo decisivo será determinar, teniendo como base el conocimiento ontológico a que hacíamos referencia en el número anterior, si el engaño aumenta o no las posibilidades de producir un error en otro de un modo jurídicamente relevante. Por ello, la experiencia de la vida no ha de constituir el criterio nuclear determinante, sino tan sólo un punto de referencia para establecer si concurre el grado de tendencia necesario que permita considerar un engaño adecuado a efectos de la imputación objetiva²⁶. De esta forma, para fijar la frontera entre la peligrosidad de una conducta engañosa que por su insignificancia es irrelevante para la estafa y aquella que posee una peligrosidad suficiente para afirmar su adecuación, se debe adoptar una decisión eminentemente normativa, la cual tiene que estar en todo caso orientada a los fines político-criminales que fundamentan la intervención penal.

²³ Libro de Registro de Sentencias de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 16 de diciembre de 1997.

²⁴ En el mismo sentido, *Acerca de la imputación objetiva en la estafa*, cit., p. 295.

²⁵ Una opinión contraria puede encontrarse, entre otros, en HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten* (Göttingen, 1981), pp. 87 - 88.

²⁶ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., pp. 105 - 106.

En esta decisión, a mi juicio, debe considerarse de una manera especial el principio de intervención mínima en su doble manifestación: principio de fragmentariedad y subsidiariedad. En el delito de estafa, el 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 (posee un carácter eminentemente económico), sólo se incriminen los engaños particularmente peligrosos, aquellos que supongan un alto riesgo para el patrimonio. Así, en la estafa, la propia naturaleza de su bien jurídico protegido exige, para afirmar la idoneidad *ex ante* de la conducta típica, un mayor grado de peligrosidad o tendencia en la producción del resultado que la requerida en otros delitos que presentan un bien jurídico de mayor relevancia penal, como pueden ser los casos del homicidio o de las lesiones²⁷.

Por otro lado, en la determinación del grado de tendencia necesario, se debe considerar también, entre otros factores, el principio de subsidiariedad, que en la estafa, dado su carácter de delito de relación, 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. De esta forma, desde una perspectiva *ex ante* resultan aplicables las aportaciones de la victimodogmática, convirtiéndose las posibilidades de defensa de la víctima en un dato relevante y a veces decisivo, en orden a valorar la peligrosidad de la conducta engañosa²⁸.

A este respecto, cabe destacar, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 24 de marzo de 1999 (Número Identificador LexisNexis: 21552), que rechaza la configuración del engaño en la estafa sobre la base del carácter de última ratio del derecho penal “en el sentido que el recurso penal debe ser el último del control social estatal y utilizarse únicamente cuando los demás medios jurídicos se revelan como ineficientes frente a determinadas agresiones a los bienes jurídicos protegidos”.

En todo caso, el juicio de adecuación no puede dotar al principio de intervención mínima (en sus dos manifestaciones: fragmentariedad y subsidiariedad), de una validez general y absoluta, sino que debe considerarse siempre en relación con las demás circunstancias que justifican la intervención penal. En este juicio subyacen, en último término, tres lógicas enfrentadas, tres principios antagónicos en permanente estado de conflicto: el principio de intervención mínima, de justicia y de prevención, de cuya síntesis dependerá, en definitiva, la

²⁷ Cfr. PÉREZ MANZANO, *Acerca de la imputación objetiva en la estafa*, cit., p. 303.

²⁸ En sentido similar se manifiesta PÉREZ MANZANO, *Acerca de la imputación objetiva en la estafa*, cit., p. 296, cuando señala: “En nuestra opinión la negligencia de la víctima puede ser un dato más para enjuiciar la idoneidad objetiva del engaño, pues en el enjuiciamiento de la adecuación de la conducta engañosa para inducir a error tenemos que tomar como módulo de referencia las características de la diligencia media en el círculo de la víctima y el conocimiento que de ello tiene o hubiera debido tener el autor. Si llegáramos al convencimiento que el engaño desplegado sólo conseguiría que una víctima especialmente negligente realizase el acto de disposición y ello no es conocido ni reconocible por el autor, tendríamos que negar la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta engañosa para inducir a error”.

decisión de si un engaño es o no adecuado para producir error en otro²⁹.

3. Ejemplos de aplicación de los criterios anteriores

a) Juicios de valor. Tradicionalmente ha discutido la ciencia penal si los juicios de valor pueden o no considerarse como una forma de engaño. A diferencia del párrafo 263 del StGB³⁰, no existe ningún dato en nuestra regulación de la estafa (lo mismo ocurre en España e Italia, por ejemplo) que nos lleve a sospechar que el legislador pretendió excluir del ámbito de la prohibición los engaños consistentes en valoraciones. Por lo demás, hay que tener presente que en el derecho alemán, para la mayoría de su doctrina y jurisprudencia, la exigencia legal de que los engaños típicos sólo pueden recaer sobre hechos, constituye la única restricción típica relevante de la conducta engañosa en el delito de estafa, circunstancia que marca una importante diferencia con el criterio utilizado en nuestro derecho.

Cabe resaltar, en todo caso, la dificultad práctica de la distinción entre hechos y opiniones. Bajo Fernández lo grafica con el siguiente ejemplo: si un anunciante dice “éste es el mejor coche del mercado”, es difícil saber si es pura opinión, o presupone la realidad de unos hechos, tales como alcanzar la mayor velocidad de entre todos los que compiten en el mercado y tener las mejores prestaciones³¹.

De cualquier forma, es indudable que los juicios de valor que no se corresponden con lo que en realidad el sujeto sustenta, en determinados casos, pueden tener una fuerza tal como para inducir a otro a realizar un acto de disposición patrimonial por error y, por tanto, pueden ser considerados idóneos para engañar. En definitiva, todo se traduce a un problema de adecuación, donde lo decisivo será determinar si dicho juicio de valor, desde una perspectiva *ex ante*, crea o no un riesgo penalmente relevante de producir un error en otro.

Naturalmente, en la mayoría de los casos, los juicios de valor carecerán de la idoneidad suficiente requerida por el tipo de estafa, pues como señala bien Anton Oneca: “de ordinario el juicio de valor es tomado como opinión personal que puede influir sobre la ajena, pero sin fuerza decisoria, ya que en la experiencia de la vida el hombre aprende a guiarse por los pareceres propios, reduciendo los extraños al papel de informaciones o consejos sujetos a revisión”³². Sin embargo, habrá ocasiones en que un juicio de valor hecho en forma mendaz cree un grado

²⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Barcelona, 1992), pp. 278 y ss.

³⁰ Dicha disposición exige que la estafa se cometa “[...] bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos”, circunstancia que restringe los engaños típicos únicamente a los que recaen sobre hechos. La doctrina y jurisprudencia alemana acostumbra a dividir los hechos entre “hechos externos” (*äusseren Tatsachen*) por ejemplo, la calidad del producto, solvencia de una persona, y los “hechos internos” (*innere Tatsachen*) por ejemplo, la disposición de una persona para pagar un crédito, distinguiendo así a estos últimos de los juicios de valor.

³¹ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Madrid 1987), II, p. 171.

³² ANTON ONECA, voz *Estafa*, cit., p. 64.

de peligro suficiente como para constituir un engaño típicamente relevante, como ocurre, por ejemplo, “en el caso del reputado experto que declara falsamente el mérito de una obra de arte para que el marchante la venda a un precio notoriamente exagerado”³³, o “el juicio de valor falso, emitido por un abogado o notario, ante una persona de poca o nula formación, con el fin de que acceda a un acto de disposición patrimonial, ocultando en ese juicio de valor una asechanza *ab initio* sobre el patrimonio ajeno”³⁴.

Por ello, no comparto lo que sostiene Pastor Muñoz en un reciente trabajo en España, cuando sostiene que “los juicios de valor en sentido estricto no constituyen informaciones relevantes para el modelo de decisión vigente en el mercado porque son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos o falsos, así que carece de sentido plantearse la posibilidad de una inveracidad sobre los mismos”³⁵. Naturalmente el contenido de una opinión no puede ser ni falsa ni verdadera como bien señala dicha autora, pero lo relevante no es eso, sino el analizar si dar un juicio de valor en el que no se cree para producir un acto de disposición patrimonial por error en otro, puede ser considerado como una forma de engañar. A mi juicio, en determinados casos ello es posible y no cabe establecer otras limitaciones a este engaño distintas de la necesaria peligrosidad *ex ante* de la conducta.

De cualquier modo, aún tratándose de juicios de valor adecuados para producir un error en otro, en la práctica resultará problemático demostrar que una persona engaña al expresarlos, pues los juicios de valor suelen estar fundados en elementos subjetivos difícilmente contrastables. Sin embargo, este inevitable problema probatorio, en nada debe afectar el principio de que determinados juicios de valor pueden constituir un engaño típicamente relevante en el delito de estafa.

b) Negligencia de la víctima en la averiguación de información relevante disponible. El juicio de adecuación puede llevar al juzgador a negar la peligrosidad *ex ante* de la conducta engañosa, en las situaciones en que la víctima esté en condiciones de acceder, realizando un esfuerzo razonable según la clase de relación de que se trate, a fuentes de información que le permitan darse cuenta del engaño. Por ejemplo, acudir al Conservador de Bienes Raíces para comprobar quién es el titular de un inmueble. Ocurre que en estos casos la conducta aparecerá habitualmente desde una perspectiva *ex ante* como menos peligrosa. De cualquier forma, ello debe ser sólo un factor más para analizar la peligrosidad de

³³ Ejemplo tomado de ANTÓN ONECA, voz *Estafa*, cit., p. 64.

³⁴ Ejemplo tomado de GÓMEZ BENÍTEZ, *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, cit., p. 343. Estos supuestos podrían incluso ser objeto de agravación en España de conformidad con el artículo 250 N° 7, pues se estaría aprovechando de la “*credibilidad empresarial o profesional*”.

³⁵ PASTOR MUÑOZ, *Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa* en El funcionalismo en el derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther JAKOBS (Colombia, 2003), p. 461. Vid. más antecedentes sobre su concepción del engaño en su completa monografía “*La determinación del engaño típico en el delito de estafa*” (Barcelona, 2004).

la conducta del autor, y no debe entenderse en términos estrictos y formales, como un traspaso ineludible de responsabilidad a las víctimas que llevaría a negar siempre el engaño (que es a lo que apunta el trabajo de Pastor Muñoz). Hay que analizar la situación caso a caso, ya que por ejemplo, una larga relación comercial o de amistad entre las partes, puede perfectamente hacer que la víctima del engaño considere innecesario hacer cualquiera averiguación, aunque estuviere a su alcance, y no cabría por ello negar necesariamente la peligrosidad *ex ante* de una conducta engañosa.

En esta materia cabe destacar que la utilización del criterio de adecuación en orden a restringir los engaños típicamente relevantes, tiene un importante ámbito de aplicación en los denominados supuestos de “estafa de crédito”, esto es, aquellos casos en los que para obtener o ampliar un crédito de una entidad financiera, se presentan datos falsos sobre la situación económica, que, de ser conocidos, conducirían a su denegación. En estos supuestos, el juicio de adecuación debe tener presente, que nos encontramos ante una víctima muy especial, profesionales del crédito, por lo que los niveles conforme a los cuales ha de medirse si el engaño es idóneo para producir un acto de disposición patrimonial por error, serán mayores. A este respecto, en reiteradas ocasiones el TS español, aunque también hay fallos contradictorios, ha relativizado sustancialmente la protección penal de las instituciones bancarias, señalando que no constituye engaño típicamente relevante, a efectos del delito de estafa, las simples manifestaciones inveraces relativas a bienes cuya situación consta en registros públicos. Así, la STS de 19 de noviembre 1983 niega que en estos supuestos exista un engaño adecuado “ya que tal afirmación debió ser controlada en su veracidad por medio de una fácil comprobación en las oficinas de la Propiedad de Torrelaguna que son públicas a tales efectos y en las que el solicitante dijo estar inscrita dicha finca, como es notorio que viene haciéndose por los bancos antes de conceder un crédito; por lo que si el Banco no realizó tal investigación, olvidando la ordinaria diligencia que suele observarse [...], sólo a él resulta imputable la formación de tal error”. En la misma línea, la STS de 30 de octubre 1992 niega la existencia de un engaño típicamente relevante: “La falta de verdad cometida en la declaración exigida a un cliente por un banco como base para la concesión de un préstamo cuando los bienes ofrecidos en garantía, o, más exactamente declarados, como de la propiedad del prestatario son inmuebles, y el prestamista no ha adoptado la elemental medida de precaución de cerciorarse de si en realidad dichos bienes pertenecen a quien los incluye en la declaración prestada o si los mismos se hallan libres o sujetos a cargas que haga que, prácticamente, se hallen vacíos de contenido económico (...)”. Recientemente la STS de 3 de junio de 2003 sostiene que el delito de estafa no requiere sólo que el autor haya producido un error en el sujeto pasivo “sino que además éste haya obrado diligentemente, según los hábitos generales de autoprotección patrimonial en el comercio, pues un contrato de préstamo no convierte al prestatario en garante, en el ámbito del Derecho penal, del éxito de la operación del prestamista”.

Hay además otros supuestos en los cuales el Tribunal Supremo español ha negado la relevancia del engaño, debido a la negligencia de la víctima en la ave-

riguación de información relevante disponible. Así por ejemplo, la sentencia de 9 de junio de 2003 absuelve del delito de estafa a un hombre que había utilizado, en diversas compras, una tarjeta de crédito de la que no era titular, más aún, expedida a nombre de una mujer, sin que la empleada del comercio efectuara la más mínima comprobación de identidad. En la misma línea la STS de 29 de octubre de 1998 que rechaza la presencia de un engaño relevante en el supuesto de una persona que hace retiros de dinero de la libreta de ahorro de otro, sin que los empleados de la entidad financiera le exigiesen identificación ni comprobaran la firma.

En nuestra jurisprudencia, no se ha planteado todavía esta discusión —al menos en los términos de la jurisprudencia española— respecto de la influencia que tiene en la configuración típica del engaño el comportamiento negligente de la víctima en la averiguación de información relevante disponible. Así la sentencia de la Corte Suprema de 12 de septiembre de 1983³⁶ aprecia engaño “en la venta de un predio a sabiendas que no se puede subdividir”; la sentencia de la Corte Suprema de 29 de septiembre de 1986³⁷ aprecia engaño “en fingirse único dueño de un inmueble que poseía en comunidad”; las sentencias de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 27 de noviembre de 1989³⁸ y de la Corte de Apelaciones de Santiago de 8 de octubre de 2003³⁹ configuran el engaño en la mera “utilización de una tarjeta de crédito sustraída a su titular”; la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 29 de marzo de 1994⁴⁰ apreció estafa “en la venta de un automóvil taxi cuya circulación como vehículo de alquiler estaba prohibida, por tener más de ocho años de antigüedad, teniendo su vendedor pleno conocimiento de que éste no podía ser utilizado, ni circular como vehículo de arriendo”; la sentencia de la Corte Suprema de 1 de abril de 2003 (Número Identificador LexisNexis: 26764) configura el engaño en la compra de especies con cheques robados, en que sólo se había adulterado el número de serie de los mismos, y en donde “la firma de suscripción en calidad de girador de los documentos resultó ser totalmente diferente a la del titular de la cuenta”.

No digo que en estas situaciones nuestra jurisprudencia debió negar necesariamente la configuración del engaño típico. Pero al menos, la posibilidad que tenía la víctima de acceder, sin mayor dificultad, a información que le permitía darse cuenta del engaño, debió ser un factor a considerar.

[Recibido el 23 de diciembre de 2004 y aceptado el 30 de abril de 2005].

³⁶ *Gaceta Jurídica* N° 40, 1983, p. 60.

³⁷ *Fallos del Mes*, N° 334, 1986, p.625.

³⁸ *Gaceta Jurídica*, N° 114, 1989, 81.

³⁹ *Gaceta Jurídica*, N° 280, p. 207.

⁴⁰ Libro de Registros de Sentencias de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 29 de marzo de 1994.