



Universidad de Valparaíso  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Escuela de Derecho



### Tesina de Derecho

El exceso de confianza o negligencia por parte del sujeto pasivo, puede ser una atenuante de la responsabilidad penal en los delitos de defraudaciones.

#### Autores:

Javier Andrés Peña Rebeco  
Jorge Ignacio Pinto Salinas

#### Profesor Guía:

Dr. Andrés Benavides Schiller

Diciembre, 2016

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                  |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Resumen.....                                                                                                                                     | 3         |
| Introducción.....                                                                                                                                | 3         |
| <b>CAPÍTULO I: Las defraudaciones y su contexto socioeconómico. Distinción con figuras afines. Relación actual con esquemas piramidales.....</b> | <b>4</b>  |
| 1. Defraudaciones y su contexto socioeconómico.....                                                                                              | 4         |
| 2. Defraudaciones y sus derivaciones.....                                                                                                        | 5         |
| 3. Distinción entre figuras penales: Hurto, Estafa, Apropiación Indebida.....                                                                    | 6         |
| 4. Breve explicación de “Estafa Piramidal” y su relación con empresas forex o de “foreign exchange”.....                                         | 7         |
| <b>CAPÍTULO II: La Victimodogmática.....</b>                                                                                                     | <b>12</b> |
| 1. Victimodogmática y su finalidad.....                                                                                                          | 12        |
| 2. Derecho Penal, su función, y su mejor rendimiento en miras de la protección del bien jurídico patrimonial.....                                | 13        |
| 3. Consentimiento de la Víctima.....                                                                                                             | 16        |
| 4. Principio Victimológico.....                                                                                                                  | 17        |
| 5. Concurrencia de Culpa o propia puesta en peligro de la víctima.....                                                                           | 21        |
| 6. Principio de Autorresponsabilidad.....                                                                                                        | 21        |
| 7. Imputación Objetiva, su relación con el actuar de la víctima.....                                                                             | 23        |
| 8. Principios Civiles.....                                                                                                                       | 31        |
| <b>CAPÍTULO III: Consecuencias Jurídicas.....</b>                                                                                                | <b>33</b> |
| ¿Atenuación, eximente, o Reforma Legislativa? .....                                                                                              | 33        |
| <b>IV. Conclusiones.....</b>                                                                                                                     | <b>37</b> |
| <b>V. Referencias.....</b>                                                                                                                       | <b>40</b> |

## **RESUMEN**

Esta tesina tiene como objetivo identificar si en los delitos de defraudaciones, particularmente a raíz de los casos de estafas piramidales, es posible configurar una atenuante de responsabilidad penal para con el sujeto activo del delito por la negligencia o imprudencia de la víctima, u otra consecuencia jurídica, para así proteger de mejor manera el bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico penal.

## **ABSTRACT**

This thesis aims to identify if in the crimes of fraud, particularly following the cases of pyramidal scams, it is possible to set up an attenuator of criminal responsibility for the active subject of the crime due to the negligence or recklessness of the victim, or other legal consequence, in order to better protect the legal good protected by the criminal legal system.

## **PALABRAS CLAVES**

Víctima, negligencia, victimodogmática, imputación objetiva, estafa piramidal, bien jurídico, política criminal.

## **INTRODUCCIÓN.**

Estamos en el año 2016, y los últimos meses en Chile hemos sido espectadores de un escenario cada vez más reiterado, investigaciones por parte del Ministerio Público contra personas que habrían defraudado a sus clientes mediante “esquemas piramidales”. Ha sido extraordinariamente llamativo puesto que han estado involucradas gran cantidad de personas que dicen haber sido estafadas, y que luego los presuntos estafadores no se encuentran o han salido del país. Hemos querido analizar los delitos de defraudaciones, porque aparecen cada vez más en el tracto jurídico, por la contingencia y el alto flujo de capitales con las nuevas relaciones mercantiles, pero con una aplicación dudosa en los esquemas piramidales, donde se verifican conductas muy pasivas por parte de los clientes, negligentes, y con dudas respecto de los fondos que invierten en estas empresas. Por lo mismo, hemos querido enfocarnos en una rama que no ha sido muy profundizada que es la Victimodogmática, la cual estudia la existencia

de algunos supuestos delictivos de víctimas que favorecen la consumación de un hecho criminal, porque vemos un sujeto pasivo imprudente ante la actividad del sujeto activo en la defraudación, y comprobar si se podría configurar una atenuante de responsabilidad u otra consecuencia jurídica en el ordenamiento jurídico, o en la doctrina, en pos de desincentivar ciertas conductas de las víctimas, y generar una sanción coherente con la dañosidad que genera el sujeto activo.

Finalmente, el objetivo general de nuestra investigación será analizar las conductas desde la óptica de la victimodogmática, haciendo referencia a la teoría de la imputación objetiva y de esta manera verificar si en los delitos de defraudaciones en relación con las “estafas piramidales”, el sujeto pasivo del delito podría configurar una atenuante de responsabilidad penal, u otra consecuencia jurídica liberatoria al sujeto activo o agente, por su conducta negligente.

## **CAPÍTULO I: LAS DEFRAUDACIONES Y SU CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES. RELACIÓN ACTUAL CON LOS NEGOCIOS FOREX.**

### **1.) DEFRAUDACIONES Y SU CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO.**

Primero, es necesario señalar la importancia que ha ido adquiriendo el fraude como factor comisivo en los delitos que atentan contra bienes jurídicos patrimoniales, y ésta toma cada vez más protagonismo en los tiempos actuales. El ámbito del delito contra la propiedad en la modernidad, se ve realizado por medio de tipos penales como la estafa y la apropiación indebida.

Los delitos de defraudaciones vienen a ser figuras nuevas, que nacen alrededor del siglo XVIII y principios del siglo XIX, con el surgimiento del capitalismo, separándose de los delitos de hurto y robo, es más, se le consideró una nueva forma de estas acciones violentas, llegando a cobrar tal importancia y ser muy comunes actualmente, por lo que ya no nos sorprende revisar los periódicos y observar que a diario se cometen este tipo de conductas ilícitas.

Es de crucial importancia para que este tipo de delitos proliferen el tipo de sociedad en la que vivimos, ya que las defraudaciones encuentran tierra fértil en las sociedades de libre mercado, en las cuales el Estado es una especie de vigilante a la espera de que las relaciones mercantiles se regulan por el crecimiento de acuerdos de

voluntades y el dinamismo de éste, además, en las sociedades de régimen capitalista, el dinero es el foco de atención, lo cual provoca presiones en todos los estratos sociales, siendo el objetivo principal de cada integrante de la sociedad el mayor bienestar y estatus social.

Lo anteriormente señalado se condice con que en un estado socialista no es posible encontrar este tipo de delitos, debido a que la propiedad de los medios de producción se encuentra en el aparataje estatal. Es por esto que señalamos que este tipo de ilícitos están relacionados con el régimen socioeconómico de cada país.

Si bien es cierto, nuestro país se encuentra dentro de los que detentan mayor crecimiento económico en comparación con países que se encuentran en nuestra región, también la desigualdad social es un punto que afecta a nuestra sociedad, que conlleva falta de educación económica, de gran desinformación, lo cual genera en muchas situaciones tomar decisiones patrimoniales sin medir las consecuencias que pueden acarrear en virtud de la necesidad, y de mejorar rápidamente situación económica personal.

Estos criterios demuestran que el tema de la imputación objetiva, en la creación por parte de la víctima de conductas no permitidas que derivarán en riesgos prohibidos, son cuestiones que se discuten en la doctrina actual. Este tipo de conductas se encuentra enfocado en acciones que pueden derivar en delitos que afecten la vida y la salud individual, pero puede ser extrapolada a los delitos patrimoniales, y que ha sido pertinente para el estudio de la victimodogmática, particularmente en el delito de estafa.

## **2.) DEFRAUDACIONES Y SUS MEDIOS DE EJECUCIÓN.**

El medio o la modalidad de fraude siempre será el engaño. Entonces ésta consiste en un obrar ilusorio, con el objeto de causar un daño económico, apreciable en dinero y tipificado penalmente. Por tanto, lo importante es que el obrar cause un daño económico. El fraude, en términos generales asume como medio de ejecución 2 formas:

- A) El engaño: El cual consiste en la creación de una representación falaz de la realidad en la mente del otro, una representación tal que es capaz de provocar el asentimiento de otro que la tome por cierta. Es decir, que a partir de la creación de esta representación la víctima caiga en un error. Sin embargo, también es factible el engaño mediante el aprovechamiento de una representación equivocada y preexistente en el sujeto pasivo, en el

caso que el agente o sujeto activo se encuentre en una posición de garante. El profesor Héctor Hernández dice “la concepción del engaño como la infracción de un deber de veracidad por parte del autor o, correlativamente, como lesión de un derecho a la verdad que asiste a la víctima.” (2010: pp. 9-41).

B) El abuso de confianza: Consiste en el prevalimiento de un sujeto al cumplir una obligación jurídica de contenido económico de la condición favorable que se encuentra para él, por haberle entregado al sujeto con título jurídico alguna cosa o bien, poder o facultad sobre intereses patrimoniales ajenos, provocando así un perjuicio patrimonial. Así, el abuso de confianza consiste en una forma de aprovechamiento en el marco de una obligación jurídica que siempre va a tener una naturaleza económica, en donde se le entrega al agente alguna facultad o poder sobre determinados intereses patrimoniales que son ajenos y que mediante este aprovechamiento se genera un perjuicio patrimonial en el otro.

Según lo señalado anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran estas dos modalidades: las relativas al engaño, las figuras giran en torno a la estafa y en relación con el abuso de confianza, nuestro código se restringe a la figura de la apropiación indebida.

### **3.) DISTINCIÓN ENTRE FIGURAS PENALES: APROPIACIÓN INDEBIDA, HURTO Y ESTAFA.**

Estos delitos relacionados con las defraudaciones, en sus orígenes, se encontraban estrechamente vinculados, tanto es así, que, a finales del siglo XVIII, el delito de apropiación indebida logra autonomía respecto del delito de hurto, del cual se encontraba ligado históricamente por mucho tiempo y comienza su deslinde debido a que se buscaba salvar al reo de las penas del hurto porque eran más graves.

En la misma época en la cual el delito de apropiación indebida logra autonomía respecto del delito de hurto, en nuestro país se le confunde con el delito de estafa, sobretodo, se da esta confusión en la doctrina, debido a que en la fuente de nuestro

Código Penal -el Código Penal español de 1848- quedan separados los delitos de apropiación indebida con los de hurto, pero se confunden con las estafas.

La diferencia que se puede encontrar entre el hurto y la apropiación indebida “no debe buscarse en el hecho de la tenencia, sino en el título que respalda la tenencia, toda vez que en la apropiación indebida esos títulos están precisados en la ley penal, que los limita a los que producen la obligación de entregar o devolver la especie”. (Garrido, 2001: p.365)

Con la estafa es más fácil la distinción. La estafa es un fraude por engaño, mientras que la apropiación indebida es un fraude por abuso de confianza. Por lo tanto, en la estafa el sujeto recibe una cosa mediante el engaño, la entrega está viciada; mientras que en la apropiación indebida se recibe una cosa lícitamente, pero el agente se prevale de eso para defraudar. Como señala el profesor Mario Garrido Montt en su obra “la voluntad de la apropiación surge con posterioridad, en tanto que en la estafa la entrega es siempre consecuencia de un *engaño previo* que induce a la víctima a realizarla”. (Garrido, 2001: p.364).

En la apropiación indebida, no vemos con tanta nitidez la aplicación de nuestra hipótesis, en el sentido de que las conductas que aporta la víctima no son de carácter relacional en este tipo penal, siendo de manera distinta en la estafa, en la cual se vislumbra que “la respuesta estándar se centra en el reconocido carácter relacional de la estafa o, más específicamente, en su calidad de delito de "autolesión". En efecto, porque constituye una nota característica de la estafa, a diferencia de lo que ocurre con el hurto o con cualquier otro delito de "heterolesión", una contribución de la víctima a la realización del tipo en la forma de un acto de disposición patrimonial perjudicial es necesaria, constitutiva, y no meramente contingente”. (Hernández, 2010: p.9-41).

Sin embargo, si analizamos el tipo y el caso desde un prisma victimológico no causalista, sino finalista, e interpretando bajo principio de autorresponsabilidad, podemos decir que el sujeto pasivo o víctima está en mejor pie que el sujeto activo, puesto que participa en que se ejecute la comisión de un delito, y el delito termina siendo una herramienta disponible para éste, ya que tendrá la opción de ejercer la acción penal mientras él no se vea perjudicado, pero la ejercerá apenas otro sujeto del esquema piramidal reaccione, generando que todos los demás ejerzan la acción penal, sin tener ninguna consecuencia, y cargando todo el peso de ley sobre el sujeto activo, el cual a lo menos debe tener un trato que no responda a una “venganza irracional” (Reyna, 2006, P.140).

#### **4.) EXPLICACIÓN DEL CONCEPTO “ESTAFA PIRAMIDAL”, Y SU RELACIÓN CON “EMPRESAS FOREX” O DE “FOREIGN EXCHANGE”.**

El 9 de marzo de 2016 la Directora ejecutiva nacional del Ministerio Público señaló que espera que casos Arcano, AC Inversions e IM Forex pongan en conocimiento nuevos casos de estafas piramidales. Así sucedió, como fue caso de fraude de Think&Co de Rafael Garay, aunque fuera de éste caso mediático lo cierto es que respecto a los delitos económicos y tributarios se registró un alza del 37,8% (6.599 delitos más) en comparación con el mismo periodo el año 2015 (Emol, 2016), solo en caso AC Inversions habría afectado a diez mil personas, de las cuales no todas han ejercido acción.

Ya el 2014 Guillermo Torrealba realizaba una denuncia en la SVS (Superintendencia de Valores y Seguros) contra AC Inversions por un posible “esquema piramidal”. El 30 de julio de 2014, recibió una respuesta por parte del intendente de Supervisión del Mercado de Valores, en la cual le decían que habían revisado la página web y que esta se refiere a inversiones en operaciones sobre moneda extranjera, "las cuales no se encuentran sometidas a la fiscalización de la SVS" (Carvajal, Vargas, Yob, 2016). Esas operaciones de moneda extranjera o de “foreign exchange” consisten en comprar y vender divisas donde se logran utilidades con las diferencias de precio que se dan en las operaciones y las cotizaciones de las diversas monedas. En cuanto a su legalidad de éstas, también llamadas empresas forex, el economista experto en riesgo financiero y gerente general de NetGO, Fernando Ostornol, dice que “invertir en un fondo de forex o monedas no tiene nada de malo. Es un activo más como muchos, pero se debe tener muy claro cuál es la política de inversiones del fondo, en qué monedas invierte, dónde, cuál es la experiencia de los administradores del fondo y tener una noción del retorno esperado.” (Aguirre, Ibarra, 2016). De manera que cuando hablamos de empresas FOREX, nos referimos a este tipo de empresas que no necesariamente cometen ilícitos, pero que la gente que invierte en ellas debe tener un conocimiento acabado sobre esos negocios. Sucede que los dueños de AC Inversions señalaron que sus inversiones operaban con brokers como Forex Chile, XDirect, FXCM Chile, y BFX, situación que no fue corroborada ni con estados de cuenta ni documentos a quienes habían invertido en la empresa, y fue ésta última empresa forex, la que denunció a AC Inversions. He ahí probablemente la utilización indistinta de ellas en medios de comunicación, pero lo claro, es que finalmente el Ministerio Público, afirmó que la

empresa está organizada bajo una figura de “Esquema Piramidal”. En definitiva, los dueños de AC Inversions fueron formalizados por estafa reiterada, pero en la prensa y en el derecho foráneo ante este mismo mecanismo comisivo de estafas se le denomina con la expresión “estafa piramidal” o en “cascada” que tiene que ver con una puesta en escena encaminada a defraudar a un número indeterminado de personas, mediante el convencimiento de los primeros inversores que a su vez convencerán a otros para realizar similares inversiones, figura que se atribuye a Carlos Ponzi, llamándolas también “esquemas ponzi” y que explicaremos a continuación.

Veremos por un lado el delito que es impetrado por la víctima –alguno en la categoría de defraudaciones- contra el sujeto activo, y por otro, la figura delictiva propiamente tal, donde la víctima forma parte de ella, siendo incluso co-responsable.

Entonces, las estafas piramidales o esquemas Ponzi, son dinámicas delictivas cuya característica principal es la entrega de los primeros dividendos para dotar de credibilidad al negocio financiero siempre inexistente, en otras palabras, son un esquema de negocios en el cual los primeros que participan recomiendan y captan a más clientes con el objetivo de que los nuevos produzcan beneficios a los participantes originales. La anterior corresponde a la figura de pirámide abierta, por otro lado, la pirámide cerrada consiste en que hay una institución financiera o persona dueña de la pirámide que promete invertir nuevamente y, al cabo de un tiempo, devolver la inversión inicial con muy altos intereses, sin embargo, no existen tales inversiones, sino que se utilizan los aportes de los últimos participantes para sumar los intereses y devolver las aportaciones a los primeros participantes. AC Inversions corresponde al segundo caso, ofrecieron altas rentabilidades, y luego no pudieron seguir pagando.

¿Por qué funciona? Las empresas no invierten los dineros que dicen invertir, sino sólo una parte, y los que están en el esquema piramidal se pagan con los que ingresan al sistema. Lo que ocurre es que los que se encuentran al principio de esta dinámica están ganando dinero, hasta que se terminan estos nuevos inversionistas, o los inversores dejaron de recibir dineros, o alguien reacciona al fraude y desea retirarse del esquema antes que lo investiguen. Hacemos patente que dentro de los inversores hay gente que invertía no un par de millones, sino cientos de millones, por lo que en ese sentido también se podría abrir una arista tributaria ¿de dónde sacó esos fondos? ¿hubo tributación por ellos?.

Una de las características es que absolutamente siempre hay gente que cobra lo prometido, eso sigue toda lógica debido al auge de éstas figuras, y la forma captatoria

de éstas empresas. Pero qué implicancia penal tiene esto, que hay inversores que se valen del sistema, y otros que no, ya que cuando se descubre la pirámide no alcanzan a recuperar lo invertido. Los primeros, es eventual que demanden o no, puesto que han obtenido divisas, pero también gracias a ellos hay nuevos inversores, por ello señalamos una posible acción en contra de los que se han aprovechado del esquema y que señalaremos luego; los segundos que no han tenido réditos pero tienen la expectativa de tenerlos, pueden saber que algo sucede en sus inversiones y prefieren esperar, pero que activarán el entramado jurídico en caso que la figura piramidal falle. Esto es tan así, que los primeros inversionistas si salen a tiempo pueden obtener divisas, y los últimos en llegar, de descubrirse fraude, perderán todo. Ante la situación del inversionista que ganó dinero Jorge Bofill, propone como solución la acción por provecho del dolo ajeno, comprobándose una serie de condiciones subjetivas, en ese mismo orden Jorge Gálvez señala que en el derecho penal chileno existen disposiciones de incautación, comiso, y restitución de los efectos del delito pero presupone “la prueba del origen del dinero”, esto es, que la persona sepa que el origen de los recursos son ilícitos, dolo que no es fácil de probar. El abogado Stephan Luhrmann agrega que “habría que determinar si estaban en conocimiento o no de la estafa o delito y si es así, podrían ser perseguidos bajo figuras de autoría o complicidad. En tal caso, se incautarían, entre otras cosas, sus cuentas bancarias para tratar de recuperar los dineros. Pero para aquellos que no sabían o no estaban en conocimiento, podría verificarse la figura de provecho de dolo ajeno, y deban restituir el provecho obtenido” (Aguirre, Ibarra, 2016).

El instrumento legal que ocupan es el contrato de mutuo que no es ilegal en la medida que los intereses no excedan del máximo convencional y haya intención seria de pagar la deuda, el abogado penalista Jorge Gálvez señala que “el delito se produce cuando el deudor de antemano no tenía voluntad ni posibilidad real de pagar ese crédito, y simula una operación de mutuo como parte de un engaño para obtener una disposición patrimonial” (Aguirre, Ibarra, 2016).

Ahora, avocándonos en el análisis respecto de la diligencia de la víctima, debemos señalar que estas empresas o compañías no están reguladas por Superintendencia de Valores y Seguros, por lo que es la primera alarma que nos debería generar este tipo de negocios. Luego, ofrecen una rentabilidad mensual del 5%, 10%, o más, siendo que las tasas de rentabilidad mensual son del 0,2, o 0,3%, en general. (Banco de Chile, 2016). Veamos cuales son los elementos que aparecen antes de ingresar a éste negocio y que deberían alertar al inversor, y retrotraerse de contribuir a la comisión del delito:

- Son rentabilidades demasiado altas respecto al mercado, sin transparencia, y sin supervisión de una entidad gubernamental o reconocida por las autoridades.
- Que la entidad esté registrada en Superintendencia de Valores y Seguros
- Son esquemas de rentabilidad fija, cuando los mercados son variables y las rentabilidades dependen del riesgo.
- Averiguar quién va a ser el que multiplicará el dinero.

Estos elementos son básicos a la hora de invertir dinero en grandes montos. Hoy en día, con el acceso a internet, es fácil corroborar la efectividad de determinados negocios sobre todo cuando se habla de inversiones de gran capital, por lo cual, es bastante poco admisible alegar un desconocimiento tan grande a la hora de posteriormente impetrar una acción legal en contra del controlador de determinada pirámide.

Por lo anterior podemos dejar de manifiesto la existencia de una profunda falta de educación financiera en el país, y porque hay instrumentos financieros que si no se entienden adecuadamente pueden implicar la pérdida de todo el patrimonio de una persona. Finalmente en cuanto a las personas que deciden invertir, y a la diligencia que deben emplear, el ex director de la SVS Alberto Etchegaray ha dicho “hay que tener una due diligence (revisión contable) personal: saber si la inversión propuesta está regulada de modo especial; si la empresa que propone esa inversión está sujeta a fiscalización de alguna superintendencia; indagar acerca de su track record de rentabilidad en inversiones pasadas; revisar en detalle el contrato de cliente que le proponen; averiguar con terceros sobre qué tipo de reputación tiene la entidad en el resto del mercado e, idealmente, conocer sus estados financieros y balances auditados para asegurarse de su solidez financiera. Y si la entidad en cuestión no está regulada, hay que tener el doble de prudencia, cuidado y tiempo en la revisión sobre la seriedad de la entidad y las personas que la administran. Y sobre todo, no hay que dejarse tentar por falsas promesas, hay que pensar y desconfiar de entidades que ofrecen rentabilidades que ni Warren Buffet o el hedge fund más rentable logran.” (Aguirre, Ibarra, 2016)

## **CAPÍTULO II: VICTIMODOGMÁTICA.**

### **1.) VICTIMODOGMÁTICA Y SU FINALIDAD.**

Ahora, dirigiéndonos al fondo del asunto, partamos diciendo que la victimodogmática parte de la constatación victimológica relativa a la existencia de ciertas víctimas que, ya sea por actos dolosos, por actos imprudentes, contribuyen a la producción del hecho delictivo y pueden calificarse, en mayor o menor medida, de “co-responsables” del mismo. (Silva, 1989: p.634). La disciplina victimológica concluye la necesidad de incidir sobre los referidos grupos de víctimas con el fin de eliminar su “predisposición victimal”. La victimodogmática, trata de examinar hasta qué punto el reconocimiento de la existencia de víctimas co-responsables de delitos puede influir -en sentido eximente o atenuatorio- en la responsabilidad criminal del autor (Silva, 1989: p.635). Los legisladores han tenido en cuenta diversas formas del comportamiento de la víctima, a los efectos de eximir o atenuar al autor, según los bienes jurídicos de que se trate, al consentimiento del sujeto pasivo; los que atenúan en caso de provocación del mismo como ocurre en el derecho alemán, español, y suizo; la propia institución de la legítima defensa; o disposiciones que permiten prescindir de la imposición de pena o del cumplimiento de condena (Silva, 1989: p.635). La jurisprudencia y doctrina ha seguido este camino, restringiendo la responsabilidad criminal, del autor en virtud de construcciones “supralegales”, a este respecto la teoría de la imputación objetiva -que se explicará más adelante- ha permitido negar en muchos casos la imputación del resultado producido a la conducta del autor, por haber mediado un comportamiento de la víctima. (Silva, 1989: p.636).

Se ha concluido con unanimidad que el comportamiento de la víctima puede considerarse de modo general en el ámbito de la medición de la pena, con el fin de atenuar la responsabilidad del autor dentro del marco típico, siendo el fundamento la disminución del contenido de injusto o de culpabilidad del hecho del autor, propiciado por la conducta de la víctima (Silva, 1989: p.636). Incluso puesto en contacto con los principios generales inspiradores y limitadores de la intervención penal puede inducir incluso a la exención de responsabilidad del autor.

Podemos decir que las soluciones jurídicas que tratamos de encontrar, están de algún o otro modo presentes en otros ordenamientos jurídicos, y en la discusión doctrinal, ahora el desafío es demostrarlo en nuestro ordenamiento, o bien sentar las

bases para la construcción de normas que solucionen los nuevos escenarios que se nos presentan derivados los delitos de defraudaciones y sus nuevas formas de ejecución.

## **2.) DERECHO PENAL, SU FUNCIÓN, Y SU MEJOR RENDIMIENTO EN MIRAS DE LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PATRIMONIAL.**

Es bueno referirse a cuál es la función del derecho penal, que se espera de él. La realidad social del sistema penal aparece en un primer nivel como intento de prevenir acciones socialmente dañosas prohibiéndoles bajo amenaza de pena, el efecto disuasivo es de dos fuentes, una cuando vea que el costo es mayor al beneficio esperado, y segundo cuando la pena tiene un significado de comunicación de una conducta moralmente censurable (Schünemann, 2002, p.19). Aquí vemos una solución de Schünemann que nos importa que es la de separar el derecho penal de la esfera moral y sustituir la prohibición de actos socialmente dañosos con la mera imposición de costos, idea que fue apoyada por Hans Kelsen y que ha sido renovada por doctrina alemana (Schünemann, 2002, p.21).

Lo anterior lo señalamos porque vemos aquí una propuesta, una solución a ciertos delitos en los que de enfrentarse de otra forma, el objetivo final de no comisión de ciertos delitos, se protegería más si se señala a la víctima que realizar ciertos actos puede conllevar ciertas consecuencias, como la ausencia total de protección por parte del sistema penal de determinado bien jurídico lesionado por mediar su culpa. Cotejado con nuestra hipótesis donde la persona, ya sea a título de dominio, posesión, o tenedor, dispone negligentemente del bien jurídico tutelado. Con esto estamos diciendo que la víctima estaría renunciando a mantener el bien dentro de la esfera de su protección y custodia del ordenamiento jurídico penal por causa imputable a su actividad.

Esto da pie a que nos encontremos en la necesidad de involucrarnos con el principio victimodogmático, el cual como señala Tamarit Sumalla, parte de “la constatación de la existencia de víctimas corresponsables del hecho para llegar a establecer un principio de autorresponsabilidad de la víctima, o lo que es lo mismo, a afirmar un deber de autodefensa en relación con ciertos ataques a determinados bienes jurídicos, cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela por parte de la víctima.” (Tamarit, 1998: p. 21).

De esta forma llegamos donde iniciamos que era la función del Derecho Penal, que en su tarea disuasiva puede ser mejor lograda si en ciertos casos se niega la

protección por parte de éste, y eso también es separar lo moral, de lo penal, puesto que las aprensiones de que no se acreciente esta doctrina, tiene que ver con el recelo a lo que podría generar un cambio de paradigma como podría ser que un individuo tuviera que estar en extremo cuidado, o que se llegue a una situación de barbarie por una desilusión tal por el abandono del derecho penal con la víctima, que se haría justicia por mano propia.

Es menester señalar que el análisis en cuestión, se basa en delitos de relación donde hay una conexión ofensor- víctima tal, que puedan mediar ciertos elementos en la víctima que generen que la forma de proteger mejor el bien jurídico sea no brindando protección penal, y de ésta forma proteger mejor el bien jurídico tutelado por el ordenamiento, y así lograr un interés general.

Esta perspectiva es demasiado amplia para los casos de delitos de relación, para los cuales hace 30 años el autor Shünemann proponía aplicar regla de interpretación victimodogmática (Reyna, 2006, p. 138). No ambicionamos generalizar esta doctrina a más delitos de los que podemos analizar, que por ahora serán los delitos de defraudaciones, más no otros delitos violentos donde la víctima no tiene capacidad de injerencia alguna de prever una acción del hechor. Es más, el desarrollo de los postulados victimodogmáticos, “ha tenido lugar básicamente en relación con determinados tipos de la parte especial, sobre todo el delito de estafa”. (Tamarit, 1998: p.21). Haciéndolo gráfico, si en el delito de estafa o apropiación indebida, el mensaje a la víctima que deposita dineros en esquemas piramidales, será que no tendrá la protección jurídica porque desatendió al cuidado básico que debería tener en sus inversiones. Tamarit Sumalla dirá que “el fundamento de tal consecuencia radicaría en que no necesita la protección del Derecho penal quien está capacitado para protegerse sin dificultad, evitando así incurrir en error”. (1998: p. 21).

En Estados Unidos ya se ha acuñado esta doctrina, como crimen corporativo o corporate crime, que parcialmente elimina la responsabilidad penal de los administradores, y de daños punitivos, sugiere que tales formas intermedias son instrumentos muy prometedores de prevención de los daños sociales (Schünemann, 2002: p.37). Ese enfoque es muy coherente con su sistema, puesto que éste país tiene claro énfasis en la protección económica, y celeridad de los negocios, por lo que su razonamiento es muy lógico, puesto que si cada vez que en negocios riesgosos donde media fraude, la víctima entre que consiente y realiza negligentemente los depósitos a administradores, si siempre castigamos penalmente a los administradores, la víctima o

sujeto pasivo del delito, estaría aprovechándose de su propio dolo o culpa, y finalmente se generaría en escenario en que se quiebra el principio de igualdad, donde una de las partes saldría mucho más perjudicada, que otra que también tuvo injerencia en la realización del acto.

Ahora, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas del delito, el sistema reacciona de tres formas: con la pena, o reparación civil, o con consecuencias accesorias, y se dice que la sanción penal abona a favor de una estrategia de ruptura que no permite la solución del conflicto, sino sólo su congelamiento, de modo tal que no apacigua a la sociedad ni calma a la víctima (Reyna, 2006: p. 138). En este sentido, una opción a la sanción penal es dejar de proteger a ciertas víctimas, partiendo por algunos delitos específicos y menos lesivos, que atenten contra bienes jurídicos individuales, como es el caso de nuestra hipótesis donde el bien jurídico que se protege en la estafa, es el patrimonio. O bien, simplemente compensándolo, y ésta es una visión que ha tenido cabida en la victimodogmática, que se ha fijado en la reparación de la víctima para satisfacer sus intereses. La doctrina suele limitar la reparación como tercera vía de aplicación del derecho penal a los supuestos de bagatela que se encuentran en el divague entre la criminalización y descriminalización, que abre el debate a resolver si la reparación del daño puede ser una tercera vía, o que el derecho penal debe dejar de seguir castigando esa conducta (Reyna, 2006: p. 140).

La victimodogmática ha tenido especial trascendencia en el ámbito de determinados tipos penales, como en la estafa, su estado evolutivo permite coincidir con Canio Meliá cuando refiere que las misma “es una especie de bloque errático en la teoría del delito” (Reyna, 2006, p. 132).

Por último, debemos señalar que cuando analizamos un delito y las sanciones que debe tener, debemos hacerlo a la luz de los principios de necesidad y merecimiento, ambos componentes necesarios del enfoque del derecho penal en prevenir los daños sociales, y que requieren que ninguna pena sea impuesta cuando la víctima *ha causado el daño social al desatender conscientemente su propio interés*. En un caso de estafa, la víctima no merece protección por el derecho penal cuando esta reconoce que las exigencias de los delincuentes *pueden* ser falsas, y así no es verdaderamente engañada (Reyna, 2006: p. 109).

### 3.) CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA Y SU APLICACIÓN.

Otra de las áreas en donde el comportamiento de la víctima tiene relevancia jurídica, es el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición como causa que elimina la antijuricidad del comportamiento. Algunos autores han sostenido que el consentimiento es la frontera entre el tipo y la antijuricidad (Reyna, 2006: p. 134). El consentimiento no es problemático cuando hay acuerdo, esto es, cuando no implica afectación de voluntad de la contraparte, como un acto sexual consentido, que no configuraría un conducta típica, pero es problemática cuando se plantea como causa de justificación del comportamiento, en la medida que plantea mayores exigencias, que son: 1. capacidad de discernimiento por parte de la víctima, 2. reconocimiento externo del acto de consentimiento, 3. la titularidad del bien jurídico respecto del cual se emite consentimiento, 4. y la disponibilidad del bien jurídico (Reyna, 2006: p. 136).

Entonces, nuestro trabajo se enfoca en los casos en que se demanda por alguno de los delitos de defraudaciones relacionados con estafas piramidales, sin hacerlo extensivo a delitos de lesiones o más graves, sino en la medida que hayan razones de peso que hagan lograr la convicción general de que determinado bien jurídico que ha sido dispuesto por una persona no sea protegido por el derecho penal en ciertas circunstancias.

Como ya dijimos, la víctima es el titular del bien jurídico y tiene derecho a disponer de él. Schünemann señala que tradicionalmente esto involucra la justificación del consentimiento de la víctima a la lesión, que evita la punición (2002: p.25) esta perspectiva se encuentra ampliamente en delitos de relación, “los cuales son supuestos para cuya realización típica es necesaria una determinada aportación de la víctima; su particularidad está en que “entre el autor y la presunta víctima debe existir un contacto”(Tamarit, 1998: p. 26), es decir, entre ofensor y víctima, en la cual el profesor Schünemann ha escrito hace más de veinte años aplicando una *Regla de Interpretación* llamada Victimodogmática, y que señala que cuando interpretamos la ley uno debe concluir que la pena puede ser limitada por el comportamiento de la víctima (2002: p.26).

En consecuencia, este principio operaría sólo en delitos de relación donde tiene una injerencia directa la víctima, es decir, estos se contraponen a los delitos de intervención o de acometimiento en lo que no hay relación o intervención de la víctima.

Esta opción viene a ser una consecuencia jurídica posible a la solución del problema que evidenciamos, interpretar las normas legales bajo una lógica en que la pena tenga como límite el comportamiento negligente de la víctima.

#### **4.) PRINCIPIO VICTIMOLÓGICO.**

Aparece como una fórmula de interpretación teleológica de las categorías penales, que será fundamental para que adquiera contenido la doctrina victimodogmática, puesto que de limitarnos al tenor literal del tipo, podemos llegar a que el Derecho Penal ejerza acciones en situaciones dónde la defraudación también surge por participación la víctima. Entonces el principio victimológico, desarrollado por Shünemann, partiendo que el derecho es un arma de ultima ratio, propone que los tipos penales se guíen por criterios de *merecimiento y necesidad de pena*, de manera que la imposición de la pena no corresponderá en los casos que la víctima no merezca ni necesite protección penal (Reyna, 2006: p. 121). El razonamiento de Schünemann es que si el daño social resulta de la conducta de la víctima que desatiende sus propios intereses, sea por negligencia o falta de cuidado, entonces ésta, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse de una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación puede ser mejor lograda negándole la protección del derecho penal si ella descuidó sus propios intereses.

En este punto es bueno señalar que hay antecedentes que se remontan al origen de la victimodogmática con Mendelsohn que aludía a la precipitación de la víctima como factor de mitigación de la responsabilidad que podía llevar a la no punición del comportamiento por considerarse promotor de la criminalidad (Reyna, 2006: p. 122). Esto nos sirve puesto que en la resolución de nuestra hipótesis en la cual señalamos si podría o no haber una atenuante o eximente de responsabilidad para el sujeto activo, podríamos decir que existiría no sólo una eximente, podría haber algo temporalmente anterior que sería la no puesta en marcha de la protección jurídico penal que tendría que hacer el ordenamiento por la víctima que promueve cierto delito (Schünemann, 2002: p.637). La teoría anterior la expresa Mendelsohn en 1947, por tanto se entiende que las relaciones jurídicas se han complejizado, sobre todo las relativas al patrimonio, por lo que la víctima se ve más expuesta a la tentación de promover un delito por su exposición a éste, y si hace años se viene acuñando una teoría que racionalice y cuide los recursos escasos de la burocracia penal en orden a que ciertos bienes jurídicos se

protejan de mejor manera, es hora que empecemos a emplear estas técnicas porque más temprano que tarde tendremos en tribunales una lista de acciones por defraudaciones, dónde la víctima es un actor principal en la comisión del delito, por un actuar negligente en circunstancias que un adulto que maneja capitales debe tener un cuidado mínimo razonable, primero entendiendo que es un adulto que tiene el discernimiento de las acciones que emplea, y segundo porque de las consecuencias de esos actos pueden venir aparejadas consecuencias económicas irreversibles, como la difícil forma de resarcir los fondos perdidos.

Lo que hemos expresado en cuanto al principio victimológico que debe reinar tanto en la interpretación de categorías penales como en su creación por parte del legislador, no ha estado exento de críticas, algunas son:

- a. Se cuestiona su origen fáctico, su alejamiento de consideraciones de carácter normativo, hace que la intervención penal dependa ya no de la existencia de un injusto, sino de la no calificación de ella como injusto penal (Reyna, 2006: p. 123), también llamada objeción de índole metodológica, porque produce restricciones “contra legem” del tenor de los tipos, inaceptable por completo (Silva, 1989: p. 638). Exigir a la víctima una constante alerta y cuidado respecto a la tutela de sus intereses supone gravarla con una carga que no sólo contradice la función estatal de tutela de bienes jurídicos, sino que exigiría de ésta una exclusiva atención a su autoprotección, pues sería la única forma de proteger sus bienes jurídicos (Reyna, 2006: p. 126). Como contrapunto diríamos que, hablando de funciones del estado, es también una función estatal la de resguardar de la manera más óptima y eficiente los bienes jurídicos y si eso implica que la víctima se autoproteja, se tendrán a salvo ciertos bienes jurídicos de mejor forma que reprimir una vez verificado el tipo penal, gastar recursos y con un resultado incierto de efectivo resarcimiento. Ésta protección que vendría por parte de la víctima es un requisito básico que debería tener como persona que entra en relaciones económicas con otra, por tanto, el sacrificio que tendría que hacer la víctima es menor y más eficiente a que el Estado reaccione después empleando recursos para hacer mover el aparataje jurídico penal para delitos donde además

resarcir a la víctima es difícil de lograr, producto de tratarse de dineros que no existen o que ya fueron repartidos y gastados.

- b. Otra crítica se produce cuando hay falta de coincidencia respecto al ámbito aplicativo del principio victimológico, en cuanto a la determinación de los supuestos en los que la víctima verdaderamente merece y necesita protección penal (Reyna, 2006: p. 124). Esos son los problemas que buscamos resolver, qué clases penales merecen protección penal, ya hemos expuesto un caso.
- c. Existe la crítica que se centra en los efectos político-criminales de ésta doctrina, puesto que daría lugar a un clima de desconfianza hacia el Derecho y a un retorno a formas de justicia privada (venganza) (Silva, 1989: p. 643). Silva Sánchez señala que según un enfoque victimológico, carece de sentido una intervención sancionadora del derecho penal cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no contiene peligro relevante de lesión de bienes jurídicos, sino que adquiere dicho carácter peligroso sólo a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima. Esto tiene total concordancia con nuestra hipótesis puesto que la participación de los sujetos pasivos genera la peligrosidad del delito, no sólo por la disposición de dineros de forma irresponsable, sino porque al integrar a más personas a la empresas de esquemas piramidales, lo que hace es aumentar el número de personas que no podrán satisfacer sus créditos, por lo que de un punto de vista cuantitativo la participación de la víctima, acrece la dañosidad del delito.

Como contrapartida a la crítica sobre los efectos político criminales, la función de protección de los individuos y pacificación social no le corresponde sólo al Derecho Penal, sino a todo el Ordenamiento Jurídico, de modo que la “retirada” del Derecho Penal no implica una ausencia de protección jurídica en el caso concreto.

Por cierto, mientras que las aportaciones de la víctima al hecho aún no deban ser calificadas como consentimiento justificante, no se le va a reconocer al autor un privilegio para lesionar impunemente bienes jurídicos y por eso tendrá que conceder al legislador un amplio poder discrecional para la concretización del principio de ultima ratio, esto se entiende, al concebir el principio victimodogmático como una regla de interpretación en la que no se trata de corregir al legislador, sino de concretar su

decisión relativamente indeterminada de un modo razonable desde un punto de vista político-criminal. Hay que tratar de evitar identificar el fin de la ley con la protección del respectivo bien jurídico como ha sido propuesto por Shwinge y Grünhut y que actualmente corresponde una opinión extendida en la doctrina estándar alemana (Schünemann, 2002: p.163).

Con esto se desconoce que el principio de protección del bien jurídico es sólo una condición necesaria pero no suficiente para el empleo del Derecho Penal, que sólo entra en consideración como ultima ratio y se mantiene bajo condiciones de adecuación, necesidad y proporcionalidad, que deben ser consideradas asimismo en el marco de una completa interpretación teleológica (Schünemann, 2002: p.164). Frente al fraude y a la violencia los mecanismos de protección del derecho civil son al menos parcialmente ineficaces, ya que el propietario del patrimonio no nota la lesión que ha planeado el autor (aquí entra la estafa) o bien al ser víctima de violencia no utiliza las posibilidades normales de protección jurídica (como extorsión), lo mismo ocurre en los casos en los que el autor lesiona el patrimonio “desde adentro”, pues le ha sido otorgada una posición de confianza por el propietario del patrimonio (Schünemann, 2002: p.165).

Hay que entender que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos de modo fragmentario, sólo contra aquellas agresiones que son lo suficientemente graves para que la intervención penal se estime ineludible, necesaria, y proporcionada. Una vez practicada la tipificación -la incriminación general de una clase de hechos- la determinación del intérprete de los límites de esa clase, esto es, la decisión de qué conductas concretas pueden ser encuadradas en el tipo, debe estar presidida por *consideraciones teleológicas*, así no habrá que estimar típica una conducta cuando pese a que la misma quepa dentro del sentido literal posible del tenor legal, ello se opondría a los referidos fines del Derecho penal (Silva, 1989: p. 640). Esta es otra de las consecuencias jurídicas que podemos vislumbrar que al interpretar una norma jurídica teniendo en cuenta consideraciones teleológicas y victimológicas, podemos encontrarnos con una eventual atipicidad.

## **5.) CONCURRENCIA DE CULPAS O PROPIAS PUESTA EN RIESGO DE LA VÍCTIMA.**

Las doctrinas que provienen de la autopuesta en peligro no tratan un tema nuevo, sino que se viene planteando ya hace algunos años atrás. Así, Roxin había introducido en 1973 este criterio en el ámbito del delito imprudente, dentro de la nascente teoría de la imputación objetiva (Tamarit, 1998: p.75). La idea que hoy se encuentra propagada es de que “no toda causación de un resultado a través de un comportamiento contrario al deber de cuidado supone la realización del tipo de injusto imprudente” (Tamarit, 1998: p. 76). Entre los criterios de delimitación del alcance del deber de diligencia introduce el de que “el ámbito de responsabilidad del autor tiene su límite en el de la víctima”. (Tamarit, 1998: p.76).

Supone el estudio de los efectos de la conducta de la víctima en la producción del delito, y específicamente, transcendencia en la relación causal. A pesar de la poca recepción doctrinaria, y por eso mismo se critica, su importancia radica en haber identificado la necesidad de otorgar alguna relevancia a la intervención de la víctima (Reyna, 2006: p. 129). Quizás hay que darle una nueva mirada a esta doctrina con los delitos que surgen del alto flujo en las relaciones mercantiles y las fórmulas que emplean personas para defraudar a otras, donde la participación de la víctima puede ser vital.

En nuestra hipótesis creemos que hay concurrencia de culpas por parte las víctimas y en esto la jurisprudencia en Chile está dividida, pero no hay una base legal que le permita imponerse, sin embargo, en los casos de delitos patrimoniales y en hipótesis determinadas, si la conducta de la víctima aumenta el riesgo de que se produzca el ilícito por la concurrencia de su culpa y su propia puesta en riesgo, debe ser disuadido por el ordenamiento jurídico penal.

## **6.) PRINCIPIO AUTORRESPONSABILIDAD.**

Este principio ha tenido recepción doctrinaria y propone el recurso al principio general de autorresponsabilidad como criterio de imputación normativa de comportamientos, y parte de la idea de que las personas deben responder únicamente de sus propios actos (Reyna, 2006: p. 145). El artículo primero de la constitución chilena en su inciso primero señala “las personas nacen libres e iguales en dignidad y

derechos”, se entiende la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, y en virtud de éste, “se ha de partir siempre del principio de que cada uno responde de lo que hace y de sus propias decisiones” (Reyna, 2006: p. 129), de hecho, en las relaciones mercantiles se entiende que todo adulto conoce de los negocios que efectúa.

Este principio de autorresponsabilidad reclamado en la teoría de la imputación objetiva que trataremos a continuación, es elevado a un principio fundamental de la Filosofía del Derecho, por Shünemann (2002, p.166).

La “autoprotección que es posible y exigible sin inconvenientes” dice Shünemann, representa una alternativa mucho más eficaz al Derecho Penal, que, por ejemplo, al Derecho Civil, cuyo aparato coercitivo puede ser llamado sólo posteriormente, y por eso llega demasiado tarde, mientras que una autoprotección razonable vela por la completa integridad del bien jurídico (2002, p.168).

Formulado de un modo acentuado, una limitación del derecho penal en este aspecto incluso aumenta la protección del bien jurídico, pues, si el daño social solo puede ser producido mediante un comportamiento determinado de la víctima que abandona sus propios intereses, la víctima debe ser desalentada en cierto modo de su propio comportamiento con el hecho de que si ella niega sus propios intereses se le denegará la protección mediante el derecho penal (Schünemann, 2002: p.168).

Reyna señala que el principio de autorresponsabilidad, aunque carece de contornos precisos y claros, es el instrumento conceptual que muestra mayor capacidad de rendimiento. Y si se entiende que la categoría que conocemos como imputación objetiva tiene por propósito “si el resultado producido cae dentro de la esfera jurídica de responsabilidad del autor” no puede dudarse de las posibilidades dogmáticas del principio de autorresponsabilidad, destinado a reconocer una de las ideas rectoras del proceso de identificación de los ámbitos jurídicos de responsabilidad (2006: p. 133). La crítica que cuestiona la sobrecarga hacia la víctima que contendría el principio de autorresponsabilidad no es exacta porque no contradice los postulados del Estado de Derecho, social, y democrático, exigir que quien domine un ámbito de organización responda por la misma conforme al principio de autorresponsabilidad. Proponer lo contrario, es decir, que quienes tienen el dominio del ámbito de organización no deben responder por dicho dominio, supone -en buena parte- proponer al caos (Reyna, 2006: p. 134).

Hay un punto interesante que señala Silva Sánchez dónde exige un planteamiento diferente al de la doctrina alemana donde la no adopción de medidas de

protección por parte del sujeto pasivo determina la pérdida por el mismo de la protección penal aunque, no obstante, se corrija limitándolo a los “delitos de relación”. Según el mismo autor esto daría justa razón a las críticas que apuntan a una ruptura de la paz social y renacimiento de justicia privada, ya que en tales condiciones no sería posible concluir que las medidas activas de autoprotección deban ser algo usual, razonable, y exigible. Por tanto, una solución antes que diferenciar entre “delitos de intervención” y “delitos de relación”, habría que hacer una adecuada precisión del *contenido* de las “medidas de protección”, esto es, que no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique conscientemente el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que se es titular. Quienes ni siquiera adopten esta medida de protección quedarán sin la protección penal o al menos, la verán disminuida (Silva, 1989: p. 642).

Esta es la responsabilidad del autor atenuada, por ejemplo, cuando la víctima realice actos de “provocación” no constitutivos de agresión, de provocación sexual, como hipótesis explicativa se ofrece que: la conducta dolosa y responsable del autor “provocado” impide la imputación del hecho a la víctima y es fundamento de su atribución al autor. Puede ir variando en los casos en que la provocación sea tan intensa, en combinación con otros factores de su personalidad lo hagan total o parcialmente irresponsable. En este último caso, el autor podría quedar impune, y el hecho sería atribuible plenamente a la víctima, ejemplo: seducción de un semiimputable por una mujer, a la que aquel acaba forzando (Silva, 1989: p. 644). Nosotros ilustramos como ejemplo nuestro caso, en el que el hecho se lo podemos imputar a la víctima cuando pone altos montos de dineros en manos de inescrupulosos sin una debida atención de las prevenciones básicas a tomar.

## **7.) IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU RELACIÓN CON EL ACTUAR DE LA VÍCTIMA.**

El tema que hemos ido desarrollando relacionado con la importancia de la conducta víctima en la determinación de la responsabilidad del sujeto activo hay que abordarlo como un problema de imputación objetiva y para ello es necesario dar una definición de qué se entiende por imputación y a que se refiere su carácter de objetivo.

“La llamada imputación objetiva nace en el contexto de los delitos de resultado material frente a los problemas que experimentaba la relación causal, al buscar

establecer responsabilidad desde consideraciones fácticas” (Vargas, 2014: p. 351). Por otra parte, “la imputación objetiva no es otra cosa que un conjunto de instrumentos conceptuales necesarios para llevar a cabo, sin excesivos costes para la inseguridad jurídica, esa labor hermenéutica”. (Tamarit, 1998: p. 101).

Lo que busca esta teoría es otorgar un cambio de paradigma debido a que combate el finalismo porque no resuelve el nexo objetivo entre acción y resultado, por tanto, propone el uso de criterios normativos mediante los cuales se le atribuye un sentido social típico. La imputación objetiva está estrictamente relacionada con la teoría funcionalista, ella ataca el punto de partida del finalismo, porque éste parte de los supuestos de acción y resultado.

También es necesario advertir que abordar esta teoría es de suma complejidad, por lo cual resulta necesario ir al origen de los planteamientos propuestos por ella, ver en qué casos es aplicable y cuál es la relación con los tipos de defraudaciones que son el objetivo de nuestra investigación.

“Las bases originales de la teoría de la imputación objetiva son fundamentalmente tres: el escrito de Dissertation de Karl Larenz, del año 1927, el artículo sobre causalidad e imputación objetiva de Richard Honig, de 1930 y las reflexiones de Claus Roxin sobre la problemática de la imputación en Derecho penal, del año 1970”. (Rojas, 2010: pp. 233-254).

#### **7.1. Planteamiento de Karl Larenz.**

“El planteamiento de Larenz tiene una orientación filosófica, construyendo su concepto de imputación objetiva sobre la base del sistema filosófico de Hegel” (Rojas, 2010: pp. 233-254), para quien la imputación es el reconocimiento del individuo como sujeto y espíritu por el derecho, que valora su hacer como hecho de libertad. La imputación objetiva responde a la pregunta sobre qué se puede atribuir al sujeto como su acción por la cual se hace responsable, siendo posible responder sin un juicio de valor, sin considerar atributos individuales del autor, sólo un juicio sobre una relación objetiva sobre si un hecho es de un sujeto. En este sentido, “la asignación al autor de su obra refleja una idea de pertenencia o propiedad que puede explicar esa conexión final con la culpabilidad. Esta referencia al sujeto todavía mira a la conducta y puede diferenciarse del juicio dirigido a la persona” (Vargas, 2014: p.352).

Acción es la unidad de la voluntad subjetiva y del ser exterior producido mediante ésta. Casual en la acción es todo aquello que es ajeno a la voluntad, aquello que no fue consciente, donde no existe correspondencia entre voluntad interior y

exterior. Aquí pertenecen las circunstancias externas respecto de las cuales la acción influye, pero que el actor no ha previsto completamente, como en el caso de un sujeto que aprieta el gatillo de una escopeta que creía descargada, cuando estaba cargada. (Rojas, 2010: pp. 233-254). Diferenciar el hecho propio de la casualidad es la tarea de la imputación objetiva. Esta tarea debe ejecutarse en base al conocimiento de la autenticidad de la causalidad de la voluntad como causalidad final. “La imputación objetiva no se reduce a lo efectivamente previsto por el autor, sino que convierte la posibilidad de la previsión en principio de imputación” (Rojas, 2010: pp. 233-254).

Las consecuencias del hecho pueden ser casuales en relación al sujeto actuante, pues el encuentro de las distintas circunstancias puede ocurrir con independencia de su voluntad. No se trata entonces de la pregunta, si la consecuencia como tal era posible, sino de si su previsión le era posible al autor; pues, esta posibilidad del conocimiento es la posibilidad propia del sujeto. Las consecuencias, cuya previsión le era posible al autor, caen en el ámbito de su voluntad, lo cual justifica su imputación. Sin embargo, este juicio de posibilidad es un juicio objetivo, en tanto las peculiaridades individuales del autor no son consideradas; la posibilidad de la previsión del autor se mide según un parámetro objetivo y general, el del hombre cuidadoso. (Rojas, 2010: pp. 233-254).

#### 7.2. Primera formulación dogmática por Richard Honig.

De partida, se hace alusión a que la teoría de la causalidad se encuentra en crisis. Honing reconoce en el planteamiento de Larenz un fundamento filosófico plausible, sin embargo, se propone desarrollar el concepto de imputación objetiva desde los principios generales de la teoría del Derecho

El juicio de imputación tiene relación con la voluntad que tenemos como personas de realizar conductas humanas que tienden a un fin. Por medio de las conductas humanas, las personas intervienen en los procesos naturales. En este sentido, “imputable es aquel resultado que puede ser pensado como puesto finalmente”. (Rojas, 2010: pp. 233-254). Se trata de un juicio objetivo, pues no se pronuncia sobre la relación psíquica del autor con el resultado, sino que trata más bien sobre las capacidades potenciales que detenta el agente. En cuanto se hace la consulta por la tipicidad, en opinión de Honig, “no contiene una restricción de la responsabilidad, sino que determina el objeto de valoración y, con ello, el fundamento de la responsabilidad”. (Rojas, 2010: pp. 233-254). De ahí que el criterio para la imputabilidad del resultado sea la *perseguibilidad objetiva*.

### 7.3. Perspectiva de Claus Roxin.

La óptica de este autor parte de los enunciados establecidos por Richard Honig. “Roxin delinea criterios concretos de imputación que implican el desarrollo del principio general de la perseguibilidad objetiva propuesto por Honig.” (Rojas, 2010: pp. 233-254).

Los criterios propuestos son los siguientes:

- La disminución del riesgo.
- Creación de un riesgo jurídicamente relevante.
- Rebasamiento del riesgo permitido.
- Ámbito de protección de la norma.

a- La disminución del riesgo: Este criterio significa que “el resultado no se imputa al autor, cuando su conducta estaba dirigida a disminuir la creación del riesgo en relación al afectado.” (Rojas, 2010: pp. 233-254).

b- Creación de un riesgo jurídicamente relevante: “Para su valoración, puede aplicarse el criterio de la previsibilidad objetiva, desarrollado en el ámbito de la imprudencia. Con este criterio, pueden resolverse también los casos de desviación en el curso causal.” (Rojas, 2010: pp. 233-254).

c- Rebasamiento del riesgo permitido: Esto ocurre “cuando el legislador permite correr riesgos en el funcionamiento de instalaciones peligrosas hasta un cierto límite, entonces la imputación puede recién fundamentarse en tanto la conducta del autor implica sobrepasar el riesgo permitido. Si este es el caso, entonces debe imputarse el resultado al sujeto actuante, y ello incluso cuando el resultado probablemente también se hubiere realizado en caso de una conducta exenta de errores.” (Rojas, 2010: pp. 233-254).

d- Ámbito de protección de la norma: “Este criterio proveniente del derecho civil y de carácter puramente normativo, cumple la función de abarcar los casos no comprendidos por los otros criterios, esto es, para casos en que el resultado se realiza como consecuencia de la producción de un riesgo jamás permitida, el cual sin embargo no se imputa, porque el legislador no quiere hacer responsable al sujeto actuante por ello”. (Rojas, 2010: pp. 233-254).

Tomando a modo de recapitulación y para aclarar las ideas, debemos saber que los seres humanos tomamos decisiones, nuestras decisiones se concretan con las acciones y estas acciones generan un resultado. Además, vivimos en grupos sociales y dentro de estos cumplimos un rol, por ejemplo, en una familia podemos ser padres o

hijos, en una empresa nuestro rol puede ser detentar el cargo de jefe, empleado o gerente, en definitiva, cada uno cumple un rol y se espera que cada persona cumpla ese rol de la mejor manera posible o como está normado. Estas acciones y resultados, a lo que cada uno se hace acreedor después de actuar, generan riesgos. Podemos decir que las acciones son las causas y los resultados son los riesgos. Así, dentro de las sociedades se espera que cada uno cumpla su rol, por tanto, están normados comportamientos permitidos y no permitidos y estos van a generar riesgos. Los comportamientos permitidos van a generar riesgos permitidos siempre que se esté cumpliendo la norma, respetando las establecidas y cumpliendo nuestro rol. Pero hay alguien que no observa los comportamientos permitidos, sino que realiza comportamientos no permitidos, por tanto, hay que atribuir los riesgos a alguien e imputar los resultados de esos riesgos no permitidos. Entonces, la teoría de la imputación Objetiva es atribuir los riesgos e imputar los resultados a aquél que los ha creado, con comportamientos no permitidos, riesgos jurídicamente relevantes de una lesión típica de un bien jurídico protegido. Por tanto, todos los comportamientos generan riesgos. Entonces “lo objetivo apunta a los objetos examinados: riesgo prohibido creado y el resultado desaprobado, que se vinculan normativamente en cuanto ese riesgo se concreta en la afectación producida. Es la consideración de riesgo en la citada relación de riesgo la que destaca la dimensión objetiva del nexo”. (Vargas, 2014: p. 355).

Con el transcurso de nuestra investigación, nos hemos podido percatar que los supuestos más claros de acciones que pueden traer consecuencias jurídico- penales que son relevantes para la teoría de la imputación objetiva son los relacionados con accidentes de tránsito en los cuales se aprecian concurrencia de culpas en hipótesis, a modo de ejemplo, en que un conductor de un vehículo puede estar conduciendo bajo la influencia del alcohol, por tanto no respeta las normativas del tránsito y la conducta de un peatón que también se encuentra bajo los efectos del alcohol y procede a cruzar una avenida por un sector no habilitado para el tránsito peatonal. Producto de ello hay una colisión entre el automóvil y el peatón, lo cual provoca la muerte de éste. En relación con este tipo de conductas, la jurisprudencia en nuestro país ha ido variando, desde señalar que existe una nula relevancia de la conducta de la víctima hasta señalar que existe una relevancia total del comportamiento de la víctima.

En el primer caso, considerando que no hay relevancia en la conducta de la víctima, la Corte de Apelaciones de la Serena señaló que en un supuesto de “causas

concurrentes” al señalar que “la imprudencia de la víctima no libera de responsabilidad al conductor del vehículo, porque en materia penal la ley no autoriza la compensación de la culpa, ya que no existe una disposición similar a la del artículo 2330 del Código Civil (Rol 222- 2012). “Con similares argumentos la STOP de Santiago (3°) de junio de 2013 en el caso de Johnny Herrera declara la irrelevancia de la conducta de la víctima, que no sería la “causa basal o determinante” a pesar de que sí admite la infracción normativa”. (Vargas, 2014: p. 346).

En el otro sentido, esto es señalando la relevancia total del comportamiento de la víctima, existen pronunciamientos de los tribunales en los cuales, si nos guiamos por los enunciados de la teoría de la imputación objetiva, las víctimas aumentan o crean riesgos que no se encuentran permitidos, es decir, si estas víctimas hubieran respetado las reglas del tránsito, ese riesgo no permitido no hubiese sido creado. “La idea parece más clara en la Sentencia del Tribunal Oral de Concepción de 27 de mayo de 2011 (Ruc: 0900628543-8) donde se advierte la concurrencia de “dos riesgos jurídicamente relevantes”, un peatón que transita incumpliendo las leyes del tránsito y un conductor que lo hace bajo la influencia del alcohol, con clara infracción normativa. Expresa que “será condición necesaria de imputación en el sentido de atribución de responsabilidad, establecer cuál de ellos dos materializó el resultado.” Además, continúa “no parece razonable imputar como conducta típica aquella que *ex ante* no aumentó en forma relevante el riesgo de producción del resultado, el que no se habría materializado, en definitiva, de respetar la víctima las condiciones de tránsito vehicular, creando un riesgo no permitido e imprevisible para los conductores.” (Vargas, 2014: p. 349).

La teoría de la imputación objetiva ha provocado gran discusión dentro del mundo de la dogmática penal. Si bien es cierto, señalamos los ejemplos más claros en que se plasma esta teoría, sobre todo en conductas que atentan contra bienes jurídicos como la vida de las personas, pero hay autores que ponen énfasis en que este postulado es aplicable a delitos que nos importan directamente por la investigación de conductas que afectan el patrimonio como lo es la estafa, en la cual el profesor Héctor Hernández señala inclusive que “en el caso de la estafa lo que en rigor llama la atención no es tanto el desembarco del normativismo en sus playas, sino más bien el relativo rezago del mismo.” (2010: pp. 9-41). Es más, Héctor Hernández citando dentro de su artículo a Silva Sánchez, expone los fundamentos de por qué es posible este ámbito de normativización en los delitos de estafa, en el cual expone: "Son varias las razones por las que parece posible afirmar que precisamente este ámbito puede constituir uno de los

más aptos para la normativización que propone la doctrina de la imputación objetiva. En primer lugar, el alejamiento de los ‘delitos de sangre’ permite obviar con mayor facilidad algunos de los obstáculos emocionales que el dogma causalista (y el complementario dogma subjetivista) oponen, en el homicidio o las lesiones, a una mayor normativización. En segundo lugar, el conflicto entre esferas patrimoniales (‘libertades’ económicas) característico de estos delitos constituye, por su menor anclaje naturalístico, un espacio idóneo para la reflexión normativista sobre cuáles han de ser las fronteras entre las libertades jurídico-penalmente irrelevantes de los sujetos activos y las libertades jurídico-penalmente garantizadas de los sujetos pasivos. En donde los papeles de sujeto activo y sujeto pasivo se ven, por lo demás, constantemente intercambiados en las diversas interacciones económicas. En tercer lugar, buena parte de los delitos patrimoniales fraudulentos tienen lugar en contextos ya de por sí fuertemente normativizados por la existencia de regulaciones jurídicas extrapenales que definen con cierta precisión las respectivas esferas de competencia” (2010: pp. 9-41). Por tanto, podemos concluir que los ejemplos más clásicos para tratar la imputación objetiva son los delitos contra la vida, pero existen autores como Héctor Hernández que señalan cómo esta teoría ha llegado a abarcar en el ámbito de las defraudaciones, específicamente en el delito de estafa.

Volviendo a lo que se extrajo de autores como Tatiana Vargas, se puede apreciar que en cuanto a la conducta en que las víctimas crean comportamientos no permitidos, la jurisprudencia en nuestro país no es unánime a la hora de imputar la responsabilidad. Si bien es cierto, este tipo de conductas que se han analizado corresponden a acciones, como se señaló en el párrafo anterior, que pueden provocar la lesión de bienes jurídicos como la vida y la salud individual, los cuales, no están relacionados con los tipos penales de nuestra investigación, pero estos casos nos son de utilidad para analizar el cómo la conducta de las víctimas en los delitos de defraudaciones aumentaron los riesgos prohibidos, los cuales son en principio atribuidos al agente, en este sentido, a las empresas de mecánica piramidal. Estas empresas actúan creando un riesgo, que por los demás no discutiremos el hecho de que no es permitido, sino que la óptica que debemos tener es en el sujeto que interactúa con estas empresas, que se informa y toma decisiones de tal magnitud que dispone de su patrimonio y en muchas oportunidades en grandes cantidades, afectando su calidad de vida. La manera en que se relaciona con estas empresas de inversiones es negligente, concurre una acción en la cual no mide los resultados que puede provocar una decisión de disposición patrimonial, por tanto, se

puede observar que la conducta de los sujetos pasivos en estos casos aumenta el riesgo que no está permitido el cual deriva en un resultado de riesgos que se encuentran prohibidos, concurriendo su culpa para que la disposición normativa en los delitos de defraudaciones, en particular el de estafa, se lleguen a consumir.

Con otras palabras y a modo de sintetizar esta compleja teoría, Bernardo Feijóo Sánchez plantea una interrogante la que consiste en si “la imputación objetiva se ocuparía de la siguiente cuestión: ¿A quién incumbe o compete primordialmente un determinado hecho?”. (2004: p. 239). El autor hace referencia a las relaciones personales que terminan condicionando los distintos tipos de conductas las que conllevan a diversas posibilidades de resultados, lo cual tiene como importancia la determinación de los ciudadanos en circunstancias y momentos determinados, es decir, el ámbito de libertad que detentan en sociedad y que no han sido estudiadas de manera tan profunda por la dogmática del derecho punitivo. En este apartado señala: “esa dinamicidad de las relaciones sociales plantea una problemática que tampoco ha sido correctamente tratada por la literatura jurídico- penal tradicional, apegada a definir como injusto la causación de la lesión de un Derecho Penal, no es una institución para optimizar bienes, sino la libertad general. De acuerdo con esta idea, los límites de la libertad organizativa de los ciudadanos [...] sino que depende del contexto social global o de las características de una determinada sociedad (lo que empezó a intuir Welzel con su teoría de la adecuación social y el funcionalismo, ha dejado en evidencia mediante la teoría de la imputación objetiva). Ello debe ser aceptado como punto de partida, así como es asumido en general sin muchos problemas que el significado normativo de un comportamiento depende del contexto de la situación concreta.” (Feijóo, 2004: p. 240).

En cuanto a la adopción del principio victimológico, no implica la necesidad de construir un nuevo concepto de injusto, sino que resulta perfectamente compatible y coherente con una concepción de lo injusto ex ante porque es precisamente al volver la atención sobre el comportamiento de la víctima cuando se advierte que la conducta del autor en sí, no era cuantitativamente relevante (por falta de cantidad de riesgo) o no era cualitativamente relevante (por falta de significación típica, ejemplo era un riesgo permitido, consentido) o si era típica, pero aparecía justificada. Así, cabe perfectamente concluir que un riesgo ex ante (antes de haber podido acceder a la esfera de la víctima) se muestra como perfectamente inocuo para el ciudadano en cuestión (teniendo en cuenta sus posibilidades) es un riesgo típicamente irrelevante, un riesgo que no debe prohibirse bajo pena, si no desea caer en hipertrofias punitivas aunque efectivamente

cause (perspectiva ex post) la lesión del bien jurídico. De esta forma se advierte la oposición existente entre la perspectiva victimológica (interaccionista) y el enfoque tradicional (causalista) de la teoría del delito, que lo entiende como un fenómeno lineal con un autor y una víctima pasiva a la que se causa daño. A la vez se comprueba como los modernos desarrollos de la teoría del delito concuerdan con las observaciones de la “victimodogmática”, así la teoría de la imputación objetiva, a partir de la diferenciación de un momento ex ante (creación de riesgo relevante) y otro ex post (realización de ese riesgo, en el resultado producido) constituye una de las vías más adecuadas para traducir en tesis dogmáticas las consideraciones victimológicas. El análisis del comportamiento de la víctima puede relevar la inexistencia de un injusto típico o la imposibilidad de imputar el resultado concretamente producido a esa conducta antijurídica también en los delitos dolosos. (Silva, 1989: p. 643).

La estafa es el caso más significativo y que ha merecido mayor consideración doctrinal, se ha concluido que en los casos en que la víctima no se encuentra en una plena situación de error, sino en una duda en la que habría que *informarse más* y, no obstante ello, realiza el acto de disposición. (Silva, 1989: p. 644) Ya en la tipificación de estafa del código penal español en su artículo 528, requiere un “engaño bastante para producir error”, de esta forma las perspectivas de imputación objetiva y del enfoque victimológico coinciden en su delimitación de las aportaciones del autor y de la víctima a la lesión del bien jurídico. Así, la puesta de manifiesto de la víctima puede conducir en ciertos casos a negar el propio injusto de la conducta en el hecho del autor y en otros a negar la imputación del resultado al referido hecho, es decir, en unos casos cabrá apreciar solo una tentativa punible al autor, y en otros, ni siquiera eso. (Silva, 1989: p. 645).

En efecto, en el ordenamiento jurídico español en el caso de la estafa, si un engaño aparece ex ante como no-bastante para producir error, nos hallamos ante una conducta atípica y la posterior realización por parte de la víctima de un acto de disposición que la perjudique no puede modificar tal calificación.

## **8.) PRINCIPIOS CIVILES.**

Para enriquecer nuestra hipótesis veremos un acápite sobre los principios civiles que podríamos enarbolar para reforzar nuestra idea sobre cómo la culpa de la víctima puede atenuar o incluso de eximir de responsabilidad al que comete el delito, ahora

hablaremos del que genera el daño. Si recurrimos a clásicos manuales de derecho civil, analizamos cómo tratan los autores la extensión del daño en materia de responsabilidad extracontractual, puesto que hay un artículo que nos puede servir para valernos del principio que hay detrás. El artículo sería el 2330 del código civil que prescribe “Art. 2330: La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Si existe este criterio extracontractualmente, con mayor razón debe aplicarse si mediere un contrato en el que hay acuerdo de voluntades.

Por un lado, el profesor Rodríguez Grez señala que “la extensión de la indemnización puede reducirse, cuando el daño se debió también o parcialmente a culpa de la víctima: artículo 2330. La culpa de la víctima, si bien no libera de responsabilidad al autor, si la atenúa.” En definitiva, la culpa mutua del autor y de la víctima del daño, impone una compensación de las culpas. La responsabilidad será compartida, aún cuando en proporciones diferentes, dependiendo de la gravedad de la culpa de cada cual. La culpa más grave absorberá a la más leve, respondiendo el que incurrió en la primera, por lo que exceda la segunda.” Si lo extrapolamos en materia penal, debería haber una atenuación de responsabilidad a lo menos para el sujeto activo.

Pero tenemos en materia de indemnización, otra visión por parte del profesor Enrique Barros, en su acápite “culpa de la víctima como causa excluyente de la ocurrencia del daño”, señala: “La culpa de la víctima puede intervenir de tal modo en el nexo causal, que el hecho ilícito inicial resulte insignificante, y en consecuencia, deje de ser considerado causa determinante del daño”, luego “El efecto de la ausencia de relación causal jurídicamente relevante entre el hecho y el daño, no es la atenuación de la responsabilidad en los términos del artículo 2330, sino la exención.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, al expresar que “la exención se produce cuando la causa eficiente, principal o determinante del perjuicio proviene del hecho negligente o de la omisión del perjudicado”, pues en este caso “queda descartada la responsabilidad del demandado porque la culpa del demandante absorbe la de aquél”. Valiéndonos de lo que señala el profesor Barros, de comprobarse que hay culpa de la víctima y que pueda intervenir en el nexo causal entre el hecho y el daño, lo que corresponde no es la atenuación, sino la exención, y podemos extrapolar este criterio o principio en materia penal. De éste modo el sujeto activo debe estar sujeto a una eximente de responsabilidad, de comprobarse la imprudencia, culpa o dolo de la víctima en la realización o comisión de un hecho ilícito.

En nuestro caso, como es un delito que tiene una faz civil, se podría extrapolar porque son criterios o principios similares. Tan así que ha sido esgrimido en la jurisprudencia, siendo rechazado porque no hay una norma en el ordenamiento jurídico penal como el artículo 2330 del Código Civil (Vargas, 2014: p. 345). A nuestro modo de ver, sería conveniente desde un punto de vista de política criminal una norma que permita reducir la apreciación del daño si la víctima se expuso imprudentemente a él en materia penal ya sea de forma de eximente, o atenuante.

### **CAPÍTULO III: CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

Hemos señalado a lo largo de nuestra investigación que para la concurrencia de un delito, es necesaria la participación de los sujetos involucrados, es decir, que no todas las acciones realizadas para llegar a la consumación del delito corresponden al sujeto activo, por tanto, el sujeto pasivo algo tuvo que hacer para verse inmiscuido y resultar afectado. En lo que corresponde a los delitos de defraudaciones, el sujeto pasivo dispone de su bien, el cual también puede ser derechos o dinero y lo entrega a el sujeto activo, quien una vez detentando el bien se apropia de éste o lo distrae, entendiéndose por esto que el sujeto activo busca dar un fin distinto al que se pretendía, dar un uso diferente del que se había previsto. Esta persona que recibe el bien, lo hace en virtud de un título que contiene la obligación de entregar, restituir o devolver, afectando de esta manera el derecho patrimonial. Lo anterior desde el delito de la apropiación indebida, pero puede también darse que el sujeto activo obtenga un crédito, derecho, dinero, por parte del sujeto pasivo, mediando engaño, o abuso de confianza, que también lo puede hacer en virtud de un título, pero engañando respecto de la sustancia, cantidad, o calidad de las cosas entregadas u ofrecidas y de esta manera induciendo al error del sujeto pasivo, provocando un perjuicio económico, en este caso hablamos de estafa.

Hasta aquí parece que no debería resistir mayor análisis, pero en la práctica es mucho más complejo de lo que parece. Mucho se ha escrito que en el sujeto que comete el delito deben existir en su fuero interno distintos tipos de ánimos, los cuales son importantes para llevar a cabo la comisión del delito tanto el ánimo de lucro como el de apropiación, pero el enfoque de nuestro trabajo de investigación rompe con esa línea y le da un giro al enfoque tradicional y se analiza respecto de la víctima o sujeto pasivo.

Lo que queremos analizar son las conductas que realiza la persona que se ve afectada por el resultado del delito, cómo participó, y los resultados que esperaban de la

ejecución de sus actos. En el caso en concreto, nuestra investigación postula que en los delitos de fraudes de mecánica piramidal, las empresas ofrecían a sus inversores tasas de devoluciones tan altas que al criterio simple y común de una persona que tiene un cuidado promedio de una persona diligente, se hubiere percatado de que estos controladores estarían omitiendo algún requisito para obtener réditos tan altos.

Muchas personas con el afán de adquirir ganancias con el menor esfuerzo posible, invirtieron todos sus ahorros, sin siquiera revisar las tasas normales del mercado, y sin preocuparse a lo largo del tiempo de cómo iban fluctuando sus acciones, evidenciando gran pasividad y de esta forma dando oportunidad a que estas empresas se apropien de dichas inversiones, todo esto dentro de un marco legal en el cual los sujetos pasivos entregaron a las empresas sus dineros en virtud de un título, en el cual, habiendo deber de restituir, se adquiere el dominio de lo invertido.

Relacionado con esto, anteriormente nos referimos al principio victimológico, el cual es el que nos permite el cambio en el enfoque en los delitos visto desde el abanico de posibilidades que se abre al analizarlo del cariz de la víctima, dónde “algunos de los autores optaban por soluciones moderadas, admitiendo que la contribución de la víctima a la provocación del hecho se pudiera traducir no en la impunidad del autor, sino en una disminución de la penalidad”. (Tamarit, 1998: p. 158).

¿Por qué nos atrevemos a señalar que la víctima contribuyó a la provocación del hecho? Con contribución nos referimos al actuar del sujeto pasivo, el cual también puede ser una omisión, la cual se verificaría desde el acto inicial en el cual las personas que invirtieron en estas empresas, lo hacen a sabiendas de las grandes tasas de interés que bordeaban del 5% hasta el 10%. Creemos que las personas actúan con falta de cuidado, o falta de diligencia mínima al no encontrarse informados, siendo de conocimiento público y notorio, que las entidades bancarias, las cuales están sujetas a distintas leyes y reglamentos, tienen tasas de interés que no superan el 0,4%, por tanto, el actuar de las personas realizando grandes inversiones es negligente, sea por motivaciones ambiciosas o por ignorancia. Posteriormente esta conducta se mantiene en el tiempo debido a que las personas esperan con pasividad que se generen los excedentes. En el contexto del dinamismo de las relaciones mercantiles “será en principio tarea del destinatario de la información—a reserva de una posible redefinición de los deberes en juego— verificar su corrección en todo lo concerniente a sus propias circunstancias económicas y jurídicas, así como en lo referido a las condiciones generales del mercado y a los aspectos jurídicos y económicos de la relación, salvo en

casos excepcionales en que no tenga accesibilidad normativa a dicha información, ya porque el acceso está restringido a la contraparte, ya porque tiene solo accesibilidad formal, pero le faltan los conocimientos para comprender la información. Ahora bien, respecto de las circunstancias propias del potencial autor, contra lo que pudiera esperarse, la distribución del riesgo (y de los deberes) es fundamentalmente la misma, pues también depende de la accesibilidad normativa de la víctima.” (Hernández, 2010: 9-41).

Es importante a la hora de analizar estas conductas que en el derecho foráneo, no tan sólo desde el punto de vista doctrinario, sino desde las cúspides de los tribunales de países extranjeros han tomado otros caminos, así “se ha ido imponiendo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una tendencia hacia una mentalidad compensatoria respecto al delito imprudente. Tras insistir que en lo penal no cabe la compensación de culpas (criterio con base en el cual se procede a una reducción del *quantum* indemnizatorio proporcional a la culpa concurrente de la víctima), se ha dado lugar a una modificación en la calificación de la gravedad de la imprudencia [...] cuando en la producción del resultado típico ha tenido también un papel relevante la negligencia de la víctima (Tamarit, 1998: p. 158).

También se entiende que la conducta que emplean las víctimas puede llegar a influir de manera tal, debido a que se puede interpretar que hay interferencia culposa de parte de quien se ve perjudicado, esto por la falta de leer información básica a la hora de invertir, el afán de obtener mayores rentas con esfuerzos mínimos y la falta de educación financiera, confluyen para que se pueda considerar que el actuar de las personas en estos hechos al menos atenúa la responsabilidad penal de quienes fueron imputados por los delitos de “estafas piramidales”. Como señala Héctor Hernández "en este ámbito, en primer lugar, el autor tiene el deber de informar a la víctima sobre las informaciones normativamente inaccesibles para esta última. En segundo lugar, la omisión por el autor de informaciones normativamente accesibles a la víctima es un comportamiento permitido. En tercer lugar, la víctima no debe, en principio, confiar en afirmaciones del autor sobre informaciones que le incumbe a ella averiguar; por ejemplo, si el solicitante de un crédito comunica a la entidad bancaria que el inmueble que ofrece como garantía está libre de gravámenes, la entidad de crédito no debe confiar en tales afirmaciones porque le incumbe a ella averiguar la información en cuestión"(2010: 9-41).

Entrando al área de la atenuación de la pena, tendríamos que revisar los diferentes estadios respecto a la teoría del delito, en cuanto a la relación con la tipicidad, “por cuanto no cabe plantear la existencia de situaciones intermedias entre la tipicidad y la atipicidad [...], lo único que podrá concluirse es la relevancia típica o no de la conducta”. (Tamarit, 1998: p.163).

Según el profesor Tamarit Sumalla, “la única posibilidad existente para aceptar una moderación del reproche vendría dada por una previa decisión sobre la menor gravedad de la infracción de la norma de cuidado, que se traduciría en una menor culpabilidad, lo cual nos obliga a plantear la cuestión en sede de injusto”. (1998: p. 164). A lo que se quiere llegar es convencer sobre que la concurrencia de la responsabilidad del sujeto pasivo que invirtió en los esquemas piramidales, haría menos grave la responsabilidad de quienes son en este caso los sujetos activos.

Lo que pregonamos, es la atenuación de la responsabilidad penal al existir concurrencia de culpa por parte del sujeto pasivo, por el exceso de confianza y la falta de cuidado en el empleo de sus negocios y no actuar con cautela a la hora de tomar decisiones tan importantes como invertir, de manera lícita, en estas empresas que posteriormente, se apropiaron de los dineros que confiaron tantas personas en el país.

Junto a ello debe primar el principio de autorresponsabilidad, y que debe inspirar por un lado reformas legislativas, desde una perspectiva de lege ferenda, y por otro presidir la tarea interpretativa de los tipos, propiciando restricciones teleológicas de los mismos, con la consiguiente exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo penalmente relevante, desde perspectiva lege lata. (Silva, 1989: p. 637).

Ahora, en cuanto a la forma que el sujeto pasivo sea disuadido de ejercer una conducta irresponsable o que en el sujeto activo no sea extraordinariamente onerosa la afectación que tenga producto de una actividad en la que el sujeto pasivo también participa, es que nos parece razonable configurar una atenuante de responsabilidad penal para con el sujeto activo. En el camino ya hemos analizando algunas posibilidades, como también algunos principios inspiradores que señala la doctrina, y en eso encontramos a Hillenkamp que señala que el comportamiento de la víctima puede provocar la disminución del grado de dañosidad social de la conducta del autor o la disminución de reproche propio de la culpabilidad (Reyna, 2006: p. 138).

En este escenario nos ponemos nosotros, si en el caso que en las empresas de mecánica piramidal donde media la irresponsabilidad del sujeto pasivo, el derecho

penal, definitivamente debe o no prestar las fórmulas o herramientas jurídicas para que el sujeto pasivo busque el sujeto activo lo repare por los daños.

Del punto de vista de resarcir el daño, antes que eso tenemos al Derecho Penal que puede proteger o no un determinado bien jurídico, vemos que en esta figura la víctima con protección penal, o sin ella, no se ve protegida porque en la primera, de obtener un juicio a favor, lograr resarcir el daño se ve muy complejo y en la segunda, es lógico que sin una categoría penal no habría delito.

Por tanto, tenemos dos opciones para resolver este problema que ya se está viendo con habitualidad: seguir protegiendo al sujeto pasivo en éstas figuras delictivas con resultados inciertos, con una dudosa participación no culposa o inocente del sujeto pasivo; o por otro lado, no protegerlo en éstas dinámicas delictivas cuando la víctima se expuso al riesgo o media culpa por parte de él. Entonces, al no protegerlo el resultado es relativamente claro, no tendrá protección penal porque no se configura la categoría penal, y esto se podrá dar mediante una eximente de responsabilidad; o si lo hacemos como planteamos en la hipótesis inicial con una atenuante de responsabilidad; o bien, que no se configure el tipo penal cuando se interprete mediante principio victimológico y de autorresponsabilidad; pero con la posibilidad, de que dicho delito no se cometa, porque a dicho sujeto pasivo, el ordenamiento jurídico penal no le brindará herramientas para lograr resarcir el daño que se genera, y de esta forma, también es un incentivo para que este tipo de figuras de empresas de estructura piramidal como Arcano, AC Inversions, no sigan prosperando.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

Luego de la investigación que hemos realizado, podemos llegar a varias conclusiones a partir de nuestra hipótesis inicial que señala “El exceso de confianza o negligencia por parte del sujeto pasivo, puede ser una atenuante de la responsabilidad penal en los delitos de defraudaciones.”

Primero, podemos señalar que es una tesina de política criminal, puesto que busca una solución jurídica más profunda, que en última instancia encuentra cabida en la doctrina, ya sea en el derecho foráneo, jurisprudencia comparada y nacional reciente, mas no una contemplación en nuestro ordenamiento jurídico penal, por tanto, vendría a dar una propuesta jurídica encaminada en buscar solución a una realidad país donde hay un crecimiento exponencial de delitos económicos en los últimos años y que afecta a un

número no menor de ciudadanos, coherente también con nuestro crecimiento económico y el aumento de aspiraciones por parte de los ciudadanos, las cuales tampoco pueden ser complacidas a cualquier costo. Entonces ante la problemática que identificamos, una salida posible es aplicar los principios expuestos, las teorías de imputación, y la teoría victimodogmática, para así resguardar los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, y esto es, protegiendo a los individuos de una manera distinta como lo hace el sistema penal actual, que se fija sólo en la consecuencia jurídica de cumplirse el tipo penal sin considerar las actuaciones que propicien la comisión del delito.

Es pertinente señalar que nuestra hipótesis que analiza los delitos cometidos en el contexto de las estafas piramidales, tendrá respuestas concretas cuando salgan a la luz las sentencias de los casos ac inversions, arcano, entre otros, pero que en base a nuestra investigación podemos prever posibles resoluciones de esos casos porque nuestro legislador no ha hecho una prevención victimológica, ni de imputación objetiva, que nos haga pensar que pueda recoger de algún lado esta teoría, porque ni de la estafa, ni de la apropiación indebida podríamos colegir que hay una expresión que haga recaer una carga en la víctima, o que se haga un análisis ex ante respecto de la actuación de la víctima, ni tampoco ha establecido eximentes ni atenuantes de responsabilidad para el sujeto activo cuando concurriere culpa del sujeto pasivo. Aún así, sin tener acceso a dichas carpetas podemos avizorar los resultados, puesto que el juez no podría actuar contra legem mientras no haya un cambio legislativo y de paradigma en la comprensión de éstos delitos.

En otro aspecto, debemos señalar que para poder esquematizar consecuencias jurídicas que den una salida a nuestra postura, es menester dar una mirada al derecho foráneo, analizando lo que aparece en otros códigos penales como el español, que en su artículo 21 fija las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, la cual contempla el numeral séptimo que expresa: “cualquier otra circunstancia de análoga situación que las anteriores”.

Si bien es cierto, nuestro Código Penal no contempla una atenuante que produciría una apertura al momento de ponderar la calificación jurídica, consideramos que se requiere de una reforma legislativa para incluir, al menos, otra circunstancia atenuante de responsabilidad que sirva de punto de partida al momento de ponderar las responsabilidades en que han incurrido las personas que se han visto afectadas por su falta de cuidado en esta categoría de ilícitos.

Para finalizar, creemos necesario ilustrar la opinión del abogado penalista peruano, el cual señala en un artículo que la víctima en el Derecho Penal de Perú se encuentra cada vez menos protegida ante la ignorancia en la disposición patrimonial de las víctimas. En él señala: “Pero la trama siempre termina igual, el sueño se convierte en pesadilla, los últimos inversores, los reenganchados y finalmente captados no recuperan su dinero, la pirámide financiera se derrumba. Y como en los casos como CLAE (con más de 200.000 afectados), Inverplan, Inter Trade Corporation o World Capital Market, los hechos llegan a los tribunales. La Superintendencia de Banca y Seguros denuncia a quienes han captado dinero del público sin su autorización (artículo 246 del Código Penal), pero ello no garantiza la restitución del ahorro a sus dueños, los afectados suelen denunciar que han sido engañados con el cuento de ¿la junta?, ¿el pandero? o ¿el fondo solidario?, y esperan que los autores sean condenados por el delito de estafa (artículo 196 del Código Penal)[...] la jurisprudencia peruana es cada vez más exigente con las víctimas. Se espera que estas actúen con una mínima diligencia, con el cuidado debido en la administración de sus bienes. Si compras un carro de segunda mano sin una revisión mecánica previa y luego sucede que el motor requiere una costosa reparación, o si compras un inmueble sin darte cuenta de que, según los registros públicos, está hipotecado o ya no le pertenece al vendedor, entonces has actuado de forma negligente, de modo indiferente frente al riesgo de salir perjudicado en el negocio o con una ¿ignorancia deliberada?”(Caro, 2016).

Misma impresión nos deja respecto a la opinión de estafas piramidales, que es respecto a lo que se enfoca nuestra investigación, en la cual se señala: “Lo mismo cabe decir en la estafas piramidales. Salvo un verdadero milagro divino, los peces y los panes no se multiplican solos, un ahorrista, un inversor, tiene el deber de preguntarse a quién le da su dinero, con qué garantías, si el negocio es lícito, si está autorizado por el Estado o, simplemente, ¿cuál es el milagro detrás de las altas tasas de rendimiento? Así por ejemplo, la Sala Penal Nacional (Expediente N° 127-09) rechazó en el 2010 el caso de estafa de quien aportó US\$127.100 a la comunidad cristiana Pare de Sufrir a cambio de una “cura divina y sanidad” que jamás le llegó, y ello porque la víctima fue negligente en la protección de su patrimonio”. (Caro, 2016).

En consecuencia, si bien es cierto que nuestro trabajo de investigación es poco abordado en el ámbito nacional, se puede presagiar ciertas respuestas que consideramos son necesarias de revisar en otros Ordenamientos Jurídicos para adoptarlos, y de ésta forma originar un cambio de paradigma que gatille en reformas legislativas que ayuden

a afrontar de manera más eficiente y justa, estas situaciones que han crecido en los últimos años en nuestro país, y que seguirán creciendo de no establecer soluciones en el corto plazo.

## V. REFERENCIAS:

- Aguirre, B. & Ibarra, V. (2016). *15 interrogantes sobre AC Inversiones, el caso que remece al sistema financiero local*. marzo 06, 2016, de El Mercurio, Economía y Negocios Sitio web: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=231784>
- Carvajal, C., Vargas, C. & Yob, C. (2016). *Cinco alertas a entidades advertían desde 2014 sobre posible estafa piramidal de AC Inversiones*. Marzo 07, 2016, de El Mercurio, Economía y Negocios Sitio web: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=232254>.
- Balmaceda, G. (2011). *El delito de estafa en la jurisprudencia chilena*. Revista de Derecho (Valdivia), XXIV N°1, 59-85.
- Barros, E. (2001). *Curso de Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Extracontractual*. Universidad de Chile: Universidad de Chile.
- Banco de Chile. (2016). *Tasas y comisiones*. diciembre 9, 2016, de Banco de Chile Sitio web: <http://ww3.bancochile.cl/wps/wcm/connect/personas/portal/ayuda/tasascomisionesbchile-2016>
- Banchile Inversiones. (2016). *Cómo detectar y protegerse de las estafas en inversiones*. diciembre 9, 2016, de Banchile Inversiones Sitio web: <http://www.inviertobien.com/guia-del-inversionista/como-detectar-identificar-y-protegerse-de-las-estafas-en-inversiones/>
- Caro Coria, D. (2016). *¿Víctima de una estafa piramidal?*. Perú. Sitio web: <https://app.vlex.com/#WW/vid/645242933>.
- Cueto Etcheberry, G. (2005). *El delito de apropiación indebida*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Feijóo Sánchez, B. (2004). *¿Imputación a la víctima que provoca a su agresor?* En Dogmática y Ley Penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo (235-252). España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

- Garrido Montt, M. (2001). Derecho Penal, parte especial. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Godoy Mercado, M. (2016). *La estafa AC Inversions explicada con manzanitas*. marzo 3, 2016, de Economía para todos Sitio web: <https://economiatodos.cl/2016/03/03/la-estafa-de-ac-inversions-explicada-con-manzanitas/>
- González Schmessane, Andrea. (2016). *Fiscalía espera que casos Arcano, AC Inversions, e IM Forex destapen nuevas estafas piramidales*. mayo 9, 2016, de El Mercurio Sitio web: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/05/09/801892/Fiscalia-espera-que-casos-Aracano-AC-Inversions-e-IM-Forex-destapen-nuevas-estafas-piramidales.html>
- Hernández Basualto, H. (2001). *Aproximación a la problemática de la Estafa*. En Problemas Actuales de Derecho Penal (pp. 148-189). Universidad Católica de Temuco: Universidad Católica de Temuco.
- Hernández Basualto, Héctor. (2010). Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: Lo que dice y no dice la dogmática. *Revista chilena de derecho*, 37(1), 9-41. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100002>
- Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, pp. 201-258.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. España: Reus.
- Schünemann, B., Alexis Brecht, P., Prittwitz, C., & Fletcher, G. (2006). *La víctima en el sistema penal*. Lima: Grijley.
- Rojas Aguirre, Luis Emilio. (2010). Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿Aporía teórica? *Revista de derecho (Valdivia)*, 23(1), 233-254. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100010>
- Silva Sánchez, J.M. (1989). *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?* introducción al debate sobre la Victimodogmática. En Criminología y Derecho Penal al Servicio de la Persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain (pp. 633-646). San Sebastián, España: Ed. Instituto Vasco de Criminología.
- Schünemann, B. (2002). *Sistema del Derecho Penal y Victimodogmática*. En Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir (159-172). Madrid: ISBN.

- STOP de Concepción de 27 de mayo de 2011, Ruc: 0900628543-8.
- Vargas, Tatiana. *“La “desgraciada” conducta de la víctima: Un problema de imputación”*. *Polit. crim.* Vol. 9, N°18, diciembre 2014.