

ROJAS, Luis Emilio. “Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales”.
Polít. crim. Vol. 12, N° 23 (Julio 2017), Art. 10, pp. 380-408.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A10.pdf]

Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales

Regulatory models in falsehood and patrimonial crimes

Luis Emilio Rojas A.*
Dr. iur. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (LL.M.),
Profesor de Derecho penal
Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado
lurojas@uahurtado.cl

Resumen

La legislación penal vigente en materia de falsedades y de delitos patrimoniales se encuentra manifiestamente desfasada. El presente trabajo aborda este ámbito de la parte especial desde una perspectiva de técnica legislativa. Junto con someter a crítica la legislación vigente, se comentan también críticamente las propuestas formuladas recientemente en los Anteproyectos y en el Proyecto de nuevo Código penal chileno. Este crítica se emprende en aplicación del concepto de *tipo modelo*, acuñado por Joachim Vogel, y revisando los modelos de regulación de la materia que pueden extraerse del Código penal español de 1995, incluida su última reforma en 2015, y del Código penal alemán.

Palabras clave: Falsedades, delitos patrimoniales, legislación penal, tipos modelo.

Zusammenfassung

Die bestehende Strafgesetzgebung der Fälschungs- und Vermögensdelikte ist offenbar nicht mehr zeitgemäss. Der vorliegende Beitrag behandelt dieses Gebiet des Besonderen Teils aus der Sicht der Strafgesetzgebungstechnik. Nebst der Kritik der bestehenden Strafgesetzgebung analysiert der Beitrag ebenso in kritischer Hinsicht die jüngsten Vorentwürfe und der vor kurzem verfasste Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches. Diese Kritik wird anhand des von Joachim Vogel vorgeschlagenen Begriffs des „Tatbestandsmodells“ unternommen und anhand der dem spanischen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1995, einschliesslich der jüngsten Reform aus dem Jahre 2015, und dem deutschen Strafgesetzbuch zugrunde liegenden Regelungsmodelle dieser Delikte bearbeitet.

Stichworte: Fälschungsdelikte, Vermögensdelikte, Strafgesetzgebung, Tatbestandsmodelle.

* Este trabajo se basa en una ponencia del mismo título presentada en el seminario organizado por el Centro de Estudios de Derecho penal y procesal penal Latinoamericano de la Universität Göttingen el 31 de marzo y el 1° de abril de 2015, sobre la reforma penal en Chile.

Introducción.

La relación entre los delitos de falsedad y los delitos de carácter patrimonial es de antigua data. Se remonta históricamente al Derecho penal romano, en cuyo origen se encuentra la *lex Cornelia testamentaria nummaria* del año 81 a.C., que castigaba con la misma pena la falsificación de testamentos y la de monedas¹. Posteriormente, esta misma *lex*, mediante una serie de Senadoconsultos, abarcó otras falsedades documentales e incluso a partir del siglo III, por medio de la jurisprudencia, llegó a extenderse al *estelionato*, aunque éste en un carácter subsidiario y con una pena más leve². Este vínculo histórico permite explicar que Paul Johann Anselm Feuerbach, en su obra sobre el Derecho penal *común* vigente en Alemania a principios del siglo XIX, tratase todavía conjuntamente la falsedad y la estafa³. El deslinde se produjo recién durante ese siglo con el proceso de codificación, mediante el cual se separaron *sistemáticamente*, por una parte, las falsificaciones de diversa índole normalmente bajo el acápite de los delitos contra la fe pública y, por otra, los delitos en perjuicio de los derechos patrimoniales de otra persona⁴. El Código penal chileno de 1874 (en adelante, CPCh), aún vigente, siguió esta regulación sistemática.

A continuación, se somete a valoración crítica la *técnica* legislativa adoptada por el Código penal en la regulación de los delitos de falsificación de monedas y otros medios de pago (arts. 162 y ss.), de las falsedades documentales y de certificados (arts. 193 y ss.), así como de la forma de tipificar las falsificaciones de tarjetas de pago en la Ley 20.009, de 2005. Asimismo, se critica la regulación vigente de los delitos patrimoniales (arts. 467 y ss. CPCh). Dado que el ámbito temático así delimitado es bastante amplio, es menester poner acento en ciertas figuras delictivas, cuya regulación en la legislación penal vigente es particularmente desacertada. Se trata de la regulación, por un lado, de la falsificación de monedas y de otros medios de pago, de las falsedades documentales, y, por el otro, de las estafas, así como de sus relaciones intrasistemáticas. Para emprender esta parte del análisis crítico, se recurre a criterios básicos de una técnica moderna de legislación penal.

Luego, en un acápite comparativo, se estudia la regulación *sistemática* de ambos grupos de delitos en el Código penal español de 1995 (arts. 248 y ss., arts. 386 y ss.; en adelante, CPE) y en el *Strafgesetzbuch* (§§ 146 ff., §§ 263 ff.; en lo sucesivo, StGB). Asimismo, se comenta *críticamente* tanto la propuesta de regulación de estos delitos contenida en el Anteproyecto de Código penal chileno de diciembre de 2005 (arts. 159 y ss., arts. 234 y ss.; en adelante, ACP 2005) como la incluida en el Proyecto de nuevo Código penal presentado en el Congreso Nacional en marzo de 2014 (arts. 330 y ss., arts. 395 y ss.; en lo sucesivo, PCP 2014). Finalmente, se incluye un breve comentario al Anteproyecto de 2015 (arts. 293 y ss., arts. 357 y ss., en adelante ACP 2015).

¹ MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1899, pp. 669 y ss.; D'ORS, Álvaro, “Contribuciones a la historia del ‘crimen falsi’”, en: VV.AA., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milán: Giuffrè, Vol. II, 1969, p. 545 y s.

² MOMMSEN, *Römisches*, cit. nota n° 1, pp. 678 y ss.; D'ORS, “Contribuciones”, cit. nota n° 1, p. 557 y s.

³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Aalen: Scientia Verlag, 1986, (1847), § 410 y ss.

⁴ JAKOBS, Günther, *Urkundenfälschung*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 1 y ss., pp. 5 y ss.

Esta segunda parte del estudio se emprende con la pretensión de buscar modelos de regulación para ambos grupos de delitos. Por *modelo de regulación* se entiende “una regulación típica ideal de un estado de hecho típico, que es lógica, sistemática y teleológicamente coherente”⁵. El estado fáctico típico, que pertenece a un modelo de regulación, se denomina *ámbito regulativo*. En términos dogmáticos, los modelos de regulación contienen *tipos modelo* que, a diferencia de los tipos del Derecho positivo frecuentemente incompletos, no evidencian inconsistencias lógicas, sistemáticas o teleológicas⁶.

Dicho concepto fue acuñado por Joachim Vogel como alternativa a la teoría del bien jurídico y también a la dogmática de los tipos delictivos, frente a la limitación que evidencian estas formas tradicionales de abordar críticamente la legislación penal vigente. El potencial crítico de estas dos perspectivas es muy limitado, porque, por un lado, la primera sirve básicamente para determinar el *objeto* de protección de la norma y aquel sobre el cual recae la realización de la conducta y, por el otro, la segunda esclarece solamente la forma de *ataque* al bien jurídico⁷. Pero, ambas perspectivas en conjunto soslayan aspectos relevantes en el análisis, tales como determinadas calidades del autor, *v.gr.*: los *deberes* especiales a los cuales se encuentra sujeto, y circunstancias fácticas *especiales* definitorias del hecho punible. Un análisis del tipo, en cambio, que se emprenda desde los modelos de regulación, permite incluir al conjunto de todos los elementos del tipo. Al aplicar este método, puede quedar en evidencia que un tipo determinado de la legislación penal vigente, como por ejemplo el § 299 StGB a la sazón analizado por Vogel, se basa en varios modelos de regulación, incluso contradictorios entre sí, dando origen a un “tipo híbrido”. La función del método es, entonces, solamente poner en evidencia estas contradicciones internas, proceder que parece ser más honesto que constreñir, mediante una valoración desde el bien jurídico, a una interpretación unificadora de un tipo en sí contradictorio⁸.

1. Valoración crítica de la legislación penal vigente en materia de falsedades y de delitos patrimoniales.

1.1. Regulación de la falsificación de dinero.

La regulación vigente de los delitos de falsificación de dinero, medios de pago y otros títulos es muy engorrosa, casuística y asistemática. Se divide en tres secciones, todas agrupadas bajo el título IV de los crímenes y simples delitos contra la fe pública. La primera sección se refiere a la moneda falsa (arts. 162 – 171), la segunda abarca la falsificación de títulos como los bonos del Estado, cupones de intereses, obligaciones al portador de la deuda pública de país extranjero, acciones o promesas de acciones de

⁵ El adjetivo *típico* se usa, en relación al sustantivo regulación, en el sentido de la categoría del tipo, y respecto del estado de hecho o ámbito fáctico (“*Sachverhalt*”) en el sentido de habitual o característico.

⁶ VOGEL, Joachim, “Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht –”, en: HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric; MITSCH, Wolfgang; STERNBERG-LIEBEN, Detlev (editores), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2004, p. 398.

⁷ VOGEL, “Wirtschaftskorruption”, cit. nota n° 6, p. 398 y s.

⁸ VOGEL, “Wirtschaftskorruption”, cit. nota n° 6, p. 399 y s.

sociedades anónimas y otros (arts. 172 – 179) y la tercera parte se refiere a la falsificación de sellos del Estado, punzones, cuños o instrumentos para la fabricación de monedas, estampillas, boletas de transporte o de espectáculos públicos y de otros objetos equivalentes (arts. 180 – 192 CPCh). Ya esta larga enumeración solamente de las secciones muestra que la regulación vigente es innecesariamente casuística y engorrosa.

Desde el punto de vista de la *técnica* legislativa, esto es, en una perspectiva netamente formal, la regulación vigente contraviene un criterio básico de *economía* legislativa, que exige precisión y ser conciso tanto en el número de preceptos como en la descripción de la materia abarcada por cada uno⁹. Este principio de economía legislativa no es un fin en sí mismo, sino que es funcional a la capacidad *comunicativa* de las normas y funge como corolario del principio de *legalidad*, ya que una regulación legislativa farragosa dificulta tanto al profano como al técnico del Derecho determinar el alcance de cada prohibición¹⁰. Pues bien, la actual regulación de la materia violenta este principio en sus dos componentes. Primero, porque la regula en treinta (30) artículos, divididos en tres partes según la clase de *objeto* sobre el que recae la conducta de falsificación. Es decir, el criterio de clasificación de los tipos radica en la clase de objeto material y así, por ejemplo, se llega a distinguir entre una moneda de oro o plata y una “moneda de vellón” en el art. 163 o entre un bono emitido por el Estado y una obligación al portador de la deuda pública de un país extranjero en los arts. 172 y 173 CPCh. Por consiguiente, el criterio determinante para el legislador del siglo XIX, a fin de diferenciar los tipos penales, consiste en la clase de *objeto* material. Este criterio era comprensible en una época en que el *oro* jugaba un papel determinante para la economía nacional, pero ha quedado completamente desfasado frente al proceso creciente de *desmaterialización* del dinero, característico de la economía moderna.

Este último aspecto se relaciona con otro defecto de la legislación vigente, cual es, su carácter *asistemático*. El tipo de falsificación de billetes se encuentra contemplado en otra ley fuera del Código penal, esto es, en el art. 64 de la Ley N. 18.840, orgánica constitucional del Banco Central. A pesar de que esta misma ley, en sus arts. 30 y 31, reconoce expresamente que tanto los billetes como las monedas cumplen la misma *función* de ser un medio de pago con poder liberatorio y de circulación ilimitada. Pues bien, la *sistematicidad* es otro criterio fundamental de una *técnica* legislativa y abarca tanto una dimensión *interna*, esto es, al interior del propio ordenamiento normativo penal, como una *externa*, vale decir, en relación a otras ramas del ordenamiento jurídico¹¹. Si los billetes y las monedas cumplen la misma función, entonces resulta *asistemático* que la legislación penal contemple dos tipos separados y, además, ubicados en cuerpos legislativos distintos. La moneda y el billete son dos formas de expresión de la misma institución del *dinero*¹². Lo relevante no es la falsificación de la moneda ni del billete en sí, sino que la *falsificación del*

⁹ OSSANDÓN, Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 303 y ss.

¹⁰ OSSANDÓN, *La formulación de los tipos penales*, cit. nota n° 9, p. 304.

¹¹ OSSANDÓN, *La formulación de los tipos penales*, cit. nota n° 9, pp. 313 y ss.

¹² Cfr. KÖHLER, Michael: “Humes Dilemma – oder: Was ist Geld? ‚Geldschöpfung‘ der Banken als Vermögensrechtsverletzung”, en: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René; PERRON, Walter (editores), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pp. 891 y ss., sobre las funciones del dinero.

dinero, puesto que solamente esta forma de ataque puede potencialmente entorpecer el cumplimiento de las funciones que éste cumple en la economía. La falsificación de monedas y la falsificación de billetes pertenecen al mismo *ámbito fáctico* regulativo, el cual, en consecuencia, debería encontrarse descrito más bien en un mismo *tipo modelo*.

El mencionado criterio de *sistematicidad* se ve también amagado por la regulación nuevamente en otra ley de las hipótesis de falsificación de *tarjetas de crédito o débito* y de uso de tarjetas falsificadas. Se trata de la Ley 20.009 que contempla un tipo con cinco alternativas en su art. 5°: la falsificación de tarjetas de crédito o débito (a); distintas formas de uso de tarjetas falsificadas o sustraídas (b); la negociación, en cualquier forma, con estas tarjetas (c); distintas formas de uso ilícito de los datos o números de una tarjeta de crédito o débito (d); la negociación, en cualquier forma, con estos datos o números (e); el uso malicioso de una tarjeta bloqueada, en cualquier de las formas descritas precedentemente (f)¹³. En particular, las tarjetas de débito son expresión del proceso de *desmaterialización* del dinero, en la medida en que sustituyen a la moneda y al billete como medios de funcionamiento del dinero¹⁴. Las tarjetas de crédito cumplen también la función de pago, aunque en el marco de un sistema *tripartito* entre el titular de la tarjeta, el banco emisor y la institución financiera que otorga el crédito. Ambas clases de tarjetas vuelven ampliamente prescindible el uso de las monedas y de los billetes en las transacciones económicas. En la medida en que estas tarjetas se consideren *equivalentes funcionales* del dinero, su regulación en una ley separada tanto del Código penal como de la misma Ley orgánica del Banco Central, vuelve interna y externamente *asistemática* la legislación penal en la materia.

En este ámbito de consideraciones y, ahora explícitamente, en una perspectiva *teleológica*, cabe preguntarse por el *fin de protección* de la norma del art. 5° de la Ley 20.009. Al contrario de lo que sugiere *Hernández*, no parece tratarse de una norma cuyo fundamento radique en la protección del *patrimonio* de una persona¹⁵. Ya la configuración del “perjuicio a terceros” como regla de calificación de la pena en el inciso tercero, cuestión que por cierto no se le escapa al autor mencionado, habla en el sentido de que el injusto descrito en el tipo base no deriva de la afectación del patrimonio. Además, la hipótesis de uso de una tarjeta bloqueada, prevista en el art. 5° letra f), puede ser cometida principalmente por el propio titular de la tarjeta, lo cual descarta que se trate de la protección del patrimonio del tarjetahabiente. Este ciertamente puede resultar perjudicado por la realización de las otras conductas descritas en el tipo, pero esta circunstancia no lo erige necesariamente en titular del bien jurídico protegido por la norma. El art. 2° de la ley establece las hipótesis en las que el tarjetahabiente puede bloquear las tarjetas, por lo que resulta lógico pensar que la alternativa típica del art. 5° letra f) procura sancionar penalmente el abuso que este sujeto puede cometer en ese caso.

No obstante, es la hipótesis de uso prevista en el art. 5° letra b) la que parece entregar un criterio para esclarecer este aspecto, ya que, a diferencia de las hipótesis de falsificación y,

¹³ HERNÁNDEZ, Héctor, “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”, *Polít. crim.* N° 1 (2008), A2-5, pp. 26 y ss. en http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_2_5.pdf

¹⁴ Cfr. KÖHLER: “Humes Dilemma”, cit. nota n° 12, p. 888.

¹⁵ HERNÁNDEZ, “Uso indebido de tarjetas”, cit. nota n° 13, p. 35 y s.; nota n° 93.

desde luego, de negociación, se sitúa claramente en el ámbito propiamente lesivo del bien jurídico, por lo que sirve, precisamente al encontrarse más cerca de la afectación al bien jurídico, para su clarificación. En dicha alternativa típica, la conducta prohibida radica en “usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas”, en una expresión sintética, *circular* tarjetas previamente falsificadas o sustraídas. Nótese que esta última referencia a la sustracción de una tarjeta de débito o crédito deslinda este ámbito fáctico del modelo de regulación de la falsedad documental, puesto que, a diferencia de éste, no es determinante la falsedad como tal. Lo relevante parece ser más bien la *función* que cumplen estas tarjetas en el tráfico económico como equivalentes funcionales del dinero. La lesión al bien jurídico se produce por la circulación de tarjetas de débito o crédito falsificadas o sustraídas, de un modo independiente de la eventual afectación a los derechos patrimoniales del tarjetahabiente o de la institución financiera emisora. En relación a ese momento de lesión, la propia hipótesis de falsificación del art. 5º letra a) y, sobre todo, la de negociación en cualquier forma prevista en la letra c) del mismo artículo, representan formas anticipadas de criminalización, que ya han sido objeto de crítica¹⁶.

Esta disquisición *teleológica* ofrece un criterio para una delimitación *internamente sistemática* entre, por una parte, normas cuyo fundamento radica en la protección de intereses *colectivos* y, por otra, normas cuyo fin se acota a la protección de derechos *patrimoniales*, esto es, intereses básicamente personales. Aunque no estuviera todavía articulada en estos términos, esta distinción era muy clara para el legislador del siglo XIX. Esta claridad se expresa en las normas de los artículos 171, 179 y 184 CPCh, que regulan la hipótesis en que la falsificación de moneda, título o sello es tan grosera y ostensible que cualquiera puede darse cuenta a simple vista. La falsificación burda, por ejemplo, de una moneda, alcanza solamente relevancia individual y es punible, en consecuencia, en la medida en que se configuren los elementos propios del delito de estafa, tal como lo ordenan las disposiciones citadas. Es decir, estas reglas funcionan como un mecanismo que excluye esta hipótesis fáctica del ámbito de los delitos contra la fe pública y la reenvía al grupo de las estafas y otros engaños – arts. 467 y ss. CPCh –, esto es, delitos contra los derechos patrimoniales de la persona. De lo anterior se sigue que la falsificación de dinero, para que alcance relevancia *colectiva*, debe ser sutil en el sentido de asemejarse al dinero verdadero¹⁷. Solamente en la medida en que la falsificación del dinero sea apta para hacer que éste *circule* en el tráfico económico, puede verse amagado un interés colectivo en su protección. De lo contrario, es decir, si cualquiera puede darse cuenta y así detener su circulación, pero no obstante una persona incurre en el error de creer que es verdadero y resulta perjudicada, entonces la relevancia del hecho se agota en su dimensión *individual*.

1.2. Regulación vigente de las falsedades documentales.

En el mismo sentido, la legislación penal aún vigente delimita de forma *internamente sistemática* la regulación de las falsedades documentales y de certificados en los arts. 193 y ss., por una parte, del grupo de las estafas y otros engaños en los arts. 467 y ss. CPCh, por

¹⁶ HERNÁNDEZ, “Uso indebido de tarjetas”, cit. nota n° 13, p. 31 y s.

¹⁷ RIVACOBBA, Manuel, “Objeto jurídico y sujeto pasivo de la falsificación de monedas”, *Gaceta Jurídica*, N° 70 (1986), p. 8.

otra. Es decir, para el legislador del siglo XIX era también muy claro que las falsedades documentales y de certificados vulneran intereses colectivos, por lo que se agrupan bajo el título IV sobre “delitos contra la fe pública” a inmediata continuación de la falsificación de monedas, títulos y sellos del Estado. Mientras que las estafas y otros engaños se insertan en el título IX sobre “delitos contra la propiedad”, un derecho individual por antonomasia. Sin embargo, la doctrina imperante clasifica la falsificación de documentos privados tipificada en el art. 197 CPCh como una forma *especial* de estafa, esto es, un delito patrimonial, básicamente porque el texto de dicha norma exige un “perjuicio de tercero”¹⁸. Dicha doctrina interpreta este elemento en el sentido de un “perjuicio patrimonial” y, por ende, la norma tendría como fin la protección del *patrimonio*. El mencionado elemento ha tenido un efecto fuertemente *distorsionador* en la forma de comprender este delito, ya que ésta soslaya la relevancia del interés jurídico protegido por la norma básica de prohibición de la falsedad documental. No tiene mayor sentido ver en esta disposición una forma *especial* de estafa, que se agregaría a la ya innecesariamente casuística regulación de las estafas en los arts. 467, 468, 469, 470 y 473 CPCh. Aquí la doctrina es internamente *asistemática*, no la legislación penal.

Por otra parte, la técnica legislativa adoptada en el art. 193 CPCh para la descripción de la documentación falsa cometida por un empleado público en el cargo, ha condicionado una lectura de esta norma que releva en demasía el significado de la infracción de deberes funcionarios, en desmedro del injusto que deriva de la falsedad misma. Esta forma de regulación es hereditaria de una tradición jurídica que se remonta al *Code Pénal* de 1810 y que ha condicionado en la doctrina nacional, mas no en la doctrina francesa ni en la española, una lectura de las normas que soslaya y confunde los intereses jurídicos protegidos¹⁹. Particularmente distorsionadora es la técnica adoptada en el art. 193 CPCh, pues, además de ser sumamente casuística, describe modalidades de comisión que incumben a la *autenticidad* del documento público (v.gr.: art. 193 N. 1 y N. 2) y otras que atañen a la *verdad* del mismo (art. 193 N. 4 CPCh)²⁰. Lo anterior, todo en la *misma* norma del art. 193 CPCh, que, entonces, *confunde* la protección de dos intereses diversos entre sí, cuales son, por un lado, el interés en la protección de la *autenticidad* del documento público y, por el otro, la protección de la *verdad* de hechos constatados en la documentación pública. Por ende, este tipo evidencia una inconsistencia *teleológica* interna.

Este defecto de la regulación vigente afecta gravemente la capacidad *comunicativa* de la norma. Un criterio fundamental que debe observarse en la formulación de tipos penales radica precisamente en asegurar dicha capacidad comunicativa, esto es, que el *mensaje* para

¹⁸ Crítico ROJAS, Luis Emilio, “Deconstrucción del modelo dominante de comprensión de los delitos de falsedad documental”, *Polít. crim.* Vol. 9, N° 18 (2014), Art. 6, pp. 481 y ss., en http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A6.pdf ; también, MAYER, Laura, “La falsificación de instrumentos privados: ¿una estafa especial?”, *Revista de Derecho* UACH, vol. XXVII, N° 2 (2014), pp. 224 y ss.

¹⁹ ROJAS, Luis Emilio, “Dogmengeschichte der Urkundenfälschung“, en: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René; PERRON, Walter (editores), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pp. 932 y ss.

²⁰ Cfr. PEÑA CERECEDA, Federico, “Observaciones acerca del artículo 27 de la Ley 4.808 sobre Registro Civil, de 31 de enero de 1930”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 52, N° 1 (1955), pp. 53 y ss.

el destinatario de la norma sea claro y unívoco, de tal modo que ésta pueda cumplir efectivamente su función orientadora y así redunde en la protección de bienes jurídicos²¹. Pues bien, el mensaje que actualmente emana de la norma del art. 193 CPCh es confuso y equívoco. Primero, por la formulación sumamente casuística del tipo, que describe ocho (8) modalidades distintas de cometer falsedad. Esta forma de descripción genera la impresión de que lo prohibido es la realización de cada modalidad de comisión, cuando lo punible es la falsedad cometida en el documento. Segundo, porque la norma prohíbe en definitiva crear un documento público *inauténtico* y, al mismo tiempo, un documento público que “falta a la *verdad* en la narración sobre un hecho sustancial” (art. 193 N. 4).

Esta formulación defectuosa del tipo se ve agravada en la norma del art. 194 CPCh, que castiga al particular que comete falsedad en un documento público, puesto que este tipo se remite al precedente para la descripción del hecho punible. Esta remisión indistinta de la norma del art. 194 al tipo del art. 193 CPCh ha gatillado una discusión bastante estéril en la doctrina nacional, que discurre sobre la base de entender que esa remisión abarcaría solamente aquellas modalidades de comisión que atañen a la autenticidad del documento público, pero que excluiría a las modalidades de “falsedad ideológica”, porque, así reza la argumentación estándar, “no existe un deber *general* de decir verdad”. El problema básico de este argumento no radica en su enunciación, que en general puede compartirse, sino en que debe esclarecer los casos *especiales* en que sí existiría tal deber para los particulares. Esto, la doctrina nacional no lo esclarece y cuando ofrece una argumentación, lo hace de una manera muy confusa.

1.3. Regulación de los delitos patrimoniales.

La actual regulación de esta clase de delitos en el título IX sobre “delitos contra la propiedad” observa dos criterios básicos de clasificación. Por una parte, deslinda la regulación de los delitos contra la *propiedad* en sentido estricto – arts. 432 y ss. – de las defraudaciones y estafas – arts. 466 y ss. CPCh –, concebidas modernamente como delitos *patrimoniales*. Por otra parte, al interior de los delitos contra la propiedad en sentido estricto, diferencia aquellos que se cometen por *apropiación* de los delitos de *destrucción* – arts. 474 y ss. CPCh.

Ahora bien, en cuanto a la regulación de las defraudaciones y estafas, esto es, de los delitos *patrimoniales*, la legislación penal vigente evidencia algunos problemas de orden *sistemático* interno. Un primer problema dice relación con la defectuosa tipificación de los delitos patrimoniales que se cometen en el marco de relaciones de *confianza* previa entre autor y víctima. En particular, constituye un problema la inserción del tipo de *apropiación* indebida en el art. 470 N. 1 CPCh entre las estafas y no en el grupo de los delitos contra la propiedad en sentido estricto. A este problema sistemático, se le suma un *vacío* patente en la legislación penal, que surge de la ausencia de un tipo *general* de administración desleal²². Este vacío ha constreñido a la *praxis* jurisprudencial a elegir entre dos estrategias alternativas para enfrentar las hipótesis fácticas de esta forma grave de ataque al patrimonio

²¹ OSSANDÓN, *La formulación de los tipos penales*, cit. nota n° 9, pp. 275 y ss.

²² Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor, “La administración desleal en el Derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la PUC de Valparaíso*, vol. XXVI, semestre I (2005), pp. 203 y ss.

ajeno, cuales son, primero, recurrir al tipo de estafa del art. 468 CPCh o, segundo, extender el alcance del tipo de apropiación indebida en la modalidad de “distracción de dineros”.

Ambas vías alternativas de interpretación terminan por *distorsionar* el alcance del sistema de los delitos contra la propiedad y el patrimonio, tal como fue concebido por el propio legislador del siglo XIX. La primera línea de interpretación devela una profunda incomprensión de la *diferencia* básica entre la forma de ataque al patrimonio ajeno propia de la estafa, que en general presupone la *inexistencia* de una relación de confianza previa, y el modo de agresión al mismo bien jurídico característico de la administración desleal, que presupone necesariamente una relación de confianza formulada en un *deber* de tutela patrimonial que vincula previamente al autor. Esta incomprensión se explica nuevamente por la falta de un tipo general de administración desleal, que impide siquiera realizar este sencillo ejercicio de comparación con el tipo de estafa.

En la segunda línea interpretativa, la *praxis* ha contado con cierto respaldo de la doctrina, que ha desarrollado una teoría de la *doble naturaleza* del tipo del art. 470 N. 1 CPCh, buscando delimitar y restringir el ámbito de aplicación de esta norma²³. Según esta teoría, subyacen a este mismo tipo dos normas de naturaleza distinta, una que deriva de la modalidad de apropiación indebida de cosas muebles, cuyo fin radicaría en la protección de la *propiedad* frente a actos de disposición vedados al sujeto que tiene dichas cosas bajo un título de tenencia fiduciaria. Y otra norma que derivaría de la modalidad de “distracción de dineros” u otras cosas fungibles, cuyo fin no podría radicar en la protección de la propiedad, puesto que la entrega de estas cosas por parte del dueño en virtud de un título de tenencia fiduciaria al sujeto que luego sería eventualmente autor, transferiría el dominio sobre dichas cosas por el carácter *fungible* de éstas. Nadie puede “apropiarse de lo propio”, *ergo*, esta teoría plantea que el fin de la norma radica no en la protección de la propiedad, sino que del *patrimonio* ajeno y que el injusto de esta modalidad sería el característico de la administración desleal. Por consiguiente, según este planteamiento, el delito se consuma en esta modalidad al provocarse un *perjuicio* patrimonial a otro.

Esta solución doctrinaria desnaturaliza la norma e introduce un quiebre *lógico* interno al tipo del art. 470 N. 1 CPCh. El texto de la ley menciona como objeto principal sobre el que recae la conducta de apropiación o de distracción precisamente al *dinero*, por lo que es dable pensar que justamente esa hipótesis fáctica es la que se tenía en mente en el momento de formular la norma. Además, al mencionar “cualquiera otra cosa mueble” como otro objeto posible sobre el que pueden recaer ambas conductas, la ley penal aquí, a diferencia que en el art. 432 CPCh sobre delito de hurto, prescinde del requisito de *ajenidad*. Por consiguiente, aun cuando se parta de la premisa que las normas de Derecho civil contemplan la mentada transferencia del dominio por la entrega de cosas fungibles en virtud de títulos de la clase mencionada –cuestión que resulta bastante dudosa–, no existe necesidad de interpretar esta norma al menos en clave de *accesoriedad estricta* a las normas de Derecho civil.

²³ HERNÁNDEZ, “La administración desleal”, cit. nota n° 22, pp. 228 y ss.; BASCUÑÁN, Antonio, “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, Santiago: (2004), p. 340 y s.

Esas constataciones de *texto* hablan más bien en el sentido de una concepción *monista* de la norma, no dualista de la misma. La tesis de la doble naturaleza reconstruye dogmáticamente la norma en términos que afectan su capacidad *comunicativa*, puesto que de su texto fluye simplemente como mensaje la prohibición de apropiarse o distraer dineros u otras cosas muebles recibidos en virtud de un título de tenencia fiduciaria. Mientras que la lectura propuesta por esa solución doctrinaria obliga a relacionar de manera *invertida* los elementos del texto, de tal forma que lo prohibido sería apropiarse solamente de cosas muebles y distraer solamente dineros recibidos en virtud de dicha clase de títulos. Con otras palabras, en vez de una sola prohibición subyacente al tipo, se derivarían en esta lectura dos prohibiciones distintas, una de apropiarse indebidamente de lo ajeno y otra de provocar un perjuicio al patrimonio de otro.

Por último, respecto de la regulación vigente de las estafas, cabe observar que ésta adolece de una técnica legislativa sumamente *casuística*, que contraviene flagrantemente el criterio básico de *economía* legislativa. El legislador del siglo XIX ha erigido en tipos separados distintas hipótesis de estafa en los arts. 467 y ss. CPCh, donde pueden destacarse el tipo de estafa sobre las cosas a entregar en virtud de un título obligatorio (art. 467), la hipótesis en que el engaño recae más bien sobre determinados atributos de la *persona* del autor (art. 468), la norma casuística del art. 469 que incluye algunas hipótesis basadas en relaciones de confianza previa (*v.gr.*: art. 469 N. 3 y N. 4), la norma del art. 470 CPCh que, además de incluir el ya mencionado tipo de apropiación indebida (art. 470 N. 1) y una hipótesis de administración desleal del capitán de buque en relación a esta nave (art. 470 N. 2), contempla una serie de hipótesis especiales de estafa (art. 470 N. 3 – 7), y, finalmente, la norma de clausura del art. 473 CPCh, que castiga al que “defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores”. De esta última norma, es posible colegir la *intención* del legislador decimonónico de criminalizar cualquier hipótesis de estafa considerada relevante en esa época, lo cual puede explicar la técnica engorrosa y sumamente casuística adoptada en la formulación de los tipos.

El legislador moderno ha sido *fiel* a esa intención, acentuando de esta manera los defectos de la legislación penal decimonónica. En esta dirección, ha incorporado en el art. 470 N. 8 una hipótesis de estafa en el marco de prestaciones unilaterales del Estado, cuya consumación se determina en el momento en que un sujeto obtiene fraudulentamente del Estado u otro organismo público una “prestación improcedente”. La formulación de este tipo, si bien tiene el sentido de cubrir ciertas hipótesis fácticas del así denominado “fraude de subvenciones”, devela un problema de *sistemática* interna, que deriva de su inserción en el marco de los delitos de estafa. Este radica en que impide desarrollar una dogmática acorde con la peculiaridad que se presenta en esta hipótesis y que se aparta de los otros casos de estafa, cual es, que aquélla se desenvuelve precisamente en el marco de prestaciones *unilaterales*, vale decir, que desde un principio no se encuentran dirigidas por el Estado a generar una igualdad económica entre prestación y contraprestación. La premisa contraria es aquella que subyace en general al marco de relaciones en el que se cometen estafas, esto es, en el contexto de prestaciones *bilaterales* de prestación y contraprestación, en el cual rige la prohibición de engañar. La regulación vigente soslaya esta diferencia de contexto.

Recientemente, el legislador penal ha innovado mediante la incorporación de una hipótesis de “fraude inmobiliario” en el art. 470 N. 9 CPCh y otra de “fraude de seguros” en el numeral 10 del mismo artículo. El tipo de “fraude inmobiliario” delimita el ámbito de aplicación de la norma mediante la descripción del sujeto activo, la que se restringe a personas dedicadas al rubro inmobiliario o de la construcción de bienes raíces destinados a la vivienda, locales comerciales u oficinas. Describe la conducta mediante los verbos “suscribir o hacer suscribir” un contrato de promesa de compraventa de bien inmueble, la que es típica en la medida en que se omiten las exigencias contempladas en el art. 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcción (en adelante, LGU). Estas exigencias son, por una parte, de carácter formal y, por otra, obligan al otorgamiento de una garantía por parte del promitente vendedor. Como puede verse, la formulación de este tipo pierde relación con la estafa, pues la descripción de la conducta típica no contiene, al menos explícitamente, ninguna exigencia de *engaño*. El único nexo consiste en el requisito, formulado en la parte final de la disposición, de provocar “un perjuicio *patrimonial* para el promitente comprador” como consecuencia de la realización de la conducta sin cumplir las exigencias del art. 138 bis LGU. Este último requisito plantea una serie de problemas dogmáticos, como por ejemplo que tal perjuicio sólo puede configurarse en la forma de un *peligro*.

Pero, en la perspectiva de la *técnica* legislativa, la formulación y ubicación del tipo es desacertada. Porque genera la impresión de que se trata de una hipótesis especial de estafa, cuando lo relevante no es el engaño, sino la infracción a los *deberes* establecidos por el art. 138 bis LGU a quienes se dedican a este rubro. El legislador impone deberes al promitente vendedor en favor del promitente comprador y, por ende, parte de la premisa de la existencia de una relación *asimétrica* entre ambas partes. En este sentido, se trata acá de una hipótesis *sui generis* de administración desleal y, por ende, el tipo responde más bien a este modelo de regulación. Por otro lado, si dichos deberes eran los determinantes en la concepción del legislador, pareciera que, de compartirse la necesidad de contemplar un tipo de esta clase, resultaría más ajustado a un criterio de *sistemática externa* insertar esta norma en la propia LGU y no en el CPCh, por el efecto distorsionador que puede tener en la regulación de este último.

Finalmente, respecto de la hipótesis de “fraude de seguros” incorporada en el art. 470 N. 10 CPCh, cabe observar que, desde el punto de vista de la *técnica* legislativa, esta se asemeja a la adoptada en el art. 470 N. 8, pues la consumación se alcanza ya al “obtener” un pago indebido, sin que resulte aplicable el *principio del saldo* ni compensación alguna, ambos criterios determinantes de la comprobación del perjuicio patrimonial en el contexto de la dogmática del delito de estafa. Esta cierta anticipación del momento consumativo ya a la disposición patrimonial permite resolver los problemas que se plantean en el ámbito de esta clase de estafa con el principio de *inmediatez*. Pues, normalmente el pago de un seguro se produce como consecuencia de una serie de actos, que se activa con la información del siniestro por parte del asegurado y sigue con una cadena de conductas que incluye la intervención relevante de terceros frente a las partes del contrato de seguro²⁴. Sin embargo, la *técnica* legislativa adoptada en la descripción de la conducta típica se aparta parcialmente

²⁴ PIÑA, Juan Ignacio, *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 91 y ss.

del modelo tradicional de la estafa. Específicamente, la hipótesis de “provocar intencionalmente” un siniestro y la de “ocultar la cosa asegurada”, no pueden reconducirse sin más al concepto de *engaño* propio de este delito.

2. Comparación del Código penal español y del *Strafgesetzbuch*.

2.1. Tipos modelo del Código penal español de 1995.

Dado que los modelos de regulación son, por un lado, más abstractos que los tipos positivos de la parte especial y, por otro, más concretos que los tipos delictivos elaborados en la parte general, según *Vogel* la elaboración de modelos se realiza mediante la *crítica* al Derecho positivo y, sobre todo, por medio de la *comparación* de la legislaciones penales²⁵. Una vez que se ha valorado críticamente la legislación penal vigente en la materia respectiva, procede ahora compararla con otra forma de regulación, cual es la contenida en el Código penal español de 1995.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, en general la regulación de la materia en el CPE 1995, modificado recientemente por la Ley Orgánica 1, de 30 de marzo de 2015, representa un significativo avance²⁶. Satisface plenamente el criterio de *economía* legislativa, pues a partir de una legislación penal farragosa, como la del antiguo Código penal de 1848 incluso con sus reformas posteriores, se ha reducido en número los tipos penales y, además, éstos aparecen formulados de manera muy *sintética*, lo cual favorece la capacidad comunicativa de las normas²⁷. En cuanto al criterio *sistemático*, la legislación penal moderna ordena los tipos penales según la distinción entre la protección de bienes jurídicos individuales y colectivos, empezando con las normas penales que brindan protección a la primera clase de intereses. En la materia, este criterio implica que se invierte el orden de la antigua legislación penal y se ubican los tipos que contemplan los delitos patrimoniales en el grupo de los delitos contra bienes jurídicos individuales – *v.gr.*: art. 248 (estafa), art. 253 (apropiación indebida) –, mientras que las falsedades se encuentran entre los delitos contra bienes jurídicos colectivos – arts. 386 y ss. CPE.

En este último ámbito, cabe destacar el tipo del art. 386 CPE sobre falsificación de monedas, en cuyo numeral 1º contempla la hipótesis de alteración o fabricación de moneda falsa y en los numerales 2º y 3º, así como en sus incisos 2º y 3º, castiga diversas formas de usar el dinero falso²⁸. El art. 387 CPE establece el alcance del concepto de moneda, el cual abarca la metálica y el “papel moneda de curso legal” así como la moneda de otros países de la Unión Europea y la extranjera²⁹. A continuación, el art. 389 CPE español somete bajo pena la falsificación y el uso de sellos de Correos o de efectos timbrados.

²⁵ VOGEL, “Wirtschaftskorruption”, cit. nota nº 6, p. 398.

²⁶ Cabe tener presente la modificación significativa al Código penal español de 1995 introducida por la reciente Ley Orgánica 1, de 30 de marzo de 2015, que, como se indica a continuación, también introduce algunos cambios en los delitos tratados aquí.

²⁷ OSSANDÓN, *La formulación de los tipos penales*, cit. nota nº 9, pp. 275 y ss.

²⁸ La Ley Orgánica 1/2015 introduce una modificación en el numeral 3º, en orden a prescindir de la exigencia previa de connivencia con el falsificador, siendo ahora suficiente que el autor conozca la falsedad.

²⁹ La Ley Orgánica 1/2015 introduce un nuevo inciso 2º al art. 387, que considera también falsa la moneda que se fabrica en instalaciones y con materiales legales, pero sin autorización de la autoridad competente.

En comparación con la legislación penal aún vigente en Chile, esta forma de regulación es legislativamente más *económica y sistemática*. En el mismo tipo del art. 386 CPE se reúnen la figura de falsificación de monedas y las principales formas de hacer uso de moneda falsa. En una perspectiva sistemática, resulta acertada la disposición del art. 387 CPE que establece como equivalente, para los efectos de la aplicación de esta norma, la moneda metálica y el papel moneda de curso legal, ya que ambas no son más que formas de expresión de la misma institución del dinero. No interesa la protección del *objeto* moneda o billete, sino que la protección del dinero mediante la protección de las monedas y de los billetes.

Desde este mismo punto de vista, cabe hacer notar que en este acápite del CPE no se incluye un tipo de falsificación de tarjetas de crédito o débito, sino que se criminaliza solamente la hipótesis de uso indebido de dichas tarjetas o de sus datos en perjuicio de su titular o de un tercero en el art. 248 apdo. 2 letra c) CPE sobre delito de estafa. Esta decisión sistemática del legislador español implica que estas tarjetas no merecen protección como equivalentes funcionales del dinero, sino que solamente en el marco de la protección del patrimonio. En consecuencia, el modelo de regulación acogido por el CPE en este punto puede llamarse modelo *patrimonial*.

En materia de falsedades documentales, la regulación del CPE significa un claro avance desde el punto de vista de la técnica legislativa, pues en el art. 390 se logra una *síntesis* de lo que antiguamente se describía en una serie de modalidades de comisión de la falsedad. Básicamente, el art. 390 CPE reúne en los numerales 1° a 3° hipótesis que atañen a la protección de la *autenticidad* del documento, mientras que en el numeral 4° se conserva la hipótesis paradigmática de “falsedad ideológica”, en cuyo texto se alude expresamente a la “verdad en la narración de los hechos”. Es interesante hacer notar que el texto se refiere simplemente al “documento” y no a una clase determinada del mismo, lo cual hace pensar que esta norma se concibe como un tipo básico en este grupo de delitos. Recién a partir del art. 392 CPE, norma que castiga al particular que comete en “documento público, oficial o mercantil” alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del Art. 390, se colige que esta última disposición se refiere a esta clase de documentos como objeto de la conducta típica. Por otra parte, el tipo del art. 390 CPE sufre una restricción en el marco de la descripción del sujeto *activo* del delito, pues éste es solamente “la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad”. En este aspecto, el CPE mantiene la técnica legislativa del *Code Pénal* de 1810 en el sentido de anteponer sistemáticamente, en el grupo de los delitos de falsedad documental, el tipo de falsedad cometida por un funcionario *público*.

Esta opción sistemática sigue condicionando la forma de interpretar las normas y de comprender estos delitos. Así, por ejemplo, en un comentario a esta norma del CPE, se señala que existen dos clases de falsedades:

ROJAS, Luis Emilio. “Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales”.

“las falsedades materiales suponen una intervención material del autor en el soporte del documento, que provoca una falta de correspondencia entre la declaración contenida en el documento y su autor, y la creación de una prueba documental inauténtica. Las falsedades ideológicas atentan contra la veracidad de los documentos, provocando una falta de correspondencia entre lo que se declara y lo que figura en el documento. El documento resultante constituye una prueba documental auténtica, pero falsa”³⁰.

Sin embargo, a renglón seguido en el mismo comentario, se sostiene que “se trata, en *todas* sus modalidades, de un delito especial consistente en la infracción de deberes de veracidad, del que solo puede ser autor la autoridad o funcionario público”³¹. Como puede verse, la relevancia que adquiere la descripción del sujeto activo en su condición de funcionario público es tal que, *teleológicamente*, se termina por soslayar la diferencia de los intereses protegidos en esta misma norma –autenticidad y verdad del documento. La calidad de funcionario público produce un efecto unificador de la norma que perpetúa esa confusión de intereses, la que a su turno impide darse cuenta que crear un documento *inauténtico* y crear un documento auténtico pero *no verdadero*, son dos cuestiones diferentes. En este sentido, el modelo de regulación, que este tipo consagra, puede denominarse modelo *funcionarial*.

El art. 392 CPE regula la hipótesis en que un particular comete “en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apdo. 1 del artículo 390”. En cuanto al objeto de la conducta típica, esta norma equipara valorativamente el documento mercantil al documento público u oficial, lo cual no es más que un resabio de la técnica adoptada ya en el *Code Pénal* de 1810 – arts. 145 y ss. A diferencia que en el documento público u oficial, en el otorgamiento de un documento *mercantil* no interviene necesariamente ningún funcionario público, de modo que su tratamiento equivalente no parece justificarse.

Respecto del sujeto activo del delito, el art. 392 CPE restringe la punibilidad de la falsedad cometida por un particular en estas clases de documento solamente a las tres primeras alternativas típicas del art. 390, excluyendo de este ámbito a la modalidad de “falsedad ideológica” prevista en el numeral 4º de esta última disposición. Esta decisión legislativa cuenta con el respaldo de la doctrina española³². Sin embargo, esta exclusión que se justifica cuando se trata de un documento mercantil, no parece serlo igualmente respecto de un documento *público*, por ejemplo, en el caso en que un particular miente sobre el hecho del nacimiento de una persona frente al oficial de registro civil encargado de extender la partida de nacimiento basada en esta información. ¿Qué argumento podría justificar *materialmente* la impunidad de la conducta del particular en este caso? Este caso y otras hipótesis fácticas similares podrían resolverse acudiendo a las normas sobre autoría y participación, pero solamente al costo de recurrir a imbricadas categorías como la del “instrumento cualificado no doloso” o, al invocar la regla de inducción – art. 28 apdo. 2 a), concediendo “excepciones” al principio de accesoriadad limitada. Los problemas que se

³⁰ CORCOY, Mirentxu; MIR, Santiago, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 860.

³¹ CORCOY/MIR, *Comentarios*, cit. nota n° 30, p. 860. (cursiva añadida).

³² Así, OLAIZOLA, Inés, “Artículo 392”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (directores), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XII, Madrid: Dykinson, 2011, pp. 233 y ss.

plantean en el marco de este tipo derivan, entonces, de la remisión al modelo de regulación *funcionarial* que consagra el art. 390 CPE.

La regulación del CPE en este acápite tiene la virtud de contemplar de modo separado los tipos de *uso* de documento falso en el art. 393, cuando se trata de documento público, oficial o mercantil, y en el art. 396, respecto del documento *privado*. En cuanto a este último, la falsedad cometida en esta clase de documento se encuentra prevista y sancionada en el art. 395 CPE, cuya descripción de la conducta se caracteriza por una remisión nuevamente a las tres primeras modalidades del art. 390 y por una restricción en el plano *subjetivo* mediante la incorporación de un elemento específico del tipo que aparece descrito con la frase “*para perjudicar a otro*”. El problema que plantea este elemento es que también se encuentra configurado en los *mismos* términos como un elemento subjetivo específico en el tipo de uso del art. 396 CPE³³.

Sin embargo, la realización típica del uso de documento privado falso “*para perjudicar a otro*” presupone que se ha falsificado *previamente* el documento privado también “*para perjudicar a otro*”. La solución del problema pasa por reconocer que se usa *siempre* un documento *falso*, por lo que el *contenido* de este elemento subjetivo específico no puede ser el mismo en el marco del tipo de *falsedad*, que se ubica claramente en un ámbito previo a la lesión del bien jurídico, que en el tipo de *uso* de documento falso, que ya se ubica en el ámbito lesivo y presupone así necesariamente la realización previa de la falsedad.

En el ámbito de los delitos patrimoniales, el CPE demuestra un notorio avance en la forma de su regulación. En primer término, el delito de estafa aparece consagrado en una fórmula sintética en el art. 248 apdo. 1, que exige la configuración de los cuatro elementos característicos de este delito según la dogmática de la estafa, vale decir, engaño “*bastante*”, error de otro, “*acto*” de disposición patrimonial y perjuicio propio o ajeno. Naturalmente, la doctrina discute sobre el alcance del requisito de “*bastante*” del engaño y también puede provocar cierta discusión que el tipo exija expresamente un “*acto*” de disposición patrimonial, además del alcance que pueda tener la exigencia de perjuicio, según la teoría que se siga respecto del concepto de patrimonio. Nada que no pueda resolverse con el arsenal conceptual de la dogmática de los delitos patrimoniales.

En el apdo. 2 del mismo art. 248 CPE se establecen como delitos distintas formas de “*fraude informático*”. En la letra a), se inserta una hipótesis de transferencia de cualquier “*activo patrimonial*” mediante manipulación informática o un artificio semejante, con lo cual se resuelven los problemas de subsunción de esta hipótesis en el tipo general de estafa o de hurto. En la letra b), se consagra un delito de preparación, consistente en la fabricación o circulación de programas informáticos destinados a ese fin delictivo. Y en la letra c), se encuentra prevista la hipótesis de uso indebido de tarjetas de crédito o débito, o de sus datos, en perjuicio de su titular o de un tercero, opción legislativa que parte de la premisa

³³ No se percatan de este problema ni PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Artículo 395”, en: COBOS DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA, *Comentarios*, cit. nota n° 32, pp. 418 y ss., al comentar este elemento del tipo del art. 395 ni JERICÓ OJER, Leticia, “Artículo 396”, en: COBOS DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA, *Comentarios*, cit. nota n° 32, pp. 438 y ss., al comentar el mismo elemento en el tipo del art. 396 CP.

del carácter netamente patrimonial de esta figura delictiva, vale decir, que suscribe un modelo patrimonial de regulación.

En este ámbito, el CPE presentaba un problema derivado de la defectuosa tipificación del delito de administración desleal en el art. 295. Este problema ha sido recientemente solucionado mediante la Ley Orgánica 1, de 30 de marzo de 2015. Dicho tipo se insertaba entre los delitos societarios, decisión sistemática que generaba la impresión de que en la legislación penal el patrimonio social merece mayor protección que el patrimonio de cualquiera otra persona, por ejemplo, de una persona jurídica de Derecho público o de una persona natural. El CPE de 1995 seguía, entonces, un modelo *societario* del delito de administración desleal. Esta limitación se salvaba parcialmente con el amplio alcance que la jurisprudencia y parte de la doctrina le daban al tipo de apropiación indebida antes contemplado en el art. 252 CPE, en la modalidad de *distracción* de “dinero, efectos, valores o cualquiera otra cosa mueble o activo patrimonial” recibido en depósito, comisión o administración. Según la teoría de la doble naturaleza de esta norma, en dicha hipótesis se trataba de la administración desleal del patrimonio de una persona distinta de una sociedad³⁴.

El problema mencionado ha sido resuelto por la Ley Orgánica 1/2015 mediante la supresión del art. 295, la incorporación de un tipo general de administración desleal en el art. 252 y la reubicación del tipo de apropiación indebida en el art. 253 del CPE, cuyo texto ahora excluye la discutida hipótesis de “distracción de dineros”. Con esta nueva regulación de la materia, quedan definitivamente claras las diferencias sobre todo en los presupuestos normativos de ambos tipos, que la tesis de la doble naturaleza tendía a difuminar. El tipo de apropiación indebida exige un título de tenencia *fiduciaria*, que “produzca la obligación” de entregar o devolver los objetos recibidos, esto es, que funda un deber cuyo contenido se acota a esta obligación. En cambio, un tipo de administración desleal presupone la existencia de un *deber* de lealtad, cuyo contenido radica en la obligación general de *cuidar* el patrimonio ajeno y confiado al administrador. El alcance de este deber es mucho mayor y depende básicamente del ámbito en el cual se gestiona el patrimonio, por ejemplo, si se trata del patrimonio de una persona natural, dicha administración se somete a las reglas del Derecho civil y a los límites definidos contractualmente, mientras que de tratarse del patrimonio de una sociedad, su gestión se somete a las reglas y principios del Derecho de sociedades. En la medida en que los límites de la gestión del patrimonio ajeno vienen fijados por normas de Derecho privado, el tipo de administración desleal se vuelve estructuralmente *accesorio* a estas normas para la configuración del injusto.

Sin perjuicio de lo anterior, la forma en que se acuña el nuevo tipo de administración desleal ahora en el propio art. 252 del CPE, origina alguna duda sobre el alcance que se le pretende dar a la norma. El texto reza de la siguiente forma: “Serán punibles con las penas

³⁴ Por todos, BACIGALUPO, Enrique, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 183 y ss., quien sostiene: “El art. 252 CP contiene dos tipos penales que, a su vez, protegen dos bienes jurídicos diferentes. El tipo de la apropiación indebida de cosas muebles, que protege el derecho de propiedad y el de distracción de dinero, que protege el patrimonio. Ambos deben ser considerados separadamente” (p. 183).

del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”. Pareciera que el legislador español incorpora un tipo de administración desleal restringido a la modalidad de *abuso*, en el sentido acuñado en la doctrina y jurisprudencia sobre el § 266 del Código penal alemán, con exclusión de la modalidad de mera deslealtad – *vid. infra* 2.2. En efecto, dos notas de este nuevo tipo hablan en esta dirección. Primero, la referencia a las *facultades* de administración sobre el patrimonio ajeno, que son características del presupuesto del tipo de abuso. Segundo, la descripción de la conducta prohibida en los términos de una infracción no meramente de un deber de lealtad, sino que “excediéndose en el ejercicio” de las facultades de administración, es decir, mediante abuso de las mismas. Más allá de esta discusión, lo claro es que el CPE, con esta reforma, ha abandonado definitivamente el modelo *societario* del tipo de administración desleal.

2.2. Tipos modelo del *Strafgesetzbuch*.

En el ámbito de la falsificación de dinero, la regulación del *Strafgesetzbuch* en los §§ 146 y ss., en general, se caracteriza por satisfacer los criterios de *economía* legislativa y de *sistematicidad*. Desde un punto de vista *sistemático*, el StGB, a diferencia del CPE, inserta estos párrafos entre los delitos contra intereses *colectivos* antes de los delitos contra bienes jurídicos *individuales*. El § 146 I apdo. 1 StGB contempla el tipo de falsificación de dinero. Por *dinero* se entiende un determinado medio de pago emitido por el Estado o por una institución facultada por éste como portador de valor y para su circulación en el tráfico público, sin consideración de la obligación general de recibirlo³⁵. En el mismo § 146 I StGB, se contemplan las hipótesis de procurarse de dinero falso, en el apdo. 2, y de circular el mismo en el tráfico, en el apdo. 3. De modo subsidiario a esta última disposición, se contempla un tipo separado de circulación de dinero falso en el § 147 StGB. En el § 148 StGB se somete bajo pena la falsificación de sellos del Estado o de otra autoridad de Derecho público, que sirven de marca o signo de un determinado valor monetario y gozan de fe pública, mientras que en el § 149 StGB se establece un delito de preparación de la falsificación de dinero y de sellos. En el § 151 StGB se listan los títulos de *valor* (“*Wertpapiere*”) equivalentes al dinero para los efectos de la aplicación de las normas precedentes.

El legislador alemán sigue la opción *sistemática* de incorporar los tipos de falsificación de tarjetas de pago (“*Zahlungskarten*”) en los §§ 152 a y 152 b StGB a continuación de las normas sobre falsificación de dinero y de títulos de valor equivalentes. Esta decisión *sistemática* parece acertada, pues, en la medida en que estas tarjetas cumplen una función sustitutiva del *dinero efectivo* (“*Bargeld*”) en el tráfico económico, merecen un tratamiento penal independiente de las normas de protección al patrimonio³⁶. En el § 152 a StGB, la norma protege las tarjetas de pago emitidas por instituciones bancarias o financieras que sirven como tarjetas de *débito* (“*Bargeldkarten*”), con independencia del crédito otorgado al

³⁵ SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München: C.H. Beck, 2014, § 146, nm. 2.

³⁶ SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, cit. nota n° 35, § 152 a, nm. 1.

tarjetahabiente³⁷. Esta misma norma protege al cheque y a la letra de cambio (“*Wechsel*”) frente a la falsificación. El § 152 a IV contiene una definición de tarjetas de pago para estos efectos. En cambio, en el § 152 b StGB la norma protege las tarjetas de pago con función de garantía, esto es, aquellas que posibilitan un pago garantizado en el sistema tripartito (“*Drei-Parteien-System*”), fundamentalmente las tarjetas de crédito³⁸. El § 152 b IV StGB contiene una definición de estas tarjetas para los efectos de la aplicación de esta norma. Es decir, en relación a las tarjetas de pago, los tipos de los §§ 152 a y 152 b StGB consagran lo que puede denominarse un modelo *monetario*, mas no patrimonial.

En materia de falsedades documentales, cabe destacar que éstas se insertan sistemáticamente a continuación de los delitos patrimoniales en los §§ 267 y ss. StGB. Esta opción *sistemática* permite una interpretación de estas normas en clave *liberal*, vale decir, en el sentido de la protección de la *información correcta* como presupuesto básico para el ejercicio de los derechos patrimoniales y otros derechos de la persona³⁹. Sin embargo, el tipo de falsa documentación en el cargo se encuentra inserto entre los delitos funcionarios (“*Amtsdelikte*”) en el § 348 StGB. Desde una perspectiva *sistemática interna*, esta decisión del legislador alemán parece desacertada. Primero, porque esta ubicación hace perder de vista su relación con el tipo de falsa documentación mediata del § 271 StGB. El § 271 y el § 348 son *dos caras de la misma moneda*, puesto que ambas normas se dirigen a proteger conjuntamente la *verdad* de la documentación pública y los registros públicos⁴⁰. La única diferencia radica en que la primera norma protege este interés frente a la falsedad provocada por cualquier ciudadano, mientras que la segunda lo hace solamente frente a la cometida por un funcionario público. Segundo, porque esta ubicación sistemática del § 348 StGB genera la impresión de que lo injusto de este delito consiste fundamentalmente en la infracción de deberes funcionarios. Pero, ésta no constituye el núcleo del injusto, sino que éste deriva más bien de la *información* falsamente documentada o registrada por el empleado público. En este sentido, pareciera que el § 348 StGB consagra un tipo *híbrido*, esto es, que fluye de dos modelos distintos de regulación. Por un lado, el modelo *funcionarial* que se sigue de su ubicación sistemática. Y, por otro, el que puede denominarse un modelo *falsario*, que se deduce de la forma en que la conducta prohibida se encuentra tipificada.

Ahora bien, también en una perspectiva sistemática, el StGB tiene la virtud de anteponer al interior de este grupo de delitos el tipo *básico* de falsedad documental en el § 267, cuya norma indudablemente se dirige a la protección de la *autenticidad* del documento. Ya la antigua versión de esta norma en el *Reichsstrafgesetzbuch* hacía explícito que se trataba aquí de la protección de la *autenticidad* de un documento *público* o de un documento *privado*, “relevante para la prueba de relaciones jurídicas”⁴¹. Esta decisión sistemática ahorra las tribulaciones que provoca la *confusión* de la protección de la autenticidad y de la

³⁷ SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, cit. nota n° 35, § 152 a, nm. 3.

³⁸ SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, cit. nota n° 35, § 152 b, nm. 2.

³⁹ En este sentido, JAKOBS, *Urkundenfälschung*, cit. nota n° 4, pp. 11 y ss.; PUPPE, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 4ª ed. 2013, § 267, nm. 6 y ss.

⁴⁰ PUPPE, cit. nota n° 39, § 271, nm. 3 y ss.

⁴¹ Cfr. ROJAS, “Dogmengeschichte”, cit. nota n° 19, pp. 944 y ss.

verdad del documento público en la misma norma del art. 193 CPCh y del art. 390 CPE a la doctrina chilena y española, respectivamente. Para la doctrina alemana resulta claro que la norma del § 267 StGB, por un lado, protege la *autenticidad* del documento y que, por otro lado, las normas de los §§ 271, 348 StGB protegen el contenido de *verdad* en documentos públicos⁴².

Sin embargo, este mismo origen histórico en el *Reichsstrafgesetzbuch* es la fuente de un quiebre *lógico interno* que evidencia el tipo del § 267 StGB. Originalmente, esta norma consagraba un *delito de dos actos*, lo cual implicaba que, para realizar completamente el tipo, era menester falsificar un documento y, además, usarlo. No obstante, el mismo tipo diferenciaba en el plano *subjetivo* la clase de intención con la cual se realizaba uno y otro acto, pues la falsedad se debía realizar con una “intención antijurídica”, mientras que el uso del documento falso debía cometerse para el “engaño en el tráfico jurídico”. Recién mediante la reforma legislativa en la época nacionalsocialista el tipo alcanzó su formulación actual⁴³. Ahora, las modalidades del hacer un documento falso y de falsificar un documento auténtico se contemplan de modo *alternativo* a la modalidad típica de hacer uso del documento falso, pero todas deben realizarse con la intención de “engaño en el tráfico jurídico”. Por eso, la doctrina califica este tipo como una suerte de delito de *empresariado*, porque las modalidades de falsedad, que se ubican en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico, se someten a la misma pena que la modalidad de hacer uso de un documento falso, que se sitúa ya en el ámbito propiamente lesivo del bien jurídico⁴⁴. El acertijo que plantea esta forma de regulación dice relación con el alcance que se le debe dar al elemento de *intención* de “engaño en el tráfico jurídico”, en el sentido de si debe tener el mismo contenido en ambas clases de modalidad o si debe diferenciarse su alcance, según si se trate de las modalidades de falsedad, por una parte, o de la modalidad de hacer uso, por otra. Dicho acertijo no ha podido ser resuelto aún ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

En el ámbito de los delitos patrimoniales, el tipo general de estafa se encuentra previsto y sancionado en el § 263 StGB. Junto a este delito, el StGB ofrece una profusa regulación de estafas especiales, comenzando con la estafa informática en el § 263 a y la obtención fraudulenta de prestaciones en el § 265 a, la estafa de subvenciones en el § 264, la estafa en la colocación de capitales en el § 264 a, la estafa de créditos en el § 265 b, la colusión en licitaciones en el § 298 y el fraude se seguros en el § 265. Esta proliferación de “estafas especiales” se explica por la voluntad político-criminal de cubrir hipótesis fácticas en las cuales fallaba la configuración de alguno de los elementos del tipo general de estafa del § 263 StGB, ya sea que se tratase del error, como en el “fraude informático”, o porque no se alcanzaba a configurar la disposición patrimonial *perjudicial*, como en la estafa de subvenciones o de créditos.

Finalmente, el StGB distingue claramente entre el tipo *básico* de apropiación indebida en el § 246, ubicado entre los delitos contra la propiedad, y el tipo general de administración

⁴² Así, ARZT, Günther; WEBER, Ulrich; HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2009, § 33 nm. 1.

⁴³ VORMBAUM, Moritz, “Das Handeln ‚zur Täuschung im Rechtsverkehr‘. Zur Auslegung des § 267 I StGB”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, número 3 (2011), p. 172 y s.

⁴⁴ PUPPE, cit. nota n° 39, § 267, nm. 99.

desleal del § 266 StGB, situado entre los delitos patrimoniales. El primer tipo mencionado cumple una función *ancla* en el sistema de los delitos contra la propiedad, pues su norma castiga la apropiación antijurídica de una cosa ajena, sin que constituya un presupuesto que el autor tenga la cosa previamente bajo su custodia, sino que, cuando existe tal relación de confianza, se agrava la pena en el § 246 II StGB⁴⁵. Esta configuración típica del delito de apropiación indebida se distancia nítidamente tanto del tipo previsto en el art. 470 N. 1 CPCh como del mismo tipo contemplado en el art. 253 CPE.

Por su parte, en el § 266 StGB se contempla un tipo *general* de administración desleal, que resulta de la formulación sintética del tipo de abuso (“*Missbrauchstatbestand*”) y del tipo de deslealtad o quiebre de confianza (“*Treubruchstatbestand*”) ⁴⁶. Este segundo tipo ha sido históricamente criticado por su amplitud, pues en la práctica basta con verificar la existencia de un *deber* de tutela patrimonial y la provocación de un perjuicio mediante su infracción para que el delito se configure. El tipo de deslealtad cumple la función de cubrir las hipótesis fácticas que no quedan abarcadas por el tipo de abuso. Este último es más restringido, pues presupone la existencia de *facultades* de disposición sobre el patrimonio ajeno, cuyo ejercicio abusivo que se traduce en una relación externa jurídicamente eficaz, pero internamente excesiva, fundamenta suficientemente la punibilidad del hecho. No obstante, la formulación sintética de ambas figuras en un mismo tipo implica la exigencia de un deber de tutela y de un perjuicio patrimonial, entendido mayoritariamente en sentido económico, tanto en la modalidad de abuso como en la de deslealtad. Dichas exigencias restrictivas son plausibles respecto del tipo de deslealtad, mas no se justifican respecto del tipo de abuso, cuyo alcance ya es en sí mismo restringido. La formulación sintética de ambas figuras en un mismo tipo genera esta inconsistencia *lógica interna* al § 266 StGB⁴⁷. Junto a este tipo se contemplan la figura de administración desleal de cotizaciones previsionales en el § 266 a y un tipo de abuso de tarjetas de cheque y de tarjetas de crédito en el § 266 b StGB.

3. Valoración crítica del Anteproyecto de 2005 y del Proyecto de Código penal de 2014; comentario al Anteproyecto de 2015.

3.1. El Anteproyecto de Código penal chileno de diciembre de 2005.

El ACP 2005 parece seguir la *sistemática* del CPE, lo cual explica que las falsedades se encuentren tipificadas en los arts. 234 y ss. entre los delitos contra intereses colectivos, después de los delitos contra bienes jurídicos individuales, entre los cuales se insertan los delitos patrimoniales en los arts. 159 y ss.

Respecto de la falsificación de dinero, cabe destacar que el ACP 2005 sigue acá la sistemática del StGB, pues contempla un tipo de falsificación de dinero en el art. 234 y, a inmediata continuación, un tipo de falsificación de títulos de valor y tarjetas de pago en el

⁴⁵ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht. BT*, cit. nota n° 42, § 15 nm. 9 y ss., nm. 35 y ss.

⁴⁶ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht. BT*, cit. nota n° 42, § 22 nm. 4 y ss.

⁴⁷ A cuya solución Nelles dedicó su tesis de habilitación, en: NELLES, Ursula, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, Berlin: Duncker & Humblot, 1991, pp. 209 y ss., pp. 504 y ss.

art. 235. En cuanto a la técnica legislativa adoptada en la formulación del tipo del art. 234, esta responde al criterio de economía legislativa, ya que reúne en una misma norma la hipótesis de falsificación de moneda y la de circularla en el tráfico económico. Además, declara equivalente la moneda metálica y el billete de papel moneda de curso legal, en Chile o en el extranjero, en el inciso 2° del art. 234 ACP 2005. No obstante, falsificar dinero es una conducta con un significado antijurídico diferente que circular dinero falso, por lo que parece aconsejable tipificar ambas conductas por separado, a fin de maximizar la capacidad comunicativa de las normas. En cuanto al tipo del art. 235, desde un punto de vista sistemático interno su formulación reafirma la idea que los títulos de valor y las tarjetas de pago cumplen una función equivalente al dinero en el tráfico económico, lo cual aparece relevado en el texto de la norma al señalar “u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda”. La diferencia radica básicamente en que el dinero y los títulos de valor son en sí mismos *portadores de valor*, no así las tarjetas de débito o de crédito, que comparten con aquellos solamente su condición de medios de pago con poder liberatorio. Es decir, el ACP 2005 sigue aquí un modelo *monetario* de regulación.

En materia de falsedades documentales, el ACP 2005 sigue la sistemática del CPE, pues empieza con las hipótesis de falsedades cometidas en documentos y registros públicos, documentos oficiales y certificados, en los arts. 238 a 242, y relega a una figura de carácter *residual* la hipótesis de falsificación de documento privado en los arts. 243 y 244. Esta opción sistemática *interna* no trasluce claramente la *diferenciación* básica entre una norma de protección a la *autenticidad* del documento y normas de protección a la *verdad* de la documentación pública. En cuanto a la formulación de los tipos en particular, esta distingue entre las falsedades cometidas en documentos públicos y en inscripciones en registros públicos en los arts. 238 y 239, por una parte, y las falsedades cometidas en documentos oficiales y certificados en los arts. 240 y 241, por otra. Asimismo, respecto de los tipos de falsedad cometida en documentos públicos y en inscripciones en registros públicos, diferencia entre la hipótesis de delito común en el art. 238 y el delito especial cometido por funcionario público en el art. 239.

En cuanto a la distinción entre documentos y registros públicos y documentos oficiales, no resulta claro que se justifique un tratamiento diferenciado, si en ambos casos se pretende proteger la verdad de la documentación pública. Si lo que se pretende es más bien excluir del ámbito de la punibilidad la falsificación de *simples* documentos administrativos o de tales documentos con un contenido puramente *dispositivo*, entonces este criterio debería quedar más bien entregado a la doctrina y jurisprudencia. De lo contrario, no se observa una diferencia esencial entre un documento público y un documento oficial, que da constancia fehaciente de un hecho jurídicamente relevante. Respecto de la distinción de *sujetos*, esta parece adecuada y particularmente correcta resulta empezar con el tipo que describe el delito *común* y luego insertar el delito *especial*, puesto que de este modo se pone de relieve que lo determinante en este grupo de delitos es la falsedad cometida y que la eventual infracción de deberes funcionarios sólo cumple un rol secundario con un efecto agravante de la pena. En este sentido, el ACP 2005 parece acoger un modelo *falsario* y no funcional en estos tipos. A nivel de descripción de la conducta típica, resulta un tanto engorrosa la forma todavía bastante *casuística* de formulación de una serie de modalidades

de comisión. Resultaría conforme a una técnica respetuosa del criterio de *economía* legislativa una formulación más sintética de descripción de la conducta típica, que redunde en una mayor capacidad comunicativa de las normas subyacentes a cada tipo.

En este orden de consideraciones, la formulación del tipo de falsificación de documento *privado* en el art. 243 ACP 2005 resulta desacertada. Primero, porque no se formula ningún elemento a partir del cual pueda colegirse claramente que aquí sólo puede tratarse de la protección de la *autenticidad* del documento. Segundo, porque, al contrario, la mantención de la referencia al “perjuicio de tercero” en los mismos términos del actual art. 197 CPCh no hace más que perpetuar la creencia equivocada de que aquí se está en presencia de una forma especial de estafa, es decir, de un delito patrimonial⁴⁸. Aquí el ACP 2005 queda anclado en un modelo *patrimonial* de este tipo. Tercero, porque la descripción de la conducta típica mediante el verbo “forjar” en todo o en parte un documento parece enderezada a solucionar un problema puramente aparente, cual es el de la supuesta no punibilidad de la hipótesis de “forjamiento” de un documento íntegramente falso. El origen de este problema aparente se remonta a una modificación introducida al Código penal español a mediados del siglo XX, que introdujo expresamente como una modalidad de comisión de la falsedad la hipótesis de *forjamiento* íntegro del documento falso. Como la misma modificación no se había introducido al art. 193 CPCh, parte de la doctrina y jurisprudencia nacional dedujo de esta omisión legislativa la impunidad de esta hipótesis, lo cual resulta un contrasentido que ya había sido advertido por Antonio Quintano Ripollés en España, pues no se concibe la falsificación de un todo sin la de sus partes⁴⁹. Por eso, este autor declaraba redundante la introducción de tal modalidad de comisión. En efecto, si lo punible es cometer falsedad en un documento, resulta absurdo considerar punible la falsificación parcial y no así la falsedad total de un documento. Cuarto, porque regula en el mismo inciso 1° del art. 243 la falsedad de documento privado y la hipótesis de hacer uso del documento falso, forma de tipificación que podría generar el mismo *dilema* que provoca la regulación conjunta de ambas modalidades en el apdo. 1 del § 267 StGB.

En el ámbito de los delitos patrimoniales, el tipo del delito de estafa en el art. 159 se destaca por su formulación sintética, que supera la antigua tipificación basada en la descripción de una serie de modalidades de comisión en el art. 468 CPCh. A renglón seguido, en el art. 160 se incluye una hipótesis de “fraude informático” consistente básicamente en un desplazamiento patrimonial producido mediante intervención en un sistema de tratamiento automatizado de información o de los datos contenidos en el mismo.

Por último, se formula un tipo *general* de administración desleal en el art. 161 ACP 2005, mediante el cual se colma el vacío de punibilidad que deja el actual art. 470 N. 1 CPCh. En este sentido, el ACP 2005 se aparta del modelo societario que antes subyacía al tipo del art. 295 CPE. No obstante, en comparación con el § 266 StGB, la formulación del tipo del art. 161 opta básicamente por acotarse al tipo de abuso del párrafo citado del StGB, excluyendo el tipo de simple deslealtad, lo cual relegaría a la impunidad una serie de hipótesis fácticas que no quedan abarcadas por el siempre restrictivo tipo de abuso.

⁴⁸ Termina de dismantelar esta creencia MAYER, “La falsificación”, cit. nota n° 18, pp. 224 y ss.

⁴⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *La falsedad documental*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, p. 187 y s.

Fundamentalmente, se trata de hipótesis de infracción grave al deber de tutela patrimonial que no se comete mediante el abuso de facultades de disposición, sencillamente porque el autor no se encuentra dotado formalmente de tales facultades, por ejemplo, la decisión conscientemente perjudicial para el patrimonio social adoptada por los miembros del directorio de una sociedad anónima.

3.2. El Proyecto de Código penal chileno de marzo 2014.

En general, el proyecto de Código penal chileno presentado al Congreso Nacional en marzo de 2014 se destaca por una técnica legislativa claramente más sintética⁵⁰. En el ámbito de las falsedades, el PCP 2014 toma la misma decisión *sistemática* del CPE y del ACP 2005 en orden a insertar los tipos de falsedad entre los delitos contra intereses colectivos, después de los delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales. En el art. 395 se formula de manera sintética el tipo de falsificación de dinero. Sin embargo, a diferencia del ACP 2005 y de la técnica legislativa del StGB, el PCP 2014 opta por insertar un tipo de uso indebido de tarjetas de débito o de crédito en el art. 334, a continuación de los tipos de estafa y fraude informático. Subyace a esta decisión sistemática una concepción patrimonial de este ilícito, que de hecho se traduce en la exigencia de perjuicio en el tipo básico del art. 334 inc. 1° PCP 2014. En este sentido, el PCP 2014 suscribe un modelo *patrimonial* de este tipo.

En materia de falsedades documentales, el PCP 2014 mantiene el orden sistemático del ACP 2005, en el sentido de anteponer el tipo de falsificación en documento público en el art. 397. Este tipo describe el delito común de falsedad en esta clase de documento, sin embargo, con el uso del verbo “*forjar*”, la forma de redacción se expone a la misma crítica formulada precedentemente. El tipo del art. 398 describe el delito especial de falsedad en documento público, con una formulación claramente más sintética que la propuesta en el ACP 2005. Esta forma de regulación conjunta se aparta decididamente del modelo funcional subyacente al art. 193 CPCh. En el art. 400, se contempla la hipótesis de falsificación en documento privado, que sufre una restricción en el plano *subjetivo* con la exigencia del elemento “para engañar en el tráfico jurídico y perjudicar a otro en la adquisición, goce o ejercicio de sus derechos”. La exigencia conjunta de ambos elementos subjetivos parece redundante, puesto que ya el engaño en el tráfico jurídico resulta perjudicial para los derechos de otro, en la medida en que se induce a éste a un error sobre la existencia de un documento. También en este art. 400 se describe la conducta típica con el verbo “*forjar*”, que parece ser una mala traducción del verbo “*herstellen*” ocupado en el apdo. 1 del § 267 StGB.

En materia de delitos patrimoniales, el PCP 2014 incluye las figuras centrales de esta clase de ilícitos. Sin embargo, en la formulación concreta de cada tipo, es posible constatar algunos detalles que podrían generar algunos problemas en la aplicación de las normas. En este orden de consideraciones, la formulación del tipo del delito de estafa en el art. 330 parece excesivamente detallista en su redacción. Así, menciona expresamente junto a la

⁵⁰ Es preciso aclarar que el autor de la presente contribución participó en la formulación de esta parte del proyecto, de modo que las líneas siguientes deben ser entendidas en gran parte como un ejercicio de *autocrítica*.

provocación de error mediante engaño “o lo mantuviere en el error”, aparentemente para despejar las dudas sobre la punibilidad de la comisión de estafa mediante omisión. Asimismo, explicita en demasía el alcance del requisito de disposición patrimonial con la oración “induciéndolo a hacer, omitir o tolerar algo que importe una disposición patrimonial”, con lo cual se pretende también despejar las dudas en torno a una disposición patrimonial realizada pasivamente. A continuación del delito de estafa, se inserta una hipótesis de “fraude informático” con desplazamiento patrimonial en el art. 333 y el ya mencionado uso indebido de tarjetas de débito o de crédito en el art. 334.

Por último, el PCP 2014 se destaca también por incluir un tipo general de administración desleal en el art. 336. En este sentido, el PCP 2014 se aparta también del modelo societario del anteriormente vigente art. 295 CPE. Sin embargo, en la formulación del texto se advierte una cierta indecisión en torno a consagrar el tipo de abuso y el tipo de mera deslealtad, puesto que ambos se redactan de modo copulativo en el inciso 1º, con la oración siguiente: “el que, teniendo a su cargo la gestión de intereses patrimoniales de otro en virtud de ley, orden de la autoridad o convención y abusando de sus facultades, le irrogare perjuicio”. Precisamente, existen hipótesis fácticas graves de administración desleal mediante una gestión infiel de los intereses patrimoniales ajenos, sin abuso de facultades, simplemente porque frecuentemente la víctima no le ha concedido dichas atribuciones al eventual autor del delito. Sin perjuicio de este detalle, la formulación del PCP 2014 parece ser más completa que el mismo tipo incluido en el ACP 2005.

3.3. Comentario final al Anteproyecto de 2015.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el Anteproyecto de 2015 se mantiene en la misma línea de una formulación sintética de los tipos penales en materia de falsedades. Así, el tipo de falsificación de dinero, contemplado en el art. 357, conserva prácticamente el mismo tenor que su precedente del PCP 2014. Respecto de la hipótesis de uso indebido de una tarjeta de crédito o débito, esta se contempla como una modalidad especial del “fraude informático” en el art. 297 ACP 2015, numeral 3º. Sin embargo, esta misma hipótesis se restringe al uso no autorizado de los “datos codificados” en tales tarjetas. A continuación, en el art. 298 ACP 2015, se tipifican diversas hipótesis de preparación de los ilícitos constitutivos de “fraude informático”. El ACP 2015 mantiene aquí un modelo *patrimonial* de esa clase de ilícitos.

En el ámbito de las falsedades documentales, el ACP 2015 introduce un cambio *sistemático* relevante al anteponer un tipo general de falsificación de documentos en el art. 358, que hace expresa referencia al carácter inauténtico del documento falsificado, con lo cual clarifica el fin de protección de esta norma en orden a proteger solamente la *autenticidad* del documento. De este modo, se deslinda claramente el interés en la protección de la autenticidad del documento de aquel existente en la protección de la verdad del mismo. Sin embargo, al interior de este tipo básico, dicha hipótesis de falsificación se tipifica, en su inciso 1º, respecto del documento público y luego, en el inciso 2º, respecto de “un documento de cualquiera otra índole”. Este orden interno del precepto no es coherente con la decisión sistemática de anteponer el tipo básico de falsedad documental, realizable en cualquier documento, de modo que dicho orden es atribuible todavía a un último estertor de

la sistemática del *Code Pénal* de 1810. Respecto del tipo de falsedad cometida al otorgarse un documento público, “faltando a la verdad al dar fe sobre hechos y circunstancias”, es decir, cuya norma protege la verdad de la documentación pública, cabe observar una diferencia de fondo, en comparación tanto con el ACP 2005 como con el PCP 2014. Esta norma, contemplada en el art. 359 ACP 2015, resulta aplicable solamente al funcionario público que comete tal clase de falsedad, mas no al particular que realiza la misma conducta al otorgarse un documento público, al formarse un registro o libro público o al practicarse una inscripción. En el inciso 2° del mismo precepto, se castiga a cualquiera que hiciera uso del documento público previamente falsificado. Es decir, la norma opta por castigar al particular solamente como autor del uso del documento público falso, pero no por cometer la falsedad misma. En consecuencia, la hipótesis en que un particular interviene en el otorgamiento de un documento público falso, sin luego hacer uso del mismo, queda regida por las reglas generales sobre autoría y participación, específicamente por la regla contemplada al efecto en el art. 30 inciso 3° del ACP 2015. Pero entonces, el tipo del art. 359 ACP 2015 parte de la premisa que el particular no se encuentra obligado a la verdad, ni aún en el contexto de otorgamiento de un documento público, es decir, de una premisa contraria a la que subyace a los tipos del art. 238 ACP 2005 y del art. 398 PCP 2014.

Finalmente, en materia de delitos patrimoniales, se mantiene prácticamente la misma formulación del tipo del delito de estafa en el art. 296 ACP 2015, salvo un tratamiento diferente de la hipótesis en que la persona que incurre en el error es poco cauta o diligente. A diferencia de la regla del art. 330 del PCP 2014, que en ese caso contemplaba una rebaja del marco penal, ahora el precepto mencionado del ACP 2015 declara que esta circunstancia personal no obsta a la configuración del engaño típico. En cuanto al tipo de administración desleal, contemplado en el art. 302 del ACP 2015, cabe señalar que la indecisión en torno a la regulación conjunta de la modalidad de abuso y de mera deslealtad, que se detecta en el art. 336 del PCP 2014, se resuelve claramente en el sentido de tipificar ambas modalidades de manera alternativa, siguiendo en este punto abiertamente el modelo del Código penal alemán.

4. Conclusiones: comparación de modelos de regulación.

Vogel sostiene que los modelos de regulación son valorativamente *neutrales*, porque su coherencia lógica, sistemática y teleológica interna no garantiza que sean compatibles con normas de orden constitucional y con los principios reconocidos de política criminal, como el de *ultima ratio*, los criterios de merecimiento y necesidad penal o el principio de protección de bienes jurídicos en su faz trascendental⁵¹. Esta neutralidad valorativa permite proceder a una comparación de los modelos de regulación eminentemente *descriptiva*, sin la pretensión de agotar los problemas de legitimación *material* que cada tipo modelo puede abrir.

⁵¹ VOGEL, “Wirtschaftskorruption”, cit. nota n° 6, p. 410 y s.

4.1. Falsificación de dinero y tarjetas de pago.

Respecto de la falsificación de dinero, evidentemente no puede regir otro modelo de regulación que el *monetario*. Este modelo es común a todas las legislaciones penales comparadas. Las diferencias aparecen en relación con las tarjetas de pago, básicamente de débito y de crédito. En este ámbito, es posible identificar dos modelos de regulación distintos. Por un lado, un modelo *monetario*, que es adoptado en los §§ 152 a, 152 b del StGB y es seguido en el art. 235 del ACP 2005. Este modelo de regulación tiene la ventaja de reconocer que estas tarjetas cumplen efectivamente una función *equivalente* al dinero en la economía moderna. Pero desconoce que tales tarjetas, a diferencia de las monedas y los billetes, no son portadores de valor. Por otro lado, tanto el art. 248 apdo. 2 letra c) del CPE como el art. 334 del PCP 2014 y el art. 297 ACP 2015 suscriben un modelo *patrimonial* en relación a estas tarjetas. Probablemente a partir de dicha constatación, esto es, que estas tarjetas no son portadoras de valor, este modelo otorga relevancia constitutiva del injusto solamente al *uso* indebido de tales tarjetas o de sus datos, mas no a la falsificación misma.

4.2. Falsedades documentales.

El art. 390 CPE contiene un tipo *híbrido*, puesto que *teleológicamente* su norma se dirige a la protección tanto de la autenticidad como de la verdad del documento. No obstante, la relevancia que la doctrina le asigna a la condición de funcionario del sujeto activo del delito produce un efecto unificador, que implica suscribir un modelo *funcionarial* de regulación. *Sistemáticamente*, la regulación del StGB tiene la virtud de distinguir con claridad la norma de protección a la autenticidad del documento de las normas cuyo fin radica en la protección de la verdad de la documentación pública. No obstante, la ubicación del § 348 StGB entre los delitos funcionarios torna a este parágrafo en un tipo híbrido, que se nutre tanto de un modelo *funcionarial* como de uno *falsario* de regulación. Tanto los arts. 238 y 239 ACP 2005 como los arts. 397 y 398 PCP 2014, así como el art. 359 ACP 2015 – con algunos matices —, abandonan definitivamente el modelo funcionarial de regulación y abrazan uno netamente *falsario*.

En cuanto a la falsificación de documento privado, el modelo *patrimonial* de regulación aún pervive en el art. 395 CPE, pero solamente en el plano subjetivo, como uno de los fines posibles de la falsificación. El art. 243 ACP 2005 suscribe todavía este modelo de regulación, mientras que éste ha sido definitivamente superado en el art. 400 PCP 2014 y en el art. 358 ACP 2015.

4.3. Delitos patrimoniales.

Respecto del delito de estafa, es obviamente común a las legislaciones comparadas un modelo patrimonial de regulación. Las diferencias aparecen respecto del delito de administración desleal. El art. 295 CPE consagraba un modelo *societario* de regulación de este delito, el cual generaba irresolubles problemas sistemáticos internos con el delito de apropiación indebida antes tipificado en el art. 252 CPE. Con la reforma introducida al CPE por la reciente Ley Orgánica 1/2015, dicho modelo ha sido definitivamente abandonado. El § 266 StGB suscribe un modelo *patrimonial* puro de regulación, aunque evidencia un

problema *lógico* interno derivado de la síntesis en una misma norma de dos tipos originalmente distintos. Tanto el art. 161 ACP 2005 como el art. 336 PCP 2014 y el art. 302 ACP 2015 se apartan nítidamente del modelo societario y suscriben un modelo patrimonial de regulación de la administración desleal. No obstante, ninguno, salvo el último precepto citado, logra resolver de modo adecuado la disonancia lógica interna que evidencia el tipo modelo del § 266 StGB.

ROJAS, Luis Emilio. “Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich; HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric (editores), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2009.
- BACIGALUPO, Enrique, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BASCUÑÁN, Antonio, “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1 (2004), pp. 291-345.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (directores), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XII, Madrid: Dykinson, 2011.
- CORCOY, Mirentxu; MIR, Santiago, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- D’ORS, Álvaro, “Contribuciones a la historia del ‘crimen falsi’”, en: VV.AA., *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milán: Giuffrè, 1969, vol. II, pp. 527-558.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Aalen: Scientia Verlag, 1986 (1847).
- HERNÁNDEZ, Héctor, “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”, *Política criminal*, n° 5 (2008), pp. 1-37.
- _____, “La administración desleal en el Derecho penal chileno”, *Revista de Derecho*, XXVI semestre I (2005), pp. 201-258.
- JAKOBS, Günther, *Urkundenfälschung*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000.
- KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, 4ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2013.
- KÖHLER, Michael, „Humes Dilemma – oder: Was ist Geld? ‚Geldschöpfung‘ der Banken als Vermögensrechtsverletzung“, en: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René; PERRON, Walter, *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pp. 887-923.
- MAYER, Laura, “La falsificación de instrumentos privados: ¿una estafa especial?”, *Revista de Derecho*, vol. XXVII n° 2 (2014), pp. 217-241.
- MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1899.
- NELLES, Ursula, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, Berlin: Duncker & Humblot, 1991.
- OSSANDÓN, Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- PEÑA CERECEDA, Federico, “Observaciones acerca del artículo 27 de la Ley 4.808 sobre Registro Civil, de 31 de enero de 1930”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 52, N° 1 (1955), pp. 53-59.
- PIÑA, Juan Ignacio, *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *La falsedad documental*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.
- RIVACOBRA, Manuel, “Objeto jurídico y sujeto pasivo de la falsificación de monedas”, *Gaceta Jurídica* n° 70 (1986), pp. 2-9.

- ROJAS, Luis Emilio, "Dogmengeschichte der Urkundenfälschung", en: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René; PERRON, Walter (editores), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, 925-947.
- _____, "Deconstrucción del modelo dominante de comprensión de los delitos de falsedad documental", *Polít. crim.* Vol. 9, N° 18 (2014), Art. 6, pp. 477-520.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München: C.H. Beck, 2014.
- VOGEL, Joachim, „Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht –“, en: HEINRICH Bernd; HILGENDORF Eric; MITSCH, Wolfgang; STERNBERG-LIEBEN Detlev (editores), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2004, pp. 395-411.
- VORMBAUM, Moritz, „Das Handeln ‚zur Täuschung im Rechtsverkehr‘. Zur Auslegung des § 267 I StGB“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 3 (2011), pp. 167-182.