

Paper de Investigación.

La Variable «Confianza» en los Delitos contra la Propiedad: «Estafa» y «Abuso de Confianza».

Barrientos, Pedro.

Cita:

Barrientos, Pedro (2015). *La Variable «Confianza» en los Delitos contra la Propiedad: «Estafa» y «Abuso de Confianza»*. Paper de Investigación.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/pedro.barrientos/12>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pzZQ/9uh>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

LA VARIABLE «CONFIANZA» EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD: «ESTAFA» Y «ABUSO DE CONFIANZA».

[THE VARIABLE “TRUST” IN CRIMES AGAINST PROPERTY: ‘FRAUD’ AND ‘BREACH OF TRUST’]

Msc. Dr. Pedro Barrientos Loayza
Universidad Nacional de Córdoba – Argentina

Se aborda, en el marco del Código Penal de Bolivia, el «abuso de confianza» determinando si se trata de un ardid o artificio o maquinación por naturaleza propia o si más bien se trata de un delito autónomo *strictu sensu*. Para ello se propone el estudio de las defraudaciones, las escuelas penales en cuanto a interpretación se refiere finalizando con una serie de conclusiones y propuestas para futuros trabajos de investigación en la materia

[Under the Criminal Code of Bolivia, the “abuse of trust” is studied by determining whether it is a scheme or artifice or contrivance by nature or whether it is a separate offense in strict sense. For this paper we study frauds, criminal schools in terms of interpretation refers ending with some conclusions and suggestions for future research in this area.]

Keywords.

Defraudación, confianza, estafa, abuso de confianza.

Introducción

La presente investigación tiene su razón de ser por la diversidad de sistemas penales y sus respectivas normas sustantivas. En algunos de dichos sistemas con diferenciaciones más claras que en otros, lo que obviamente motiva al autor a poder indagar un poco más en la temática de este *paper*.

Tal vez por la falta de técnica legislativa de los países o justamente por la falencia que acarrea la corriente codificadora penal¹ heredada de los países europeos (Beccaría, 1763; Howard, 1777), existen diversos tratamientos a dos tipos penales estrechamente vinculados en una relación de género a especie, y dentro de cada especie en virtud del tipo de ardid empleado. En efecto, me refiero a la variable «confianza» que interactúa o puede interactuar en la «estafa» y en el «abuso de confianza». Como consecuencia de ello, existe una exégesis de ambos muchas veces abordados con excesiva tendencia clásica, con lo cual, apenas el Ministerio Público o la defensa advierte la

existencia de la variable «confianza» se cree que la tipificación lo es para uno de los tipos delictivos y no así para el otro.

La realidad material, la verdad histórica de los hechos acontecidos dentro de la teoría del delito que se quiera seguir, indica que ésta variable (la confianza) en muchos casos existe ineludiblemente pero, no por ello, implica que se trate de un delito cuya consecuencia implique descartar al otro. Habrá que estar, reitero, a la verdad material a fin de determinar su incidencia o no a la hora de establecer su sentido y alcance para poder tipificarlo.

Las contribuciones que se pretenden efectuar a lo largo de este *paper* son las siguientes:

- Indagar desde una óptica psico-social la génesis como el funcionamiento de la variable «confianza» por cuanto que —en verdad de los hechos— existe una estrecha relación entre el objeto de investigación y las interacciones interpersonales que pueden resultar siendo hechos punibles desde la óptica civil o penal;

«Paper» elaborado para futuras investigaciones. Comentarios y sugerencias pueden ser remitidos al autor a barrientos-loayza@gmail.com.

¹ Me refiero a los Códigos de la época: Código francés de 1810, Toscano de 1853, Italiano de 1889, Bávaro de 1813, Prusiano de 1851, Alemán de 1871 y Españoles de 1848-50 y 1870, etc., producto de la influencia de Beccaría (1763) y Howard (1777).

- Establecer cómo las escuelas de derecho penal inciden a la hora de determinar una óptica de interpretación distinta a la otra, en cuanto a tipificación se refiere;
- Efectuar una taxonomía² entre los tipos delictivos «estafa» y «abuso de confianza» respecto de su causa eficiente (la defraudación y la apropiación indebida);
- Abordar el tratamiento que efectúa la jurisprudencia en la materia objeto de la investigación;
- Finalmente concluir con los resultados obtenidos y efectuar el lineamiento para investigaciones futuras.

La variable «confianza»

A poco de indagar en los autores que se enfocan o centran en los aspectos psico-sociales del comportamiento humano encontramos a Deutsch (1973) quien define a la variable confianza como aquella «... *confianza que uno va a encontrar lo que se desea de otro, en lugar de lo que se temía...*».

Por su parte, Scanzoni (1979) describe la confianza como «... *la voluntad del actor para organizar y descansar sus actividades en otro debido a la confianza que el otro le proporcionará en base a las satisfacciones esperadas...*». Scanzoni también sugiere que la confianza requiere la voluntad de situarse en una posición de riesgo y que la confianza no es probable que aparezca al principio de una relación, porque habría poca base en la experiencia pasada para su desarrollo.

Fuera del ámbito de las relaciones interpersonales, Rotter (1980) consideró a la confianza como una variable de la personalidad individual. Así, define a la confianza como «... *una expectativa generalizada en manos de un individuo que puede ser invocado por otro individuo como palabra, promesa o declaración...*».

Rempel et al. (1985), citando a Rotter (1980) y Scanzoni (1979), consideran a la confianza como «... *una expectativa generalizada relacionada con la probabilidad subjetiva de que un individuo asigne la ocurrencia de un conjunto de eventos futuros...*», para lo cual concluyen sosteniendo que se trata por sobre todas las cosas de «previsibilidad».

En efecto, pareciera que cuando los autores en la materia indagan respecto de la variable «confianza», concluyen afirmando que en las relaciones interpersonales una relación de confianza nace, por una parte, cuando una de los actores percibe que la otra es *previsible*³ y por otra parte, cuando esa relación se desarrolla porque el otro actor «es de fiar». Como consecuencia de ello, se produce un apego mutuo que va acompañado de la creencia de que la otra persona, como «es de fiar», es o debiera ser

normalmente sensible a las necesidades del otro (Boon & Holmes, 1991; Rempel et al., 1985). Entonces, tal como así sostiene Alzate Sáez (s.f.) la confianza «... *es un proceso individualizado que se desarrolla a partir de un conjunto de experiencias mutuamente positivas...*».

Las Escuelas de Derecho Penal

En este acápite me referiré sucintamente al enfoque respecto del delito que asumen las escuelas de derecho penal para fundar precisamente sus «Teorías del Delito» y con ello cómo interpretan el sentido y alcance de una norma penal.

En este sentido, Nuñez (1999) establece una clara diferenciación entre dichas escuelas. Sostiene el autor que a la par y antes de la era de la codificación, como un impulso a su formación y al consiguiente mejoramiento sustancial y formal del derecho penal, se produjo la tarea de teorización o explicación del derecho penal. Para ello, esas corrientes de opinión, expusieron el derecho penal con arreglo a un sistema estructurado según determinados principios fundamentales, de allí la denominación de «escuelas penales» entre las que encontramos:

La Escuela Toscana: Representada por Carmignani (1808, 1832) y Carrara (1859) quienes consideran al delito como una «transgresión a la ley del estado», por tanto no interesa la conducta del individuo en tanto y en cuanto dicha conducta transgrede la ley.

La Escuela Positiva: Para la escuela positiva, el delito es un «ente de hecho» no así un «ente jurídico» y, entonces su método ya no es la deducción, sino la inducción experimental. Para Lombroso (1877), Ferri (1884) y Garófalo (1922) el delito no es algo que existe por el mero hecho de existir, sino porque existe una ley que así lo determina. Se trata de un hecho humano y un fenómeno natural que se produce como consecuencia de la convivencia del hombre en sociedad y que, por cierto, perjudica a dicha sociedad.

La escuela de la Política Criminal: Que tiene su nacimiento y evolución a fin de conciliar las posiciones extremas de las escuelas precedentes a cuyo

² Ciencia de los principios, métodos y fines de la clasificación (Taxonomía, 2015).

³ Que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales (Previsible, 2015).

fin propuso modificar las legislaciones vigentes llevando a la práctica elementos aprovechables de ambas. Así, el delito es un hecho humano y también un fenómeno natural (Escuela Positiva) pero a los efectos de la dogmática penal no se trata de un simple hecho humano sino de aquél en cuanto sea así definido como delito (Escuela Clásica o Toscana).

Clasificación de las defraudaciones.

La doctrina mayoritaria en el tema, clasifica a la familia de las defraudaciones según cómo se perpetren de la siguiente manera:

Por medio de fraude: El sujeto activo mediante un despliegue de ardid o engaño provoca un error en el sujeto pasivo, lo cual motiva que éste realice una actividad perjudicial de su propio patrimonio o de un tercero. Entonces, vía fraude, es el sujeto activo es el que determina la actividad perjudicial.

Vía abuso de confianza: El sujeto pasivo, de manera previa otorga al sujeto activo un «poder de hecho» para alguna actividad —vía un negocio jurídico—, motivo por el cual la «buena fe» depositada en el agente es burlada provocando el perjuicio, no por un abuso de confianza personal, sino por el abuso de la confianza generada para el negocio en sí mismo.

Aprovechándose de situaciones: Situaciones estas que facilitan o permiten materializar el «perjuicio patrimonial»⁴ y como ejemplo⁵ de ello podemos mencionar:

1. Encontrar perdida una cosa o un tesoro apropiándose de los mismos sin observar las prescripciones del Código Civil;
2. Apropiarse de una cosa ajena —debido a una tenencia previa— fruto de un error o caso fortuito;
3. Vender una prenda sobre la que se prestó dinero o apropiarse o disponer de ella, sin las formalidades legales;
4. El acreedor que a sabiendas exige o acepta de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.

Las defraudaciones dañosas: Se trata de defraudaciones mediante las cuales se indaga y determina la

existencia del perjuicio patrimonial y ya no así el «beneficio» perseguido para el agente o para un tercero.

La «estafa»

La estafa es una especie comprendida dentro de las defraudaciones, en efecto, tal como refiere Creus (1998) «... *estafar es una determinada manera de defraudar*...», mientras que con la expresión «defraudación» se designa toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquélla o se aprovecha de éstas.

En la actualidad, al tratar la figura de la defraudación, se amplía el tratamiento de su resultado. Es decir, primigeniamente, a fin de tipificar o no una defraudación se debía buscar un «perjuicio patrimonial» producido por un *animus defraudandi* de beneficio tanto para el agente o, en su caso, para un tercero. Sin embargo, en la actualidad, se observa que también existe defraudación con la sola ocurrencia del referido «perjuicio patrimonial» sin que sea menester que se haya perseguido un beneficio propio o para un tercero⁶.

La «Estafa Genérica» contemplada por la ley de fondo en su art. 335 se tipifica cuando:

«... El que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otro que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, será sancionado con reclusión de uno a cinco años y con multa de sesenta a doscientos días...»

La acción típica: La estafa es una defraudación por fraude y su causa teleológica no es punir la *disposición patrimonial* de la cosa, sino resguardar la inalterabilidad o incolumidad del patrimonio del sujeto pasivo, de allí la diferencia con la figura del hurto. El error provocado intencionalmente en la persona de la víctima ocasiona una disposición patrimonial

⁴ Creus (1998) menciona también la posibilidad de crear el peligro de producirlo.

⁵ Defraudaciones atenuadas contempladas en el art. 175 del Código Penal Argentino.

⁶ Estas son las llamadas defraudaciones dañosas como ocurre en algunos casos de administración infiel y, quizá también, en determinados supuestos de desbaratamiento de derechos.

perjudicial que finalmente se traducirá en un beneficio propio o de un tercero, por lo que la conducta punible es la defraudación por medio de *artificio*⁷ o *engaño*.

El detrimento patrimonial: Desde una perspectiva penal, el detrimento en la propiedad es amplio, pero todos ellos están referidos a situaciones en las que se vulnera —por acción o por omisión— la referida inalterabilidad del patrimonio, lo que provoca su disminución.

El perjuicio: La disposición⁸, debe ser perjudicial para el patrimonio. Y tal como lo refiere Orgaz (1967), dicho perjuicio debe ser cierto, subsistente, personal del accionante y debe existir una relación de causalidad adecuada entre acto ilícito y daño provocado.

El fraude: El medio para lograr la disposición patrimonial perjudicial es el fraude, esto es, «... *engaños o artificios que provoquen o fortalezcan error*...». Como se puede apreciar, el fraude puede conformarse por diversos ‘artificios’ o ‘ardides’ y/o ‘engaños’, pero es menester que estén encaminados a que se «... *motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero*...». Por un lado, todo ardid es un tipo de artificio, pero de igual manera, no todo artificio⁹ es un ardid ya que este último implica utilizar algún tipo de maniobras o artificios a efectos de engañar. Por otro lado, un engaño implica la afirmación o la negación contraria a la verdad.

El error: El fraude, concretado ya sea a través de ‘artificios’ o ‘ardides’ y/o ‘engaños’ deben causar un error del sujeto a quien se dirige la acción típica y antijurídica. De igual manera, este error debe ser un error patrimonialmente relevante¹⁰

Nexo de causalidad: En función del principio *pro dam-nato*, así como debe darse un nexo de causalidad entre fraude del sujeto activo y el error de la víctima, también debe existir —de igual manera— una relación causal entre dicho error y la disposición patrimonial perjudicial¹¹.

El beneficio perseguido: El beneficio perseguido por el agente, como consecuencia del resultado de la acción estafadora, debe ser necesariamente ilegítimo y económico.

Sujetos: Sujeto activo o agente puede ser cualquier persona. Mientras que para revestir el carácter de sujeto pasivo o víctima se debe contar con ciertos requisitos:

- Debe poseer capacidad psíquica para tener una noción correcta respecto de aquello sobre lo cual lo induce en error¹²;
- Debe poder tomar la disposición patrimonial perjudicial. Si el sujeto pasivo del fraude no es el titular del patrimonio ofendido, se entiende que dicho sujeto reviste la condición de «perjudicado», mientras que el titular será el verdadero sujeto pasivo¹³

El «abuso de confianza»

El «Abuso de Confianza» como delito de acción privada se encuentra tipificado como una modalidad de ardid para consumar el delito de «apropiación indebida»

⁷ La legislación comparada es más técnica ya que no menciona ‘artificio’ sino más bien ‘ardid’, lo que según la Real Academia Española éste último término es definido como «... *todo artificio, o medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento*...»

⁸ En realidad de las cosas, considero que el tipo delictivo debiera referirse más que a «disposición» a «perjuicio» por obvias razones y por la amplitud que ello significa como asimismo a los efectos de hacer valer «la voluntad de la ley» que sostenía Jimenez de Asúa (1997).

⁹ Según la Real Academia Española un artificio implica disimulo, cautela, doblez.

¹⁰ Creus (1998) refiere un excelente ejemplo: «... *vender un automotor con un motor común, desfigurándolo para que parezca de competición puede ser una estafa, pero, en principio, no lo será vender un auto de competición asegurando que con él se podrá ganar determinada carrera*...».

¹¹ Lógicamente al hacer referencia a un «nexo de causalidad» adopto la postura de Von Kries (1888) quien desarrollara la «Teoría de la Causalidad Adecuada», mediante la cual se configura una causa adecuada del daño o perjuicio debido a que «... *según el curso ordinario y natural de las cosas es idónea para producir un resultado*...»

¹² Creus (1998), refiere como ejemplo: «... *Quien despliega medios ardidosos para hacerse dar algo por un infante de pocos años o por un enfermo mental que no sabe lo que hace, comete hurto, no estafa*...».

¹³ Creus (1998) menciona: «... *que es suficiente, pues, con que disponga materialmente del objeto que constituye la prestación o que pueda decidir de algún modo sobre ella, por ejemplo, en los casos de estafa procesal en que el engañado es el juez que debe decidir sobre la procedencia de la prestación por parte de quien resulta perjudicado*...».

(Capítulo V del Título XII). En efecto, el art. 346 del Código Penal posee razón de ser si es que es complementado con la norma precedente. Veamos:

«...Art. 345.-(*Apropiación Indevida*).- *El que se apropiare de una cosa mueble o un valor ajeno, en provecho de sí o de tercero y de los cuales el autor tuviera la posesión o tenencia legítima y que implique la obligación de entregar o devolver, será sancionado con reclusión de tres meses a tres años...*»

«...Art. 346.- (*Abuso de Confianza*): *El que valiéndose de la confianza dispensada por una persona, le causare daño o perjuicio en sus bienes, o retuviere como dueño los que hubiere recibido por un título posesorio, incurrirá en reclusión de tres meses a dos años...*»

De la lectura de ambas normas se colige como consecuencia, que efectivamente una de las formas de realizar o consumir la apropiación indebida «atenuada» es mediante la utilización del ardid *valiéndose de la confianza*. Solo así tiene razón de ser la norma prevista por el art. 20 del Código Procesal Penal en el sentido que la misma expresamente dispone que el delito de «abuso de confianza» (art. 346 del CP) se trataría de un delito de acción privada debido a que se encuentra como modalidad atenuada de la «apropiación indebida».

Indaguemos un poco más.

En el Código Penal se estipulan, como «Delitos contra la Propiedad» tanto a las defraudaciones (arts. 335 a 344 CP) como asimismo, entre otros, al delito de apropiación indebida (arts. 345 y 346). Ergo, las conclusiones a las que se arriban son por lo demás obvias. Veamos:

1. Las defraudaciones (arts. 335 a 344 CP) y el delito de apropiación indebida y su tipo atenuado (arts. 345 y 346 CP) son «Delitos contra la Propiedad»;

2. La diferencia entre ambos es que las defraudaciones son delitos de acción pública mientras que el delito de apropiación indebida y su tipo atenuado son delitos de acción privada;

3. El legislador pretendió y aún pretende que los delitos de apropiación indebida y su figura atenuante sean de acción privada debido a que el bien jurídicamente protegido es «la propiedad», en este caso, la propiedad privada de cosas corpóreas muebles o inmuebles;

4. Al tratarse la apropiación indebida y el abuso de confianza (su tipo atenuado) de modalidades que atentan la propiedad privada, lógicamente son perseguibles

de oficio una vez que el sujeto pasivo o víctima impetra su querrela de acción privada;

5. En efecto, el abuso de confianza es un tipo atenuante del delito de apropiación indebida, debido a que la punibilidad en el caso concreto —de mediar abuso de confianza como ardid— se reduce a dos años ya no así a tres años;

6. Existe entonces por parte del legislador la voluntad en determinar que una de las formas de apropiación indebida es utilizando un *ardid* o *artificio* o *maquinación* específico cual no es otro que el «abuso de confianza».

Planteamiento del Problema

Existe en la práctica forense entre quienes litigamos diariamente la creencia que cuando la acción del sujeto activo se trata de un «abuso de confianza» o simplemente se menciona la variable «confianza», inmediatamente se debe acudir a la tipificación del art. 346 del CP y por ende, al tratarse de un delito de acción privada se debe instar la acción privada vía querrela.

Lamentablemente en igual error el Ministerio Público Fiscal rechaza las denuncias o querellas por estafa a poco de advertir que existe mencionado expresa o tácitamente la variable «confianza», porque claro está, existe enraizada la idea que si se trata o menciona «confianza» entonces es un delito de acción privada y no así de acción pública.

Conforme el análisis realizado precedentemente el problema queda planteado de la siguiente manera:

«¿El abuso de confianza es un ardid o artificio o maquinación por naturaleza propia o se trata más bien de un delito autónomo de acción privada *strictu sensu*?»

Evidentemente dilucidar el problema planteado dejará en claro el panorama en cuanto a la exégesis que se debe dar a la variable «confianza» y con ello, como consecuencia, la parte defensiva como el Ministerio Público Fiscal podrán subsumir la norma penal al hecho antijurídico sin hesitación alguna.

Toma suma relevancia el problema planteado porque, en verdad de los hechos —quizás por falta de técnica legislativa— el Código Penal boliviano en el juego armónico entre los arts. 335, 345 y 346 del CP promueve la producción —en los hechos— de varias y contradictorias interpretaciones que en definitiva acarrearán injusticias a la hora de establecer si una determinada acción es típica, antijurídica, culpable y punible en el caso concreto o, en su caso, promueven un desgaste jurisdiccional innecesario que podría haber sido evitado.

Como consecuencia de lo anteriormente reflexionado, al menos en la perspectiva de este autor, evidentemente el «abuso de confianza» es un ardid o maniobra delictiva empleada por el sujeto activo para así con ello tipificar los delitos de defraudación como asimismo de apropiación indebida en su figura atenuante (art.346 CP).

Aunque se mencione en el art. 346 del CP como título «Abuso de Confianza»¹⁴, en realidad debe entenderse que se trata de una «apropiación indebida» consumada a través del «abuso de confianza», por ende, no se trata de un tipo delictivo autónomo e independiente sino, reitero, de una figura atenuada.

Desde la óptica de las defraudaciones, el Código Penal Boliviano actualmente en vigencia, establece claramente las siguientes:

Art. 335: Estafa (Genérica)

Art. 336: Abuso de firma en blanco

Art. 337: Estelionato

Art. 338: Fraude de Seguro

Art. 339: Destrucción de cosas propias, para defraudar

Art. 340: Defraudación de servicios o alimentos

Art. 341: Defraudación con pretexto de remuneración a funcionarios públicos

Art. 342: Engaño a personas incapaces

Art. 343: Quiebra

Art. 344: Alzamiento de bienes o falencia civil

Como se puede apreciar, la ley de fondo solo establece diez tipos de defraudaciones sin entrar de lleno en otros tipos de defraudaciones especiales, agravadas y atenuadas tal como actualmente así regulan legislaciones avanzadas, las que de suyo, dejan un amplio margen para nuevos tipos de ardid o engaños¹⁵.

En efecto, no obstante lo señalado, el Código Penal de Bolivia deja un amplio abanico de «artificios» y «engaños» que cabrían ser tipificados bajo la luz del art. 335, entre ellos, el mismo «abuso de confianza» objeto de ésta investigación. Ergo, también se puede consumir una defraudación o una estafa o cualquier otro tipo de defraudación especial cuando el sujeto activo a través de un «abuso de confianza» —utilizado como ardid o engaño— provoca un error en la víctima y un consecuente desplazamiento patrimonial en perjuicio del sujeto pasivo y en

beneficio del sujeto activo o una tercera persona como así lo analizáramos precedentemente.

En concordancia con el criterio sostenido por el autor, cito los criterios sustentados por Boon & Holmes (1991); Rempel et al. (1985); Alzate Sáez (s.f.); Dayenoff (2003) y Oderigo (1942):

«Respecto al abuso de confianza, si no hubiere confianza previa, la actitud del sujeto pasivo podría ser negligente y por tanto no existir delito»

Sumado a lo expuesto, es dable citar la creación pretoriana contenida en el Auto Supremo N°258/2013 de fecha 11 de julio de 2013 cuya *ratio decidendi* me permito transcribir:

«... Ante la concurrencia de las partes a suscribir un contrato, conlleva necesariamente la existencia de una relación jurídica material de orden civil, pues entre, los distintos tipos de estafa encontramos uno especialmente sensible cual es la estafa realizadas mediante la contratación simulada en perjuicio de otro del algún negocio jurídico...»

Conforme lo expuesto, sostiene también que:

«El supuesto de este tipo de estafa consiste en simular un contrato o un negocio jurídico cuyo incumplimiento determina que se produzca un perjuicio directo en el patrimonio ajeno como consecuencia del acto de disposición patrimonial del contratante que ha sido engañado, aprovechándose el infractor de su confianza y la buena fe, con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescindan de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral.»

¹⁴ Debió tratarse como «usurpación por despojo» tal como así lo hace el art. 181, inc. 1) del Código penal Argentino.

¹⁵ Por ejemplo, el art. 173 del Código Penal Argentino considera 14 casos especiales de defraudación «... Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente...» (es decir de la Estafa Genérica), por lo cual, se deja una ventana abierta para nuevas modalidades delictivas las que si bien pueden no estar específicamente reguladas cabrían en la tipificación de la estafa.

Nótese que expresamente la relatora¹⁶ resalta que este tipo de estafa implica una modalidad de ardid cual no es otro que el provecho que obtiene «... el infractor de su confianza y la buena fe...» de allí la denominación de «negocio jurídico criminalizado» ó «contrato criminalizado» que se configura «... a través de la celebración de un contrato o negocio jurídico con la clara y absoluta intención de incumplirlo...».

Así, la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, dice el auto supremo que «... se produce cuando el propósito defraudatorio se concibe antes o en el momento de la celebración del contrato y es capaz de cambiar la voluntad del otro contratante que realmente desea llevar a buen término el negocio jurídico concertado...».

Como se aprecia, se reafirma el criterio sostenido por Boon & Holmes (1991); Rempel et al. (1985) y Alzate Sáez (s.f.) quienes sostienen que en las relaciones interpersonales una relación de confianza nace cuando una parte percibe que la otra es *previsible* y por ende la otra parte «es de fiar». Ergo, si existe «abuso de confianza» como ardid o artificio para estafar o para cualquier otra forma de defraudar o de apropiarse indebidamente es porque existe un aprovechamiento o abuso en la previsibilidad puesta por la otra parte. En otras palabras, el sujeto pasivo sabe que debe actuar como «previsible» para obtener provecho «imprevisible».

Tal como así sostiene Creus (1998) cuando aborda la clasificación de las defraudaciones dice:

«... las figuras de abuso de confianza presentan la característica de que el desplazamiento del bien se ha producido por un acto anterior no vicioso, en el que el sujeto pasivo otorga al agente un poder de hecho sobre aquél, constituyendo la buena fe del agente la principal garantía de la ejecución de lo pactado y donde el perjuicio defraudatorio se produce por el incumplimiento de mala fe de ese pacto, abusando el agente del poder de hecho que se le ha concedido; aquí el dolo se inserta en el momento del abuso, no en el del desplazamiento del bien, que se ha producido por un acto jurídico preexistente; no se trata, pues, del abuso de una confianza personal, sino de la creada por aquel negocio jurídico...»

Mientras que, cuando Creus (1998) aborda específicamente el delito de estafa sostiene:

«... No se trata aquí del abuso de la confianza originada en un negocio jurídico. Ésta no

es una figura de abuso de confianza, según la clasificación precedentemente realizada, sino de fraude. Aquí el abuso de confianza constituye un ardid y, como tal, exige un despliegue de actividad destinada a engañar...»

Conclusiones e Investigaciones Futuras

- Evidentemente tanto la estafa como el abuso de confianza son considerados por el Código Penal de Bolivia como delitos contra la propiedad;
- El «abuso de confianza» es una modalidad atenuada del delito de «apropiación indebida»;
- El «abuso de confianza» es un ardid o artificio para estafar o para cualquier otra forma de defraudar o de apropiarse indebidamente;
- Las partes, el Ministerio Público Fiscal como asimismo el Juez Cautelar deben tomar especial cuidado y previsión en tomar en cuenta que el «abuso de confianza» es un ardid o artificio no así un delito «strictu sensu»;
- La correcta exégesis que se debe llevar a cabo respecto de la variable «confianza» debiera ser asumida desde una postura ecléctica sin acudir a extremos interpretativos;
- El art. 346 del CP peca por falta de técnica legislativa por cuanto titula «abuso de confianza», en todo caso debió titular «usurpación por despojo» (inmuebles) ó «despojo» (muebles);
- En definitiva, la variable «confianza» tiene estrecha vinculación con la «previsibilidad» puesta por una parte hacia otra y no necesariamente como ardid se despliega única y exclusivamente en el art. 346 del CP, sino que puede desplegarse inclusive en cualquier tipo de defraudación especial.

Propongo como temas de investigaciones futuras los siguientes:

1. El estudio y profundización de la variable «confianza» desde el punto de vista psico-social y su interacción con los tipos delictivos contemplados en el Código Penal;
2. Indagar la exposición de motivos del art. 346 del CP a fin de determinar o explicitar la voluntad del legislador;
3. Ahondar en la creación pretoriana del «contrato o negocio criminalizado» expuesto en la tesis del AS N° 258/2013 de fecha 11 de julio de 2013, a fin que se realice una verdadera taxonomía del mismo.

¹⁶ Dra. Ma. Lourdes Bustamante Ramírez.

Referencias

- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. (s.f.). *Teoría del Conflicto I – Concepto y Análisis del Conflicto*. En: «Resolución de Conflictos y Mediación Organizacional». Funiber.
- APA. (2009.) *Manual of the American Psychological Association*. ISBN 13: 9781433805615. ISBN 10:1433805618.)
Retrieved from:
<http://www.apastyle.org/manual/>.
- BECCARÍA, C. (1763). *Dei delitti e delle pene los delitos y de las penas*.
- BOON, S.D. & HOLMES, J.G. (1991). 'The Dynamics of Interpersonal Trust: Resolving Uncertainty in the Face of Risk'. In: Hinde, R.A. & Groebel, J. (eds) *Cooperation and Prosocial Behaviour* (Cambridge: Cambridge University Press), pp. 190-211.
- CARMIGNANI, G. (1808). *Elementa juris criminalis*.
- CARMIGNANI, G. (1831–32). *Teoría delle leggi della sicurezza sociale*.
- CARRARA, F. (1859). *Programa del curso di diritto criminale*.
- CREUS, C. (1998). *Derecho Penal - Parte Especial*, Ed. Astrea, Bs.As.
- DAYENOFF, D.E. (2003). *Código Penal – Concordancias, comentarios, jurisprudencia y esquemas de defensa*. ISBN: 950-534-633-6, AZ Ed., 8va. Ed. Actualizada.
- DEUTSCH, M. (1973). *The resolution of conflict: Constructive and destructive processes*. New Haven, CN: Yale University Press.
- FERRI, E. (1884). *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*.
- GARÓFALO, R. (1922). *La criminología*.
- HOWARD, J.. (1777). *State of prisons*.
- JIMENEZ DE ASUA, L. (1997). *Principios de Derecho Penal - La Ley y el Delito*, Abeledo Perrot, p.101.
- LOMBROSO, C. (1877). *L'homme criminal*.
- NUÑEZ, R. (1999). *Manual de Derecho Penal*, Vol. 1. (ISBN: 950-9426-77-6.) Marcos Lerner (ed.)
- ODERIGO, M.A. (1942). *Código penal anotado: leyes especiales, patronato de menores, represión del tráfico de alcaloides*, Ed. Ideas, Bs.As.
- ORGAZ, A. (1967). *El Daño Resarcible*, Ed. Depalma, Bs.As.
- PREVISIBLE. (2015). *Diccionario de la Real Academia Española*.
Retrieved from:
<http://lema.rae.es/drae/?val=predecible>
- REMPEL, J.K., HOLMES, J.G. & ZANNA, M.P. (1985). 'Trust in Close Relationships'. In: *Journal of Personality and Social Psychology*, 49(1), July, pp. 95-112. Retrieved from:
<https://www.researchgate.net/profile/JohnHolmes9/>
- ROTTER, J.B. (1980). *Interpersonal trust, trustworthiness, and gullibility*. In: *American Psychologist*, 35, 1-7.
- SCANZONI, J. (1979). *Social exchange and behavioral interdependence*. In: R.L. Burgess & T. L. Huston (Eds.), *Social exchange in developing relationships*. New York: Academic Press.
- TAXONOMÍA. (2015). In: DRAE. Retrieved from:
<http://lema.rae.es/drae/taxonomia>.

©2015. Pedro Barrientos Loayza.

Permission is granted to copy, distribute and/or modify this document under the terms of the GNU Free Documentation License, Version 1.2 or any later version published by the Free Software Foundation; with no Invariant Sections, no Front-Cover Texts, and no Back-Cover Texts. A copy of the license is included in the «[GNU Free Documentation License](#)».

Se otorga permiso para copiar, distribuir o modificar este documento en los términos de la Licencia GNU para Documentación Libre, versión 1.2 o cualquier versión posterior publicada por la Free Software Foundation; sin secciones invariantes, sin textos de la cubierta frontal y sin textos de la cubierta posterior. Una copia completa de la licencia (en inglés) se incluye en «[GNU Free Documentation License](#)».