Revista de Derecho Vol. XXIV - Nº 1 - Julio 2011 Páginas 59-85

El delito de estafa en la jurisprudencia chilena*

*Gustavo Balmaceda Hoyos***

Resumen

En el presente trabajo se expone la interpretación que estimamos han asumido los tribunales chilenos sobre el delito de estafa, valorando si se trata de un juicio coherente con la técnica chilena de tipificación, idiosincrasia, y que responda de mejor manera a las necesidades político-criminales del presente, durante el período de tiempo comprendido entre 1841 y 2010.

Estafa – engaño – perjuicio patrimonial

The swindle crime in the jurisprudence of Chile

Abstract

The present work exposes the interpretation that we considered has assumed the Chilean courts about the swindle crime, valuing if it is a coherent judgment with the Chilean standardization's technique of felonies, idiosyncrasy, and if it responds the better way to our present's criminal policy, during the period of time between 1841 and 2010.

Swindle – deceit – patrimonial detriment

* Principales abreviaturas utilizadas: CA = Iltma. Corte de Apelaciones; CP = Código Penal; CS = Excma. Corte Suprema de Justicia de Chile; et al. = Et álii (y otros); FM = Revista Fallos del Mes; GJ = Revista Gaceta Jurídica; GT = Revista Gaceta de los Tribunales; pássim = en lugares diversos; RDJ = Revista de Derecho y Jurisprudencia; RIT = Rol Interno del Tribunal; Secc. Crim. = Sección criminal; SCA = Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones; SCS = Sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia de Chile; SJG = Sentencia del Juzgado de Garantía; STOP = Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal.

** Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Postdoctorado Conicyt-Fondecyt 2010 N° 3100017, titulado: "El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos" gbalmaceda@uandes.cl gbalmah@gmail.com.

Artículo recibido el 30 de agosto de 2010 y aceptado para su publicación el 27 de mayo de 2011.

1. Introducción

El presente trabajo se ocupa de la interpretación del delito de estafa que se estima han asumido los tribunales chilenos. Para su desarrollo se han tenido a la vista todas las sentencias publicadas que abarcan el período de tiempo comprendido entre 1841 y 2010, y se han seleccionado las que se han valorado como más relevantes. Las fuentes consultadas son las revistas *Fallos del Mes*, *Gaceta Jurídica*, *Gaceta de los Tribunales* y la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*; la base de datos contenida en la Intranet del Ministerio Público; y los recursos electrónicos disponibles en la biblioteca de la Universidad de los Andes.

La doctrina analizada también se expone con la intención de esclarecer los criterios de juicio utilizados por nuestro juzgador. Por lo anterior, se citan fuentes extranjeras solamente en casos puntuales y cuando resulta estrictamente necesario[1].

La estafa en Chile es un delito esencialmente complejo, tanto por motivos dogmáticos como por la técnica de tipificación escogida por el legislador[2]. Dentro de sus

[1] El estudio de la doctrina y jurisprudencia de la estafa más relevante en castellano, alemán e italiano lo reservamos para un trabajo posterior.

[2] Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 1 ss; Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", en AAVV, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2003, p. 149; Hernández Basualto, H., "Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, Nº 1, 2010, p. 10; Balmaceda Hoyos, G., "Estafas y otros engaños", en *Código Penal y Normas Complementarias*, Legis, Santiago, 2011, § 2314. Similar, para el caso argentino, Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo IV, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1992, p. 345, sostiene que la norma posee una "…redacción difusa y ejemplificadora [que] se presta a equívocos". Y ya hace más de cincuenta años, Antón Oneca, J., "Estafa", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Carlos-E. Mascareñas (dir.), Editorial Francisco Seix, Barcelona, Tomo IX, 1958, p. 57, advertía para el caso español anterior a la reforma de 1983 que "El Código […] sigue la vía antigua, o sea, el método ejemplificador, con multitud de figuras incompletas y algunas fórmulas vagas complementarias; simples bocetos y no definiciones precisas como las ordinariamente usadas por la técnica penal". *Inclusive, antiguamente la jurisprudencia equivocaba la terminología, por ejemplo, confundiendo la estafa con el delito de apropiación indebida* (Por todas, GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1901 p. 284; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1901 p. 432; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Tacna 1901 p. 483; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901 p. 323; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901 p. 435; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901 p. 871; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901 p. 1000; GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Talca 1901 p. 345; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de La Serena 1902 p. 87; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1902 p. 564; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1902 p. 143; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de La Serena 1902 p. 286; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1906 p. 298; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1908 p. 87; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1909 p. 1058; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1911 p. 298; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de La Serena 1911 p. 739; GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Tacna 1911 p. 177; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1911 p. 556; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1915 p. 259; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1919 p. 814; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1922 p. 479; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1931 p. 390; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1933 p. 239; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1935 p. 246; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1940 p. 243; GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Santiago 1950 p. 545).

elementos típicos, en nuestro ámbito de cultura es el engaño el que ha recibido mayor atención[3] (y sobre esto último, es sabido que la Teoría francesa de la *mise en scène* goza entre nosotros de una abrumadora mayoría)[4]. Por lo anterior, el análisis que se hace del perjuicio es escaso, debido a que la jurisprudencia chilena no se ha preocupado mayormente del problema[5].

---

[3] Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 589; Antón Oneca, J., "Estafa", p. 61; Yubero Canepa, J., *El engaño en el delito de estafa*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1993, p. 47; Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 41 ss; Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo IV, p. 345; Balmaceda Hoyos, G., "El 'engaño' en el delito de estafa", en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 1, 2010, p. 3 ss. *De igual forma se pronuncia la jurisprudencia, por todas,* RDJ T. LXXXIV Secc. IV CS 1987 p. 86 (cuando manifiesta que el requisito "esencial" de la estafa es el engaño); GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Tacna 1901 p. 307 (donde se establece que el elemento diferenciador entre el hurto y la estafa es el "engaño". Similar, más de 100 años después, la STOP de La Serena 27/04/2009, RIT 174-07, establece que en el ilícito de estafa el que recibe la cosa se la apropia con el propósito de defraudar y engañar; en cambio, quien hurta, toma o sustrae con la intención de apoderamiento de una especie mueble); GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Iquique 1919 p. 661; GJ Nº 130 CA de Santiago 1991 p. 76; GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1919 p. 394 (que señala como elemento esencial del delito la "defraudación", es decir, "…una actuación idónea para engañar desarrollada con la finalidad de causar un perjuicio" –SCS 25/01/2000, Rol 4622-99–); RDJ T. LX Secc. IV CS 1963 p. 217 (al decir que para poder cometerse el delito de estafa es esencial que medie un ardid, engaño o maniobra dolosa); GJ Nº 158 CS 1993 p. 78 (donde se sostiene algo sumamente importante –y que muchos al día de hoy todavía confunden, relegando estos casos a la justicia civil–: para que se configure la "estafa contractual" es indispensable la inducción al contrato mediante el engaño. En el mismo sentido, STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08; STOP de Punta Arenas 20/11/2006, RIT 77-06; SCS 12/10/2004, Rol 2570-02); SJG de La Serena 24/05/2004, RIT 83-02 (afirma que el engaño es el elemento "característico" de la estafa); STOP de Antofagasta 12/04/2008, RIT 27-08 (definiendo al engaño como "el astuto despliegue de medios engañosos"); STOP de Antofagasta 20/05/2008, RIT 69-08 (al manifestar que este tipo penal tiene como elemento básico la realización de una gestión engañosa para llevar a error a la víctima con el objeto que realice una disposición patrimonial que le cause perjuicio); SCS 28/01/2009, Rol 697-08 (que exige que el engaño sea fraudulento, serio y capaz, vale decir, se sostiene que cualquier engaño no basta, siendo preciso que tenga por fin inducir a la víctima a obrar de una forma determinada y que además debe ser de tal entidad que a través de él se pueda conseguir el fin previsto por el autor); SCS 25/08/2009, Rol 5259-08 (donde se manifiesta que el engaño no puede consistir en una simple mentira, sino que en una farsa inserta en un despliegue engañoso externo, requisito que regiría para todas las hipótesis de estafa, entre ellas las contempladas en los artículos 468 y 473 del CP, preceptos que se distinguirían entre sí sólo por la gravedad o despliegue escénico del engaño, afirmándose que lo propio del art. 468 sería el ardid, maquinación o *mise en scène*, pero siempre a partir de ese umbral mínimo común); GJ Nº 130 CA de San Miguel 1991 p. 82 (al decir que el elemento propio y característico de la estafa está constituido por el ardid o maquinación engañosa).

[4] Por todos, Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 406 s. El autor citado expone que la Teoría consiste en un despliegue externo de apariencias falsas que presten verosimilitud a una afirmación mendaz. Así, la SCS 26/06/2002, Rol 1124-01, afirma: "Que, en efecto, es jurisprudencia constante en esta Corte y, en general, de nuestros tribunales, que el engaño a que se refiere el tipo mencionado no implica únicamente la existencia de una mendacidad, sino que exige, además, la concurrencia de un 'ardid', esto es, de una maquinación destinada a revestir de verosimilitud a las falsedades que se afirman, de suerte que la víctima caiga en el error precisamente porque se le ha deformado la realidad y no, simplemente, por falta de acuciosidad y diligencia en la verificación relativa a la veracidad de lo que se le afirma".

[5] Y no lo ha hecho, como pone de manifiesto Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", pp. 163 s, por un problema de identidad normativa. En efecto, en nuestro sistema son

2. Bien jurídico

La gran mayoría de la jurisprudencia afirma que es el patrimonio[6]. El problema consiste en determinar su contenido específico. Lo que resulta sumamente relevante, toda vez que el perjuicio patrimonial se corresponde con el desvalor de resultado de la estafa (no nos olvidemos que sin desvalor de resultado es ocioso el examen del desvalor de acción de un delito, que en el caso que nos ocupa se relaciona, como es de suponer, con el engaño)[7].

esencialmente relevantes los filtros normativos en el nivel del engaño, en desmedro de los filtros que dicen relación con el perjuicio.

[6] Por todas, GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1927 p. 543; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1931 p. 414; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Temuco 1950 p. 443; RDJ T. LIII Secc. IV CS 1956 p. 25; FM Nº 56 CS 1963 p. 142; RDJ T. LXIII Secc. IV CS 1966 p. 319; RDJ T. LXV Secc. IV CS 1968 p. 105; RDJ T. LXVII Secc. IV CS 1970 p. 318; RDJ T. LXIX Secc. IV CS 1972 p. 184; FM Nº 273 CS 1981 p. 350; GJ Nº 41 CA de Santiago 1983 p. 56; GJ Nº 41 CA de Santiago 1983 p. 62; FM Nº 298 CS 1983 p. 527; RDJ T. LXXXI Secc. IV CA de Pedro Aguirre Cerda 1984 p. 282; GJ Nº 59 CA de Santiago 1985 p. 98; GJ Nº 80 CS 1987 p. 38; GJ Nº 97 CA de Pedro Aguirre Cerda 1988 p. 61; GJ Nº 113 CA de Punta Arenas 1989 p. 85; GJ Nº 130 CA de Santiago 1991 p. 76; RDJ T. LXXXIX Secc. IV CA de San Miguel 1992 p. 55; GJ Nº 158 CS 1993 p. 78; GJ Nº 159 CS 1993 p. 115; SCS 21/03/2000, Rol 4465-99; SCS 17/07/2001, Rol 4535-00; SCS 29/10/2002, Rol 1364-01; SJG de La Serena 24/05/2004, RIT 83-02; SCS 26/07/2004, Rol 1466-03; SCS 12/10/2004, Rol 2570-02; SJG de Concepción 08/11/2004, RIT 4166-04; SJG de Villarrica 04/02/2005, RIT 977-04; STOP de Viña del Mar 15/06/2005, RIT 51-05; SCS 06/06/2005, Rol 253-03; STOP de Viña del Mar 05/07/2005, RIT 62-05; STOP de La Serena 02/08/2005, RIT 151-04; STOP de Copiapó 16/08/2005, RIT 25-05; SCS 10/01/2006, Rol 2611-03; SJG de Santiago (7°) 16/02/2006, RIT 1776-05; SCS 04/05/2006, Rol 2929-03; SCS 01/06/2006, Rol 5206-03; STOP de Copiapó 19/06/2006, RIT 32-96; SCS 19/06/2006, Rol 4860-03; STOP de Rancagua 21/06/2006, RIT 77-06; STOP de Rancagua 02/08/2006, RIT 107-06; SCS 22/08/2006, Rol 3111-04; SCS 11/09/2006, Rol 2106-04; STOP de Punta Arenas 20/11/2006, RIT 77-06; SJG de Santiago (7°) 27/11/2006, RIT 327-05; STOP de Santiago (4°) 20/01/2007, RIT 96-06; SJG de Valparaíso 24/02/2007, RIT 6656-05; SJG de Punta Arenas 26/02/2007, RIT 1720-06; STOP de Santiago (4°) 06/03/2007, RIT 14-07; SCS 29/03/2007, Rol 2829-06; SCS 28/05/2007, Rol 5576-05; SJG de Santiago (7°) 30/05/2007, RIT 725-06; STOP de Santiago (3°) 18/06/2007, RIT 112-07; STOP de Rancagua 10/08/2007, RIT 151-07; SCS 14/08/2007, Rol 2979-07; STOP de Santiago (4°) 15/11/2007, RIT 115-07; SJG de Santiago (7°) 17/12/2007, RIT 5391-06; SJG de Santiago (7°) 28/12/2007, RIT 7503-06; STOP de La Serena 16/01/2008, RIT 82-07; STOP de Santiago (3°) 22/02/2008, RIT 02-08; STOP de Santiago (3°) 26/02/2008, RIT 239-07; SJG de Santiago (8°) 14/03/2008, RIT 3665-07; STOP de Antofagasta 12/04/2008, RIT 27-08; STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08; STOP de Talca 23/04/2008, RIT 145-07; STOP de Curicó 14/05/2008, RIT 10-08; STOP de Santiago (2°) 16/05/2008, RIT 48-08; STOP de Antofagasta 20/05/2008, RIT 69-08; STOP de Concepción 10/06/2008, RIT 168-08; SCS 26/06/2008, Rol 6467-07; SCS 15/07/2008, Rol 2719-08; SJG de Temuco 25/08/2008, RIT 3093-08; STOP de Santiago (4°) 20/10/2008, RIT 93-08; SJG de Villarrica 26/10/2008, RIT 900-04; SCS 28/01/2009, Rol 697-08; STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08; SCS 24/03/2009, Rol 649-08; SCA de Santiago 07/05/2009, Rol 88-09; STOP de Los Ángeles 03/07/2009, RIT 32-09; SCA de Santiago 07/07/2009, Rol 983-09; STOP de Valdivia 17/07/2009, RIT 50-09; STOP de Curicó 31/07/2009, RIT 48-09; SCS 25/08/2009, Rol 5259-08; SCS 06/10/2009, Rol 5128-08; SJG de Antofagasta 19/10/2009, RIT 4656-08. *Aunque alguna sentencia confunde el bien jurídico "propiedad" con "patrimonio"* (RDJ T. LXIV Secc. IV CS 1967 p. 125) *y otra diga derechamente que se trata de un delito contra la "propiedad"* (GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1947 p. 244).

[7] Así, la jurisprudencia ha dicho que la estafa puede definirse como la lesión del patrimonio ajeno mediante engaño o artificio apto para engañar y ánimo de lucro (SCA de Arica 23/07/2008, Rol 125-07).

La doctrina[8] y jurisprudencia[9] chilenas contemporáneas, en su mayoría, parece adoptar la Teoría mixta económico-jurídica del patrimonio[10]. Aquí es sumamente relevante la "determinación" del desvalor de resultado en la estafa[11]. Sobre esto volveremos más adelante[12].

3. Elementos típicos

La técnica legislativa de la estafa en Chile es deficiente, puesto que conjuntamente a los problemas interpretativos que de por sí genera la estafa su sistematización es[13]: (a) poco clara; (b) utiliza un método ejemplificativo en vez de utilizar una definición general; y (c) no es fácil delimitar el ámbito de aplicación entre la hipótesis genérica (art. 468 CP) y la residual (art. 473 CP). En este último supuesto la solución que parece proponer la jurisprudencia es aplicar la teoría de la *mise en scène*, ya que en su opinión lo que habría detrás de la aplicación de una u otra norma radicaría en la ponderación de la entidad del engaño, atendiendo a la existencia de un despliegue externo de apariencias[14].

---

[8] Por todos, Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 416; Schlack Muñoz, A., "El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Nº 2, 2008, pássim, especialmente pp. 285 ss; Balmaceda Hoyos, G., "El 'perjuicio' en el delito de estafa", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Nº 14, 2010, pp. 105 ss.

[9] Por todas, SCS 26/07/2004, Rol 1466-03; STOP de Santiago (4°) 20/10/2008, RIT 93-08, al expresar: "En este sentido, el problema se resuelve desde el punto de vista de la teoría mixta del patrimonio, que nos enseña que no sólo se protegen con este tipo de delitos derechos o créditos incorporados legítimamente al patrimonio de una persona en su estricto sentido del derecho civil, sino también aquellos créditos respecto de los cuales se tenga una expectativa legítima".

[10] Sobre esto, Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 13; Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", pp. 175 ss; Balmaceda Hoyos, G., *El delito de estafa informática*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, p. 129 ss.

[11] La jurisprudencia mayoritaria apunta que el perjuicio propio del delito de estafa consiste en que la víctima realiza un acto de disposición patrimonial en virtud del cual se produce correlativamente un daño para ella y un enriquecimiento para el sujeto activo del delito, requiriéndose de una conexión entre la pérdida de uno y la ganancia del agente del delito. Afirma que se trata de una merma del patrimonio del sujeto pasivo o víctima del delito, siendo indiferente que incida en el del propio engañado que practica el acto de disposición o en el de otro individuo diverso (Por todas, SCS 06/10/2009, Rol 5128-08; SCS 10/01/2006, Rol 2611-03).

[12] Véase infra, Nº 7.

[13] Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 20 y 30.

[14] Por todas, RDJ T. LXXXVII Secc. II CA de Santiago 1990 p. 117; GJ Nº 159 CS 1993 p. 115; STOP de Viña del Mar 05/07/2005, RIT 62-05; STOP de La Serena 06/05/2006, RIT 41-06; STOP de Chillán 10/03/2006, RIT 04-06; STOP de Angol de 10/08/2006, RIT 1079-06; SCS 28/01/2009, Rol 697-08; SJG de Santiago (7°) 13/07/2009, RIT 18627-08; SCS 25/08/2009, Rol 5259-08; RDJ T. LXXVIII Nº II Secc. IV CS 1981 p. 137; RDJ T. LX Secc. IV CS 1963 p. 277; RDJ T. LXXXIX Secc. IV CA de Arica 1992 p. 141; FM Nº 273 CS 1981 p. 350; GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Santiago 1950 p. 545; GJ Nº 97 CA de

Similar es el criterio utilizado por la mayoría de la doctrina chilena. Se afirma que se aplicaría el art. 468 CP a los engaños que constituyan ardides o maquinaciones. El art. 473, en cambio, se destinaría al resto de engaños siempre y cuando se trate de algo más que una simple mentira[15].

Entonces, el tipo básico es sumamente complejo[16], ya sea por la determinación de sus elementos, o por la disposición de la relación que debería existir entre cada uno de ellos[17].

El CP no define la estafa[18], tampoco al engaño[19]. Por ello, es la doctrina y la jurisprudencia la que se encargado de proponer un concepto y un esquema de sus elementos

Santiago 1988 p. 53; GJ Nº 105 CA de Valparaíso 1989 p. 99; SCS 10/08/2010, Rol 8114-2008, que habla de "maniobra, ardid o artilugio". Pero también hay alguna sentencia que afirma que la estafa no exigiría una puesta en escena "tan aparatosa". Así, RDJ T. LXXXV Nº II Secc. IV CA de Pedro Aguirre Cerda 1988 p. 110; publicada también en GJ Nº 97 CA de Pedro Aguirre Cerda 1988 p. 61.

[15] Inclusive, se puede sostener que tanta confusión existe sobre el tema, que la sentencia de RDJ T. LXXXVIII Secc. IV CS 1991 p. 123 habla de la estafa como "maquinación engañosa" del art. 473 CP.

[16] La mayoría de la jurisprudencia se inclina por afirmar que la *figura básica* se encontraría en el art. 468 CP y la residual en el art. 473 CP (Por todas, GT 4 sem. Secc. Crim. CA de Talca 1901 p. 425; STOP de Viña del Mar 05/07/2005, RIT 62-05; STOP de Chillán 10/03/2006, RIT 04-06; STOP de La Serena 06/05/2006, RIT 41-06; STOP de Talca 23/04/2008, RIT 145-07; SCS 28/01/2009, Rol 697-08; SCS 24/03/2009, Rol 649-08; SCS 25/08/2009, Rol 5259-08; SCS 19/07/2010, Rol 993-2009; SCS 31/03/2010, Rol 6489-2008; SCA de Santiago 08/10/2010, Rol 2039-2010). Sin embargo, alguna sentencia dice exactamente lo contrario, por ejemplo, la de RDJ T. LXIX Secc. IV CS 1972 p. 184, al hablar de la "estafa genérica" del art. 473 CP, subrayando que "no es una figura subsidiaria".

[17] La vinculación entre los elementos del delito se ha analizado con criterios de causalidad en términos naturalísticos (Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, p. 392; Contreras Torres, R., *El delito de estafa*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1992., p. 6) o con criterios normativos de imputación objetiva (Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 418; Piña Rochefort, J. I., *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 49; Balmaceda Hoyos, G., "El 'engaño' en el delito de estafa", p. 3 ss).

[18] La jurisprudencia ha tenido el propósito de definir a la estafa, señalando: **(a)** la estafa es una defraudación por engaño (GJ Nº 159 CS 1993 p. 115); **(b)** "…sin lugar a dudas que el acusado intentó engañar a un tercero, es decir, llevó a cabo una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, un ardid, maquinación o mise en scène, tendiente a producir un error o una falsa representación de la realidad en la víctima, en virtud del cual ésta dispusiera patrimonialmente (lo cual supone un acto de voluntad por el cual el afectado provoca una disminución de su patrimonio o del patrimonio de un tercero) con lo cual se pretendía provocar un perjuicio o daño o menoscabo en el patrimonio del afectado" (STOP de Santiago [2°] 16/05/2008, RIT 48-08. Similar, STOP de Punta Arenas 26/02/2007, RIT 1720-06); **(c)** "…estafa, es quien hace adoptar a otro, con ánimo de lucro, una disposición patrimonial que resulte perjudicial para si o para terceros mediante un despliegue de medios engañosos tendientes a provocar en la víctima el error acerca de la conveniencia de su decisión" (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08); **(d)** "…es un perjuicio ocasionado mediante engaño al patrimonio, con intención de enriquecimiento […] la apropiación ilegítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de un engaño […] es la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardides tendientes a obtener un beneficio indebido […] es la conducta engañosa que determinado error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición que se traduce en una consecuencia lucrativa para el agente" (STOP de Santiago [3°] 18/06/2007, RIT 112-07).

[19] La jurisprudencia también ha tratado de definir al engaño afirmando que consiste en **(a)** "…la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre, inducir a tener por cierto lo que no es, valiéndose

típicos[20]. Ilustrativa es para nuestra legislación la definición que SOLER[21] construye en el contexto del Derecho argentino: el art. 172[22] del CP argentino (art. 468 CP) "…no dice [diría] ni más ni menos que lo siguiente: *el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño*", señalando que el problema no consiste en interpretar analógicamente los distintos enunciados ejemplificativos descritos en la norma, sino en fijar el concepto de ardid o engaño, porque la fórmula utilizada por la norma "cualquier otro engaño" debe tratarse también de un ardid.

La mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina exigen cuatro elementos a la estafa: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio[23]. No obstante, en realidad parecen

de palabras, razonamientos u obras aparentes o fingidas. Es el empleo del engaño lo que se denomina mise en scène. Este engaño debe ser idóneo, eficaz, suficiente, bastante o adecuado para que se produzca el error en la víctima, atendida sus circunstancias individuales" (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08); **(b)** En otro interesante fallo se ha expuesto que "…la acción típica defraudadora o engañosa, no es otra cosa que actos, hechos, maquinaciones, artimañas, artilugios, que inequívocamente reflejan la voluntad del agente para inducir directa y necesariamente a error a la víctima, quien a consecuencia de ello, efectúa una disposición, que le provoca un perjuicio patrimonial" (STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08); **(c)** "E[l] engaño […] es, en definitiva, faltar a la verdad al expresar algo o al ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir, entonces, en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)" (STOP de Santiago [3°] 22/02/2008, RIT 02-08).

[20] Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", p. 151; Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 31 ss. La jurisprudencia, por su parte, ha manifestado que los "Elementos tradicionales de las estafas son: el engaño, el error, el perjuicio, el acto de disposición, el ánimo de lucro y también [se] agrega la relación de causalidad" (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08). También, ha dicho que "…debe existir un engaño efectuado por el sujeto activo, lo que como consecuencia directa produce un error en el sujeto pasivo, generándose una disposición patrimonial que cause un perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo" (SJG de Antofagasta 19/10/2009, RIT 4656-08. Similar, STOP de Santiago [3°] 22/02/2008, RIT 02-08); que son la "…simulación, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación o nexo causal" (STOP de Santiago [4°] 20/01/2007, RIT 96-06. Similar, STOP de Santiago [4°] 06/03/2007, RIT 14-07); o el "…engaño, ardid o simulación que conduzca normalmente a un error y que dicho error genere una disposición patrimonial que redunde en un perjuicio para el sujeto pasivo" (STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08. Similar, STOP de Curicó 31/07/2009, RIT 48-09); en el delito de estafa, los elementos configurativos del hecho punible son: (a) la existencia de engaño, a través de la realización de maniobras o maquinaciones artificiosas, (b) el perjuicio patrimonial, (c) el ánimo de lucro que pretenden obtener los agentes, y (d) la relación causal entre los diversos elementos señalados, lo que implica que unos sean consecuencia directa y lógica de los demás (GJ Nº 130 CA de Santiago 1991 p. 76).

[21] Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo IV, p. 345, nota 2.

[22] "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño".

[23] Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, p. 392; Garrido Montt, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 321; Yubero Canepa, J., *El engaño en el delito de estafa*, pp. 27 s; Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 418; Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", p. 150. La jurisprudencia ha dicho que los elementos de la estafa son: **(a)** el uso del engaño con el propósito de lucrar (GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Valparaíso 1901 p. 1166); **(b)** la defraudación, es decir, la apropiación de bienes ajenos, ya sea mediante engaño o por falta de cumplimiento de determinadas obligaciones (GT 2

ser solamente dos: el engaño y el perjuicio[24]. De acuerdo con este esquema, el error y la disposición patrimonial[25] se tratarían de escalones que cumplirían la función de imputar el perjuicio al engaño[26].

Los criterios de juicio de la jurisprudencia chilena contemporánea sobre el tema los podemos resumir de la siguiente manera[27]:

> "…son requisitos típicos, a saber, el engaño, un error en el sujeto pasivo, acto de disposición de parte del ofendido, perjuicio patrimonial, y relación de causalidad".
> "El engaño, es la simulación o disimulación capaz de inducir a error, siempre importa una conducta activa de parte del agente, desde que no existe un deber jurídico de decir toda la verdad, que ligue jurídicamente a los particulares en el manejo de sus negocios".
> "El error, es el falso conocimiento o representación de la realidad, producido en el sujeto pasivo como efecto directo de la simulación o engaño del agente; en todo caso, supone cierta intensidad, la elaboración y creación de apariencias tales que hagan para la víctima, aunque cuidadosa en el manejo de sus negocios, mucho más

sem. Secc. Crim. CA de Concepción 1940 p. 643); **(c)** el engaño que mueve a error a la víctima y el perjuicio patrimonial que ésta sufre a propósito del engaño (SCS 28/05/2007, Rol 5576-05); **(d)** simulación, error, disposición patrimonial y perjuicio, vinculados causalmente en el mismo orden señalado, de modo que cada elemento posterior reconoce su causa en el anterior, vale decir, el engaño debe producir el error, el error la disposición patrimonial, y la disposición patrimonial el perjuicio (SCS 28/01/2009, Rol 697-08. Similar, STOP de La Serena 16/01/2008, RIT 82-07; SCA de Santiago 07/07/2009, Rol 983-09; SCS 26/10/2010, Rol 6356-2010); **(e)** engaño (acción de engañar), el error que el engaño provoca en la víctima (efecto de engañar), la disposición patrimonial, que consiste en el acto que genera el perjuicio causado por el autor mediante su engaño y, el perjuicio patrimonial, relativo a la lesión pecuniaria que sufre una persona, el que debe imputarse objetivamente al autor del engaño, debiendo mediar entre todos ellos una relación de causalidad directa e inequívoca (SCS 25/08/2009, Rol 5259-08); **(f)** una disposición patrimonial perjudicial que es motivada por el error provocado por un engaño que ocasiona el hechor para obtener un beneficio indebido (GJ Nº 80 CS 1987 p. 38).

[24] Así, GT 1 sem. Secc. Crim. CS 1927 p. 238; FM Nº 148 CS 1971 p. 23; RDJ T. XVI Secc. I CS 1918 p. 268; RDJ T. LXVII Secc. 4 CA de Santiago 1970 p. 337 –aunque ésta habla de "defraudación" en vez de "perjuicio"–; SCS 10/08/2010, Rol 8114-2008. En sentido similar, algunas sentencias han dicho que los elementos de la estafa son el dolo o engaño punible y el perjuicio real y efectivo que como consecuencia inmediata y directa del engaño se ha producido en el patrimonio o intereses de un tercero (GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1927 p. 543; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1931 p. 414; GJ Nº 59 CA Santiago 1985 p. 98).

[25] La jurisprudencia ha manifestado que por *disposición patrimonial* se debe comprender "…la conducta por parte de la víctima por la cual entrega en forma libre y sin coacción una cosa mueble o inmueble, valores o bienes al autor del delito… […] es la renuncia a un derecho que se tiene, en la adquisición de obligaciones, y en general, en cualquier hecho de carácter activo o pasivo que signifique un menoscabo del patrimonio, ya sea por la salida de bienes físicos o inmateriales o por no incorporación al patrimonio de la víctima de cosas, créditos o derechos que de no mediar el engaño, habrían debido ingresar a dicho patrimonio" (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08); o como un "…acto de voluntad por medio del cual la víctima provoca activa o pasivamente una disminución de su patrimonio…" (STOP de Santiago [4°] 20/01/2007, RIT 96-06).

[26] Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 33.

[27] Expuestos en la STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08.

difícil de lo habitual la posibilidad de salir del error, revelándose con ello, una voluntad auténticamente delictiva y no una mera trasgresión a normas contractuales o civiles".

"El perjuicio, consiste en una disminución, real o potencial, del patrimonio del sujeto pasivo. La disposición patrimonial, es toda acción u omisión, por medio de la cual, el ofendido provoca una disminución de su patrimonio".

"Por último, la relación de causalidad, significa que, el perjuicio patrimonial que experimenta la víctima, es consecuencia directa y necesaria, de la disposición patrimonial que efectuó en virtud del error generado con el engaño, de modo tal que, debe ser posible atribuir objetivamente el acto de disposición patrimonial al engaño de que se es objeto".

De otro lado, muy debatida es la concurrencia de un elemento subjetivo adicional: el ánimo de lucro. La mayoría de la doctrina en Chile se manifiesta en contra[28]. La solución correcta parece ser la contraria, puesto que estructural o fenomenológicamente la estafa no consistiría simplemente en un delito de daño contra el patrimonio, sino que también de enriquecimiento[29].

La doctrina se ha esforzado –quizá ociosamente–[30] en construir un concepto de engaño[31]. La razón estriba en que la construcción de la conducta típica resulta inútil si solamente se toma en consideración al engaño[32]. Para esto son relevantes tres aspectos

[28] Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, p. 402, señalando que no se menciona en la Ley ni en la propia definición doctrinal del delito. Similar, Garrido Montt, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, p. 333, al manifestar que si la Ley lo hubiese querido expresar, se habría actuado de forma similar que en el delito de hurto del art. 432 CP, donde efectivamente sí se hace alusión al referido elemento; Piña Rochefort, J. I., *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica Legislativa*, pp. 107 s; Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, pp. 419 y 440; Labatut Glena, G.; Zenteno, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 224 y 226.

[29] En este sentido, Contreras Torres, R., *El delito de estafa*, p. 74; Yubero Canepa, J., *El engaño en el delito de estafa*, p. 70; Grisolía, F., "La estafa procesal en el Derecho Penal chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, Nº 3, 1997, p. 421; Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", pp. 188 s; Balmaceda Hoyos, G., *El delito de estafa informática*, pp. 261 ss. De modo similar se pronuncia alguna jurisprudencia –no tan aislada–, por ejemplo, STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08; STOP de Santiago (4°) 20/10/2008, RIT 93-08; SJG de Santiago (7°) 30/05/2007, RIT 725-06; STOP de Punta Arenas 20/11/2006, RIT 77-06; STOP de Santiago (3°) 16/06/2007, RIT 112-07; STOP de Copiapó 19/06/2006, RIT 32-06; FM Nº 55 CS 1963 p. 109; SCA de Arica 23/07/2008, Rol 125-07; RDJ T. LXVII Secc. IV CS 1970 p. 318; GJ Nº 130 CA de Santiago 1991 p. 76; GJ Nº 113 CA de Punta Arenas 1989 p. 85; SCA de Santiago 08/10/2010, Rol 2039-2010. Vacilante, pero pareciendo inclinarse por aceptarlo, la SCS 28/01/2009, Rol 697-08.

[30] Valle Muñiz, J. M., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 142 s.

[31] Antón Oneca, J., "Estafa", p. 40; Yubero Canepa, J., *El engaño en el delito de estafa*, p. 100; Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, p. 393; Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 418; Garrido Montt, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, p. 321; Labatut Glena, G.; Zenteno, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 225.

[32] Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 36 s.

sobre la interpretación jurisprudencial del engaño: (a) su suficiencia; (b) su objeto; y (c) sus formas. A esto nos dedicaremos ahora.

4. El engaño: su suficiencia

El modelo tradicional que utiliza la jurisprudencia para determinar la suficiencia del engaño en la estafa es el de la Teoría de la *mise en scène*. Este sistema exige un determinado nivel de gravedad de naturaleza objetiva (criterios objetivo-cuantitativos)[33]. La Teoría tiene su origen en el CP francés. Su art. 313-1[34] trata cuatro clases de engaño típico: el uso de nombre falso, el uso de una cualidad falsa, el abuso de una cualidad verdadera y, finalmente, las denominadas "maniobras fraudulentas". Las tres primeras hipótesis no distinguen demandas adicionales para los efectos de su tipicidad, bastando la mera afirmación embustera. Únicamente respecto de la última figura (las maniobras fraudulentas), que cumple el papel de ser una categoría residual, se reclama algo más que una simple mentira. Pero en este lugar los requerimientos tampoco parecen desmedidos[35].

Para explicar la Teoría en estudio se parte de la siguiente premisa: se dice que la mentira no es un delito, porque no se debe creer fácilmente en la palabra de otro[36].

---

[33] Con más detalle, Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 41 ss.

[34] "Art. 313-1: Es estafa el hecho de engañar a una persona física o jurídica, bien mediante el uso de un nombre falso o de una falsa calidad, bien mediante el abuso de una calidad verdadera, o bien mediante el empleo de maniobras fraudulentas, determinándola así, en perjuicio propio o de tercero, a entregar fondos, valores o cualquier bien, a prestar un servicio o a consentir un acto que le imponga una obligación o aceptar una descarga". Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/penal_textE.htm [Última consulta: 07/03/2011].

[35] Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", p. 164.

[36] Así, la jurisprudencia ha llegado a sostener que en este entorno un contratante diligente debió haber rechazado la entrega. Si no lo hace, se sostiene que el Derecho Penal no debería protegerlo pues no estaría destinado a cautelar el patrimonio del imprudente, de quien acepta lo que se le dice sin detenerse a verificarlo, sino el del sujeto "cuidadoso", es decir, a quien se lo perjudica mediante un "ardid engañoso" que le hace imposible informarse correctamente sobre la realidad, aunque lo intente (SCS 17/07/2001, Rol 4535-00). Similar, la STOP de Santiago (3°) 22/02/2008, RIT 02-08 apunta que para que exista el delito es menester que la maquinación se encuentre revestida de formas eficientes por medio de las cuales se determine a la víctima a los efectos de la realización del acto perjudicial, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no existiría un deber u obligación de naturaleza jurídica de decir la verdad y porque la ley penal no tiene por objetivo proteger a los ingenuos o descuidados. *En contra,* la SJG de Angol 10/08/2006, RIT 1079-06, al disponer que nuestra legislación no aprecia la desidia o negligencia del sujeto pasivo como una circunstancia que permita no estimar reprochable alguna maniobra engañosa dirigida a perjudicar a otro. En el mismo sentido, la sentencia contenida en RDJ T. L Secc. IV CA de Iquique 1953 p. 243, al sostener que en el delito descrito y sancionado por el art. 468 CP no es necesario para su configuración atender a la mayor o menor credulidad de la víctima. Similar, la STOP de Valdivia 17/07/2009, RIT 50-09, al señalar: "…limitar la protección al engaño, sosteniendo quizás la idea de que la ley 'no protege a los tontos ni a los negligentes', no resulta racional; pues entonces, debiéramos concluir que la víctima tiene el deber de ser sagaz y desconfiada, poniendo todo su empeño en detectar el posible engaño o fraude, logrando únicamente protección penal cuando se enfrenta a un despliegue sofisticado de medios engañosos; elevándose por tanto,

Lo que se prohíbe es una *maquinación*, esto es, el acoplamiento de hechos, el ajuste de estratagemas, la disposición de ardides, es decir, una puesta en escena que tiene como propósito dar credibilidad a la mentira y está dirigida a engañar a terceros[37]. El término "maniobras", significa obra de las manos y, aun entendido en sentido figurado, impone un aspecto positivo; no podrán estar constituidas por simples disimulaciones o reticencias. La estafa, en este contexto, se afirma que es un delito constructivo[38], donde las palabras artificiosas, carentes de todo hecho exterior, no forman "maniobras"[39].

Sobre esto en nuestro país se ha dicho que la *simple mentira* no es suficiente para componer una simulación. Por un lado, porque no existiría en materia penal una obligación genérica de decir la verdad y, por otra parte, porque consentir la contingencia de castigar como fraude penal cualquier mentira en que otro haya creído, significaría ampliar excesivamente el ámbito del fraude penal en deterioro del fraude civil[40].

Hoy por hoy (y también lo será mañana) la Teoría de la *mise en scène* es objeto de críticas[41]. *Metodológicamente*, porque insiste en diferenciar entre un fraude civil y otro penal[42]. Esta discusión parece superflua, puesto que más bien se trataría de un problema

a ese grado de desconfianza las relaciones interpersonales en los distintos niveles de la sociedad, pretiriendo con ello el principio general de la buena fe e incluso de igualdad ante la ley. En ese mismo orden de ideas, se llega a la conclusión práctica que quedarían al margen de protección penal los sectores más deprivados de la población, que son precisamente aquéllos que, por el propio contexto en que se desarrollan sus operaciones comerciales, son víctimas potenciales de engaños simples y poco sofisticados".

[37] En efecto, la jurisprudencia ha dicho: **(a)** el engaño debe comprenderse como la "intención dolosa" de causar perjuicios en los intereses de la víctima (GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1931 p. 414); **(b)** el engaño es una maquinación o ardid, una puesta en escena (GJ Nº 159 CS 1993 p. 115. Similar, STOP Curicó 14/05/2008, RIT 10-08; SJG de Angol 19/06/2006, RIT 1424-05; SJG de Concepción 27/01/2009, RIT 7165-07; SCS 17/07/2001, Rol 4535-00; SCS 26/06/2002, Rol 1124-01; FM Nº 55 CS 1963 p. 109; FM Nº 65 CS 1964 p. 47, al hablar de "maquinaciones fraudulentas que configuraron la estafa"); **(c)** el acusado desplegó acciones externas falsas que corroboraron y dieron verosimilitud a dicha afirmación mendaz en todos y cada uno de los delitos, encaminadas en definitiva a generar un error de disposición patrimonial con el consecuente perjuicio para las víctimas (STOP de Antofagasta 12/04/2008, RIT 27-08).

[38] Antón Oneca, J., "Estafa", p. 61. Similar, Carrara, F., *Programa de Derecho criminal. Parte especial* (traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero), Volumen IV, Nº 6, Editorial Temis, Bogotá, 1987, § 2344.

[39] Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo IV, pp. 345 s.

[40] Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, pp. 393 ss. Sobre esto, acertadamente la sentencia de RDJ T. LXXXI Secc. IV CA de Pedro Aguirre Cerda 1984 p. 282 ha dicho que entre el fraude civil y el fraude penal no hay diferencias cualitativas sino simplemente de orden cuantitativo, siendo la antijuridicidad una misma en ambos tipos de fraude, resultando necesario entonces recurrir a la tipicidad para diferenciar uno de otro.

[41] Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 44 ss.

[42] Sobre esto, interesante es el fallo de GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Santiago 1906 p. 436, donde se sostiene que para configurarse la estafa es necesario que el autor, engañando a terceros, obtenga dinero. Sobre el engaño manifiesta que éste existe cuando se promete efectuar una curación imposible o hallar un tesoro que no existe, subrayando que si la promesa no es falsa o engañosa el incumplimiento será "civil". Y termina afirmando que el incumplimiento de un contrato no puede constituir defraudación, aunque se emplee el engaño para lograr su suscripción.

de tipicidad[43]. *Sistemáticamente*, porque se dice que posee graves contradicciones: de un lado, sostiene que no se puede proteger a la "víctima negligente" y, de otra parte, se afirma que la aptitud del engaño se mide en atención a las características propias de la maniobra (de ser coherente, la aptitud del engaño se debería medir conforme con la diligencia de la víctima)[44]. *Formalmente*, pues no existiría en nuestra legislación ninguna norma que impida castigar a la simple mentira como engaño típico[45]. Y, por último, *político-criminalmente* se afirma que el principio sobre el que se fundamenta (el de *ultima ratio*) se encuentra dirigido al legislador y no al intérprete. Es decir, debería incidir en la tipificación del engaño y no sobre el momento de su interpretación[46].

Según se puede desprender de lo expuesto, habrá otras formas para determinar la suficiencia del engaño, que no han sido atendidas por la jurisprudencia[47]. Y no sólo existen, sino que son preferibles a la trasnochada Teoría de la *mise en scène*. Así, tenemos: el sistema subjetivo o concreto[48], la Teoría de la imputación objetiva[49] y, la Teoría que explica al engaño como una infracción a deberes de veracidad[50].

---

[43] Ya hace más de 20 años lo decía Valle Muñiz, J. M., *El delito de estafa*, pp. 18 y 41, al manifestar: "…se trata de comprobar si una determinada conducta humana contiene los elementos exigidos por el tipo penal de estafa. Es una cuestión, por tanto, de tipicidad. Desde esta óptica, la única forma posible, a nuestro entender, de delimitar el delito de estafa con respecto al fraude civil será mediante el estudio dogmático de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo penal defraudatorio"; "Sólo una disección analítica de los distintos elementos que componen el tipo de estafa nos mostrará cuándo el engaño fraudulento debe ser sancionado con una pena. Y ello, con independencia del reflejo que tal conducta encuentre en la legislación civil". Similar, Garrido Montt, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, pp. 317 s; Mera Figueroa, J., *Fraude civil y penal: el delito de entrega fraudulenta*, Editorial Conosur, Santiago, 2001, pp. 129 s. En el mismo sentido, RDJ T. LXXXI Secc. IV CA de Pedro Aguirre Cerda 1984 p. 282.

[44] Mera Figueroa, J., *Fraude civil y penal: el delito de entrega fraudulenta*, p. 117. Similar, Fernández Díaz, A., "Engaño y víctima en la estafa", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I, 2005, p. 185.

[45] En efecto, Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", pp. 161 s, sostiene que si se hace una interpretación sistemática, el mismo CP, por ejemplo, en su art. 439 atribuye enormes consecuencias a la simple mentira.

[46] Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", pp. 162 s.

[47] Sobre todo esto, véase Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 53 ss.

[48] Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Tomo II, pp. 590 ss.

[49] Por todos, Pérez Manzano, M., "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", en AA VV, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 285 ss; Choclán Montalvo, J. A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 91 ss; Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 38 ss; Gómez Benítez, J. M., "Función y contenido del error en el tipo de estafa", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo I, Enero-Abril, 1985, pp. 336 ss; Torío López, A., "Acción y resultado en la estafa procesal", en AAVV, *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 877ss; Fernández Díaz, A., "Engaño y víctima en la estafa", pp. 184 ss; Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileNº Parte Especial*, pp. 430 s, 436 ss.

[50] Piña Rochefort, J.I., *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica Legislativa*, pp. 54 ss; Mayer Lux, L., "El actuar de la víctima en el delito de estafa. En especial sobre el principio de autoprotección y deberes de veracidad", en: VV.AA., *Delito, pena y proceso. Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*,

El sistema subjetivo o concreto sostiene que cualquier engaño será típico, en la medida que haya generado un error en la víctima[51]. Su punto débil coincide con su fundamento: si se ciñe a la idoneidad del engaño en el caso concreto, no soluciona los problemas en los casos de efectiva ineficacia. Es decir, en este sistema no cabría la punibilidad del engaño que no genere un error en el caso concreto que desemboque en un efectivo perjuicio patrimonial, con lo cual se excluiría la tentativa y la frustración[52]. Además, podría conducir a resultados insalvables político-criminalmente[53].

Por su parte, la Teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la estafa, al igual que en todo delito de resultado material, juega como correctivo del criterio de causalidad[54]. Entonces, estos filtros normativos se aplican con el propósito de excluir del ámbito del tipo algunos engaños que sólo causalmente (naturalísticamente) originen el perjuicio (resultado)[55]. La pregunta que nos viene a la mente va a ser, ¿cómo? Al

Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 387 s; Pastor Muñoz, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pássim. Sobre todo esto, véase Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 53 ss; Hernández Basualto, H., "Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática", pp. 17, 22 ss.

[51] Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Tomo II, pp. 590 ss al afirmar que: "…Desde luego puede afirmarse que el engaño, 'grande' o 'pequeño', no influye para nada en la gravedad de la infracción […] Puede haber, en efecto, maniobras del más burdo contenido, como los embelecos supersticiosos gitanescos, que producen el resultado apetecido sobre campesinos de mínima cultura, pero que no pasan de ser graciosos pasatiempos ante personas cultas, pese a ser la misma cantidad de engaño utilizado […] Aceptada, como no podía ser por menos, la relatividad y circunstancialidad del engaño en relación con las personas, no es de menos trascendencia la situación de lugar y tiempo, en íntima correlación con las coyunturas sociales de usos y costumbres".

[52] Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Tomo II, pp. 594 s, cuando manifiesta: "Es decir, que la tesis no puede volverse por pasiva, para afirmar que el engaño inidóneo deja de constituir estafa, lo que valdría tanto como denegar en este delito las posibilidades de ejecución imperfecta, de tentativa o frustración, lo que a todas luces sería excesivo, aunque en rigor respondiese a un raciocinio de estricta lógica. Lo que sucede es que, ante tales eventos de ineficacia, falla el criterio y hay que acudir al más arduo y relativo de la idoneidad en abstracto".

[53] Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Tomo II, pp. 596 s, dice: "…la extensión posible no implica que cualquier afirmación mendaz, aun con propósitos lucrativos, logrados o no, integre estafa, lo que equivaldría a criminalizar todas las vanas promesas incumplidas, como los reclamos comerciales […] y aun los más corrientes y vulgares 'sablazos' del amigo que pide un libro o dinero prestados, con la falaz palabra de devolverlo. Más que de engaños, las mentiras de este tenor no pasan de la categoría de obligaciones privadas incumplidas, o bien de conductas normalmente reprobables; en otros derechos, […] carecen de […] pena […] por falta de adecuación típica, pero en el nuestro, de fórmulas más amplias, por carencia de cantidad suficiente".

[54] Sobre esto la STOP de Santiago (2°) 16/05/2008, RIT 48-08, manifiesta: "Así las cosas es evidente que el ardid del acusado, superó con creces el ámbito de la mera mentira, generado con ello, ex ante y conforme al criterio del hombre medio, un riesgo idóneo o típicamente relevante, para el bien jurídico de la propiedad, y por tanto objetivamente imputable al obrar doloso del acusado".

[55] Así, Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, pp. 137 ss al manifestar: "Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, […] que ello tenga

parecer, el criterio fundamental será el de la creación o incremento del riesgo, esto es, la "adecuación" del engaño, que será valorado en torno a ciertos pilares que establezcan una "relación de riesgo"[56]: el primero, consistirá en determinar precisamente la existencia de un riesgo[57]; el segundo, si ese riesgo es o no permitido[58]; y, por último, si se encuentra dentro del ámbito del alcance del tipo o esfera de protección de la norma[59].

---

lugar mediante un engaño bastante. Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado". En este contexto, se ha dicho que "…para conciliar las valoraciones político-criminales y el principio de legalidad se hace imprescindible añadir al 'engaño' el requisito de su 'idoneidad' para la consecución del resultado defraudatorio" […] El camino dogmático elegido de la imputación objetiva conduce a mejores conclusiones político-criminales, se adapta perfectamente a la tesis de que el error cumple una función de colaboración con el principio de subsidiariedad en el tipo de estafa, y se acomoda, además, a nuestro texto legal vigente. [afirmación que también creemos poder adoptar para el Derecho chileno del presente] "En efecto, este planteamiento permite afirmar que sólo son engaños típicos las conductas tendentes a generar error en alguien, e idóneas para conseguirlo, porque sólo esas conductas crean o incrementan el riesgo de que se produzca el resultado típico, o, en su caso, y subsidiariamente, se corresponden con el fin de protección de la norma" (Gómez Benítez, J.M., "Función y contenido del error en el tipo de estafa", pp. 336 y 340).

[56] Pérez Manzano, M., "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", pp. 299 ss, donde analiza dos *nexos de riesgo*: el que debe darse entre el engaño y el acto de disposición y el que debe conectar al acto de disposición y el perjuicio económico. En el primer caso, plantea que se debe analizar si el acto de disposición realizado constituye la concreción del riesgo inherente a la acción engañosa en el sentido de ser el concreto acto de disposición que previsiblemente derivaría del engaño y no otro distinto. En el segundo, sostiene habrá que analizar la idoneidad del acto de disposición para producir el perjuicio y si el perjuicio es la realización del riesgo generado; por ello afirma que no basta con comparar el patrimonio antes y después del acto de disposición. Y termina diciendo que ello será suficiente para saber si hay perjuicio, pero no para saber si éste es la materialización del riesgo creado.

[57] Este criterio Pérez Manzano, M., "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", p. 294, lo efectúa a través de un juicio de previsibilidad objetiva de la imputación objetiva, que denomina como un "juicio de probabilidad" de que la acción engañosa (es decir, la falta de verdad en lo que se dice o se hace con o sin puesta en escena) *ex ante* considerada, generará un acto de disposición por error, tomando como punto de partida las circunstancias conocidas o reconocibles por el hombre prudente en el círculo social del autor más las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en base a sus conocimientos especiales.

[58] Pérez Manzano, M., "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", pp. 298 s, donde dice: "Afirmada la adecuación de la conducta engañosa para inducir a un acto de disposición por error, todavía no se habrá afirmado que el engaño ha creado un riesgo típicamente relevante si el riesgo creado es un riesgo permitido". Muy importante, sobre esto, Torío López, A., "Acción y resultado en la estafa procesal", p. 887, plantea que "La distinción entre originación e incremento del peligro posee importante significado para la decisión de casos. La creación del peligro será por sí suficiente de ordinario cuando el autor y la víctima no participan en un ámbito peculiar de tráfico, es decir, cuando la estafa tiene lugar en el espacio social general. La originación dolosa del error conducente por último al acto de disposición tendrá en tal caso carácter antinormativo […] El incremento de un peligro preexistente es de mayor importancia para el problema tratado. Se debe destacar que en sectores o ámbitos particulares del tráfico se consideran tolerados o permitidos comportamientos inexactos, deformaciones de la verdad, conductas en definitiva que por su divergencia con la realidad objetiva se han de caracterizar como engañosas. En el conocido *topos* del 'dolo bueno' aparece aludida esta situación. De acuerdo con ello, la acción que se mantiene dentro de los límites de lo socialmente permitido en un ámbito concreto no puede, en principio, estimarse antinormativa en el sentido de la estafa […] Un sector característico es el de la concesión de crédito y el descuento de letras de cambio".

[59] Sobre este último filtro de imputación objetiva Pérez Manzano, M., "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", pp. 302 ss manifiesta que con este criterio se suele aludir a dos cuestiones: (a) fin de protección de la norma de cuidado lesionada con la conducta que crea un riesgo típicamente relevante (nivel que se

Finalmente, el engaño típicamente relevante como *infracción de deberes de veracidad* utiliza un modelo de determinación en abstracto de la suficiencia del engaño[60]. Consecuente con la moderna normativización de la Teoría del delito, echa por la borda la estimación ontológico-causal de las estructuras típicas clásicas, enfocándose al tratamiento de criterios de imputación (de la conducta) puramente normativos, hondamente formalizados y totalmente ajenos a los aspectos empíricos[61].

Se construye sobre el fundamento de que cualquier actividad realizada en sociedad necesita cierto grado de confianza para poderse llevar a cabo. Se afirma que su eliminación conllevaría estorbos insoportables en el ámbito mercantil. Por eso, la "confianza" sería propia de la experiencia, de forma que todos los comportamientos deberían orientarse a partir de las expectativas que se destinan a quienes interactúan en nuestro entorno[62]. Así, la función de la estafa consistiría en confirmar la confianza de la información entregada. Esto, siempre y cuando los sujetos se encuentren autorizados a fundarse en dichas informaciones conforme con criterios normativos de *distribución de competencias* construidos sobre el rol de cada uno en la interacción patrimonial específica[63]. Esta distribución de competencias se edifica tomando como punto de partida un modelo de decisión especificado *ex ante* a partir de las informaciones que se consideren importantes para que la víctima pueda tomar una opción, sin tomar en consideración sus características psíquicas. Este modelo será el que se encuentre vigente en el mercado, porque estiman que el delito de estafa protegería al patrimonio como un poder jurídicamente reconocido en la interacción mercantil[64]. Así, el engaño se normativiza a través de la infracción de un deber de veracidad por parte del autor del engaño, que es correspondiente a un derecho a la verdad de la víctima, sosteniéndose la relevancia normativa del engaño en una competencia que se imputa objetivamente (gracias a la desorientación que se ha producido en la víctima)[65].

analiza como un problema de relación de riesgo o de materialización del riesgo en el resultado); (b) alcance o ámbito de protección de la norma que tipifica el concreto delito (al que se acudiría excepcionalmente una vez que se ha afirmado la relación de riesgo). Ambos problemas se tratarían de casos en los que la víctima del engaño ha tenido alguna clase de contribución a la producción del resultado: (a) por medio de su intervención dolosa (casos de realización del acto de disposición por pura liberalidad u otros motivos); (b) a través de intervenciones imprudentes graves (negligencia en la autoprotección de su patrimonio); y (c) debido a intervenciones imprudentes leves (esto es, la realización del acto de disposición con dudas).

[60] Con otra terminología, la STOP de Antofagasta 12/04/2008, RIT 27-08 afirma que tanto las relaciones civiles como de orden comercial deben estar gobernadas por el principio de la *buena fe*, especialmente cuando en las negociaciones la información proporcionada tiene la apariencia de ser verdadera para el hombre medio.

[61] Pastor Muñoz, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, pássim, especialmente, pp. 217 ss; Piña Rochefort, J.I., *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica Legislativa*, pp. 54 ss.

[62] Piña Rochefort, J.I., *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica Legislativa*, pp. 64 ss.

[63] Sobre esto, Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 66 ss.

[64] Pastor Muñoz, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, pp. 186 ss.

[65] Pastor Muñoz, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, pp. 167 ss.

5. El engaño: su objeto

La problemática dice relación con lo siguiente: (a) el concepto de "hecho"; (b) el concepto de hecho en contraposición con los denominados "juicios de valor"; (c) la viabilidad del engaño sobre hechos "internos"; y, (d) la viabilidad del engaño sobre hechos "futuros"[66-67].

El concepto de "hecho" se dice que excluye a los juicios de valor. Inclusive, se sostiene que su "dicotomía" es absoluta. Por eso, en ese sentido es importante la determinación de lo que se entienda por juicios de valor[68]. No obstante, también se ha apuntado que la discusión contrasta con su poca relevancia práctica, puesto que cuando se analiza el concepto, se puede descubrir que los juicios de valor en sentido estricto son muy pocos, de forma que con su exclusión no se limitaría el concepto de hecho[69-70].

Entonces, según la mayoría de la doctrina[71] podemos decir que el objeto del engaño se reduce a los "hechos", es decir, a contextos o sucesos presentes o pasados, no pudiendo

[66] Con mayor detención, Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 77 ss.

[67] Sobre esto, Mezger, E., *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio* (traducción de Conrado A. Finzi), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 240 expresa: "'Hechos' son sucesos y situaciones del mundo externo e interno, esto es, de la vida corporal (física) y anímica (psíquica), determinados en forma concreta, en el espacio y en el tiempo. Pertenecen al pasado o al presente; lo que está situado en el futuro no constituye todavía un hecho. En consecuencia, es un hecho, por ejemplo, la propiedad de una máquina y la forma en que está construida, el contenido de una conversación de ayer y la idea que hoy tengo acerca de una situación determinada".

[68] Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 78.

[69] Pastor Muñoz, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 196, donde dice: "Los juicios de valor no pueden ser ni verdaderos ni falsos porque pertenecen al mundo de la opinión. En efecto, las afirmaciones de hecho tienen una función informativa, es decir, transmiten informaciones sobre el mundo y, en este sentido, son susceptibles de contrastación y, por ello, pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. En cambio, los juicios de valor tienen una función expresiva y directiva, lo cual significa que son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos ni falsos".

[70] Inclusive –y esto es muy importante para nuestra legislación– Antón Oneca, J., "Estafa", p. 64 sostiene: "No creemos que nuestro Derecho dé pretexto para excluir en absoluto los juicios de valor" (no se olvide que el sistema de la estafa que comenta ANTÓN en 1958 para España, es el mismo que se encuentra vigente en Chile hoy en día) […] "Un juicio falso de valor puede tener en ocasiones tanta eficacia como una afirmación de hechos falsos. Por ejemplo, el del reputado experto que declara falsamente el mérito de una obra de arte para que el marchante la venda a precio notoriamente exagerado. Sin embargo, de ordinario el juicio de valor es tomado como opinión personal que puede influir sobre la ajena, pero sin fuerza decisoria, ya que en la experiencia de la vida el hombre aprende a guiarse por los pareceres propios, reduciendo los extraños al papel de informaciones o consejos sujetos a revisión".

[71] Por todos, Garrido Montt, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, pp. 322 s; Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, pp. 426 ss. *En contra,* Yubero Canepa, J., *El engaño en el delito de estafa*, p. 120, con un argumento similar al utilizado por Antón Oneca, J., "Estafa", p. 64 (ya citado) y Fernández Díaz, A., "Engaño y víctima en la estafa", p. 190, argumentando que lo decisivo es determinar si en el caso concreto ese juicio de valor se traduciría o no en un riesgo no permitido de producción del error (similar, Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 80).

ser integrantes del engaño los "juicios de valor", puesto que de ellos no cabe deducir la indirecta afirmación falsa de un hecho[72].

Para comprender de mejor manera el concepto de hecho se requiere efectuar una llamada de atención sobre lo siguiente: (a) El concepto de "hecho interno"[73]; (b) El concepto de "hecho futuro"[74]; y (c) La distinción en los hechos futuros, entre "pronósticos" y "promesas"[75].

Para esclarecer la cuestión, Cabrera y Contreras[76] dan ejemplos ilustrativos: quien promete pintar una casa recibiendo una suma de dinero y no la pinta porque jamás tuvo el propósito de hacerlo, engaña, pero no por la no realización del hecho futuro prometido, sino porque cuando recibe el dinero y promete sabía que no iba a cumplir con la obligación. También –afirman de buena manera los autores– quien pronostica algo sabiendo que nunca ocurrirá, engaña, pero no por el no acaecimiento del hecho futuro pronosticado, sino porque al momento del pronóstico se sabía que lo pronosticado no acaecería.

---

[72] Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, pp. 110 s da un ejemplo: "…el precio de un inmueble, por regla general, supone la afirmación de un juicio de valor sobre la cosa, y esa afirmación no puede ser considerada engaño en el sentido del delito de estafa" […], y afirma: "Se trata de excluir del concepto de engaño meras opiniones personales o consejos que sólo pertenecen a las valoraciones de quien los formula y frente a las cuales no puede afirmarse el binomio verdadero/falso, pues, aun en los casos de reserva mental de quien formula una opinión, objetivamente debe ser tomada por la otra parte como eso, como mera opinión, no como la afirmación de un hecho que pueda ser tenido como cierto". Similar, Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, pp. 43 ss.

[73] Que se afirma consiste en una voluntad o en una representación que se suscita en la mente de un sujeto, es decir, en un querer o en un conocer (Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 81). Asimismo, se dice que cabe la posibilidad del engaño sobre hechos internos, puesto que son posibles de contrastación, es decir, cuando la manifestación no se corresponda con la representación o la volición (conocer o querer) (Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 81). Estos últimos, dice Mezger, E., *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio*, p. 240, a saber, "…ideas determinadas del autor y, sobre todo, las intenciones, juegan a menudo un papel en la estafa, por ejemplo, en el petardismo, en el cual el autor simula una intención de pagar que, en realidad, no tiene".

[74] Que se afirma consiste en un suceso o acontecimiento que se verificará en un momento posterior al de la manifestación (Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 81). Sobre esto Mezger, E., *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio*, p. 249 apunta: "Como hemos visto, lo que está situado en el futuro no es, como tal, un hecho y, por lo tanto, una afirmación sobre lo que está situado en el futuro no constituye una afirmación de un hecho".

[75] La cuestión no es baladí, puesto que, como afirma Antón Oneca, J., "Estafa", p. 64, "La exclusión de los acontecimientos futuros es acertada, mas no por la razón, antes citada, de que el suceso futuro es incierto siempre y, por consiguiente, no es hecho propiamente; hay acontecimientos futuros obedientes a leyes naturales cuya certeza puede conocerse y ser objeto de falsas afirmaciones" […] "Mas el error del que realiza el acto de disposición no se produce a causa del hecho futuro pronosticado, sino en virtud de la convicción de existir una correspondencia entre lo que dice y lo que piensa el engañador cuando se refiere al hecho futuro, y el engaño proviene de un hecho psicológico como es el pensamiento y voluntad del embaucador en el momento presente".

[76] Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, p. 81.

La opinión de la jurisprudencia mayoritaria la podemos ilustrar así:

> "…[E]l engaño puede referirse lógicamente a hechos presentes o pretéritos, únicos sobre cuya realidad existe certeza, y pueden consiguientemente ser distorsionados o deformados… la simulación, como que tiende a producir una falsa representación de la realidad, debe referirse a hechos presentes o pasados; de manera que la simulación alegada sobre un hecho futuro no es dable de considerar, puesto que… las promesas o afirmaciones sobre hechos futuros no pueden constituir simulación, porque ellas en ningún caso pueden provocar una representación falsa de la realidad, sino una creencia, sin fundamentos, en una posibilidad. Y así como en la simple afirmación siempre va envuelta la eventualidad de que sea mentirosa, el que recibe una promesa o un pronóstico también tiene siempre la posibilidad de que ellos no lleguen a cumplirse. Así tampoco podrían constituir simulación las afirmaciones que no se refieren a hechos, sino a simples opiniones o apreciaciones de quien las formula"[77].
>
> "La simulación y error constituyen acciones u omisiones susceptibles de causar una falsa representación de la realidad referida a hechos presentes o pasados"[78].

6. El engaño: sus formas

La distinción es relevante a efectos de la delimitación de su contenido. Se afirma que puede haber engaño: (a) por acción (es decir, comportamientos activos en sentido estricto –expresos–[79] que simulan o disimulan la realidad)[80] o a través de actos concluyentes[81], y (b) por omisión[82].

---

[77] GJ Nº 228 CS 1999 p. 98. Similar, STOP de La Serena 16/09/2009, RIT 171-07.

[78] STOP de Santiago (4°) 20/01/2007, RIT 96-06.

[79] Es decir, aquellos a través de los cuales el "sujeto, mediante una declaración de voluntad verbal o escrita, realiza explícitamente una aserción con las características del engaño" (Romero, G., *Delito de estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007. p. 121).

[80] Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, p. 392, entiende por simulación "hacer aparecer como real algo que no lo es", y por disimulación "hacer aparecer como inexistente un hecho real".

[81] Por *acto concluyente* se entiende una "acción positiva" (Romero, G., *Delito de estafa*, p. 121). Mezger, E., *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio*, p. 242, por su parte, afirma que "Por acción concluyente se debe entender un determinado hacer positivo, el cual admite una declaración determinada", donde da ejemplos: "…recurriendo a maniobras en el comercio de caballos, o entrando en un restaurante dando a entender que se quiere y se puede pagar (petardismo), o concertando un contrato de juego no obstante la exclusión del caso fortuito". Por su parte, sobre esto Antón Oneca, J., "Estafa", p. 64, afirma: "Pero muchos de los casos citados como de estafa por omisión no son tales, sino que en ellos hay una acción anterior determinante del error, la que los alemanes llaman acción 'concluyente'; entendiendo por tal la que, de un modo expreso, pero sí implícito, lleva consigo la afirmación falsa de un hecho".

[82] Es decir, aquellos supuestos en que "…un sujeto no saca a otro del error en que se encuentra –y que va a producir un perjuicio patrimonial–, cuando puede hacerlo, resultando, además, que ocupa una deter-

La jurisprudencia[83] y doctrina mayoritaria[84] en Chile exige a la manifestación del engaño una exteriorización, siendo engaño típico solamente aquel que supere el umbral de sofisticación requerido.

La posibilidad del engaño por omisión es un tema debatido[85]. Su admisibilidad ha sido cuestionada por diferentes razones: (a) debido a la (in)compatibilidad dogmática del mandato de determinación de la ley penal con la (no)aceptación de la omisión impropia en el Derecho chileno; y (b) por los problemas propios del engaño y la fundamentación de la posición de garante[86].

La mayoría de la doctrina[87] en Chile no ha tenido problemas en admitir el engaño por omisión[88], siempre y cuando exista una posición de garante, haciendo referencia a las reglas generales de la comisión por omisión.

7. El perjuicio

Sobre este elemento nuestra jurisprudencia –como se ha dicho– no es muy fecunda, limitándose a señalar lo siguiente:

minada posición de responsabilidad cualificada en relación con el bien jurídico en peligro. A propósito de estos casos, sin duda cabe hablar de 'omisiones'. Pues, en efecto, se trata realmente de la no realización de una prestación positiva de salvaguarda (no sacar del error) de u n bien jurídico ya en peligro (el patrimonio, a consecuencia del error ya existente). El único problema para afirmar, pues, una estafa por omisión en las mencionadas situaciones radica en que en absoluto está claro que el 'no sacar a la víctima de su error', cuando el sujeto activo tiene cierta posición de responsabilidad, sea lo mismo que 'engañarla'" (Silva Sánchez, J. M., *El delito de omisión*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003, pp. 449 s).

[83] Por todas, SCS 24/03/2009, Rol 649-08; SCS 25/08/2009, Rol 5259-08; SCS 06/10/2009, Rol 5128-08.

[84] Por todos, Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, pp. 392 ss, al sostener: "Lo propio de la 'simulación' es la existencia de apariencias externas que induzcan al sujeto pasivo a formarse por sí mismo una representación o juicio acerca de la realidad que no corresponda en verdad a ella".

[85] Sobre esto, Cabrera Guirao, J.; Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, pp. 87 ss; Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", pp. 164 ss.

[86] El principal obstáculo en la materia se encuentra precisamente en el establecimiento y alcance de las posiciones de garante, es decir, en el deber específico de evitación que fundamenta que ciertos riesgos sean imputables. En general, parecen ser la ley y el contrato (Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", p. 166; Piña Rochefort, J. I., *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica Legislativa*, pp. 83 ss).

[87] Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, pp. 396 s; Garrido Montt, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, p. 322; Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, pp. 425 y 432.

[88] *En contra,* Yubero Canepa, J., *El engaño en el delito de estafa*, pp. 125 ss, porque en su concepto no es admisible la existencia de tipos de omisión impropia en delitos cuya comisión no es plana, por existir en ellos resultados intermedios.

a) Se trata de un menoscabo o detrimento patrimonial[89] que en el delito de estafa es "esencial" [90];
b) Que afecta el patrimonio individual[91];
c) Que debe ser real y efectivo[92];
d) Que tiene que ser consecuencia inmediata y directa del engaño[93];
e) Que no se trata de una condición objetiva de punibilidad, sino de un elemento del tipo penal[94]; y, por lo anterior,
f) Que no desaparece por el pago posterior de la suma defraudada ni por declaración expresa de haber sido reparado[95].

Como ejemplo sobre el pobre tratamiento que ha dado la jurisprudencia al elemento, en la SJG de Temuco 15/03/2009, RIT 3560-08, se condena –sin mayor análisis sobre el perjuicio– a los imputados. A nuestro juicio, el Tribunal condenó bien, pero sin ser consecuentes con un filtro normativo determinado. En efecto, en dicho supuesto fáctico (relacionado con una "estafa de liberalidad")[96] si se es consecuente con la forma

[89] Por todas, SCS 29/10/2002, Rol 1364-01; SCS 22/08/2006, Rol 3111-04; SCS 14/08/2007, Rol 2979-07; GJ Nº 41 CA de Santiago 1983 p. 56; RDJ T. LXV Secc. IV CS 1968 p. 105; SCA de Santiago 08/10/2010, Rol 2039-2010.

[90] SCS 31/03/2010, Rol 6489-2008.

[91] GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Temuco 1950 p. 443.

[92] GJ Nº 59 CA de Santiago 1985 p. 98; SCS 12/10/2004, Rol 2570-02; GJ Nº 41 CA de Santiago 1983 p. 56. *En contra* –a nuestro juicio acertadamente– la STOP de Copiapó 19/06/2006, RIT 32-06, al exponer: "4) Perjuicio: Puede ser definido como un daño o menoscabo en el patrimonio, el cual debe ser apreciable en dinero, pudiendo recaer tanto en cosas materiales como inmateriales. Además, bastaría en algunos casos que este perjuicio fuera potencial o eventual y no necesariamente se requiere de un perjuicio real". También habla de "perjuicio potencial" la sentencia de FM Nº 56 CS 1963 p. 142. Como hemos manifestado en otros lugares (Balmaceda Hoyos, G.; Peller, M. F., "Análisis dogmático del concepto de 'perjuicio' en el delito de estafa. Especial referencia al concepto de 'perjuicio en forma de peligro'", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 7, 2006, pp. 185 ss; Balmaceda Hoyos, G., *El delito de estafa informática*, pp. 235 ss), sobre esto creemos pertinente apuntar las siguientes ideas: **(a)** El delito de estafa es un delito de resultado material y, por tanto, el carácter lesivo de la disposición patrimonial se debería concretar en una disminución cuantificable del patrimonio; y **(b)** No obstante, a nuestro juicio este resultado también puede ser en forma de peligro, circunstancia que no transformaría a la estafa en un delito de peligro. Ello al parecer resulta de forma indudable a partir de un concepto mixto jurídico-económico del patrimonio, ya que existirían situaciones en las que, aunque no se haya producido ninguna alteración real y jurídica del bien económico en el ámbito del patrimonio –en su conjunto–, podría suceder que el bien (o el derecho) –como tal– se encuentre en peligro, situación que disminuiría el valor del bien (o del derecho) y, por lo tanto, también el del patrimonio en su conjunto.

[93] Así, GJ Nº 41 CA de Santiago 1983 p. 56. Similar, la SCS 28/01/2009, Rol 697-08, al sostener que respecto del perjuicio se exige que sea real y efectivo y no una mera posibilidad; y que debe ser patrimonial, real y causado por el engaño, o sea, debe menoscabar los derechos patrimoniales del sujeto pasivo, como directa consecuencia del ardid, simulación, abuso de confianza u otra superchería del victimario.

[94] Enérgica la STOP de Santiago (7°) 27/11/2006, RIT 327-05, donde se señala también que si el perjuicio no logra concretarse podríamos estar frente a un delito de ejecución imperfecta, pero no frente a una cuestión de atipicidad.

[95] SCA de Temuco 16/10/2006, RIT 988-06.

[96] Sobre esta materia, Hernández Basualto, H., "Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el Derecho Penal chileno", en AAVV, Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho Penal, LexisNexis, Santiago, 2008, pássim, especialmente, pp. 199 ss.

de determinación del perjuicio utilizado por la mayoría de la jurisprudencia (que parece aplicar únicamente un criterio objetivo, es decir, el utilizado por el mercado), aunque parezca llamativo, se debió haber absuelto[97].

Por eso, y siempre dentro del ámbito de la Teoría mixta jurídico-económica del patrimonio, quizá no sería poco relevante utilizar como filtro normativo en la determinación del perjuicio un criterio también mixto, esto es, "objetivo-subjetivo". Objetivo, porque no deben perderse de vista los criterios del mercado; subjetivo, porque una vez superado el primer eslabón sería relevante echar un vistazo a si existió o no una frustración del fin económico del titular del patrimonio menoscabado –siempre y cuando se trate de un negocio de prestación unilateral–[98].

Para terminar, resulta importante apuntar que el instante que fija el momento de la *consumación*[99] del delito[100] es precisamente el perjuicio, siendo irrelevante[101] que el autor logre efectivamente el provecho que persigue[102].

---

[97] En efecto, "objetivamente hablando" no existe ninguna diferencia entre tirar 10 mil pesos a la basura que regalárselos a un abuelo hambriento gravemente enfermo.

[98] En profundidad, Schlack Muñoz, A., "La estafa en negocios con prestaciones unilaterales: notas sobre su fundamentación dogmática", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Nº 16, 2007, pássim, especialmente, pp. 172 ss; Schlack Muñoz, A., "Aplicación de criterios objetivo-individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa", *Ius Publicum*, Nº 19, 2007, pássim, especialmente, pp. 137 ss.

[99] STOP de Talca 23/04/2008, RIT 145-07; STOP de Santiago (4°) 20/01/2007, RIT 96-06; STOP de Chillán 10/03/2006, RIT 04-06; SJG de Villarrica 04/02/2005, RIT 977-04; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Talca 1903 p. 1093.

[100] Muy importante, la STOP de Santiago (3°) 18/06/2007, RIT 112-07, al manifestar: "…se acepta que si no hay perjuicio, el ilícito podría quedar en las etapas imperfectas de tentativa o frustración… Lo central acá es que la acción típica consiste en defraudar a otro, mediante el uso o empleo del engaño o artificio semejante… "; y la STOP de Santiago (2°) 16/05/2008, RIT 48-08 castiga una hipótesis de tentativa en el siguiente caso: "…la conducta del imputado consistente en concurrir a un Supermercado, entregar a la cajera las especies que pretendía adquirir, pasarle un formulario de cheque adulterado en la zona correspondiente a los nombres de los titulares cuentacorrentistas mediante la adición del nombre de un tercero y el suyo propio, pero sin constar en dicho documento el nombre del banco librado, el lugar y fecha de expedición, sin la cantidad girada en letras y números y sin la firma del librador, sumado al hecho de exhibir la cédula de identidad del tercero así como su propia licencia de conducir para los efectos de darle mayor credibilidad al engaño demuestra sin lugar a dudas que el acusado intentó engañar a un tercero…". Por último, la SJG de Santiago (7°) 30/05/2007, RIT 725-06 sobre esto señala: "…intentando su cobro con fecha posterior ante el Banco Santander, circunstancia que no pudo efectuar por cuanto el depósito tenia fecha cierta para su solución, lo que hace del delito uno en grado de tentativa, toda vez que se dio principio a la ejecución del delito por hechos directos restando uno o más tendientes a la consumación del perjuicio patrimonial de la víctima y lucro correlativo de la imputada". Similar, la sentencia de RDJ T. LXXXII Secc. IV CA de Santiago 1985 p. 155.

[101] Irrelevante a efectos de la "consumación". Relevante será a efectos del art. 69 CP y de la responsabilidad civil.

[102] Véase Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, pp. 199, 201 y 322, donde se manifiesta: "…el tipo penal de estafa se consuma cuando el engañado realiza el acto dispositivo que produce la disminución en su patrimonio; lo posterior pertenece a la fase jurídicamente irrelevante del agotamiento […] Aunque el ánimo de lucro es un elemento del tipo subjetivo, el lucro real no es elemento del tipo objetivo…, por lo

8. Problemas concursales

Muy brevemente vamos a exponer la mayoría de los problemas prácticos que se relacionan con esto, que aluden a lo siguiente: (a) la comisión de una estafa a través de un documento falso; y (b) la comisión de varias estafas que se han prolongado en el tiempo.

Para encontrar la solución a la primera hipótesis es necesario distinguir entre la falsificación de un instrumento público y uno privado. En el segundo supuesto, se trata de dilucidar si es viable o no en Chile aplicar la figura del denominado "delito continuado".

a) *Estafa a través de la falsificación de un instrumento público*

En este caso habría un concurso real (material) de delitos, o medial (ideal) –según sea el caso–[103], puesto que se vulneran bienes jurídicos diferentes[104-105].

b) *Estafa a través de la falsificación de un instrumento privado*

Aquí lo que interesa es averiguar si nos encontramos frente a un concurso real, un concurso ideal o un concurso aparente de leyes penales.

---

que no resulta preciso que el lucro pretendido llegue a alcanzarse o materializarse. Esto pertenece a la fase de agotamiento del delito… […] Mientras tanto, no nos moveremos más que en actos de ejecución (tentativa acabada o inacabada), pero nunca en actos verdaderamente consumativos, fuera de todo agotamiento delictivo, que producirá otras consecuencias, particularmente en el terreno de la responsabilidad civil". Así, según la STOP de Santiago (7°) 27/11/2006, RIT 327-05: "Tampoco puede considerarse que el delito quedó en una etapa de desarrollo frustrado, toda vez que los fondos efectivamente salieron del Banco afectado, siendo depositados en otra institución financiera, sin que sea relevante para determinar lo anterior que, en la especie, los referidos dineros no hayan alcanzado a ser utilizados por los acusados, pero sí estuvieron a disposición de ellos, vulnerándose, en consecuencia, completamente la esfera de custodia y protección de la víctima".

[103] Aplicándose el art. 74 o 75 –si se falsifica para estafar– CP en relación con los arts. 467, 468, 193 y 194 CP, según corresponda.

[104] SJG de Santiago (7°) 01/09/2006, RIT 476-05; SJG de Temuco 08/02/2008, RIT 814-07; SJG de Santiago (7°) 15/11/2006, RIT 4818-06; STOP de Iquique 27/04/2007, RIT 84-07. *En contra,* alguna sentencia ha estimado también que todas las actuaciones dirigidas subjetivamente a un fin específico (obtener la entrega de dinero, por ejemplo) deben entenderse absorbidas por la figura de la estafa (STOP de Talca 23/04/2008, RIT 145-07).

[105] Como dice Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, pp. 115 y 279: "La debida comprensión del problema requiere partir de una premisa básica: la finalidad de los tipos de falsedad documental es la de proteger la seguridad del tráfico jurídico y la confianza en el 'valor probatorio de los documentos' […] Así, es posible establecer un régimen diferenciado… entre la falsedad ideológica cometida por funcionario público en documento público, y la contenida en documento privado… confeccionado por particular, precisamente por la diversa función probatoria que la ley les atribuye […] se resuelve el supuesto de acuerdo con las reglas del concurso medial o ideológico… toda vez que frecuentemente la falsificación, de acuerdo con un plan unitario del autor, es una conducta realizada como antesala de la ulterior estafa en la que el documento así falsificado es el instrumento del engaño. Se da, por tanto, una identidad parcial entre la actividad ejecutiva del delito medio y la del delito fin, que justifica el tratamiento del caso como un solo hecho, esto es, imponiéndose la pena prevista para la infracción más grave…".

La mayoría de la jurisprudencia[106] parece inclinarse por la última solución, por aplicación del *principio de especialidad*, haciendo primar la falsificación sobre la estafa. Se dice que la estafa sería el precepto general (art. 468 o 473 CP), puesto que se puede cometer a través de varios medios. En cambio, la falsificación del instrumento privado (art. 197 CP) constituiría la norma especial, por cuanto únicamente se puede cometer a través de los medios señalados en el art. 193 CP. Se argumenta que el art. 197 CP exige que la falsificación del instrumento privado lo sea en "perjuicio de tercero", señalando que entonces se trataría de una clase especial de estafa[107] consistente en ocasionar un perjuicio a través de un engaño particular que consiste en falsificar un instrumento privado.

c) *Delito continuado de estafa*

La clave en este lugar reside en poderse determinar la comisión material de varios hechos punibles –debido a su naturaleza– como un solo delito. Si se estima que es posible, se habla de un "delito continuado". En el caso contrario, nos encontraríamos cara a cara con varios delitos –en sentido material y jurídico–, es decir, frente a "delitos reiterados"[108-109]. La frontera normativa entre una y otra figura no es fácil de determinar.

El *delito continuado* no tiene asidero en nuestra legislación. Sin embargo, por motivos –al parecer– de justicia material, la jurisprudencia la ha aceptado[110], y para su constatación se exigen los siguientes requisitos:

---

[106] SCA de Temuco 13/10/2009, Rol 755-09; STOP de Temuco 21/08/2009, RIT 86-09; RDJ T. XLVIII Secc. IV CA de Santiago 1951 p. 66; GT 1 sem. Secc. Crim. CA de Tacna 1903 p. 639; RDJ T. LXV Secc. IV CS 1968 p. 32; GJ Nº 115 CS 1990 p. 61.

[107] Por todas, RDJ T. LXXXVIII Secc. IV CS 1991 p. 132; GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1947 p. 244; GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Santiago 1947 p. 320.

[108] Art. 351 CPP: "Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos. Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor. Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico".

[109] Así por ejemplo, la STOP de Viña del Mar 15/06/2005, RIT 51-05, castigó al acusado como autor de delitos reiterados de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso y estafa, por estimarse que se trata de delitos de la misma especie (porque atentan contra el mismo bien jurídico), pero que por afectar a personas diferentes y dañar a patrimonios también diferentes no pueden estimarse como un solo delito. Similar, GT 2 sem. Secc. Crim. CS 1947 p. 244; RDJ T. LXXXII Secc. IV CS 1985 p. 234; RDJ T. LXXXI Secc. IV CA de Pedro Aguirre Cerda 1984 p. 303; RDJ T. LXXXII Secc. IV CA de Santiago 1985 p. 155.

[110] Por todas, RDJ T. LXXXVIII Secc. IV CA de Santiago 1991 p. 23 (publicada también en GJ Nº 130 CA de Santiago 1991 p. 73); GT 2 sem. Secc. Crim. CA de Iquique 1947 p. 249; STOP de Rancagua 10/08/2007, RIT 151-07; RDJ T. LIII Secc. IV CS 1956 p. 25, cuando manifiesta que el delito continuado se acepta y justifica en casos en que no se pueden distinguir claramente los diferentes delitos; vacilante, la

– Procedimientos para defraudar empleados por los mismos autores;
– Vulneración de un mismo bien jurídico y,
– Estar inspirados en un mismo propósito criminoso (dándose cumplimiento a la denominada "triple identidad", es decir, [a] sujeto activo, [b] norma violada, [c] intención criminal).

9. Conclusiones

De lo expuesto, nos parece relevante exponer algunas valoraciones que consideramos relevantes en la exposición de los resultados de la presente investigación:

1ª La jurisprudencia chilena en materia de estafa ha sido coherente con nuestra identidad normativa. Sin embargo, podríamos decir que lo ha sido "demasiado".

2ª De la lectura de los fallos reproducidos en materia de perjuicio, por ejemplo, podemos percatarnos que nuestro juzgador en este entorno se preocupa más de situaciones fácticas relacionadas con problemas de cómputo o contables que sobre los eventuales filtros normativos que pudiesen verse involucrados.

3ª Dentro del concepto de engaño y para la determinación de su suficiencia, estamos de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria en torno a que la figura básica de estafa la deberíamos encontrar en el art. 468 CP. Sin embargo, y pese a que concordemos con que es gracias a nuestra identidad normativa que requeriremos exigirle al engaño cierta entidad para ser típico, no terminamos de comprender por qué continúa exigiendo nuestro juzgador una "puesta en escena" y, lo que es peor, lo hace de una forma muchísimo más exigente que el Derecho francés (de donde se origina este sistema).

4ª Así, para determinar la suficiencia del engaño deberíamos recurrir a la "moderna" (¡vieja ya!) Teoría de la imputación objetiva del resultado, que dentro del ámbito de la estafa podríamos resumir así: (a) primero, hay que determinar cuál es el ámbito negocial en juego (si se trata de un ámbito meramente privado, lo primero sería exigir una "creación del riesgo permitido"; en cambio, si nos encontramos dentro de un entorno "mercantil", se requeriría algo más: un "aumento" de este riesgo); (b) el concepto de "riesgo permitido" va a variar precisamente dependiendo del ámbito negocial. Por eso, no es posible afirmar *a priori* qué se entiende por él, siendo entonces un problema casuístico que dependerá de los criterios del mercado y de las costumbres sociales, y es precisamente aquí donde tiene que jugar un papel muy importante la jurisprudencia; (c) una vez superado este juicio de adecuación del riesgo, es preciso verificar si se ha realizado en un resultado. Este

sentencia de RDJ T. XLVIII Secc. IV CA de Santiago 1951 p. 66, al decir la Teoría del delito continuado no está claramente admitida por el CP.

resultado es precisamente el "perjuicio patrimonial", que dentro de una Teoría mixta del patrimonio deberíamos determinarlo como sigue:

– Se trata de un menoscabo del patrimonio (que se tiene que apreciar comprendiendo al patrimonio como una Universalidad de Derecho, comparándolo como un todo antes y después de la disposición patrimonial);
– Menoscabo que ha de determinarse "económicamente" (primero, como se ha dicho, conforme con los criterios del mercado, y luego, poniendo atención en la eventual frustración de fines económicos del titular del patrimonio afectado) y luego "jurídicamente" (es decir, valorando si el elemento afectado goza de una "apariencia de juridicidad" que no se encuentre en una directa contradicción con otro sector del ordenamiento jurídico);
– Y que debe ser "real y efectivo", o "potencial".

5ª Construir la suficiencia del engaño con filtros de imputación objetiva produce muy importantes consecuencias dogmáticas:

– El engaño puede recaer sobre hechos (presentes, pasados o futuros), o sobre juicios de valor, siempre y cuando generen un riesgo típicamente relevante de producción de una disposición patrimonial perjudicial por error;
– En la lectura de los fallos expuestos se echó de menos un mayor pronunciamiento sobre el dolo. En efecto, si se es consecuente con la trasnochada Teoría de la puesta en escena, no puede darse cabida a la estafa con dolo eventual. Es inconsistente dogmáticamente[111]. En cambio, si determinamos la suficiencia del engaño con el sistema que valoramos preferente, sí podría haber una estafa con dolo eventual.
– Por último, siguiendo el mismo argumento antes expuesto, también podría haber un engaño por omisión. Y siguiendo sobre lo mismo: nos parece que si se es consecuente con la Teoría de la puesta en escena, estas hipótesis de engaño deberían relegarse al ámbito civil, situación que curiosamente la jurisprudencia acepta.

6ª Para terminar, no es baladí recalcar que la reforma procesal penal ha resucitado delitos que antes no tenían aplicación práctica (como los hurtos-falta, por ejemplo), pero tampoco es menos cierto que se encuentran agonizando otros, como sucede con la estafa (es decir, el sistema se está prestando para soluciones poco felices frente a la política criminal contemporánea).

7ª Podemos decir que el nuevo sistema está jugando contra la estafa no con un afán incriminador, sino con el propósito de subrayar algo que ya hemos manifestado: conforme con nuestro sistema de relaciones contemporáneo, la Teoría de la puesta en escena no otorga respuestas satisfactorias a las necesidades político-criminales del Chile del presente. Y no estaría de más afirmar que los operadores del sistema no tienen la culpa, y no la tienen debido a un problema estructural: en las

[111] Es difícil imaginar una hipótesis de farsa inserta en un despliegue engañoso externo donde el autor "se represente" la producción del perjuicio como un resultado probable, no seguro.

Facultades de Derecho se sigue enseñando que la estafa es una puesta en escena. Este es el momento de hacer un urgente llamado de atención, en el sentido de que la Teoría mencionada no es el único sistema que sirve para determinar la suficiencia del engaño, y es el que peor responde a nuestras necesidades actuales.

Bibliografía

Antón Oneca, J., "Estafa", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Carlos-E. Mascareñas (dir.), Editorial Francisco Seix, Barcelona, Tomo IX, 1958, pp. 56-90.

Balmaceda Hoyos, G., "Estafas y otros engaños", en *Código Penal y Normas Complementarias*, Legis, Santiago, 2011, §§ 2314-2331.

Balmaceda Hoyos, G., "El 'engaño' en el delito de estafa", en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 1, 2010, pp. 3-28.

Balmaceda Hoyos, G., "El 'perjuicio' en el delito de estafa", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Nº 14, 2010, pp. 105-116.

Balmaceda Hoyos, G., *El delito de estafa informática*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009.

Balmaceda Hoyos, G. y Peller, M.F., "Análisis dogmático del concepto de 'perjuicio' en el delito de estafa. Especial referencia al concepto de 'perjuicio en forma de peligro'", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 7, 2006, pp. 185-217.

Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

Cabrera Guirao, J. y Contreras Enos, M., *El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.

Carrara, F., *Programa de Derecho criminal. Parte especial* (traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero), Volumen IV, Nº 6, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

Contreras Torres, R., *El delito de estafa*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1992.

Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

Etcheberry Orthusteguy, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

Fernández Díaz, A., "Engaño y víctima en la estafa", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I, 2005, pp. 181-193.

Garrido Montt, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

Gómez Benítez, J.M., "Función y contenido del error en el tipo de estafa", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo I, Enero-Abril, 1985, pp. 333-345.

Grisolía, F., "La estafa procesal en el Derecho Penal chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, Nº 3, 1997, pp. 417-422.

Hernández Basualto, H., "Aproximación a la problemática de la estafa", en AAVV, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2003, pp. 148-190.

Hernández Basualto, H., "Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el Derecho Penal chileno", en AAVV, *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho Penal*, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 195-223.

Hernández Basualto, H., "Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, Nº 1, 2010, pp. 9-41.

Labatut Glena, G. y Zenteno, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

Mayer Lux, L., "El actuar de la víctima en el delito de estafa. En especial sobre el principio de autoprotección y deberes de veracidad", en: VV.AA., *Delito, pena y proceso. Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 381-393.

Mera Figueroa, J., *Fraude civil y penal: el delito de entrega fraudulenta*, Editorial Conosur, Santiago, 2001.

Mezger, E., *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio* (traducción de Conrado A. Finzi), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

Pastor Muñoz, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Pérez Manzano, M., "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", en AA VV, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 285-309.

Piña Rochefort, J.I., *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

Politoff, S.; Matus, J. P. y Ramírez, C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

Romero, G., *Delito de estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

Schlack Muñoz, A., "El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Nº 2, 2008, pp. 261-292.

Schlack Muñoz, A., "La estafa en negocios con prestaciones unilaterales: notas sobre su fundamentación dogmática", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Nº 16, 2007, pp. 167-174.

Schlack Muñoz, A., "Aplicación de criterios objetivo-individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa", *Ius Publicum*, Nº 19, 2007, pp. 133-146.

Silva Sánchez, J.M., *El delito de omisión*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo IV, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1992.

Torío López, A., "Acción y resultado en la estafa procesal", en AAVV, *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 877-900.

Valle Muñiz, J.M., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 1987.

Yubero Canepa, J., *El engaño en el delito de estafa*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1993.