

# ASPECTOS ACTUALES DE LOS DELITOS DE ESTAFA

CARLOS KÜNSEMÜLLER

*Profesor Titular de la Universidad de Chile  
Presidente del Instituto de Ciencias Penales  
Ministro de la Excma. Corte Suprema de Chile*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Sistematización del Título IX del Código Penal. III. Las defraudaciones en general; la estafa en particular, y sus elementos estructurales. IV. Relaciones y/o diferencias entre la estafa y otros tipos penales protectores de bienes jurídicos de índole patrimonial.*

*PALABRAS CLAVE: Defraudaciones, estafa, engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio.*

## I. INTRODUCCIÓN

Ustedes estarán de acuerdo en que un tema tan vasto como el propuesto en la gentil invitación a mí dirigida por la prestigiosa Facultad de Derecho de esta Universidad, no es posible abordarlo en todos sus múltiples y variados aspectos dentro de las limitaciones de tiempo previstas para esta jornada académica.

En 1962, Schroeder afirmaba que 90 años de trabajo en la dogmática de la estafa no han permitido aclarar todos sus problemas de modo suficiente y satisfactorio.

En su valiosa obra “La determinación del engaño típico en el delito de estafa” –publicada en 2004– Nuria Pastor<sup>1</sup> dice que cuarenta años después, esa afirmación sigue vigente, ya que muchos aspectos del delito de estafa presentan problemas que todavía no han sido resueltos.

Basta una mirada rápida a la extensa bibliografía nacional y extranjera sobre los fraudes en general y el delito de estafa en particular, para ratificar lo señalado.

Por lo tanto, resulta imprescindible seleccionar dos o tres grandes temas que puedan revestir especial interés tanto para la dogmática y la política criminal como para la jurisprudencia, que ha de recoger los aportes de esas disciplinas y decidir sobre su aplicación o no aplicación en la resolución de los casos concretos que deben resolver los magistrados.

En concordancia con los límites impuestos por la necesaria selección que ha de efectuarse, he considerado conveniente distribuir la materia en las siguientes secciones:

---

<sup>1</sup> PASTOR, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid, 2004).

1. Sistematización del Título IX del Código Penal.
2. Las defraudaciones en general; la estafa en particular, y sus elementos estructurales.
3. Relaciones y/o diferencias entre la estafa y otros tipos penales, protectores de bienes jurídicos de índole patrimonial, p. ej., el fraude al Fisco.

## II. SISTEMATIZACIÓN DEL TÍTULO IX DEL CÓDIGO PENAL

a) Los trece párrafos en que está dividido el título tratan de diferentes materias, todas ligadas por el concepto “propiedad”, en cuanto objeto jurídico de protección y diferenciadas, básicamente, por los medios de agresión a dicho bien jurídico.

Estos distintos delitos son agrupados, mayoritariamente, empleando el criterio de clasificación más difundido, cual es el que toma por base la naturaleza del ataque en contra de la propiedad, distinguiendo los delitos de apropiación y los de destrucción. Dentro del primer grupo se acostumbra a distinguir entre delitos de apropiación por medios materiales y apropiación por medios inmateriales.

Otro criterio de clasificación que también suele ser utilizado, es el que distingue entre delitos con fin de lucro y delitos sin fin de lucro, de mero perjuicio.

En lo que atañe a las defraudaciones, denominación utilizada por el Código Penal en el párrafo 7º del Título IX, las figuras delictivas cubiertas por ella pertenecen a los delitos de lucro cometidos por medios inmateriales.

Ahora bien, dado que existen diversas interpretaciones respecto del concepto propiedad –proveniente del Derecho Civil– y en atención a que cabría diferenciar –según algunos autores– este bien jurídico del patrimonio, también tutelado por la ley penal, un sector de la doctrina, predominantemente española, postula la necesidad de distinguir entre delitos contra el patrimonio en su conjunto, denominación que comprende las defraudaciones y delitos contra la propiedad, sector dentro del cual quedarían las figuras de apropiación –hurto y robo– y daños.

Nuestro Código Penal denomina al Título IX Crímenes y simples delitos contra la propiedad, término este último que, en el parecer mayoritario de nuestra doctrina, es insuficiente para designar correctamente el bien jurídico –más bien, los bienes jurídicos protegidos– por estas infracciones penales, teniendo en cuenta la definición restringida que contiene el art. 582 del Código Civil, que comprende únicamente el derecho real de dominio y deja al margen los demás derechos reales, los derechos personales o créditos y las formas más alejadas de vinculación jurídico-económica con cosas, como la posesión y la mera tenencia.

Por ello, nuestros autores suelen asignar a la noción propiedad un sentido y alcance más amplio y flexible, en concordancia con lo preceptuado en el art. 19 N° 24 de la Carta Política, que garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales.

Algunos comentaristas sostienen que sería más acorde con el contenido general del Título IX y con las relaciones económicas actuales, que no están basadas únicamente en la propiedad, hablar de delitos contra el patrimonio.

Esta discusión acerca del mejor título para nominar estos delitos, ha sido muy intensa a lo largo del tiempo y ha dado lugar a una nutrida bibliografía nacional y extranjera sobre el tema.

No podemos en esta oportunidad reproducir, aunque sea en forma abreviada, todo ese debate, que sin duda es muy enriquecedor desde el punto de vista teórico, pero que a fin de cuentas podría resultar un poco estéril. A este respecto, y para citar una fórmula legal de compromiso, que procura saltar por encima de las discrepancias dogmáticas, cabe tener en cuenta que en el anteproyecto de Código Penal de 2005 se habla de delitos contra la propiedad y el patrimonio.

b) Son muy conocidas las distintas concepciones sobre el patrimonio y sus elementos integrantes: concepción jurídica, concepción económica, concepción mixta, concepción personal, respecto de las cuales no es procedente debatir en esta ocasión. La extensa literatura existente sobre este tópico permite informarse cabalmente al respecto. En la doctrina española fueron numerosos los autores que objetaron, por impronta, la rotulación del Título XIII del Libro II de su Código Penal, delitos contra la propiedad, que después fue sustituida por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

En todo caso, pareciera imperar como dominante en la doctrina la teoría mixta jurídico-económica, conforme a la cual el patrimonio se integra por un conjunto de valores económicos puestos bajo la protección del ordenamiento jurídico. El perjuicio patrimonial se sustancia en la disminución valorable económicamente de la masa patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona. Así, como señala Valle Muñiz<sup>2</sup>, la dogmática jurídico penal dominante, en base a que la patrimonialidad implica una valoración en dinero, postula la concepción mixta jurídico-económica del patrimonio.

Entre nosotros, Politoff, Matus y Ramírez<sup>3</sup> adhieren a la tesis que distingue entre ilícitos que afectan los derechos de una persona con respecto a un bien concreto y determinado e ilícitos que lesionan el conjunto de sus haberes, generando una disminución patrimonial. En este segundo caso, lo amparado por la ley penal es el patrimonio entendido como universalidad, objeto jurídico contra el cual están dirigidas las defraudaciones.

Un importante sector de la doctrina hispánica sustenta como tesis mayoritaria la de que las estafas se dirigen contra el patrimonio del sujeto pasivo, aunque se

---

<sup>2</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El delito de estafa* (Barcelona, 1987).

<sup>3</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial* (Santiago, 2005).

discute si lo lesionado es el patrimonio en su conjunto, como *universitas iuris*, o si, por el contrario, el delito agrede determinados elementos integrantes del patrimonio, los que conforman su activo.

Desde hace mucho tiempo se ha argumentado en contra de la teoría que identifica el bien jurídico con el patrimonio, señalando que es una universalidad jurídica y, como tal, compuesta por un activo y un pasivo y estos delitos sólo afectarían el activo, es decir, un elemento concreto integrante del patrimonio y no éste en su conjunto.

Muñoz Conde<sup>4</sup> nos dice que en Derecho Penal carece de relevancia la distinción entre el patrimonio entendido como *universitas iuris*, es decir, como totalidad y el patrimonio entendido sólo como uno de sus elementos integrantes. En Derecho Penal no existen delitos dirigidos contra el patrimonio en su totalidad, todo lo más existen delitos, como por ejemplo la estafa, que se dirigen contra elementos integrantes del patrimonio, aunque sin concretarse en alguno determinado.

Tiene razón, a mi juicio, Valle Muñiz<sup>5</sup> cuando asevera que se pueden manejar ambas perspectivas, no obstante que le parece más coherente entender el patrimonio como conjunto o suma de bienes. Por un lado, es evidente que el objeto material del delito sólo puede ser un elemento determinado integrante del patrimonio. Ello supone que el ataque se instrumentaliza a través de la lesión de un concreto bien o valor patrimonial, producto de la cual, obviamente, aparecerá una pérdida o disminución económica cuantificable.

Ante esta discrepancia, que es más bien aparente, he utilizado en la cátedra para la clasificación de los delitos de la Parte Especial, la que distingue entre delitos contra los valores de la personalidad humana, delitos contra los valores patrimoniales y delitos contra otros bienes jurídicos no encasillables en los anteriores. El rótulo delitos contra los valores patrimoniales nos parece suficientemente amplio y comprensivo de todos los ilícitos que atacan objetos materiales de índole o evaluación pecuniaria.

c) Tratándose de las defraudaciones en general y de la estafa en particular, la opinión dominante la entiende como un delito contra el patrimonio, cuya peculiaridad es –a diferencia del hurto y robo– que el autor lesiona el bien jurídico engañando a la propia víctima, la cual, llevada a error por ese engaño, efectúa ella misma un acto de disposición patrimonial que le perjudica.

Es muy conocida la fórmula que dice hurta el que quita la cosa y se la apropia; estafa el que recibe la cosa y se la apropia.

El caso de la apropiación indebida –incluida en las defraudaciones en nuestro Código– es distinto, ya que está ausente el elemento ardid o maquinación engañosa

---

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, Parte especial (Valencia, 2004).

<sup>5</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel: El delito de estafa, ob. cit.

y se trata más bien del incumplimiento, en determinadas circunstancias, de ciertas obligaciones jurídico-económicas emanadas de títulos precarios, que vinculan a uno y otro sujeto. De allí que no son pocos los autores que proponen excluir este delito de la órbita de los fraudes y darle carta de ciudadanía como delito de administración desleal, que los comentaristas deslindan categóricamente por razones estructurales del tipo de estafa. Puede consultarse un trabajo de Hernández, citado en la bibliografía entregada.

Más allá de cualquiera discrepancia técnico jurídica, está claro que en los delitos de apropiación, sean por medios materiales, sean por medios inmateriales, está presente un vínculo de carácter patrimonial que une a sujeto activo y pasivo e involucra no sólo el derecho real de dominio, sino la totalidad de los atributos que asegura a todas las personas el art. 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.

Una crítica a nuestra legislación sobre delitos contra la propiedad, en la que coinciden todos los autores, es la de su excesivo e irritante casuismo, lo que se advierte no sólo en el hurto y el robo con fuerza en las cosas, sino también en el campo de las estafas, cuya regulación da cuenta del ánimo del legislador de abarcar todas las posibles hipótesis de comisión del delito. Se ha dicho que las figuras contenidas en los artículos 467 y 468, varias de las previstas en los arts. 469 y 470 y la descrita en el art. 473, pueden ser sustituidas sin dificultad por una sola, que contenga los elementos que comúnmente se exigen para estar en presencia de una estafa. Esta posición está representada en nuestro medio por el Anteproyecto de 2005, cuyos redactores tuvieron especial preocupación por suprimir la agotadora casuística. En materia de estafas, se simplificó al máximo la farragosa normativa existente, sustituyéndola por una única disposición.

Artículo 159: el que con ánimo de lucro y mediante un engaño suficiente para provocar error en otro, obtenga que éste realice una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero será castigado... la pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención a la cuantía del perjuicio ocasionado o a los efectos especialmente perjudiciales que tenga para la víctima. Tratándose de perjuicios de ínfima cuantía, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la de multa.

Describe los requisitos que debe satisfacer toda estafa y contempla posibles aumentos o rebajas de la pena, mediante igual sistema que el establecido en el hurto.

A su turno, el Anteproyecto de Código Penal redactado por la Comisión designada por la Presidenta Bachelet en el actual gobierno, describe la estafa de la siguiente forma: el que, con el propósito de obtener un provecho patrimonial para sí o para un tercero, mediante engaño provocare un error en otra persona que lleve a ésta a ejecutar, omitir o tolerar una acción que importe una disposición patrimonial con perjuicio para ella o un tercero.

Como se advierte, ambas propuestas incorporan el ánimo de lucro como elemento típico, planteamiento que, frente al texto vigente, es desestimado en general

por la doctrina nacional, cuyo planteamiento es que sería necesaria una mención legal explícita.

Si bien puede existir un concepto de estafa bastante compartido en la doctrina penal moderna a partir del S. XX, con elementos que se aceptan sin grandes discusiones, cabe señalar que a nivel legislativo, es la ley francesa de 1791, inspiradora más tarde del tipo de estafa contemplado en el Código Penal de 1810, el hito que marca la separación de la estafa como delito contra el patrimonio, de las falsedades atentatorias de la fe pública. En el art 405 de ese Código ya tenemos una definición general de la moderna estafa –*l'escroquerie*–, se pone el énfasis en las maniobras fraudulentas como caracterización del engaño, aparece el acto de disposición como elemento típico esencial y se exige el perjuicio en la totalidad o parte de la fortuna de otro.

Este art. 405 proporcionó el concepto general que sirvió de base a las legislaciones del S. XIX, entre ellas, la española, que a través del Código de 1848-1850 sirvió de principal modelo a la nuestra. El art. 439 de este texto contenía un concepto centrado en una enumeración casuística de hipótesis de engaño, prácticamente idéntico a nuestro actual 468. En España la superación legislativa de la casuística se vino a dar con el Código Penal de 1995, cuyo art. 248, cimentado en la reforma de 1983, dispone que cometen estafa los que con ánimo de lucrarse utilizaren engaño bastante para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición propio o ajeno.

### III. LAS DEFRAUDACIONES EN GENERAL;

#### LA ESTAFA EN PARTICULAR, Y SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Si bien los elementos estructurales de la estafa son muy conocidos y han sido suficientemente explicados en doctrina y adoptados por la jurisprudencia, es lo cierto que en la *praxis* se dice –y con razón– que la estafa en Chile es un delito esencialmente complejo, tanto por motivos dogmáticos como por la técnica de tipificación escogida por el legislador. Se le objeta a éste el utilizar un método ejemplificativo en vez de utilizar una definición general, también que no es fácil delimitar el ámbito de aplicación de la hipótesis genérica –468– y la residual –473–, ambas utilizan el concepto engaño y requieren el perjuicio como resultado.

El delito de estafa ha sufrido una dinámica expansiva que ha ido extendiendo progresivamente su esfera de acción. Es bastante frecuente que se utilice una querrela por estafa como instrumento para obtener el cumplimiento de obligaciones y contratos, disfrazando de fraude penal lo que no pasa de ser un mero incumplimiento civil. Como señala González Rus<sup>6</sup>, se hace preciso recuperar el

---

<sup>6</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Las defraudaciones. La estafa. En COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), Derecho penal español, Parte especial (Madrid, 2005).

sentido propio de la estafa, que no puede ser el de sancionar penalmente cualquier abuso de la credulidad ajena, extendiendo los términos de la intervención penal más allá de lo que permite el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho Penal.

El esquema de los elementos de la estafa implica un cierto orden causal de los mismos, una cierta cronología, como señala Hernández<sup>7</sup>, el engaño debe preceder y producir un error en el sujeto pasivo, el que a consecuencia directa de ese error al que lo indujo la simulación o disimulación desplegada por el agente efectúa una disposición patrimonial que le perjudica patrimonialmente. Es decir, lo que configura la estafa es el conjunto de esos elementos concatenados en determinada forma. Atendida esa concatenación, esa relación causal, el primer elemento a determinar es el engaño, su ausencia impedirá la tipicidad, por mucho que hayan existido perjuicios o surja evidente la mala fe del inculpaado.

### a) *El engaño*

El engaño es el elemento más característico de la estafa y el que ha recibido mayor atención de la doctrina en general, también de la nuestra.

Clásica es la definición de Antón Oneca<sup>8</sup>: “la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”.

El engaño está referido a la conducta del sujeto activo y es de índole objetiva, en tanto que el error, su consecuencia causal hace referencia al sujeto pasivo y es de índole subjetiva. No existe delito de estafa cuando el error no procede del engaño del autor, sino de la ignorancia o de las creencias previas del sujeto pasivo.

El engaño debe tener como destinataria a otra persona, que bien puede ser un individuo determinado, o una masa indeterminada de personas, como sucede en los fraudes colectivos. Ahora bien, el sujeto que yerra por haber sido engañado, no tiene por qué ser el mismo que experimente el perjuicio, ejemplo clásico: se engaña al cajero y se defrauda y perjudica al banco.

Los esfuerzos conceptualizadores de este elemento, tanto en doctrina como jurisprudencia han sido muy intensos y no siempre han llevado a resultados satisfactorios. En España, en que el texto emplea el concepto de engaño bastante, se ha dicho que este término es tan inmensamente rico en acepciones que no puede dejar de ser para el intérprete más que un punto de partida. La relativización del significado de la conducta en el delito de estafa es, pues, evidente, apunta Valle

---

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Aproximación a la problemática de la estafa, en AA.VV., *Problemas actuales de Derecho Penal*, (2003), Universidad Católica de Temuco.

<sup>8</sup> ANTÓN ONECA, José, Voz “Estafa”, en MASCAREÑAS, Calos-E. (dir.), *Nueva Enciclopedia jurídica*, Tomo IX (Barcelona, 1958).

Muñiz<sup>9</sup>. La delimitación reviste sin duda importancia, no sólo por razones de técnica, sino porque los perjuicios ocasionados por engaños que no son bastantes deberán relegarse al campo civil.

El Tribunal Supremo ha aceptado en algunos casos al engaño como falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, pero también lo ha definido como maquinación multiforme y, reconociendo de manera expresa, la inconcreción y relativización del concepto, ha dicho que este delito es una infracción proteica –que cambia de forma– cambiante o poliforme, que se presenta de modo no uniforme, sino variado hasta el infinito (STS 29.04.1982).

Hemos citado anteriormente el art. 159 del Anteproyecto de Código Penal de 2005, que utiliza precisamente los términos engaño suficiente; suficiente significa, según el Diccionario de la Lengua Española, bastante para lo que se necesita, apto o idóneo.

En lo que concierne al texto vigente, heredado, como sabemos, del viejo Código Penal hispánico, la esencialidad del engaño dentro de la estructura del tipo penal guarda directa relación con su relevancia práctica, ya que en una mayoría abrumadora de casos es en este nivel donde se sitúa el filtro por el cual deben pasar los supuestos de hecho para determinar la existencia o inexistencia de estafa. Compartimos esta perspectiva, además del español, con el derecho francés y el italiano.

En otros sistemas penales, como por ejemplo el alemán, el control está radicado en el ámbito del perjuicio patrimonial.

Frente al código que no define la estafa ni sus elementos, la doctrina chilena se ha encargado de postular un concepto y un esquema de sus componentes, habiendo abrazado hace mucho tiempo, en lo referente al engaño, la tesis del despliegue de falsas apariencias, de un ardid o maquinación engañosa, que puede coincidir o no con la *mise en scene*, el montaje del escenario de los franceses.

Es clásica la explicación de Etcheberry<sup>10</sup> –que domina el pensamiento penal en Chile sobre la materia– del concepto de engaño, que supone la simulación como elemento esencial, puede descomponerse en dos momentos: la actividad del agente –simulación– y su efecto, el error ajeno. En ausencia de mayores exigencias legales, resulta satisfactorio el concepto de simulación: toda acción u omisión capaz de crear en otra persona una falsa representación de la realidad. De este modo, la expresión comprende tanto el hacer aparecer como real un hecho que no lo es, como el aparecer como inexistente un hecho real, simulación y disimulación.

Como en toda maniobra engañosa va envuelta una afirmación mendaz, una falta a la verdad, la simple mentira por sí sola no es suficiente para constituir la simulación que integra como elemento el fraude por engaño. Debe tratarse de una

<sup>9</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel: El delito de estafa, ob. cit.

<sup>10</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal, Parte especial, Tomo III (Santiago, 1998).

mentira circunstanciada, inserta en el despliegue externo de medios engañosos. Circunstancias excepcionales que le otorguen verosimilitud deben acompañar a la afirmación mentirosa.

Si se caracteriza el error como falsa representación de la realidad, es decir, formarse un juicio propio sobre la realidad fáctica que se le presenta al sujeto pasivo, en el caso de una mera afirmación mendaz el destinatario de ella simplemente hace fe de la aseveración de otro, no se forma su propio juicio, no se representa nada, sólo acepta como verdadero lo que se le dice. Como la posibilidad de la mentira está siempre presente, quien se limitó a creer la afirmación ajena no puede decirse engañado, ya que la posibilidad de falsedad de lo afirmado debió haber sido representada.

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 corresponde en verdad a ella. Como apunta Soler, hay que distinguir el que simplemente creyó —es un crédulo, negligente— del que fue engañado, víctima de fraude.

Garrido Montt<sup>11</sup> coincide en lo fundamental con esta tesis, argumentando, después de hacer suya la definición de Antón Oneca, que el 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. Reconociendo que el tema de si la mentira considerada como simple afirmación verbal artificiosa es suficiente para constituir el engaño, es una cuestión muy debatida, señala que la credulidad, más que ingenuidad, es ausencia de acuciosidad. La mentira, según la doctrina mayoritaria, carece de idoneidad para calificarla como engaño. El ardid debe tener aptitud, idoneidad para inducir a incurrir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales.

El argumento de que el derecho no ampara a los necios ni a los negligentes —a los que ni siquiera protege el Derecho Privado— se ve recogido por Fuenzalida<sup>12</sup>, en sus Concordancias y Comentarios del Código Penal chileno —1883— “La primera y más importante condición que domina en todas las estafas es que los medios empleados sean suficientes para engañar al hombre que pone en sus negocios i en sus cosas siquiera la mediana diligencia que le permita su discernimiento, es decir, su inteligencia, su instrucción y su experiencia de su vida. La ley no puede

---

<sup>11</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV (Santiago, 2002).

<sup>12</sup> FUENZALIDA, Alejandro, Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno (Lima, 1883).

ni tiene para que penar los engaños que, con una mediana diligencia, han podido y debido prevenirse. Si los hombres son engañados por abandono de sus cosas o por improvisaciones temerarias, la ley debe dejar que sufran sus consecuencias, para inducirlos a que obren con la diligencia que de ellos dependa”. Después de poner ciertos ejemplos, concluye que, en resumen, la ley no ampara a los necios ni a los supinamente descuidados.

Tengamos presente que el legislador español exigió, a partir de 1983, abandonando el criterio del Código Penal de 1848, basado en la casuística, que el engaño debe ser bastante y el Anteproyecto chileno de 2005 requiere que sea suficiente, bastante y suficiente para hacer caer en error al sujeto pasivo, a lo que se opone la admisión de la simple afirmación mendaz como representativa de engaño.

Los profesores Etcheberry<sup>13</sup> y Garrido<sup>14</sup> invocan, para desestimar una simple mentira desprovista de circunstancias externas engañosas, las normas de la legislación civil y comercial, que obligan a los contratantes, en general, a emplear cierto mínimo cuidado en sus negocios y relaciones jurídicas, cierto celo en sus contrataciones, para poder recibir la tutela del ordenamiento civil, la que se deniega a los contratantes desaprensivos y negligentes.

Esta tesis invoca, además, los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, principios capitales cardinales, entre los cuales descollan, en este caso, los de intervención mínima y *ultima ratio*. Resultaría absolutamente contradictorio otorgar la tutela penal —la más rigurosa del sistema normativo— a conductas que ni siquiera motivan al legislador civil a poner en movimiento su maquinaria sancionatoria.

Bullemore y MacKinnon<sup>15</sup> definen la estafa como aquel fraude en el que el engaño ha consistido en un ardid expresamente descrito y penado por la ley. Están de acuerdo con Etcheberry cuando afirma que una simple mentira no basta para constituir una simulación típica, dado que no existe una obligación genérica de decir la verdad que ligue jurídicamente a los particulares en el manejo de sus negocios.

A mi entender, las propias expresiones del art. 468 —atribuirse poder, influencia o créditos supuestos, aparentar bienes o negociación imaginarios—, no dejan margen de duda a la exigencia de algo más, “bastante” o “suficiente”, para inducir a error que la mera falta a la verdad.

Ya Carrara<sup>16</sup> exponía que para haber estafa se requiere algo material, una especie de aparato escénico. Señalaba también que debe distinguirse entre mentira y

---

<sup>13</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal, Parte especial, ob. cit.

<sup>14</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal. Parte Especial, ob. cit.

<sup>15</sup> BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John, Curso de Derecho penal, Tomo III (Santiago, 2005).

<sup>16</sup> CARRARA, Francesco, Programa de Derecho criminal, Parte especial, Vol. VI [traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero], (Bogotá, 1987).

artificio; la mentira, en su opinión, no es delito, porque nadie debe creer fácilmente en las palabras ajenas, el artificio, en cambio, sí lo sería.

Antón Oneca<sup>17</sup> afirma que lo que la ley proscribiera es una maquinación, es decir, una *mise en scene* cuyo objetivo sea dar crédito a la mentira.

Bustos Ramírez<sup>18</sup>, al referirse al engaño, expresa que éste supone un ardid, una determinada maquinación o simulación por parte del sujeto, el que tiene que tener la aptitud suficiente para inducir a error a otro. Es lo que se llama una puesta en escena, *mise en scene*, que implica requerir algo más que una simple mentira.

Bajo Fernández<sup>19</sup> expresa que la exigencia de que el engaño sea bastante para inducir a error, como entendió siempre la doctrina y jurisprudencia, y a la vez inductor del acto de disposición patrimonial, pone de relieve la necesidad de que la simple mentira vaya acompañada de una maquinación o maniobra fraudulenta que reúna estas características.

González Rus<sup>20</sup> expresa que, por regla general, no será suficiente la simple mentira, porque ello equivaldría a criminalizar por estafa todas las promesas incumplidas. Sólo cuando vaya acompañada de una maquinación o de una maniobra capaz de provocar el error, la llamada acción concluyente del derecho alemán, o la *mise en scene* del derecho francés tendrá virtualidad para integrar el engaño típico.

Puede afirmarse que la estafa es un delito constructivo donde las palabras artificiosas, carentes de todo hecho exterior, no forman engaño.

La Corte Suprema ha dictaminado que el engaño no puede consistir en una simple mentira, sino en una farsa inserta en un despliegue engañoso externo, requisitos que regirían para todas las hipótesis de estafa, entre ellas, las contempladas en los arts. 468 y 473 del Código Penal, 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 scene*.

En nuestro ámbito jurídico-penal sostienen, en obras muy conocidas, una posición contraria los profesores Mera<sup>21</sup> y Hernández<sup>22</sup>, quienes aceptan que la simple mentira puede configurar el elemento engaño. Politoff, Matus y Ramírez<sup>23</sup>

<sup>17</sup> ANTÓN ONECA, José: voz “Estafa”, ob. cit.

<sup>18</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho penal, parte especial (Barcelona, 1991).

<sup>19</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Los delitos de estafa en el Código penal (Madrid, 2004).

<sup>20</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Las defraudaciones. La estafa, ob. cit.

<sup>21</sup> MERA FIGUEROA, Jorge, Fraude civil y penal: el delito de entrega fraudulenta (Santiago, 2001).

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Aproximación a la problemática de la estafa, ob. cit.

<sup>23</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial, ob. cit.

arguyen que no podemos excluir como engaño suficiente una simple mentira o afirmación mendaz, si en el caso concreto ésta era apta para inducir a error a la persona a quien se dirige el mensaje que contiene dicha mentira. Las palabras de un médico, de un sacerdote, etc., son buenos ejemplos de lo anterior. Por lo demás, nuestra ley no exige expresamente la puesta en escena que requieren los defensores de la tesis dominante. Agregan que el argumento de que el derecho no protege a los necios o a los negligentes no puede admitirse para castigar con la indefensión al que actúa de buena fe y por su buena fe, al creer en las palabras de otro, resulta estafado.

Álvaro Fernández<sup>24</sup>, en su artículo “Engaño y víctima en la estafa”, citado en la bibliografía sugerida, argumenta que resulta inexplicable la fuerza con que se ha mantenido entre nosotros la teoría de la *mise en scene*, superada en el derecho comparado hace décadas. Al centrar el engaño en el despliegue de maniobras externas se cae en un excesivo formalismo y se excluyen situaciones como la mentira que pueda desplegar una persona constituida en dignidad, o de reconocida experiencia en la materia o con respecto de la cual la víctima tenga estrechos lazos de confianza o amistad.

En cuanto concierne a la jurisprudencia nacional, una revisión de la misma pone de manifiesto que los tribunales adhieren a la teoría del despliegue externo de falsas apariencias, señalando, p. ej., que el fraude penal no se satisface con la simple mentira o desfachatez, sino únicamente con un despliegue de apariencias falsas o ardid. También se ha dicho que es elemento esencial del tipo en los fraudes por engaño, al que pertenece el delito de estafa, la existencia de una maquinación engañosa dirigida a inducir al sujeto pasivo a efectuar una prestación económica en su perjuicio. Que el elemento básico o sustancial a la estafa es la existencia de un engaño, ardid o maquinación, el que debe ser bastante o suficiente para producir un error esencial en la víctima. Entender que la simple mentira integra de modo general la simulación para configurar la estafa, significaría extender desmesuradamente el campo del fraude penal —prácticamente no quedarían fraudes civiles— e invitar a la negligencia de los contratantes, que no necesitarían preocuparse de verificar las condiciones de sus negocios, sabiendo que en caso de haber mentido la contraparte gozarían de la máxima protección legal —la pena.

En la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, en la *Gaceta Jurídica* y en la *Revista de Ciencias Penales* se pueden encontrar numerosas sentencias sobre el particular, emanadas de distintos tribunales de la República. Los autores que se han ocupado del tema también suelen hacer mención en sus obras de dictámenes judiciales, que pueden ser allí consultados. Entre los títulos más destacados, el “Derecho Penal en

---

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, “Engaño y víctima en la estafa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I (2005).

la jurisprudencia” de Etcheberry<sup>25</sup>, “Las estafas”, de Silva<sup>26</sup>, “Fraude civil y fraude penal”, de Mera<sup>27</sup>, “El engaño y el error en la estafa, doctrina y jurisprudencia penal”, Universidad de los Andes, “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema”, de Mera y Castro<sup>28</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, limitada en su interpretación por el adjetivo bastante que caracteriza al engaño, ha sido algo errática y poco clara, según apuntan sus comentaristas.

Por una parte, unas sentencias reclaman que el engaño debe tener una cierta gravedad objetiva y exigen una cierta diligencia por parte del sujeto pasivo, de manera que no hay estafa si el perjuicio se causa por la credulidad y extraordinaria inocencia de la víctima o su falta de cuidado y diligencia. Pero un número apreciable de fallos consideran que no es obstáculo para apreciar la estafa la pretendida o real excesiva credulidad del sujeto pasivo y su no adopción de precauciones para cerciorarse de la existencia del negocio.

En el ámbito legislativo latinoamericano pueden citarse, a título ilustrativo, los códigos penales de Uruguay, Ecuador y Perú: el primero de ellos define la estafa como el empleo de estratagemas o engaños artificiosos; el segundo castiga al que para obtener un beneficio patrimonial, para sí o un tercero, simula hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, y el tercero habla de inducir o mantener en error al agraviado, mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta.

Ahora bien, con respecto al ardid o astuto despliegue de medios engañosos, se ha dicho que no es indispensable un muy sofisticado montaje del escenario, una aparatosidad complicada. Al respecto se argumenta que un ardid puede ser mínimo, pero siempre se requiere una apariencia falsa, un hecho externo. Es el caso del pasajero del tren que no ha pagado su pasaje y al serle requerido por el inspector lo engaña exhibiendo un boleto falso o ya utilizado, haciéndolo creer que efectivamente pagó. El despliegue externo de medios engañosos es sin duda muy modesto, muy ínfimo, pero es suficiente o bastante para constituir el ardid y catalogar el hecho como estafa.

El Código Penal chileno habla en el párrafo 8° del Título IX, de estafas y otros engaños, nomenclatura de la cual se desprende que la estafa es un engaño y que hay engaños que no constituyen estafa, esta es una clase especial de engaño punible. Apoyándose en las expresiones del texto legal –cualquier otro engaño semejante– (468) y cualquier otro engaño que no se halle expresado en los arts.

---

<sup>25</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo III (Santiago, 2002).

<sup>26</sup> SILVA SILVA, Hernán, *Las estafas* (Santiago, 2005).

<sup>27</sup> MERA FIGUEROA, Jorge, *Fraude civil y penal: el delito de entrega fraudulenta*, ob. cit.

<sup>28</sup> MERA, Jorge y CASTRO, Álvaro, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema* (Santiago, 2007).

anteriores –473– la opinión dominante sostiene que los casos de engaño expresamente descritos y los semejantes a los del art. 468 constituyen estafa y los demás, que no encuadran en la denominación ni son semejantes a los del art. 468, dan lugar a “los otros engaños”, de que habla el art. 473.

En el caso del art. 468, las expresiones –usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios– revelan que aquí el engaño debe estar constituido por un ardid o maquinación, por un astuto despliegue de medios engañosos, lo que corresponde a la teoría de la *mise en scene* que, como hemos advertido, no tiene por qué identificarse con un montaje extremadamente complejo o sofisticado.

Entonces, como señala Etcheberry<sup>29</sup>, son estafas aquellos fraudes en que el engaño ha consistido en un ardid o *mise en scene*, algunos de los cuales han sido expresamente descritos y penados por la ley. Los otros engaños corresponden a los fraudes en los que la maniobra engañosa no está constituida por un ardid, sino por una simulación de menor entidad, tesis esta que, en general, ha sido acogida por la jurisprudencia de los tribunales superiores.

Así, la Corte Suprema ha resuelto que en la modalidad de fraude sancionada en el art. 473 del Código Penal, el engaño cometido no reviste las características del ardid requerido por el art. 468 de ese cuerpo legal, sino que al revestir una entidad menor, configura uno de los otros engaños a que se refiere la primera de las normas citadas.

En este sentido, Bullemore y MacKinnon<sup>30</sup> nos dicen que las hipótesis del art. 473 no requieren la existencia de un ardid o maquinación, que no exista ésta no significa que baste para configurar el engaño la simple mentira, la verdad es que se requiere una situación intermedia entre la simple mentira y el ardid, lo que estaría dado por el aprovechamiento, activo o pasivo, de circunstancias externas preexistentes que corroboren la mentira.

Entre nosotros hay autores que, frente a la opinión dominante, sostienen que se ha dado al engaño un protagonismo exagerado y desmedido y defienden una delimitación necesaria del engaño típico en sede de imputación objetiva, contrariando el rechazo *a priori* de un engaño a efectos del delito de estafa cuando no hay una puesta en escena, p. ej., Balmaceda<sup>31</sup>, quien examina el delito desde una perspectiva de imputación objetiva y concibe al engaño como aquella conducta –cualquiera– que pueda crear un riesgo típicamente relevante, para cuya idoneidad objetiva bastaría

<sup>29</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, El Derecho penal en la jurisprudencia, ob. cit.

<sup>30</sup> BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John, Curso de Derecho penal, ob. cit.

<sup>31</sup> BALMACEDA HOYOS, Gustavo, El “engaño” en el delito de estafa, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1 (2010), pp. 3-28.

con que el mismo genere un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición por error que desemboque en un perjuicio patrimonial. Como puede advertirse, esta concepción implica transformar totalmente la estructura típica de la estafa y choca, a mi juicio, con la regulación de nuestro Código Penal.

Parece conveniente resumir los pareceres que han dominado en la doctrina y jurisprudencia durante largo tiempo, en cuanto a los elementos integrantes de la estafa, representativa de los fraudes por engaño:

Son requisitos típicos, a saber, el engaño, un error en el sujeto pasivo, un acto de disposición patrimonial 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 del agente, desde que no existe un deber jurídico de decir 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 del engaño del agente, 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 difícil la posibilidad de salir del error.

La disposición patrimonial es toda acción u omisión por medio de la cual el ofendido provoca una disminución de su peculio.

El perjuicio consiste en una disminución, real o potencial, del patrimonio del sujeto pasivo.

La relación de causalidad significa que el menoscabo patrimonial que sufre la víctima es consecuencia directa y necesaria de la disposición patrimonial que efectuó, en virtud del previo error generado por el engaño.

### *b) El error*

Aun cuando la tipificación casuística del delito de estafa en el Código Penal alude únicamente al engaño y al perjuicio, desde hace muchos años nuestra doctrina viene exigiendo el error del sujeto pasivo como elemento estructural del tipo, entendiéndose que el destinatario del ardid o maniobra engañosa debe caer en error a consecuencia de aquélla y efectuar, por el error de que padece, una disposición patrimonial que al final lo perjudica.

Entonces, el requerimiento del error como consecuencia causal del despliegue externo de falsas apariencias, está, en general, fuera de discusión. El rol central de este elemento es destacado también por la jurisprudencia. Así, la Corte Suprema ha dicho que tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen unánimemente que para la configuración de la estafa descrita por el art. 468 son elementos indispensables la existencia de un engaño que causa en la víctima un error, a consecuencias del cual esta última efectúa una disposición patrimonial, la que, a su vez, le provoca un perjuicio económico.

Como acota Valle Muñiz<sup>32</sup>, no supone especiales dificultades el comprender la importancia del error como elemento del tipo penal de estafa. Piénsese que el perjuicio patrimonial debe ser resultado de un acto de disposición del sujeto engañado, no se trata aquí de sustraer ni de apropiarse directamente, sino de provocar la colaboración del sujeto pasivo, de tal forma que éste realice una disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

El error reviste una importancia crucial para la afirmación de la relevancia penal del engaño y, a su vez, la disposición patrimonial injusta sólo será penalmente relevante como estafa si encuentra fundamento y causa en un error ilícitamente provocado. Es preciso, por tanto, no perder de vista la importancia del error en cuanto sustrato psicológico de la disposición perjudicial motivada por el falso juicio acerca de la realidad, determinado, a su vez, por el engaño. No sólo es importante tener en cuenta el doble posicionamiento típico que ocupa el error, sino que es necesario afirmar la interdependencia de ambas perspectivas.

El papel que juega el error dentro del tipo de estafa es doble. De una parte, no sólo debe ser consecuencia de un engaño, sino que la caracterización típica de éste va a depender de su capacidad para producir error-engaño bastante o suficiente. Además, el error debe motivar la disposición patrimonial perjudicial. Como afirma Cramer<sup>33</sup>, este error tiene que corresponder al acto engañoso, porque si no, no se le podría atribuir y además tiene que influir sobre el motivo de la disposición, porque si no, carecería de causalidad.

En cuanto al contenido del error, prima la concepción conforme a la cual el error es una falsa representación de la realidad en que incurre el sujeto pasivo, esto es, juega una concepción marcadamente subjetiva, que obliga a considerar las circunstancias personales del sujeto engañado.

Durante largo tiempo, a pesar de la relevancia conceptual y práctica del asunto, la literatura penal chilena no le había asignado mayor importancia al elemento error, dando por entendido que él debía concurrir como un efecto causal de la simulación y una causa determinante de la disposición patrimonial.

Sin embargo, en fecha reciente han surgido voces que coinciden en la necesidad de revisión de este elemento y su rol, y otras que incluso sugieren, con mayor o menor énfasis, la posibilidad de prescindir de la exigencia del error.

Las recientes posturas críticas están representadas, fundamentalmente, por las observaciones de los profesores Piña<sup>34</sup>, en relación al fraude de seguros, y Balma-

<sup>32</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel: El delito de estafa, ob. cit.

<sup>33</sup> CRAMER, Peter, Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht, en: *JuS* (1966): pp. 472-477; CRAMER, Peter: §263, en SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; et al., *Strafgesetzbuch Kommentar* (München, 1984) pp. 1585-1633.

<sup>34</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa (Santiago, 2006).

ceda<sup>35</sup>, a partir de la estafa informática, figura esta última que, en todo caso, no está contemplada en la ley N° 19.223. La revisión de estas tesis la puede efectuar cada cual mediante el examen de la bibliografía disponible y, sin perjuicio de que puedan representar interesantes puntos de vista, no alteran la mejor doctrina, según la cual, prescindir del elemento error significa en buena medida hacer abandono de todo lo que es característico de la estafa. Como apunta correctamente Hernández<sup>36</sup>, el elemento error es lo único que justifica que por qué es el autor el que debe responder por un hecho voluntario, que, en principio, sólo es de incumbencia y responsabilidad de quien lo realiza, el sujeto pasivo.

De prescindirse del elemento error, llegaríamos al extremo de aceptar un delito consumado de estafa cuando mediante un engaño suficiente se obtiene una disposición patrimonial perjudicial, aun cuando el disponente haya sido plenamente consciente del verdadero sentido de dicha disposición, consecuencia que es rechazada por todos, ya que no se aprecian razones sólidas para dispensar amparo penal a quien dispone de su peculio bajo esas circunstancias.

El Tribunal Supremo español ha resuelto que no habrá estafa en los casos de falsa mendicidad o engañosas situaciones de necesidad, por falta de error en el sujeto pasivo, si el acto de disposición se realiza con conciencia de la falsedad de la situación. Sí la habría en los casos en que las circunstancias fraudulentamente creadas son la causa del error. Si el sujeto entrega el dinero por pura liberalidad, conociendo las dificultades del beneficiario, que luego no puede devolverlo, no hay estafa (STS, 7.06.1988).

En la medida en que para los efectos de la estafa el error se concibe en general como un fenómeno psicológico, es decir, como una reacción de una persona natural, surgen dificultades a la hora de postular la posibilidad de error en una persona jurídica engañada, que en el derecho francés, por ejemplo, no ofrece ninguna dificultad. Entre nosotros, sin perjuicio de algunas opiniones discrepantes, prevalece sin mayor objeción una concepción psicológica del error.

La principal fuente de discusión en la época actual gira en torno a la opinión mayoritaria que requiere, para subsumir en el tipo de estafa, una persona natural engañada, toda vez que la realidad económica se integra con la automatización de procesos de trabajo apoyados por computadores y conceptualmente las máquinas no pueden ser engañadas en el sentido de la estafa tradicional, salvo que en algunos casos se pueda echar mano al error de las personas naturales que cumplen funciones de control y vigilancia de los procesos informáticos. Esta situación ha

---

<sup>35</sup> BALMACEDA HOYOS, Gustavo, El delito de estafa informática (Santiago, 2009).

<sup>36</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, 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, N° 1 (2010), pp. 9-41.

llevado a que en el derecho comparado se hayan introducido tipos especiales de fraude informático, como p. ej., en Alemania y Portugal.

El Anteproyecto de Código Penal, redactado por la comisión designada por la Presidenta de la República, contempla dentro del apartado de los delitos contra el patrimonio el delito de fraude informático, que lo comete quien, con el propósito de obtener un provecho patrimonial para sí o para un tercero, irrogare perjuicio patrimonial a otra persona:

1. Manipulando los datos contenidos en el sistema informático o el resultado del procesamiento informático de datos a través de una intromisión no autorizada en la operación de éste.

2. Utilizando indebidamente una o más claves confidenciales que habilitaren al titular a acceder a un sistema informático o a operarlo, o

3. Haciendo uso no autorizado de los datos codificados en una tarjeta de crédito o débito que la identifican y habilitan como medio de pago.

#### *c) La disposición patrimonial*

Es un elemento que no ofrece mayores dificultades de interpretación ni genera, por tanto, mayores controversias, al menos, en nuestro medio.

Tampoco el perjuicio evaluable económicamente.

#### *d) El ánimo de lucro*

Este elemento, no previsto expresamente en nuestro Código, ha sido objeto de mucha atención en la doctrina, sobre todo extranjera, dominada, en muchos casos, por las respectivas normas legales existentes. Así, las legislaciones de Alemania, España e Italia exigen el ánimo de lucro como ingrediente del fraude por engaño.

Los comentaristas españoles señalan que por imperativo del principio de legalidad el autor no sólo debe conocer y querer la realización de un perjuicio patrimonial ajeno mediante el despliegue de una conducta engañosa –dolo directo–, sino que es preciso que todo ello lo acometa con ánimo de lucro. La finalidad de lucro se configura como un resultado que el agente debe tener presente en la realización típica, pero que no precisa alcanzar. Se trata de un elemento subjetivo del tipo, siempre presente en los delitos de intención.

La posición dominante entre nosotros, representada por Etcheberry<sup>37</sup>, Garrido Montt<sup>38</sup>, Politoff, Matus y Ramírez<sup>39</sup>, no requiere tal ánimo especial, que sí es exigido expresamente en el art. 432 para los delitos de hurto y robo.

<sup>37</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal, Parte especial, ob. cit.

<sup>38</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal. Parte Especial, ob. cit.

<sup>39</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial, ob. cit.

Algunos autores, como Hernández<sup>40</sup> y Balmaceda<sup>41</sup>, son partidarios de requerir dicho ánimo, teniendo en cuenta que la estafa no es simplemente un delito de daño del patrimonio ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de dicho peculio y, por ende, aun cuando no es requisito que el agente obtenga efectivamente el enriquecimiento, debería exigirse que actúe movido por ese propósito. Al situar a la estafa entre los delitos de apropiación por medios inmateriales, como hace Etcheberry<sup>42</sup>, o entre los delitos de enriquecimiento por defraudación, como Politoff, Matus y Ramírez<sup>43</sup>, resulta lógico requerir que el ánimo de lucro presida esta infracción, como se hace en el hurto. También Silva, en su libro “Las estafas”, incluye como elemento integrante de la estafa y en general, de los fraudes y defraudaciones, el ánimo de lucro, señalando que la acción final del delincuente en este tipo de delitos contra el patrimonio es, precisamente, obtener un beneficio ilegítimo en su favor, lo que se consigue con el acto de disposición de la víctima.

Alguna jurisprudencia, minoritaria por cierto, ha requerido el ánimo de lucro como ingrediente de la estafa.

Los partidarios de la exigencia de ánimo de enriquecimiento señalan que el silencio de la ley sobre el punto no es un argumento convincente, pues con igual criterio habría que negar el requisito de la disposición patrimonial.

## VI. RELACIONES Y/O DIFERENCIAS ENTRE LA ESTAFA

### Y OTROS TIPOS PENALES PROTECTORES DE BIENES JURÍDICOS DE ÍNDOLE PATRIMONIAL

#### *a) Ubicación sistemática*

La primera hipótesis de relación que se nos plantea, básicamente por un tema de ubicación sistemática de ambos delitos, es con el tipo de apropiación indebida, contemplado en el mismo párrafo 8° del Título IX, bajo el rótulo De las estafas y otros engaños.

Nadie discute que esta figura delictiva no pertenece ni a las estafas ni a los otros engaños, ya que en ella falta precisamente el elemento engaño, la simulación o disimulación encaminada a hacer caer en error al destinatario de esa acción engañosa.

Es opinión absolutamente dominante en nuestra doctrina la de que este delito consiste en un incumplimiento en ciertas circunstancias especiales de determinadas

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Aproximación a la problemática de la estafa, ob. cit.

<sup>41</sup> BALMACEDA HOYOS, Gustavo, El “engaño” en el delito de estafa, ob. cit.

<sup>42</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal, Parte especial, ob. cit.

<sup>43</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial, ob. cit.

obligaciones –entregar o devolver algo de valor pecuniario– emanadas de ciertos títulos precarios –no traslaticios de dominio– legalmente precisados.

A diferencia de la estafa, en que el acto de disposición patrimonial ha sido efectuado por alguien cuya voluntad fue dominada y determinada por el error debido al engaño sufrido, aquí en la apropiación indebida la cosa es recibida por el agente en virtud de un acto voluntario y válido del dueño, que se desprende de ella confiándola al receptor, quien la recibe en cuanto tenedor fiduciario con la obligación de entregarla o devolverla y efectúa actos de disposición no autorizados por el título, perjudicando al sujeto pasivo.

Sin perjuicio de existir abundante jurisprudencia sobre este delito, en la SCS de 25.06.2009 se efectúa un correcto desarrollo de los requisitos esenciales de este tipo penal.

Además de lo señalado cabe agregar, como otra diferencia con la estafa, que este delito puede tener como objeto material tanto una cosa corporal como incorporeal, mueble como inmueble; en cambio, en la apropiación indebida se limita a los objetos corporales muebles ajenos.

Entre nosotros, varios autores encuentran a esta figura delictiva emparentada con el hurto, por la apropiación subyacente y alejada de la estafa, conociéndose en sus orígenes históricos como una especie de hurto impropio.

Lectura obligada es la extraordinaria obra de Politoff, “El delito de apropiación indebida”<sup>44</sup>.

En los últimos tiempos se han presentado al debate doctrinario algunas tesis que postulan la necesidad de tipificar en nuestro Código Penal el delito de administración desleal, el cual no es posible subsumir en los delitos de estafa y de apropiación indebida, p. ej., Hernández Basualto, Héctor, La administración desleal en el Derecho Penal chileno, en *Revista de Derecho*, PUCV (2005)<sup>45</sup>, sostiene que en la conducta de administración desleal no concurre el elemento esencial de la estafa, cual es el engaño, que a través del error debe dar lugar a la disposición patrimonial perjudicial. Es el agente mismo y no un posible tercero engañado el que efectúa la disposición. El que tiene poder de disposición sobre el patrimonio de otro no necesita engañar a nadie para obtener una disposición patrimonial, porque la efectúa él directamente.

En cambio, tratándose de la apropiación indebida, en principio no parece discutible que algunos casos de administración desleal pueden encuadrarse en el art. 470 N° 1 del Código Penal. Apunta Hernández<sup>46</sup> que es la situación de

<sup>44</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, El delito de apropiación indebida (Santiago, 1957).

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La administración desleal en el Derecho Penal chileno, en *Revista de Derecho*, PUCV (2005).

<sup>46</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La administración desleal en el Derecho Penal chileno, ob. cit.

apropiación indebida de dinero la que constituye el aspecto más problemático del tipo y requiere, por ende, un especial examen como hipótesis de administración desleal. Recomiendo leer atentamente su artículo.

El Anteproyecto de Código Penal, preparado por la comisión designada por el actual gobierno, incorpora dentro de los delitos contra el patrimonio el de administración desleal. La apropiación indebida está incluida en el apartado de los delitos contra la propiedad.

La disposición legal propuesta reza: “El que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto jurídico, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente desleal para con el interés del patrimonio afectado”.

Se contempla también una figura de administración desleal en perjuicio del Estado.

En España, alguna doctrina ha lamentado que no exista en el Código Penal una sanción para la administración desleal del patrimonio ajeno. La jurisprudencia, sin embargo, no ha echado en falta esa carencia, porque no ha encontrado dificultad alguna para incluir esa hipótesis en el art. 252, que acogería tanto conductas verdaderamente apropiatorias del bien recibido como comportamientos no apropiatorios que suponen únicamente un uso de lo recibido que causa un perjuicio en el patrimonio que se administra. El precepto vigente castiga a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

El Tribunal Supremo ha dicho que en este artículo se contienen dos tipos distintos de apropiación indebida. El clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

### *b) Fraude al Fisco*

El art. 239 del Código Penal tipifica el delito de fraude al Fisco, cuyo sujeto activo es el funcionario público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades y otras instituciones, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo.

Las referencias legales a una conducta fraudulenta y a la producción de perjuicio, llevan a preguntarse si en este caso han de concurrir o no los mismos elementos

típicos de la estafa, en cuanto fraude por engaño, sobre todo, el elemento del ardid, del despliegue externo de falsas apariencias.

Es opinión dominante en la doctrina la de que en este caso se trata de una especial forma de estafa, en la que el sujeto activo es un empleado público y el sujeto pasivo el Fisco, representado por las instituciones que la ley señala. Tratándose de una hipótesis de estafa o defraudación, exige los elementos engaño y perjuicio propios del fraude por engaño.

En su obra “Delitos contra la función pública”, Rodríguez y Ossandón<sup>47</sup> caracterizan al fraude al Fisco como un delito especial impropio que se corresponde en general con los delitos de estafa y otros engaños, sin coincidir con ninguno en particular dada la forma absolutamente indeterminada de describir la conducta punible. La conducta incriminada consiste en una estafa que se produce desde dentro de la administración. Precisan que tratándose de una forma de estafa o defraudación exige, para su consumación, de alguna clase de engaño por la cual se causa un perjuicio, elementos propios de la estafa como delito común contra la propiedad.

Al referirse al artificio empleado, que en todo caso no necesita ser una acabada *mise en scene*, estos comentaristas señalan que la descripción de la conducta es totalmente abierta, ella puede consistir en utilizar cualquier medio o artificio defraudatorio, cualquier maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar. El ardid debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio.

Todas las características y requisitos expuestos evidencian una directa relación de parentesco con la estafa y sus elementos estructurales.

En concepto de algunos especialistas, este delito puede configurarse con un mero incumplimiento de deberes funcionarios, aunque no exista propiamente engaño, si bien habitualmente habrá al menos una mentira. Así, en un artículo publicado en la *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Urrejola afirma que el incumplimiento de deberes por parte del agente del delito de fraude al Estado es un medio para cometerlo que se basta por sí solo para su perpetración, no siendo menester que concurra el engaño por parte del agente, sin perjuicio de que éste o la simple mentira sean, por su parte, otros medios igualmente aptos para su configuración o que puedan concurrir en el sujeto activo conjuntamente con el incumplimiento de deberes funcionarios. Como el precepto penal no menciona ningún medio específico de comisión, cualquiera dolosamente utilizado sería idóneo para realizar el tipo penal.

La Sala Penal de la Corte Suprema, en *dos sentencias* recientes, ha ratificado la interpretación que identifica este delito con una estafa cometida en perjuicio del Estado, debiendo satisfacerse los elementos del fraude por engaño.

---

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, Delitos contra la función pública (Santiago, 2008).

### 1) SCS 16.04.2015

Todos los elementos que previene el tipo penal se hayan acreditados, esto es, la condición especial del sujeto activo —empleado público—, la conducta ilícita —la operación o contratación—, que ésta esté comprendida dentro de las posibilidades de actuación del sujeto, por razón de su cargo, el engaño, el nexo causal y el perjuicio.

El tipo legal es una figura de estafa en que el autor es un sujeto cualificado, vinculado a la administración pública por deberes de probidad.

En el evento que no fuera agente público el sentenciado, de todas maneras su conducta seguiría siendo delictiva a título de estafa, en conformidad al art. 468 del Código Penal.

### 2) SCS 8.10.2015

Acoge casación y absuelve al acusado. Aun cuando el argumento principal es la no acreditación de una conducta dolosa del acusado, el fallo hace mención de las opiniones de Ossandón y Rodríguez<sup>48</sup>, de que no cabe perder de vista que siempre el medio de comisión es el engaño, descartando las situaciones de negligencia o imprudencia en que puede incurrir el funcionario público, la conducta del imputado en lo que se refiere al elemento engaño, básico para considerar un ánimo de defraudar por tal delito no fue demostrado.

En opinión de algunos autores, como p. ej. Hernández<sup>49</sup> y Matus<sup>50</sup>, el delito de fraude al Fisco no puede ser comprendido como una forma de estafa, ya que este criterio torna imposible entender la significación de la exigencia típica según la cual la defraudación debe ser llevada a cabo por el funcionario que en razón de su cargo interviene en la operación. Ello, porque el fraude al Fisco, si es una estafa, se corresponde con un menoscabo patrimonial provocado desde dentro, desde el interior de la administración, sujeto pasivo y no desde fuera, siendo esto último lo característico de la estafa, en que el estafador condiciona, mediante engaño, una disposición patrimonial para sí o un tercero, por parte de otra persona.

A lo anterior se agrega que la conceptualización del fraude al Fisco como estafa en perjuicio del patrimonio público, obliga a calificarla como estafa triangular, ya que la víctima estaría constituida por una persona jurídica, que no puede ser engañada y entonces el ardid debería recaer sobre otro funcionario público dotado

---

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, Delitos contra la función pública, ob. cit.

<sup>49</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal, en *Revista de Derecho UCh*, XXIII (2010), pp. 201 y ss.

<sup>50</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial, ob. cit.

de poder de disposición de bienes fiscales, lo que resulta difícil de conciliar con el tenor literal del art. 239, desde que en esta figura la posición funcionaria se identifica con la persona del autor en circunstancias de que, tratándose de una estafa, supone una persona natural engañada, esa posición funcionaria también la debería ocupar el destinatario del ardid, que, a su vez y bajo error, debe realizar una disposición patrimonial lesiva a los intereses de un ente público.

El abandono de la tipificación como estafa del fraude al Fisco conduce a la calificación de la conducta como administración desleal del patrimonio público o gestión desleal del patrimonio público. A favor de esta tesis habla –según sus defensores– la circunstancia de que ella hace posible caracterizar al fraude al Fisco como un delito de mero perjuicio patrimonial y no como un delito de enriquecimiento patrimonial, que es como habría que caracterizarlo en caso de entenderlo como estafa, exigencia esta que no tiene respaldo alguno en el art. 239.

El injusto de fraude al Fisco se corresponde con una vulneración de la probidad funcionaria, estándar este de honestidad, que deben cumplir todos los agentes públicos. Existiendo una falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que provoca una lesión patrimonial, no es necesaria la concurrencia de un engaño o ardid, ni tampoco la finalidad de obtener una ventaja patrimonial.

Ahora bien si, en estos casos, un funcionario público se vale de un ardid para defraudar al Estado, ello será una circunstancia accidental, que no borra la maniobra desleal en la administración del patrimonio público y no permite, en caso alguno, asemejar la conducta a una estafa.

Sin duda que es interesante el planteamiento, pero, como ya hemos advertido, la opinión dominante, tanto doctrinaria como jurisprudencial, califica el fraude al Fisco como una defraudación especial mediante engaño perpetrado por un sujeto calificado y requiere, para su configuración, los mismos requisitos de la estafa.

En todo caso, el argumento de que no podría hablarse de estafa porque el ardid debería tener como destinatario a un funcionario público dotado del poder de disposición del patrimonio público y el perjuicio recaería sobre una persona jurídica, distinta del engañado, no resulta en absoluto convincente, ya que, según expusimos en su oportunidad, nadie discute que en las estafas comunes la persona engañada puede ser una y la perjudicada otra.

El anteproyecto de Código Penal de 2015, dentro del Título VI, Delitos contra derechos patrimoniales, contempla en el párrafo 3<sup>ero</sup>, “Delitos contra el patrimonio”, la administración desleal en perjuicio de intereses particulares y en perjuicio de intereses patrimoniales del Estado.

Por último, el fraude al Fisco es una excelente oportunidad para recordar brevemente el tema de la comunicabilidad o incommunicabilidad de la calidad funcionaria a los partícipes que, en realidad y como todos Uds. saben, ya ha sido abordado y resuelto correctamente, a mi juicio, por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que rechazan la aplicación del tipo penal que exige un sujeto activo rela-

cionado funcionariamente al bien jurídico lesionado, a quienes son “*extraneus*”, esto es, carecen del vínculo personal cuyo respeto es exigible sólo al “*intraneus*”.

Debemos hacer notar que en el Anteproyecto de 2005, que tipifica los delitos de malversación y administración desleal de caudales públicos, se establece que sus disposiciones son extensivas al que, sin ser funcionario público, tenga a su cargo caudales, efectos o, en su caso, bienes inmuebles públicos. En estos casos, las penas se impondrán siempre en su grado inferior. Y como el agente no es sujeto calificado, sino un particular, se eluden los problemas actuales de comunicabilidad *vs.* incomunicabilidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, José, Voz “Estafa”, en MASCAREÑAS, Calos-E. (dir.), *Nueva Enciclopedia jurídica*, Tomo IX (Barcelona, 1958).
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Los delitos de estafa en el Código penal (Madrid, 2004).
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, El “engaño” en el delito de estafa, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1 (2010) pp. 3-28.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, El delito de estafa informática (Santiago, 2009).
- BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John, Curso de Derecho penal, Tomo III (Santiago, 2005).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho penal, parte especial (Barcelona, 1991).
- CARRARA, Francesco, Programa de Derecho criminal, Parte especial, Vol. VI [traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero], (Bogotá, 1987).
- CRAMER, Peter, Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht, en: *JuS* (1966): pp. 472-477.
- CRAMER, Peter: §263, en: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; *et al.*, *Strafgesetzbuch Kommentar* (München, 1984), pp. 1585-1633.
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal, Parte especial, Tomo III (Santiago, 1998).
- ETCHEBERRY, Alfredo, El Derecho penal en la jurisprudencia, Tomo III (Santiago, 2002).
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, Engaño y víctima en la estafa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I (2005).
- FUENZALIDA, Alejandro, Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno (Lima, 1883).
- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV (Santiago, 2002).

- GONZÁLEZ RUS, Juan José, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Las defraudaciones. La estafa. En COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho penal español, Parte especial* (Madrid, 2005).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Aproximación a la problemática de la estafa, en AA.VV., *Problemas actuales de Derecho Penal* (2003), Universidad Católica de Temuco.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La administración desleal en el Derecho Penal chileno, en *Revista de Derecho, PUCV* (2005).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal, en *Revista de Derecho UACH*, XXIII (2010), pp. 201 y ss.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, 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, N° 1 (2010), pp. 9-41.
- MERA FIGUEROA, Jorge, Fraude civil y penal: el delito de entrega fraudulenta (Santiago, 2001).
- MERA, Jorge y CASTRO, Álvaro, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema (Santiago, 2007).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, Parte especial (Valencia, 2004).
- PASTOR, Nuria, La determinación del engaño típico en el delito de estafa (Madrid, 2004).
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa (Santiago, 2006).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, El delito de apropiación indebida (Santiago, 1957).
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial (Santiago, 2005).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, Delitos contra la función pública (Santiago, 2008).
- SILVA SILVA, Hernán, Las estafas (Santiago, 2005).
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, El delito de estafa (Barcelona, 1987).