

#### 4. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Estafa residual. I. Elementos del tipo penal de estafa residual. II. Hechos de la causa constituyen un mero incumplimiento contractual. Insuficiencia probatoria para acreditar la existencia por parte del imputado de un dolo penal destinado a defraudar a su mandante.

#### HECHOS

*Juzgado de Letras y Garantía dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de estafa residual. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido y dicta sentencia de reemplazo.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Coyhaique.*

ROL: *180-2020, de 17 de septiembre de 2020.*

PARTES: *Ministerio Público con Pablo Escobar Belmar.*

MINISTROS: *Sr. Pedro Alejandro Castro E., Sr. Sergio Fernando Mora V. y abogado integrante Sr. Fidel Gerardo García G.*

#### DOCTRINA

- I. *En la especie resulta útil tener presente los elementos que componen el tipo penal de estafa residual descrito en el artículo 473 del Código Penal, a saber: a) Un engaño precedente o concurrente, que conforma el verdadero núcleo de la estafa, vale decir, una maquinación fraudulenta con miras a apoderarse del patrimonio ajeno. b) Dicho engaño ha de ser bastante, vale decir, suficiente y proporcional, para la consecución de los fines propuestos, independientemente de su modalidad; además, la gestión del fraude ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes. c) La producción de un error esencial en el sujeto pasivo, quien desconoce la realidad por artificio del agente, lo que provoca la transferencia del patrimonio. d) Un acto de disposición patrimonial que ocasione perjuicio al disponente y la lesión del bien jurídico tutelado; de esta manera, el daño patrimonial experimentado para sí o un tercero será fruto de una acción propia por error de quien dispone, provocado por el engaño del autor del ardid, no*

*siendo una condición necesaria que sea una misma persona el engañado y el perjudicado. e) El ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, constituido por el propósito del agente de obtener una ganancia pecuniaria correlativa a la acción desplegada. Y f) un nexo causal entre el engaño y el perjuicio, siendo este último elemento producto del primero, lo que significa que el dolo del agente tiene que ser anterior o concurrente con la acción del fraude, no siendo punible el dolo subsecuente a la celebración del negocio dubitado (considerando 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- II. *Analizados los hechos materia de estos antecedentes, se colige que son constitutivos de un mero incumplimiento en el marco de una relación contractual, que deriva de la celebración de un contrato de construcción de obra, una cabaña en la especie, no vislumbrando la existencia por parte del imputado de un dolo penal destinado a defraudar a su mandante, al no ser probada su existencia en forma fehaciente, ni en la etapa previa a la celebración del referido contrato ni tampoco durante su ejecución, no habiéndose acreditado fuera de toda duda razonable la existencia de una maquinación fraudulenta o una puesta en escena de quien se obliga a ejecutar la construcción de una cabaña con el objeto de defraudar a quien le encargó ejecutar dicha obra, para provocarle un error y generar una disposición patrimonial, puesto que el contrato, si bien verbal, se pactó de manera regular, conforme a los estándares propios de estos actos, con una persona que contaba con la experiencia y un título profesional para efectuarlo y quien efectivamente dio inicio a la obra. Y, si bien no la ejecutó en la forma y en el plazo acordados, por existir desavenencias entre las partes, estas circunstancias deberán ser probadas en sede civil, proporcionando el ordenamiento jurídico a la ofendida los recursos y otros medios idóneos para la restauración del eventual derecho vulnerado, y respetando de esta forma el principio de mínima intervención y de ultima ratio que inspira el derecho penal. En consecuencia, al tratarse de un incumplimiento civil ajeno al terreno penal y ausente de todo indicio de dolo anterior o concurrente a la fecha de acordar el contrato de autos, como tampoco durante el desarrollo del mismo, es, a juicio de los sentenciadores, que ante estas circunstancias fácticas estamos frente a la ausencia de tipicidad en la conducta desplegada por el imputado conforme a los hechos acreditados por el tribunal (considerando 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/81328/2020*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 473 del Código Penal*

## EL ENGAÑO EN EL DELITO DE ESTAFA RESIDUAL

FELIPE BONZI RÍOS  
*Universidad de Chile*

El Juzgado de Letras y Garantía de Chile Chico dictó una sentencia condenatoria en contra de P.C.E.B. por el delito consumado de estafa contemplado en el artículo 473 del Código Penal. El tribunal de instancia tuvo por establecidos, en lo que resulta aquí pertinente, los siguientes hechos: i) la víctima, A.C.L.T., contrató verbalmente en diciembre de 2018 los servicios de P.C.E.B. para la construcción de una cabaña; ii) entre las partes acordaron el pago total de \$ 8.400.000.- por la construcción de la cabaña, a ser construida en un plazo de tres meses; iii) respecto a la modalidad de pago se estableció una primera entrega, correspondiente a la suma de \$4.400.000.-, entregada al inicio de las labores, y el resto a ser entregado luego del acaecimiento de ciertos hitos establecidos en el contrato; iv) luego de entregar una serie de excusas, P.C.E.B. comenzó, tardíamente y de forma intermitente, a ejecutar las labores de construcción; v) luego del primer pago, se pactó un nuevo pago, adicional a lo pactado, por \$ 1.500.000.-, con la finalidad de incluir en la construcción en desarrollo nuevos elementos ornamentales o adicionales a la construcción, con lo que el monto total pagado a P.C.E.B., a la fecha del juicio, ascendió a la suma de \$5.900.000.-; vi) a la fecha del juicio, P.C.E.B. había ejecutado la construcción de menos del 30% del total de la cabaña. Frente a la sentencia condenatoria, la Defensoría Penal Pública interpuso un recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique invocando el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal y aduciendo que el tribunal de instancia había efectuado una errónea aplicación del Derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Frente a ello, la Corte de Apelaciones de Coyhaique resolvió acoger el recurso, anulando la sentencia y dictando una sentencia de reemplazo. Este comentario versa sobre la primera de ellas, sobre la cual resultan pertinentes las siguientes observaciones:

I.- En primer lugar, la sentencia adolece de un déficit generalizado de justificación formal. En el considerando sexto se encuentra desarrollada la premisa que utiliza la Corte para fundamentar su decisión. Sin perjuicio de que en dicho considerando podemos encontrar el compromiso teórico de la Corte acerca de la dogmática de la estafa, acudir a la doctrina como fuente formal Derecho para fundamentar la sentencia no exime a la Corte de justificar debidamente su decisión. No obstante, eso es lo que hace: no solo hay un déficit de justificación externa, sino también un déficit en la justificación interna del argumento sobre

el cual la propia Corte sustenta su decisión. En ese sentido, la sentencia adopta un modo de argumentar más propio de un contexto de descubrimiento que un contexto de justificación.

II.- En lo fundamental, la Corte resuelve el recurso por considerar que los hechos son constitutivos de un incumplimiento contractual que tendrían relevancia civil, pero no penal. En efecto, en la resolución del recurso afirma que no se configura en la especie un engaño típicamente relevante de cara al delito de estafa contemplado en el art. 473 del Código Penal, y argumenta que el hecho de cuya imputación se trata, esto es, el delito de estafa del mencionado artículo, no le resulta subjetivamente imputable al autor a título de dolo. Sin embargo, es a propósito de ambas categorías dogmáticas –esto es, engaño y dolo– que el razonamiento de la sentencia carece particularmente de suficiente densidad argumentativa. Sobre estos problemas este comentario pretende ocuparse.

III.- Respecto al engaño típicamente relevante a título de estafa, dos son los elementos por considerar: i) la determinación de lo que constituye un engaño típicamente relevante a título de estafa y ii) el hecho sobre el cual puede recaer dicho engaño.

i) En cuanto a lo primero, la sentencia toma posición en la discusión dogmática acerca de si es constitutivo de un engaño típicamente relevante a título de estafa una simple declaración falsa o si se requiere, en cambio, una forma calificada de engaño, esto es, y paradigmáticamente, una puesta en escena o un ardid especial<sup>1</sup>. A este respecto, la Corte sigue a la doctrina que extendidamente se adopta en la jurisprudencia chilena, entendiendo que las distintas figuras delictivas constitutivas de fraude mediante engaño contempladas en nuestro Código Penal requieren algo más que una declaración falsa: también requieren de una puesta en escena o una maquinación fraudulenta<sup>2</sup>. A partir de esta comprensión, la Corte descarta la existencia de un engaño de tales características, pues desde su apreciación de los hechos, no se acreditó más allá de toda duda razonable la existencia de una maquinación fraudulenta o de una puesta en escena de parte del autor. Sin embargo, aun adoptando la tesis rival, según la cual el engaño típicamente relevante a título de estafa basta con que sea constitutivo de una declaración falsa, también resulta posible llegar al mismo resultado. En efecto, en el caso que es objeto del presente comentario, no es posible considerar que al momento de la contratación existió una declaración

---

<sup>1</sup> Véase MAYER LUX, Laura, *Delitos económicos de estafa y otras defraudaciones*, DER Ediciones, (Santiago, 2018), pp. 43-45, y 48.

<sup>2</sup> La doctrina mayoritaria, empero, considera que el engaño propio del art. 473 es menos exigente, por lo que sí bastaría una simple afirmación falsa para que sea constitutiva de engaño.

falsa acerca de la construcción de la casa, toda vez que la casa sí fue, aunque parcial y tardíamente, construida. El hecho de haber incurrido en afirmaciones falsas posteriores (v. gr., las excusas que formuló el autor por haber comenzado tardíamente y haber efectuado de forma intermitente las obras), una vez que se comenzó con la construcción, no tiene, en principio, significación típica, toda vez que el acto de disposición patrimonial ya se encontraba ejecutado.

Pero el déficit de razonamiento de la Corte no está en la demarcación de lo que constituye un engaño típicamente relevante a título de estafa, sino en la cuestión relativa al hecho sobre el cual puede recaer dicho engaño, es decir, al objeto del engaño.

ii) Respecto al hecho sobre el cual puede recaer el engaño u objeto del engaño, parte de la doctrina señala que no hay engaño típico sobre afirmaciones falsas relativas a hechos futuros, sino solo respecto a hechos pasados o presentes<sup>3</sup>. El argumento reside en que, en la medida en que no es posible predicar respecto a ellos la verdad o falsedad de su acaecimiento –por ser, precisamente, hechos aún no acaecidos–, solo pueden constituir el objeto de un engaño con relevancia típica las afirmaciones falsas acerca de hechos que sean presentes o pasados (respecto de los cuales sí resulta posible predicar la falsedad o verdad de su acaecimiento). Así, la declaración del autor –propia de un acto de habla compromisorio– de construir una cabaña en un plazo determinado no puede ser sometida a un examen de veracidad, toda vez que versa sobre un hecho –la futura construcción de la cabaña– no susceptible de ser afirmado o falseado, por lo que no podría constituir el objeto de un engaño típicamente relevante.

En el caso de la regulación alemana –que a este respecto no difiere de la regulación chilena–, y siguiendo a la doctrina mayoritaria, Kindhäuser advierte que los hechos susceptibles de ser objeto de un engaño son “todos los hechos pasados y presentes (eventos, condiciones) que se pueden determinar objetivamente y son accesibles a la evidencia”<sup>4</sup>. Sin embargo, advierte que “la disposición a pagar o la intención de proporcionar la contraprestación, son relevantes si el socio contractual asume obligaciones por adelantado (por ejemplo, hospitalidad, viajes en taxi)”, como lo sería en el caso en comento<sup>5</sup>. En efecto, al tratarse de hechos futuros que constituyen una declaración acerca de la disposición de efectuar una contraprestación contractual, sí pueden contar como un hecho susceptible de un engaño típicamente relevante. En el contexto de la regulación

---

<sup>3</sup> MAYER LUX, ob. cit., p. 58.

<sup>4</sup> KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil*. Tomo II. 8ª edición, (Baden-Baden, 2014), pp. 221-222.

<sup>5</sup> *Ibid.*

chilena, en la misma línea parece situarse Mañalich, quien, a propósito de fallas en la construcción de inmuebles y la eventual configuración de los delitos de entrega fraudulenta contemplados en el art. 467 del Código Penal y las modalidades comunes de estafa de los arts. 468 y 473 del mismo código, sugiere que sí resulta posible reconocer un engaño típicamente relevante a título de estafa en casos en que el hecho a que se refiere sea un hecho futuro constitutivo de una contraprestación contractual<sup>6</sup>.

Así, en esta materia, aunque por distintas razones, la sentencia acierta. No porque no sea posible reconocer la existencia de una puesta en escena o de una maquinación fraudulenta, sino porque no resulta posible tener por configurado un engaño típicamente relevante al momento de la contratación, toda vez que no estamos en presencia de una declaración falsa, ya que en el caso en comento, aunque de forma tardía e incompleta, el autor sí efectuó la contraprestación, con lo que, en tanto contraprestación debida, sí se vio satisfecha (aunque, desde luego, de forma imperfecta)<sup>7</sup>.

IV.- En cuanto al examen de imputación subjetiva<sup>8</sup>, esto es, la constatación de la Corte acerca de la ausencia de dolo, la sentencia formula dos afirmaciones: i) ubica sistemáticamente al dolo como un elemento a considerar en el examen causal del delito de estafa, y ii) afirma que el dolo en la estafa debe ser anterior o concurrente a la ejecución de la misma. En cuanto a lo primero, la apreciación de la Corte resulta inadecuada, toda vez que el examen de la relación causal en los delitos de resultado resulta dogmáticamente diferenciado del examen de las condiciones de cuya verificación depende que el hecho resulte subjetivamente imputable. En cuanto a lo segundo, sin perjuicio de que tiene acogida en parte importante de la doctrina<sup>9</sup>, la afirmación es superflua: entender la exigencia de imputación subjetiva del hecho punible a título de dolo como una exigencia anclada cronológicamente a su eventual acaecimiento, es una comprensión

---

<sup>6</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?”, en *Política Criminal*, vol. 5, N° 10, pp. 343 y ss.

<sup>7</sup> Cuestión aparte es el problema relativo a si el cumplimiento tardío e incompleto puede constituir un perjuicio patrimonial, lo cual depende del concepto de perjuicio patrimonial que se maneje. Al respecto, véase el apartado V.

<sup>8</sup> Lo expuesto es sin perjuicio del problema relativo a considerar si las reglas de imputación penal deben ser comprendidas como una cuestión de hecho o de derecho de cara a la regulación del recurso de nulidad.

<sup>9</sup> Por ejemplo, MAYER LUX, ob. cit., p. 88, para quien el dolo debe poder ser reconocido al momento de la ejecución u omisión del comportamiento constitutivo de engaño, no siendo procedente un dolo subsecuente.

característica de la jurisprudencia y doctrina tradicionales, tanto a propósito del tratamiento de las distintas formas de desarrollo del hecho punible (el así denominado “iter criminis”) como de la estructura típica del delito de estafa. Sin embargo, no hay nada particular acerca de la “cronología” de la eventual satisfacción de las exigencias de dolo que sí resulte pertinente a propósito de la estafa, y no respecto de otras figuras delictivas.

Respecto a esta materia, la sentencia afirma que no resulta posible reconocer que el hecho le resulte subjetivamente imputable, a título de dolo, al autor. Considerando los hechos expuestos en el caso, la decisión de la Corte parece acertada, toda vez que no resulta posible reconocer, en los hechos, la presencia de algún indicador de dolo que permita estimar que un hecho delictivo constitutivo de estafa, al tenor del art. 473 del Código Penal, le resulta subjetivamente imputable al autor a título de dolo.

V.- Por último, aunque la Corte no se pronuncia explícitamente al respecto, resulta posible problematizar si acaso en los hechos del caso se configura un perjuicio patrimonial. Ello depende, fundamentalmente, del concepto de patrimonio que se maneje: i) desde la denominada teoría jurídica del patrimonio o doctrina jurídica del perjuicio patrimonial<sup>10</sup>, y bajo la formulación tradicional que hiciera Binding, en la medida en que sea posible constatar la existencia del engaño típicamente relevante, sí habría perjuicio, dado que el comprador de la cabaña adquirió en la compraventa el derecho a recibir la cosa (la cabaña completamente construida), hay lesión a su patrimonio si se lesiona ese derecho, por lo que todo engaño en un negocio jurídico constituye una lesión patrimonial en este sentido. En cambio, ii) si se adopta la teoría económica del patrimonio o doctrina económica del perjuicio patrimonial, a pesar de distinguir diferenciadamente entre engaño y perjuicio, la existencia de perjuicio –dejando de lado el potencial avalúo de la expectativa del cumplimiento del plazo para la construcción de la cabaña– dependería de la eventual equivalencia del monto pagado y el porcentaje de la obra efectivamente ejecutada.<sup>11</sup> Por último, iii) desde la doctrina de la frustración del fin<sup>12</sup> sí habría perjuicio patrimonial, en la medida en que se pueda reconocer que en este caso se frustró la finalidad de la compradora de obtener una casa –completamente– construida. Pero, para ello, habría que considerar

---

<sup>10</sup> KINDHÄUSER, Urs, “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Sobre los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio en el derecho penal”, en *ADPE* 1 (2011), pp. 53 y 54.

<sup>11</sup> Para la teoría del concepto jurídico económico o mixto del patrimonio, ver MAYER, ob. cit., pp. 30 y ss., la que no se incorpora por tratarse de una adecuación de la teoría económica del patrimonio.

<sup>12</sup> KINDHÄUSER, *Concepto de patrimonio*, ob. cit., pp. 57 y ss., y MAYER, ob. cit., p. 28.

que el plazo pactado para la construcción de la cabaña también era parte de la finalidad de la inversión patrimonial, lo cual, sin embargo, no se desprende inequívocamente de los hechos del caso<sup>13</sup>.

En suma, la decisión de la Corte es acertada. El incumplimiento contractual que es expuesto en el caso constituye un incumplimiento civil que da origen a responsabilidad civil contractual, pero no configura el injusto de la estafa según la regulación contemplada en el art. 473 del Código Penal chileno vigente.

---

<sup>13</sup> El hecho de que el eventual perjuicio no se siga inmediatamente del acto de disposición, en principio, no resulta relevante, toda vez que, como acertadamente señala Mañalich, “[e]n los términos de la dogmática de la estafa (...) suele presentarse como una exigencia de inmediatez entre la disposición y el perjuicio. En rigor, se trata de que el perjuicio tiene que poder ser entendido como una característica de la propia disposición patrimonial (‘perjudicial’). No es que de la disposición haya de seguirse, en el sentido de un condicionamiento causal, un perjuicio patrimonial ulterior; más bien, la disposición misma tiene que resultar perjudicial”, MAÑALICH, ob. cit., p. 344.

#### CORTE DE APELACIONES

Coyhaique, diecisiete de septiembre del año dos mil veinte.

Vistos y oído:

En esta causa Ruc 1900705525-3, RIT O-187-2019, Rol Corte 180-2020, seguida ante el Juzgado de Letras y Garantía de Chile Chico, se dictó sentencia definitiva, con fecha veintisiete de julio del año dos mil veinte, por la cual se condena a Pablo César Escobar Belmar, como autor del delito consumado de estafa residual, previsto y sancionado en el artículo 473 del Código Penal, perpetrado entre los meses de diciembre del año 2018 y julio del año 2019, en la comuna de Chile Chico, en perjuicio de la víctima, doña Andrea Lagos Torres, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, multa de once unidades tributarias mensuales, más la accesoria de suspensión de todo cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

En contra del citado fallo, don Alonso Herrera Karl, defensor penal público, de Chile Chico, abogado, deduce recurso de nulidad, invocando como causal la contemplada en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, fundando el recurso en el artículo 473 del Código Penal, en razón a que los hechos por los cuales fue requerido su representado constituyen un incumplimiento de naturaleza civil y no una figura de estafa residual, lo que significó una errónea interpretación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, debiendo, en definitiva, haber sido absuelto su representado por estos hechos.

Considerando:

*Primero:* Que, fundamentando la causal de nulidad tanto en el texto del recurso como en los alegatos de estrados, procurados por el defensor penal público don Cristian Cajas Silva, se sostiene, luego de reproducir los

hechos por los cuales fue requerido el imputado, que el error de derecho radica en una equivocada interpretación y aplicación por parte del tribunal a quo del artículo 473 del Código Penal, al calificar estos hechos, que son propios de un incumplimiento civil, como constitutivos de un delito de estafa residual, no ajustándose a derecho, ya que en una correcta interpretación y aplicación del derecho, el tribunal debió necesariamente absolver al imputado.

Indica que, en el motivo décimo tercero de la sentencia, el cual reproduce, el tribunal se hace cargo de todos los elementos del delito de estafa residual del artículo 473 del Código Penal, y luego de analizar cada uno de estos hechos, afirma que el elemento engaño fue establecido por el tribunal solo mediante un juicio de valor, y no respecto de los hechos objetivos y constatados en la causa.

Agrega que de los hechos acreditados en juicio se desprende que su representado se dedicaba al rubro de la construcción, incluso había efectuado una obra antes para un familiar de la víctima, de lo cual no existió queja alguna y que lo discutido en juicio, y así lo señaló la propia víctima, es que se cobró por los servicios prestados por del imputado un valor que no se condecía con lo realizado en la obra, entendiéndose que, si bien se debía pagar un monto de dinero por ese trabajo, lo desembolsado resultaba excesivo.

Afirma que existe una errónea aplicación del derecho al calificar un incumplimiento contractual como el

delito de estafa del artículo 473 del Código Penal, citando al efecto a la profesora Laura Mayer y agregando que, si bien puede haber perjuicio económico, aquel debe ser perseguido por el Código Civil, con las herramientas que este posee para solucionar este tipo de conflictos, citando y transcribiendo, a mayor abundamiento, el artículo 1489 de dicho cuerpo legal, agregando que el Derecho Penal es un derecho de ultima ratio, por lo que se debe aplicar solo cuando no quede posibilidad alguna de aplicación de alguna rama menos lesiva.

Finalmente, concluye solicitando que se anule solo la sentencia y se dicte sin nueva audiencia, pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo, y que en lo pertinente se absuelva a su representado del delito requerido en la presente causa.

*Segundo:* Que ante estrados concurrió en contra del recurso, por el Ministerio Público, el abogado don Álvaro Pérez D'Alencon, pidiendo su rechazo, argumentando que en el considerando décimo tercero el juez señala cada uno de los elementos fácticos que establece para llegar a concluir, en la justificación interna del fallo, que estamos en presencia de un delito de estafa del artículo 473 de Código Penal, de esta forma, y deteniéndose en el requisito del engaño, refiere que el imputado hizo creer a la víctima que construiría una cabaña, desarrollando y explicando el tribunal, en siete puntos facticos, los que sucintamente consisten en que el imputado prometió construir una cabaña dentro del plazo de tres meses, soli-