UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

EL ENGAÑO TÍPICAMENTE RELEVANTE A TÍTULO DE ESTAFA

Modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

AUTORES:

JORGE CABRERA GUIRAO
MARCOS CONTRERAS ENOS

PROFESOR GUÍA:
MIGUEL SOTO PIÑEIRO

Santiago, Chile
2008

Para mis abuelas, I.B. y F.C.

Para Vicente Contreras

Agradecimientos

Nuestros más sinceros agradecimientos a Carlos Correa, Jaime Lorenzini, Laura Mayer, Gonzalo Medina y Mauricio Reyes por los consejos, sugerencias y comentarios. Además debemos agradecer el apoyo y cariño de Patricia Guirao, Jorge Cabrera C., María José Cabrera, Valeria Schönstedt, Mary Laura Enos, Fidel Contreras, Mary Laura Contreras y Claudia Galdames.

Queremos agradecer especialmente a Miguel Soto Piñeiro que generosa y amablemente estimuló y orientó, no sólo la redacción de esta memoria, sino que nuestro interés por el Derecho penal.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción 1

Capítulo Primero: Aspectos generales 10

1. El Bien Jurídico protegido en la estafa 10
2. El párrafo 8 y la regulación de la estafa en el CP 21
   - Descripción y evaluación 21
   - Jurisprudencia 32
3. Esquema de elementos de la estafa 54
   - Exposición y estado de la cuestión 54
   - Jurisprudencia 64

Capítulo Segundo: El engaño típicamente relevante en la estafa en atención a su suficiencia 73

1. Modelo tradicional: la teoría de la *mise en scène* 73
   - Exposición de la teoría 73
   - Análisis crítico 79
   - Jurisprudencia 87
2. Sistema Subjetivo o Concreto 96
3. Concepciones alternativas. Especial referencia al engaño 100
   - El engaño típicamente relevante como problema de imputación objetiva 103
   - El engaño típicamente relevante ¿problema de la teoría de la conducta típica o de la teoría de la imputación objetiva del resultado? 103
   - Desarrollo de la tesis 109
   - Evaluación crítica 118

El engaño típicamente relevante como infracción de deberes de veracidad 119

Fundamentos 120

Sistema de posiciones de garante 123

La víctima más débil 131

La infracción de un deber de veracidad como suficiencia del engaño.

Consideraciones dogmáticas. 134

Capítulo Tercero: Objeto y formas de manifestación del engaño 138

1. Objeto sobre el que recae el engaño 138

Aspectos generales 138

Hechos y juicios de valor 139

Engaño sobre hechos internos y sobre “hechos” futuros 145

Jurisprudencia 149

2. Formas de manifestación del engaño 153

Aspectos generales 153

Engaño expreso 154

Engaño por medio de un comportamiento concluyente 156

Engaño por omisión 158

Aspectos generales 158

Excurso: Cuestiones generales de los delitos de omisión impropia 160

La comisión por omisión en la estafa 167

Críticas 170

Establecimiento y alcance de la posición de garante 179

Conclusiones 182

Conclusiones 186

Bibliografía citada 196

Sentencias citadas 202

RESUMEN

En esta memoria se aborda el tema del engaño en el tipo básico de estafa. En el Capítulo Primero se pretende describir y evaluar el marco general en el cual se sitúa la discusión del engaño en la estafa. En primer lugar, se dedica una sección a la exposición de la discusión sobre cuál sea el bien jurídico protegido en el párrafo VIII del Título IX del Libro II del CP. En la segunda sección del Capítulo Primero, en tanto, se describe el tratamiento de la estafa en el párrafo VIII del Título IX del Libro II del CP, prestando especial atención a las diferentes interpretaciones acerca del contenido y la relación de los arts. 468 y 473 del CP, problema crucial que se soluciona en sede de engaño. Atendida la importancia de dicho problema, se extractan y comentan numerosas sentencias para efectos de constatar el modo en que los tribunales deslindan el ámbito de aplicación de las cláusulas generales de los arts. 468 y 473 del CP en relación al elemento engaño. Por último, la tercera sección del Capítulo Primero aborda el tema de la estructura de elementos en la estafa con especial referencia al engaño, extractando sentencias que conceptualizan el delito de estafa.

El segundo capítulo de esta memoria expone y evalúa críticamente las distintas teorías sobre la determinación del engaño típicamente relevante a título de estafa. En la primera sección del Capítulo Segundo se desarrolla la teoría de la *mise en scène*, así como los argumentos en virtud de los cuales ésta es inaplicable en el Derecho nacional. Asimismo, se extractan sentencias que justifican y explican la aplicación de la teoría de la *mise en scène* en el Derecho chileno. En la segunda sección del Capítulo Segundo se desarrolla la teoría subjetiva o concreta de la determinación del engaño típico en la estafa así como se exponen sus dificultades. Finalmente, la tercera sección del Capítulo Segundo expone modelos

alternativos de determinación del engaño típico en la estafa, modelos que, en el contexto de la normativización de la teoría del delito, le asignan al engaño funciones y contenidos diversos al que tradicionalmente se le asignó, y que, correctos o no, dotan a la discusión del engaño en la estafa en ámbitos comparados de un grado de sofisticación ausente en el debate nacional.

El Capítulo Tercero trata, en su primera sección, el objeto del engaño, en dicha sección se extractan sentencias que abordan el tema de la posibilidad de engaño sobre hechos internos y sobre hechos futuros. La segunda sección, en tanto, describe las formas en que puede manifestarse el engaño, con especial referencia a la posibilidad de la comisión por omisión en la estafa.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

§:	parágrafo
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP:	Actualidad Penal
art/s:	artículo/s
Cap/s:	Capítulo/s
CC:	Código Civil
cfr.:	confróntese
CP:	Código Penal Chileno
CPA:	Código Penal Argentino
CPC:	Cuadernos de Política Criminal
CPE:	Código Penal Español
CPF:	Código Penal Francés
CPI:	Código Penal Italiano
ed.:	edición, editado, editor, editorial
et al:	*et alteri* (del latín: y otros)
etc.:	etcétera
FM:	Fallos del Mes
GJ:	Gaceta Jurídica
Ibid:	*Ibidem*
Id:	*Idem*
inc.:	inciso
N°:	número

nm.:	número marginal
n. marg.:	nota marginal
ob. cit:	obra citada
op. cit.:	opinión citada
p/pp:	página/páginas
PE:	parte especial
PG:	parte general
R.A.E:	Real Academia Española de la Lengua
RChD:	Revista Chilena de Derecho
RDJ:	Revista de Derecho y Jurisprudencia
RIT:	rol interno del tribunal
sic.:	*sicut* (del latín: así, textualmente)
ss.:	siguientes
StGB:	Código Penal Alemán
t.:	tomo
TOP:	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
trad.:	traducción, traducido, traductor.
vid.:	*videtur* (del latín: véase)
vol.:	volumen

INTRODUCCIÓN

En esta memoria se aborda el tema del engaño en el tipo básico de estafa, sea que éste se encuentre en el art. 468 del CP, en el art. 473 del CP o en ambos.

La estafa es uno de los delitos más interesantes de la parte especial por las dificultades que plantea a la doctrina. En efecto, en el seno del análisis del delito de estafa hay temas complejos que han permanecido en el foco de la discusión dogmática durante décadas[1] que confieren a la estafa una complejidad inusitada en otros tipos de la parte especial. Entre los temas más discutidos podemos mencionar los siguientes: la determinación precisa del bien jurídico protegido por el tipo de estafa, la multiplicidad de elementos típicos, el modo particular en que esos elementos deben relacionarse para tener configurado el delito, etc. Adicionalmente, deben considerarse, como factores extrínsecos que dotan de interés y complejidad al delito de estafa,

[1] En efecto, Schröder señalaba en los sesenta que "90 años de trabajo en la dogmática de la estafa no ha permitido aclarar todos sus problema de modo suficiente y satisfactorio", Schröder, Horst, "Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug", en *Neue Juristiche Wochenschrift,* 1962, p. 721, citado por Pastor Muñoz, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estada,* Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 17.

entre otros: 1) el hecho de que la estafa sea uno de los típicos delitos de "cuello blanco"[2], con el consecuente menor disvalor social respecto de otros delitos, lo que dificulta su denuncia y persecución; 2) la dificultad en la determinación de cuándo un comportamiento comercial ventajoso para su ejecutor es una mera manifestación de habilidad negocial y cuándo, por el contrario, es una conducta típica a título de estafa[3], dada la licitud del afán de lucro a costa del patrimonio ajeno[4]; 3) la circunstancia de que las conductas constitutivas de estafa se insertan en actividades propias del tráfico comercial, con una consiguiente apariencia de licitud[5], etc.

Por último, pero no menos importante, debe considerarse que a las complejidades anteriores se suma, en nuestro país, la deficiente técnica legislativa en el tratamiento de la estafa en el CP, consistente en el recurso a enumeraciones de hipótesis de engaños y fórmulas amplias y vagas, eludiendo la definición del delito, lo que ha generado dificultades en la determinación de cuál sea el tipo básico de estafa.

---

[2] Sobre la criminalidad de "cuello blanco", *vid*., Sutherland, Donald y Cressey, Edwin, *Principles of Criminology*. 7ª ed, Lippincott, Philadelphia/New York, 1966.
[3] Pastor Muñoz, *op cit.,* p. 17.
[4] Esto, sin embargo, no implica que la cuestión fundamental sea diferenciar entre fraude civil y fraude penal, *vid*. *infra* sección 1 del Capítulo Segundo.
[5] Hernández Basualto, Héctor, "Aproximación a la problemática de la estafa", en *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad de Temuco, 2002, p. 149.

Todos los factores antes señalados dificultan tanto el tratamiento dogmático de la estafa como su aplicación práctica.

El engaño, a su vez, es el elemento de la estafa que más atención ha recibido por parte de la doctrina, siendo erigido por ésta como elemento característico, definitorio y fundamental de la estafa[6]. Dicha importancia es corroborada por la práctica judicial nacional, la que nos muestra casos de estafa en los cuales, mayoritariamente, el objeto de la discusión y la base de la decisión se circunscriben al engaño, haciéndose, por tanto, muy difícil encontrar casos que se decidan en base al error, la disposición patrimonial o el perjuicio. En relación al engaño, podemos mencionar como temas de discusión y sin solución definitiva: el criterio para determinar la tipicidad del engaño; la posibilidad de que el engaño recaiga sobre juicios de valor; hechos internos y hechos futuros, así como sus formas de manifestación, en especial, la posibilidad de engaño por omisión. Estos problemas (con excepción del tópico del objeto del engaño) suelen solucionarse en Chile en base a la teoría de la *mise en scène*. En efecto, tanto la doctrina nacional dominante como la

[6] Al efecto, Quintano Ripollés sostiene que "[e]s corriente […] moverse en torno del concepto de "engaño", para hacer de él la clave de la estafa, ni más ni menos como la violencia lo es del robo, Quintano Ripollés, Antonio. *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p. 443; En el mismo sentido, Núñez Castaño señala "que el 'engaño' ha sido considerado a lo largo del tiempo como núcleo y motor del delito de estafa". Núñez Castaño, Elena. *La Estafa de Crédito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 74; También, *vid*., Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho Penal español, Parte Especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 499; Yubero Cánepa, Julio, *El engaño en el delito de estafa,* Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1993, p. 47; Antón Oneca, José, *Obras,* t. III, Rubinzal– Culzoni editores, Buenos Aires, 2000, p. 80.

jurisprudencia mayoritaria entienden que el engaño en la estafa consiste en el despliegue externo de apariencias, solución que, en nuestra opinión, aparece como artificiosa y reñida con el tenor del texto legal, cuestión a la que hemos dedicado parte importante de esta memoria. Frente a esta situación, resulta necesario examinar soluciones alternativas a dicho planteamiento a fin de evaluar interpretaciones que presenten mejores rendimientos explicativos.

Sin embargo, zanjados los problemas anteriores, aún queda pendiente la solución de un importante problema que se suscita en nuestro derecho en torno al engaño, el que viene dado por la deficiente regulación de la estafa en el CP. Dicho problema consiste en la delimitación del ámbito de aplicación de las cláusulas generales de los arts. 468 y 473 del CP, problema que también se soluciona, tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia nacionales, en base a la teoría de la *mise en scène*, entendiéndose que la diferencia entre los arts. 468 y 473 del CP radica en que sólo el primero exige un despliegue externo de apariencias. Cabe señalar desde ya que la delimitación antes referida es muy dificultosa, tanto por la utilización de fórmulas amplias y vagas, como por el hecho de que el CP recurre en el art. 468 a hipótesis de engaños respecto de las cuales es difícil encontrar un rasgo común. Lo anterior ha traído como consecuencia una inseguridad jurídica en relación a la conducta prohibida a título de estafa y a la sanción que a ella va aparejada. Pues bien, la teoría de la *mise en scène* –o su aplicación práctica– no ha sido capaz de

subsanar dicha deficiencia, lo cual se constata en sentencias que, fundándose en la teoría de la *mise en scène*, llegan, ante unos mismos supuestos de hecho, a soluciones diametralmente opuestas, lo que ocurre no sólo por la inconsistente aplicación de dicha teoría sino también por las dificultades intrínsecas que a ella subyacen. Lo anterior, determina la incapacidad de esta teoría para deslindar, con un mínimo de precisión y racionalidad, los supuestos genéricos de los arts. 468 y 473. Un ejemplo que grafica lo anteriormente señalado, lo constituyen los casos en los que el acusado recibió de la víctima bienes o dinero en efectivo, entregando a cambio cheques respecto de los cuales no era titular, los que, sin embargo, firmó como propios, de modo tal que, presentados a su cobro por la víctima fueron protestados, casos en los, frente a una misma hipótesis fáctica, unas veces se falló en base al art. 468 y otras en base al art. 473.

Consecuentemente con lo señalado con anterioridad, la presente memoria consta de tres capítulos: 1) Aspectos generales; 2) El engaño típicamente relevante en la estafa en atención a su suficiencia, y 3) Objeto y formas de manifestación del engaño.

En el Capítulo Primero se pretende describir y evaluar el marco general en el cual se sitúa la discusión del engaño en la estafa. En primer lugar, se dedica una sección a la exposición de la discusión sobre cuál sea el bien jurídico

protegido en el párrafo VIII del Título IX del Libro II del CP, lo cual presenta relevancia en el tratamiento dogmático del engaño en la estafa toda vez que su determinación se encuentra íntimamente relacionada con la determinación del perjuicio patrimonial. De este modo, atendida esta estrecha relación, es ineludible hacer referencia al bien jurídico protegido por el tipo de estafa: el patrimonio, porque el perjuicio no es sino la afectación de ese bien jurídico. En la segunda sección del Capítulo Primero, en tanto, se describe el tratamiento de la estafa en el párrafo VIII del Título IX del Libro II del CP, prestando especial atención a las diferentes interpretaciones acerca del contenido y la relación de los arts. 468 y 473 del CP, problema crucial que se soluciona en sede de engaño. Atendida la importancia del problema, se extractan y comentan numerosas sentencias para efectos de constatar el modo en que los tribunales deslindan el ámbito de aplicación de las cláusulas generales de los arts. 468 y 473 del CP en relación al elemento engaño, lo cual se hace sobre la base de la consideración relativa a si la conducta constituyó, o no, una puesta en escena. En esta parte del análisis jurisprudencial, por lo tanto, son de gran importancia los hechos, dado que en ella se trata de apreciar qué engaños se subsumen, en la práctica, en la cláusula general del art. 468 y cuáles, por el contrario, se subsumen en el art. 473. Por último, la tercera sección del Capítulo Primero aborda el tema de la estructura de elementos en la estafa con especial referencia al engaño, extractando jurisprudencia que conceptualiza el delito de estafa.

El Capítulo Segundo de esta memoria expone y evalúa críticamente las distintas teorías sobre la determinación del engaño típicamente relevante a título de estafa en atención a su entidad. En la primera sección del Capítulo Segundo se desarrolla la teoría de la *mise en scène*, así como los argumentos en virtud de los cuales ésta es inaplicable en el Derecho nacional. Asimismo, se extractan sentencias que justifican y explican la aplicación de la teoría de la *mise en scène* en el derecho chileno. En esta parte del análisis jurisprudencial sólo se busca constatar la supremacía de que goza dicha teoría en nuestra jurisprudencia y el énfasis y entusiasmo con que los tribunales la aplican, por lo tanto, en esta parte, no hay referencia a los hechos[7]. En la segunda sección del Capítulo Segundo se desarrolla la teoría subjetiva, o concreta, de la determinación del engaño típico en la estafa así como se exponen sus dificultades. Finalmente, la tercera sección del Capítulo Segundo expone modelos alternativos de determinación del engaño típico en la estafa, modelos que, en el contexto de la normativización de la teoría del delito, reordenando la relación entre los elementos del tipo objetivo, le asignan al engaño funciones y contenidos diversos al que tradicionalmente se le asignó, y que, correctos o no, dotan a la discusión en ámbitos comparados de un grado de sofisticación ausente en el debate nacional.

[7] Si se quiere apreciar qué conductas engañosas son consideradas, en concreto, por nuestros tribunales como una puesta en escena, *vid*. sección 2 del Capítulo Primero de esta memoria.

El Capítulo Tercero, trata en su primera sección el objeto del engaño, es decir, el problema consistente en qué afirmaciones pueden ser constitutivas de engaño en base al objeto al cual hacen referencia. En esta parte se extractan sentencias que abordan el tema de la posibilidad de engaño sobre hechos internos y sobre hechos futuros. La segunda sección, en tanto, describe las formas en que puede manifestarse el engaño, con especial referencia a la posibilidad de la comisión por omisión en la estafa o, en otros términos, a la posibilidad de un engaño por omisión. Dada la supremacía de la teoría de la *mise en scène,* el tratamiento del engaño se ha limitado a constatar la existencia de una puesta en escena, sin prestar mayor atención a las formas de manifestación del engaño como categorías que sirvan para la adjudicación a título de estafa. Es por ello que escasas sentencias se refieren a las formas de manifestación y, en caso alguno, dichas referencias constituyen un elemento relevante a la hora de decidir la existencia de un engaño típico.

Como se puede apreciar de la lectura de la estructura de la memoria, consta de una revisión y análisis de la doctrina en torno a todos los temas que la integran, y de un análisis jurisprudencial respecto de los temas sobre los cuales se encontraron sentencias atingentes. Por lo tanto, esta memoria está transversalmente dividida en dos partes: modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial, operando la primera parte –y en particular, nuestras

asunciones de postura frente a los modelos– como marco de referencia u horizonte de sentido de la segunda.

Esta memoria contiene múltiples citas textuales, sobre todo de autores nacionales, lo que se explica por el afán de esbozar con la mayor fidelidad posible los planteamientos que participan en el debate nacional. El mismo afán orienta las citas textuales de las sentencias que se incluyen en esta memoria.

Finalmente cabe señalar que el análisis jurisprudencial se limita a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, lo que creemos es de mucha utilidad práctica, dado que, si bien es cierto en Chile no impera el sistema del *stare decisis*, es indesmentible que los criterios utilizados en las sentencias de los Tribunales Superiores, normalmente, son seguidos por los tribunales inferiores para resolver los casos que caen dentro de la órbita de su competencia. Sin embargo, también analizaremos sentencias de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, toda vez que se ha creído necesario examinar si los efectos del cambio de un sistema inquisitivo a uno persecutorio y la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, así como la mayor especialización de éstos, han implicado una transformación de las decisiones y criterios sustentadores en relación al delito de estafa. De este modo, después de una ardua labor, extendimos nuestro análisis jurisprudencial también a los principales tribunales inferiores de la reforma procesal penal.

CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES

1. El Bien Jurídico protegido en la estafa

La exposición de la discusión sobre cuál sea el bien jurídico protegido en el párrafo VIII del Título IX del Libro II del CP, presenta relevancia en el

tratamiento dogmático del engaño en la estafa, toda vez que engaño y perjuicio patrimonial se encuentran relacionados entre sí, formando un círculo cerrado en el que la determinación de uno de sus extremos está insoslayablemente unida a la determinación del otro, de modo tal que la tipicidad de uno no puede determinarse sino en función y en razón del otro. Por lo tanto, sólo si se acredita la concurrencia de un perjuicio patrimonial puede entrar a calificarse la conducta que lo causó como engaño típico. De este modo, atendida esta estrecha relación, es ineludible hacer referencia al bien jurídico protegido que, en este caso, es el patrimonio, porque el perjuicio no es sino la afectación de ese bien jurídico.

Por influencia de su principal fuente, el CPE de 1848, el CP designó el Título IX con el epígrafe de "Delitos contra la propiedad"[8]. Bajo este título se agrupan una serie de conductas altamente heterogéneas y lesivas de intereses materiales diversos, cuya sistematización ha resultado extremadamente compleja. Consecuentemente, la determinación del bien jurídico protegido ha generado múltiples controversias. En concreto, si bien es pacífico que el concepto de propiedad aludido en el epígrafe del Título IX no es equivalente a la propiedad dominical, problemas tales como: a) cuál sea el bien jurídico protegido, ya propiedad o patrimonio; b) la vinculación conceptual del bien

[8] Sobre la influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas, *vid.* Quintano Ripollés, Antonio, *La influencia del Derecho español en las legislaciones hispanoamericanas*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pp. 86 y ss.

jurídico con valoraciones provenientes de otros sectores del ordenamiento jurídico; c) la plausibilidad de sostener una concepción dualista del bien jurídico protegido; y, d) de responderse afirmativamente a esto último, qué concepto de patrimonio deba adoptarse, no han tenido respuestas unívocas.

Los problemas interpretativos se producen desde la rúbrica del epígrafe del Título IX como "Delitos contra la propiedad", pues, como sabemos, el término propiedad alude a un concepto dotado de un significado determinado y preciso en otros sectores del ordenamiento jurídico[9]. Luego, es necesario dilucidar el grado de vinculación, si es que existe alguno, a valoraciones provenientes de otros sectores del ordenamiento jurídico. La doctrina nacional ha afirmado unánimemente que no es posible sostener la correspondencia entre el concepto de propiedad dominical del art. 582 del CC con el bien jurídico protegido en el Título IX, en tanto se hace evidente que ello implicaría transformar delitos característicamente de resultado en delitos de peligro[10].

---

[9] Bajo Fernández, Miguel y Pérez Manzano, Mercedes. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, T. II. 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 34.; Pastor Muñoz, *op cit.*, pp. 57 y ss.; Valle Muñiz, José Manuel, *El delito de estafa: delimitación jurídico–penal con el fraude civil.* Bosch, Barcelona, 1987, pp. 84 a 108; Especialmente, Zugaldía Espinar, José Miguel, *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, T. I, Akal, Madrid, 1988, pp. 11 a 28.

[10] Basta la sola lectura del texto legal para descartar, como la doctrina unánimemente ha afirmado, que la expresión propiedad usada en el epígrafe del título IX corresponda a aquella contenida en el art. 582 del CC referida al derecho de dominio. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal,* t. III, 3ª ed. revisada y actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 287; Garrido Montt. *Derecho Penal Parte Especial*, t. IV, 2ª ed, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 140 y 141; Hernández Basualto, *op. cit.,* p. 176; Politoff Lifschitz, Sergio, *El delito de apropiación indebida*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1992, pp. 3 y ss.; Politoff, Sergio *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal chileno, PE,* 2º ed., Universidad de Talca, Talca, 2002, pp. 414 y ss.; Yubero, *op. cit.*, p. 60 y ss.

Frente a esta situación, la doctrina nacional sostiene mayoritariamente que en sede penal el concepto de propiedad ha de corresponder a lo que se ha denominado "concepto constitucional de propiedad". En palabras de Etcheberry, el "Código Penal emplea la expresión 'propiedad' en un sentido amplio, que incluye, desde luego, la propiedad dominical […], [y asimismo incluiría] los derechos personales y créditos"[11]. Expresado de otra forma, se trata de todos los derechos de los cuales es titular un sujeto y que tienen valor económico[12]. Posteriormente, apoyándose en Soler, el mismo autor sostiene que el patrimonio "en cuanto atributo de la personalidad es abstracto e inmutable"[13], no puede ser el bien jurídico protegido en el título en análisis.

Las críticas al planteamiento anterior pueden orientarse en tres direcciones: de una parte se trata de una interpretación que cuenta con una base poco sólida, pues supone un desarrollo dogmático de la propiedad en sede constitucional hasta hoy muy precario[14]; de la otra, el llamado concepto constitucional de propiedad pareciera, más bien, coincidir con el concepto jurídico de patrimonio, concepto que presenta un deficiente rendimiento

[11] Etcheberry, *Id.*, p. 287.
[12] *Id.*, pp. 287 y ss.
[13] *Id.,* p. 288.
[14] El mencionado concepto constitucional de propiedad tiene un rendimiento dogmático muy pobre en la interpretación del tipo sistemático. En efecto, como el concepto constitucional de propiedad está definido a un nivel muy rudimentario, el contenido vendrá desde los propios tipos penales que se trataba de interpretar.

dogmático, tal como se expondrá en los párrafos siguientes[15]; por último, se trata de una tesis metodológicamente incorrecta, pues se asume que ante la identidad terminológica existe una vinculación con las valoraciones provenientes de otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en este caso, con aquello que se designa como concepto constitucional de propiedad. Subyace a esta posición una teoría de la norma que exige que las expresiones deben encontrar su significado en otras áreas del derecho, quedando, consecuentemente, excluida la posibilidad de construir sus conceptos desde el Derecho penal[16], pues éste contendría únicamente normas de sanción.

Modernamente, sin embargo, se reconoce que el Derecho penal posee la capacidad de conferir a los conceptos jurídicos un contenido propio, diverso de aquél que tienen en su ámbito de origen, en función de los fines del Derecho penal[17]. Luego, la determinación del contenido de los conceptos en el Derecho

---

[15] Etcheberry. *op cit*. (nota 10), pp. 287 y ss. Especialmente, la interpretación de Hernández Basualto, *op cit*., p. 177. En el mismo sentido Politoff, Sergio *et al., op. cit.,* pp. 414 y 415.

[16] Esto resulta de los presupuestos metodológicos de Karl Binding, que sostuvo que las normas dirigidas a los ciudadanos, cuya infracción constituiría el presupuesto de la aplicación de las disposiciones dirigidas a los jueces, no pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho público general. Binding distinguía entre norma y disposición penal: 1) norma, una forma de pensamiento que califica un determinado comportamiento como prohibido o mandado; 2) disposición penal, enunciado de un supuesto de hecho al que se asocia una sanción. Éstas últimas, se encontraban dirigidas a los jueces penales y, en su opinión, no constituirían normas en sentido estricto, sino, más bien, "proposiciones jurídicas autorizadas". Luego, la antijuridicidad, como contrariedad a la norma, exigía la consideración del ordenamiento en su conjunto, debiendo renunciarse a toda pretensión de autonomía. *Vid.* Gallego Soler, José Ignacio, *Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial,* Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 111 y s. Sobre Binding *vid.* Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Bosch, Barcelona, 1992 pp. 316 y ss.

[17] *Vid*. Croxatto Duque, Marcelo, *Relaciones del derecho penal con el derecho civil,* Ed. Universitaria, Santiago, 1962, pp. 52 y ss.; En un sentido diferente, sobre el delito de estafa, Pastor Muñoz ha señalado recientemente que si bien el derecho penal tiene 1) sus propios fines, 2) sirve de refuerzo al Derecho civil cuando es insuficiente, 3) el derecho penal no se encuentra subordinado al derecho civil, y que 4) no se puede exigir uniformidad a las

penal se hará a partir de esos fines. Aun así, aunque la designación de un concepto bajo un término idéntico al usado en otra área del derecho pueda, eventualmente, significar coincidencia en el contenido, dicha identidad terminológica de modo alguno resultará vinculante en el ámbito conceptual[18].

Supuesta la autonomía valorativa del Derecho penal, y atendida la equivocidad de la denominación con que el legislador designa al Título IX, un sector minoritario de la doctrina nacional[19] ha sostenido –a nuestro juicio consistentemente– una teoría dualista del bien jurídico protegido, teniendo en consideración el resultado lesivo de éste. Según este tipo de teorías, en el caso de los delitos contra la propiedad se protegería el contenido fáctico de la relación entre propietario y cosa, concretada en un derecho subjetivo, y no la relación jurídico–formal. De otra parte, en otras figuras, paradigmáticamente ejemplificadas por la estafa, se protegería el patrimonio como universalidad jurídica. Lo relevante en estos casos será que el bien tenga valor de cambio y

---

diferentes ramas del Derecho, la unidad del ordenamiento exigiría que existan límites jurídico-civiles al concepto penal de patrimonio, lo que no significaría volver a Binding, pero si tener en cuenta las valoraciones del Derecho civil para evitar contradicciones valorativas. Pastor Muñoz, *op. cit.*, pp. 64 y s.

[18] *Vid*. Croxatto, *íbid.*

[19] Soto Piñeiro, Miguel, *La apropiación indebida*. *Acción, autor y resultado típico*. Santiago, 1994, pp. 5 y 45 y ss.; Hernández Basualto, *op cit.*, p. 176 y ss.; Mañalich, Juan Pablo, *La autotutela del crédito. El delito de realización arbitraria del propio derecho,* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2003, p. 152; Bascuñán Rodríguez. *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad (Título IX del Libro II del Código Penal)* (materiales de clases), citado por Mañalich, *Ibid.*

que el ataque traiga consigo una pérdida patrimonial[20]. Por lo mismo, la estafa no exige un ataque a todos los derechos que integran el patrimonio[21]. Conforme a lo dicho, la determinación del contenido del patrimonio tiene consecuencias fundamentales en la delimitación del tipo, toda vez que, dependiendo de lo que él incluya, se definirá el rango de resultados lesivos del bien jurídico incluidos en los tipos a interpretar.

Cronológicamente, la primera elaboración de un concepto de patrimonio corresponde al concepto jurídico[22]. De acuerdo a esta posición, el patrimonio está compuesto por el conjunto de derechos subjetivos patrimoniales de los que es titular una persona. Luego, habrá lesión del bien jurídico al vulnerarse las posibilidades de ejercicio de facultades jurídicamente garantizadas[23]. Esta postura se encuentra superada en derecho comparado pues, de una parte, se sostiene que resulta demasiado estrecha, puesto que para la protección penal de un interés patrimonial exige que éste se presente como un derecho

---

[20] En palabras de Zugaldía Espinar: "Los delitos contra la propiedad no están condicionados a concepto alguno de patrimonio, (…) [en ellos] basta con la reducción de disponer de las cosas propias. Si tal posibilidad de disposición desaparece, la infracción se consuma (…) [, por] el contrario, los delitos contra el patrimonio en su conjunto (en general o en su totalidad), (…) caracterizan por exigir un efectivo perjuicio patrimonial y, por consiguiente, la determinación de un concepto de patrimonio desde el que pueda determinarse si tal perjuicios ha producido o no." Zugaldía Espinar, *op. cit.,* p. 52; En el mismo sentido Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito de estafa,* Bosch, Barcelona, 2000, pp. 49 y ss.; En Chile, Hernández Basualto, *Id*., p. 171.

[21] Zugaldía Espinar. *id*., p. 53.

[22] Desarrollado por Binding a principios del siglo XX, *vid*. nota 16; Una explicación del desarrollo del concepto jurídico de patrimonio puede encontrarse en: Choclán Montalvo, *op. cit*., p. 56; Martos Núñez, Juan Antonio, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 20 y ss.; Romero, Gladys, *Delito de estafa,* Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 266 y ss., y especialmente en Gallego Soler, *op. cit.* (nota 16), pp. 103 a 125.

[23] Romero, *Id.*, p. 267. p. 22.

subjetivo[24] y, de otra, resulta demasiado amplia, pues no resulta necesario que el objeto de ataque tenga valor patrimonial. De seguir esta teoría se llegaría la conclusión que habría perjuicio patrimonial aun cuando el objeto estafado no valiera nada o no fuere valuable económicamente[25] y, a su vez, quedarían excluidos aquellos bienes económicos no concretados por un derecho subjetivo[26].

Para suplir las deficiencias de la teoría descrita, se desarrolló la concepción económica del patrimonio. En ella, el criterio jurídico con que se determinaba el contenido de éste, pasó del respaldo del interés patrimonial por medio de un derecho subjetivo, a la posibilidad de ejercicio fáctico de las facultades de enajenación, siempre que éstas fueran valuables económicamente[27]. Consecuentemente quedarán excluidos del patrimonio todos aquellos objetos que no tienen valor económico, aun cuando se encuentren resguardados por un derecho subjetivo.

---

[24] Así quedarían fuera del patrimonio numerosos bienes que son objeto de de avaluación pecuniaria mas no de un derecho subjetivo, como las expectativas, la clientela, etc.

[25] Bajo Fernández, Miguel, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) Delitos patrimoniales y económicos.* Ed. Ceura, Madrid, 1987, p. 166.

[26] Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *op. cit.,* p. 371; Martos Núñez, *op. cit.*, pp. 20 y ss; Politoff *et al*, *op. cit.,* p. 415.

[27] Expresión de una orientación metodológica, responde a intereses materiales en juego en el ámbito de la vida social y prescindiendo del filtro previo representado por el derecho privado. Se encuentra tras esto la crítica de la jurisprudencia de intereses a la jurisprudencia de conceptos, y la postulación de un derecho penal basado en una política criminal cuyos principios reclaman autonomía.

Si bien la concepción económica del patrimonio resuelve los problemas generados por aquellos intereses no respaldados por un derecho subjetivo, incluyendo intereses patrimoniales valiosos tales como expectativas, las consecuencias de asumir este criterio resultan inaceptables. En primer lugar, se generan contradicciones valorativas con el resto del ordenamiento, pues se incluirían expectativas con valor económico pero desaprobadas en términos generales y, en segundo lugar, se requiere un criterio normativo de inclusión de dichos bienes con valor económico al patrimonio, pues no basta un mera relación de hecho[28].

Frente a los limitados rendimientos de la concepción económica pura y en vista de la necesidad de un criterio normativo para afirmar la pertenencia de un determinado interés económico al patrimonio, se desarrollaron concepciones mixtas jurídico–económicas del patrimonio. Se trata de conceptos eclécticos, cuya principal virtud consiste en hacerse cargo satisfactoriamente de los casos problemáticos[29]. Sin perjuicio de las diferencias existentes en cada formulación particular, la visión jurídico–económica sostiene que el patrimonio es "la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección

[28] Gallas sostuvo que "[e]l concepto de patrimonio, también cuando es entendido en sentido económico, no pertenece al mundo amoral de mera relaciones de poder, sino a una realidad social referida desde un principio a valores del ordenamiento […]. Por consiguiente, el 'patrimonio' solamente es concebible en el marco de protección del Derecho". Citado por Pastor Muñoz, *op. cit.,* p. 38 nota marg. 57.; En el mismo sentido Choclán Montalvo, *op cit.*, p. 58 y Bajo Fernández, *op. cit.* (nota 25), p. 167.

[29] Al respecto *vid*. Martos Núñez, *op. cit.,* p. 29., y Gallego Soler, *op. cit.* (nota 16), pp. 174 y ss.

del Ordenamiento jurídico”[30/31]. Esta concepción mixta jurídico–económica representa la postura mayoritaria en Alemania y en España, aunque en este último país la doctrina dominante la entiende como una teoría monista del bien jurídico protegido[32].

La revisión de las concepciones mixtas, aun cuando se les reconoce aptitud para resolver casos problemáticos, se funda principalmente en que adoptan a un mismo tiempo conceptos jurídicos y fácticos, limitándose mutuamente, no aplicando ninguno de ellos por completo. Esto generaría –a juicio de los críticos– una inconsistencia sistemática inaceptable, por cuanto se trataría de valoraciones contradictorias. Esto llevó a una reformulación de los conceptos de patrimonio, incorporando criterios normativos, en un sentido claramente diferente al concepto jurídico de patrimonio[33].

Alternativamente, en doctrina comparada, se han elaborado otros conceptos de patrimonio[34] a partir de un concepto personal[35] que, expresado brevemente,

---

[30] Wezel, Hans, citado por Choclán Montalvo, *op. cit.*, pp. 58 y ss.
[31] Sobre las distintas formulaciones del concepto jurídico–económico *vid*. Pastor Muñoz, *op. cit.*, pp. 38 y ss. y Gallego Soler, *op. cit.* (nota 16), pp. 148 y ss.
[32] Bajo Fernández/Pérez Manzano, *op. cit.*, pp. 34 y ss.
[33] Al respecto, Henández Basualto, *op cit.*, p.174 n. marg.78; Pastor Muñoz, *op cit.,* p. 39 n. marg. 65 y 66. Una explicación detallada de estas posturas se encuentran en Gallego Soler, *op cit.* (nota 16)*,* pp. 177 a 296.
[34] Kindhäuser, por su parte, ha considerado que la estafa es un delito contra la libertad de disposición, pues en ella se afectaría la libertad por medio de la lesión al derecho a la verdad. “Kindhäuser entiende que si la frustración de un fin es perjuicio típico, ello significa que la estafa protege el fin establecido, con lo cual se debe reconocer la libertad de disposición como bien jurídico protegido junto al patrimonio”, Pastor Muñoz, *op. cit.,* p. 47., se trataría de un

entiende que el patrimonio es una unidad personalmente estructurada, que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos. La determinación de aquellos intereses incorporados al patrimonio se hará de acuerdo a la finalidad individual y a las posibilidades de acción[36]. Como se ve, "el centro de atención pasa de los elementos que integran el patrimonio a la relación existente entre la persona y el patrimonio"[37].Sin embargo, al concepto personal se le ha criticado su alto nivel de indeterminación[38].

Según la interpretación de Hernández Basualto[39], el concepto de patrimonio vigente de hecho en Chile –salvando las objeciones dogmáticas apuntadas al principio de este acápite y que entendemos implícitas en el trabajo de Hernández– "tendencialmente combina lo más restrictivo de los posibles modelos en discusión"[40]. Este autor señala que podría sostenerse la aplicación de un concepto jurídico, no obstante la inclusión de algunas consideraciones

---

delito pluriofensivo contra el patrimonio y la libertad de disposición, *vid.* Kindhäuser, Urs, "Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa", *AP*, 2002, Abril, pp. 415 y ss. Desde otro punto de vista, Roland Hefendehl ha desarrollado un concepto de patrimonio basado en la idea de dominio entendido como poder reconocido jurídicamente. Este poder se encuentra determinado jurídicamente y se encuentra vinculado a la disposición, pero no a la mera posibilidad de disposición. Sobre Hefendehl *vid*. Gallego Soler, *op. cit.* (nota 16), pp. 196 y ss.

[35] Concepción elaborada como teoría general por Harro Otto, un sector no menor de la doctrina española lo ha seguido, Choclán Montalvo, *op. cit.*, pp. 59 y ss.; Especialmente Gallego Soler, *op. cit.* (nota 16), pp. 229 a 296; Pastor Muñoz, *íd.*, pp. 44 y ss., especialmente 64 y ss.; Romero, *op. cit,* pp. 282 y ss.

[36] Gallego Soler, *Ibid.*

[37] Gallego Soler, *op. cit.* (nota 16), p. 178.

[38] Politoff *et al, op. cit.,* p. 416.

[39] Hernández Basualto, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

[40] *Id.* p. 175.

económicas[41], pues no se admite la existencia de un perjuicio por intereses que no estén directamente asociados a derechos reales o personales. Aun cuando consideramos valioso el trabajo de Hernández, consideramos que es necesario un análisis exhaustivo de la jurisprudencia que revele cuál o cuáles son o sean el concepto de patrimonio que manejan los tribunales chilenos.

Recapitulando, podemos sostener: en primer lugar, que la doctrina dominante asume un tratamiento indiferenciado del bien jurídico protegido en el Titulo IX del Libro II del CP; en segundo lugar, que la asunción de una concepción dualista del bien jurídico resulta fundamental para el adecuado tratamiento de la estafa; en tercer lugar, que de aquellos conceptos de patrimonio presentados debe adoptarse el mixto, dado su aceptable rendimiento para la solución de casos complejos; y por último y en cuarto lugar, que la jurisprudencia, de hecho y sin una sistematicidad aparente, habría aceptado un concepto jurídico– económico de patrimonio, con énfasis en las restricciones jurídicas.

[41] Ello a consecuencia de: (a) que regiría un concepto económico, porque en principio nunca se considera que ha habido perjuicio sólo por no haberse recibido aquello a lo cual se tenía derecho. (b) Que admitiría la compensación. *Ibid.*

2. El párrafo 8 y la regulación de la estafa en el CP

2.1. Descripción y evaluación

La estafa en el CP se regula en el párrafo 8 del Título IX del Libro II, rubricado "Estafas y otros engaños", bajo el influjo de su principal fuente, el CPE de 1848[42/43]. El párrafo en cuestión contiene un conjunto de figuras penales de distinta naturaleza, algunas de las cuales exceden el ámbito de las defraudaciones por engaño. La hipótesis más evidente de lo señalado anteriormente se encuentra en la inclusión en este párrafo de supuestos de defraudaciones por abuso de confianza y figuras de defraudaciones por

[42] Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 315.
[43] El CPE de 1848 implicó un notable retroceso en relación a su predecesor, el Código Penal español de 1822, en cuanto no distingue las estafas de los abusos de confianza ni formula un tipo básico de estafa, tal como lo hacía éste. *Vid.* Romero, *op. cit.,* pp. 30 y ss., así como Antón Oneca, *op. cit*., pp. 77 y ss. Sobre la influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas, *vid.* Quintano Ripollés, *op. cit.* (nota 8), pp. 86 y ss.

engaño, cuyo tratamiento conjunto resulta inadecuado en razón de su diferente naturaleza y estructura. Esta deficiencia en la técnica legislativa ha sido advertida por la doctrina nacional[44] y comparativamente no se encuentra en legislaciones del Derecho europeo continental[45], que distinguen claramente el tratamiento de ambas hipótesis.

Esta heterogeneidad en el contenido del párrafo 8 ha motivado diversos intentos de sistematización. Así, Labatut distingue entre: a) estafa; b) apropiación indebida; c) usura, y d) otros engaños[46]. Etcheberry, en tanto, distingue tres tipos de figuras: a) fraudes por engaño; b) fraudes por abuso de confianza; c) figuras que no constituyen fraudes por abuso ni por engaño, que denomina fraudes impropios, y d) la usura[47]. Por su parte, Garrido Montt sistematiza las figuras del párrafo 8 del siguiente modo: a) fraudes por engaño; b) fraudes por abuso de confianza, y c) otros engaños[48]. Finalmente, Politoff/Matus/Ramírez, distinguen cinco tipos de figuras: a) estafas propiamente tales; b) otros engaños; c) delitos sin estafa ni engaño; d) celebración de contratos simulados, y e) usura, alzamiento de bienes y otros fraudes contenidos en leyes especiales[49]. Como queda claro, a pesar de su

---

[44] Así Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), pp. 390 y 391; Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 318.
[45] Así, por ejemplo, el StGB, el CPI, el CPE y el CPF.
[46] Labatut Glena, Gustavo. *Derecho Penal, Parte Especial,* t. III, 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983, p. 224.
[47] Etcheberry, *op. cit.*, pp. 378 y 391.
[48] Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 316.
[49] Politoff *et al, op. cit*, p. 413.

denominación, el contenido del párrafo 8 incluye figuras distintas a la estafa, por lo cual, y en consideración al objeto de esta memoria, el análisis no abarcará todo el contenido del párrafo, sino, únicamente, las figuras de estafa, en particular las de los arts. 468 y 473 del CP.

El párrafo 8 sigue un modelo casuístico al regular la estafa, modelo que se complementa con el recurso a figuras amplias, por lo que, en vez de intentar una conceptualización acabada del delito de estafa, tal como lo hacen algunas legislaciones europeo continentales[50], se limita a señalar explícitamente sólo algunos de los elementos de la estafa[51] y a contemplar hipótesis específicas de engaño. Esta situación ha tenido como consecuencia que el concepto de estafa sea producto de una elaboración dogmática[52]. La justificación de un modelo de regulación de la estafa como la del párrafo 8 – caracterizado por situarse a medio camino entre el casuismo y la vaguedad[53] – puede encontrarse en pretensiones político criminales[54] orientadas a limitar el ámbito de impunidad de los engaños[55], lo que explicaría las enumeraciones de

[50] Así, el art. 248 del CPE, el § 263 StGB y el art. 640 del CPI.
[51] Hernández Basualto, *op. cit.*, pp.150 y ss.
[52] *Vid. infra* sección 3 del presente capítulo.
[53] Oliva García, *La estafa procesal*, p. 25, citado por Romero, *op. cit.*, p. 32.
[54] Cualquiera sea el significado preciso de las apelaciones a esta rama de la Ciencia Penal.
[55] En este sentido, Fuensalida, comentando la disposición del art. 473 señala que "El Código ha tomado en cuenta especial cuantos casos de estafas i engaños ha podido prever, auxiliado en esta materia por la legislación antigua española, por los códigos especiales i por otras lejislaciones; pero, como esta materia es tan inconmensurable como la intelijencia y la perversidad humanas, no ha podido decir su última palabra sobre ella sino en una disposición general que previniese todos los hechos olvidados y mal expresados", Fuensalida, III, p. 238, citado por Politoff/Matus/Ramírez, p. 417. Por su parte, Pacheco, explicando y justificado la

supuestos de hecho específicos y el recurso a fórmulas amplias y vagas. Sin embargo, las exigencias del mandato de determinación de la ley penal, aconsejan la adopción de una mejor técnica legislativa, que adopte una definición de la estafa en el texto legal, lo que otorga mayores certezas en la reconstrucción dogmática del tipo.

Uno de los puntos discutidos en relación a la regulación de la estafa en el CP es aquél relativo a cuál es la disposición que contempla el tipo básico de estafa en dicho cuerpo legal. Para una parte de la doctrina, el tipo básico está consagrado en el art. 468. Así, Etcheberry sostiene que dicha disposición "constituye sin duda la figura central en este párrafo [el párrafo 8], pues nos da la clave acerca de la naturaleza de la estafa como opuesta a los 'otros engaños'[56]. En el mismo sentido, aunque sin explayarse al respecto, se pronuncia Garrido Montt[57]. Corolario de esta posición es considerar a la disposición del art. 473 como una figura residual[58].

---

existencia del art. 459 del Código español de 1848, fuente del art. 473 del CP, señala que "la idea de engaño es sumamente múltiple, y hasta cierto punto vaga: no solo podía ser, sino era lo probable, que no hubiese previsto la ley todas las diferencias, todas las categorías que en la misma eran posibles. No había, pues, otro recurso que el de señalar una regla para los engaños, por así decirlo, menores, después de haber recorrido y penado los que de bulto se presentaban a la previsión", Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código penal. Concordado y comentado.* Edisofer, Madrid, 2000, p. 1273. Finalmente, Quintano Ripollés sostiene que "[l]a introducción del factor analógico en el inciso final es seguramente debido a la conciencia de que es imposible prever por anticipado todos los engaños y falacias de que el hombre es capaz, Quintano Ripollés, Antonio. *op. cit.* (nota 6), p. 448.

[56] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), p. 408.

[57] En efecto, Garrido Montt señala escuetamente: "Entre los delitos de estafa se comentará el tipo básico o fundamental, descrito en el art. 468, enseguida las variantes del mismo regladas en el art. 467 (entrega fraudulenta) y en los arts. 469 y 470 (estafas especiales). Se terminará

Por el contrario, para Politoff/Matus/Ramírez, la figura básica de estafa se encontraría en el art. 473, señalando que en el párrafo 8, tal como ocurre en los homicidios y en las lesiones, el legislador habría expresado primero todos los hechos que le parecían especialmente graves, para finalmente establecer la regla general en el art. 473. De acuerdo con lo anterior, el art. 468 contemplaría estafas calificadas cuya particularidad y especial gravedad radicarían en el medio engañoso empleado[59].

Finalmente, Piña Rochefort se limita a señalar que "el tipo básico de estafa se encuentra en los artículos 468 y 473 del Código Penal"[60], sin dar argumentos que fundamenten dicho aserto[61].

---

con el análisis de la denominada estafa residual, descrita en el art. 473." Garrido Montt, *op cit.* (nota 10), p. 316.

[58] Este carácter residual se puede deducir de la denominación que da Etcheberry a la disposición del art. 473, a saber, "otros engaños", Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), especialmente, pp. 406, 407 y 422; Muy claramente, denominando a la disposición del art. 473 como "estafa residual", Garrido Montt, *op. ci .* (nota 10), pp. 316, 358 y 359; Labatut, por su parte, en vez de denominar al art. 473 como "figura o estafa residual", la denomina como "principio general destinado a evitar la impunidad de hechos fraudulentos no expresamente previstos en las disposiciones precedentes", Labatut, *op. cit.*, p. 226, se desprende de los dicho por este autor que, sea cual sea la denominación que se le dé al art. 473, de todos modos opera como cláusula residual, toda vez que la disposición del art. 473, en cuanto principio general, operaría únicamente en caso de que el supuesto no esté cubierto por una disposición particular. Igualmente, Yubero Cánepa, *op. cit.*, p.132, que denomina a la disposición del art. 473, "fórmula complementaria".

[59] Politoff *et al*, *op. cit.*, p. 461 y 417.

[60] Piña Rochefort Juan Ignacio, *Fraude de seguros,* Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 45.

[61] Piña Rochefort, quizás, formula esta interpretación entendiendo que el art. 473 hace referencia en forma general al engaño y el 468 entraña el requisito de suficiencia de éste, por medio de la exigencia de un engaño semejante. Esto último, empero, es únicamente una conjetura.

Como queda de manifiesto, la discusión en torno a cuál sea el tipo básico de estafa en el CP no encuentra argumentos a favor de las distintas posturas, salvo en el caso de Politoff/Matus/Ramírez. Probablemente ello se explica por nula relevancia práctica de la discusión, en tanto, optar por una u otra posición no tiene consecuencia sistemática alguna.

En nuestra opinión, el tipo básico de estafa se encuentra en el art. 473 puesto que, de acuerdo a Gladys Romero, creemos que tipo básico es "aquel que contiene el mínimo de los elementos que constituyen el hecho punible de una especie determinada"[62], en el caso de la estafa, como se verá a continuación[63], este mínimo de elementos está constituido por el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio, siendo el caso, que el art. 468 incorpora adicionalmente al tipo otra exigencia. Sea cual sea esta exigencia – que, dicho sea de paso, determina una mayor penalidad para la conducta del art. 468– ella determina que el tipo básico concebido en los términos anteriores no pueda ser la disposición del art. 468. En buenas cuentas, el tipo del art. 468 es el tipo básico más la exigencia que le es propia, que tradicionalmente, como se verá a continuación, se ha interpretado como la exigencia de una *mise en scène*.

---

[62]Romero, *op. cit.*, p. 70.
[63]*Vid. infra* número 3 del Capítulo Primero.

El tópico más problemático que se suscita en el análisis del párrafo 8 proviene de la difícil armonización de los arts. 468 y 473. El problema viene dado por el recurso en ambas disposiciones a fórmulas amplias que no están claramente delimitadas. Así, mientras el art. 468 sanciona al “que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”, el art. 473 sanciona al “que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier otro engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo”. En cuanto el art. 473 se aplica subsidiariamente a los engaños no comprendidos en las demás disposiciones del párrafo, la solución al problema planteado radica, fundamentalmente, en la determinación del ámbito de aplicación de la fórmula amplia del art. 468 (“cualquier otro engaño semejante”).

En el contexto de la búsqueda de una solución al problema esbozado, Etcheberry plantea que para determinar qué engaños se incluyen en la amplia fórmula del 468 el único criterio válido es el de examinar las distintas hipótesis señaladas en dicho artículo y determinar cuál es su rasgo común. Etcheberry cree encontrar dicho rasgo en el ardid o maquinación, en el despliegue externo

de apariencias falsas que prestan verosimilitud a una afirmación mendaz[64]. De esta manera, las "estafas" –propias del art. 468– serían aquellos fraudes en que el engaño ha consistido en una *mise en scène*. Por su parte, los "otros engaños" contenidos en el art. 473 serían los fraudes en los que el engaño está constituido por otro medio que no es un ardid, siempre que sea algo más que una simple mentira[65], situación que se presenta en dos casos: a) cuando la actividad del sujeto se ha limitado a una mentira, pero ella haya provocado una falsa representación de la realidad en la víctima, debido a la existencia de apariencias externas que presentan verosimilitud a lo afirmado por el mentiroso, y b) cuando el sujeto que miente o calla se encontraba en el deber jurídico de decir la verdad o de disipar el error de la víctima[66].

Mera Figueroa, por su parte, aunque críticamente, cree que el ardid se encuentra exigido en el tipo legal del art. 468 y no en el art. 473[67], pero, a diferencia de Etcheberry, sostiene que el umbral mínimo del art. 473 se

---

[64] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), pp. 406 y 407.
[65] Para Etcheberry el engaño ha de consistir en algo más que una simple mentira, *vid. infra* Capítulo Segundo, sección 1.
[66] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), pp. 422 y 423.
[67] Al respecto Mera Figueroa señala: "creemos que el ardid se encuentra exigido en el tipo legal del art. 468, no así en el art. 473. La importancia de la polémica se ve así reducida, fundamentalmente, inconsecuencia, en su alcance práctico, a la aceptación o exclusión de la simple mentira en el concepto de engaño aludido en el art. 473 del CP. No nos parece racional, desde luego, el criterio de distinción impuesto por el art. 468, que traduce en penas más elevadas por el solo hecho de haberse empleado artificios o apariencias externas, ya que ello, como se dijo, no nos informa; necesariamente, de su mayor gravedad intrínseca (ni desde un punto de vista jurídico, criminológico o de la política criminal), pero nos atenemos a ese criterio, por las razones dadas, sin perjuicio de criticarlo y postular su reforma para el futuro". Mera Figueroa, *Fraude Civil y Penal. El delito de entrega fraudulenta*, reimpresión de la 2ª ed., Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 2001, 1994, p. 36.

constituye conforme a la noción de “dolo bueno” y no a partir de la exclusión de las simples mentiras del ámbito típico[68].

Garrido Montt critica la postura de Etcheberry sosteniendo que pretender diferenciar en un plano morfológico la noción “otros engaños”, usada por el art. 473, de los engaños que se señalan como conformadores del tipo de estafa del art. 468, no es el camino más aconsejable. Para Garrido Montt, en el art. 468 se menciona una línea o sentido que han de tener los engaños que pretende abarcar, los que pueden concretarse recurriendo a una *mise en scène* o a una mentira, los engaños en sentido o dirección distintos a los precisados en el art. 468, los cuales se pueden llevar a la práctica a su vez con una *mise en scène* o con una mentira pueden ser recogidos en el tipo descrito en el art. 473[69]. En suma, Garrido Montt pareciera concluir que los engaños que estén en la línea o sentido del art. 468 son comprendidos por dicho tipo, mientras que los engaños que no estén en esa dirección podrían ser abarcados por el art. 473, de modo tal que el criterio delimitador sería la línea, sentido o dirección bosquejado por el art. 468, sentido que, sin embargo, no es explicitado por Garrido Montt. Consecuentemente, el autor no avanza en la solución del problema que se plantea entre el art. 468 y el art. 473.

---

[68] Mera Figueroa, *íd.*, pp. 39 y ss.
[69] Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), pp. 359 y 360.

Por su parte, Yubero sostiene que la fórmula complementaria por analogía del art. 468 ("o valiéndose de cualquier otro engaño semejante") aunque elástica, debe ser interpretada restrictivamente, ya que de lo contrario perderían su razón de ser las demás figuras de estafa y, muy especialmente, la complementaria del art. 473. Esta interpretación restrictiva vendría determinada por el uso de la expresión "semejantes", que denota la idea de que los engaños no especificados en el art. 468 han de constituir, como aquellos que sí lo han sido, ficciones o apariencias con fuerzas suficientes para inducir a error[70]. De este modo, para Yubero, la condición de aplicación de la fórmula analógica del art. 468 no sería el hecho que el engaño constituyera una *mise en scène,* sino el hecho que éste fuere suficiente para inducir a error. Por otra parte, Yubero señala que los engaños a los que se refiere la fórmula subsidiaria (y complementaria) del art. 473 reconocen un límite superior y un límite mínimo. Límite superior son los engaños especificados "en los artículos anteriores" y, muy especialmente, "los engaños semejantes a que alude el art. 468". El límite mínimo sería la línea fronteriza que permite deslindar las estafas de las meras ilicitudes civiles[71].

Finalmente, Politoff/Matus/Ramírez, consecuentes con la consideración consistente en que el tipo básico de estafa se encuentra en el art. 473, consideran que el art. 468 contemplaría estafas calificadas cuya particularidad

[70] Yubero, *op. cit.*, pp. 131 y 132.
[71] *Id.*, p. 136.

y especial gravedad radicarían en el medio engañoso empleado[72], con lo que, se podría deducir, que la fórmula amplia del art. 468 recibiría aplicación cuando el medio engañoso empleado sea semejante a los expresamente consignados en dicha disposición, mientras que a los otros casos, se aplicaría el art. 473.

En buenas cuentas, la delimitación del campo de aplicación de los arts. 468 y 473, dista de ser pacífica, imponiéndose, empero, el criterio de la teoría de la *mise en scène* sobre aquellas interpretaciones que, sin mayor desarrollo, se han elaborado alternativamente en la doctrina nacional.

Ahora bien, atendida la mayor penalidad del art. 468 resulta inevitable reconocer la existencia de, al menos alguna diferencia, entre dicho artículo y el art. 473. Ello pues sabemos que las penas se aumentan por diferencias de culpabilidad o por la forma de comisión empleada. Al no encontrarse involucrada la culpabilidad en el problema, resulta evidente que la diferencia entre las disposiciones está constituida por alguna diferencia en la forma comisiva. No obstante lo señalado, no podemos precisar claramente la diferencia entre las hipótesis de engaño contenidas en los arts. 468 y 473 toda vez que los engaños señalados por el art. 468 consisten en hipótesis que no requieren un despliegue externo de apariencias, exigencia agregada

[72] Politoff *et al*, *op. cit.*, pp. 461 y 417.

artificiosamente por la doctrina nacional[73], lo que dificulta en extremo distinguir entre dichos engaños y los del art. 473. Esto, sin duda, es consecuencia de la deficiente redacción de los tipos, cuya reforma resulta imprescindible dada la diferencia de penalidad prescrita en ambos artículos, redacción que, de acuerdo a las exigencias de la seguridad jurídica e incluso el principio de legalidad[74], es inaceptable.

En suma, es posible constatar que el contenido del párrafo 8 del Título IX del Libro II del CP, que regula la estafa, suscita serios problemas interpretativos, a saber: a) la dificultosa sistematización de su contenido; b) la deficiente técnica legislativa en el tratamiento del delito de estafa, consistente en el recurso a enumeraciones de hipótesis de engaños y a fórmulas amplias y vagas, eludiendo la definición del delito, lo que ha generado dificultades en la determinación de cuál sea el tipo básico de estafa, y c) dificultades en la delimitación del ámbito de aplicación de los arts. 468 y 473. Frente a todo lo anterior, la doctrina nacional ha intentado respectivamente: a) sistematizar el

---

[73] En efecto, el art. 468 no exige que "usar nombre fingido", "atribuirse poder o créditos supuestos", "aparentar bienes, crédito, empresa o negociación imaginarios" deba realizarse mediante un despliegue externo de apariencias, por el contrario, se trata de hipótesis que podrían realizarse mediante una mera aseveración falsa.

[74] Una de las consecuencias del principio de legalidad es la prohibición de leyes penales indeterminadas. Desarrollando esa consecuencia, Roxin señala que una ley penal indeterminada no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible, Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, t. I., Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (trad. por Luzón Peña, Diego-Manuel Díaz y García Conlledo, Miguel y De Vicente Remesal, Javier), Civitas, Madrid, 1997, p. 141. En el caso en análisis no sería forzar demasiado las cosas decir que, al no establecerse claramente por el legislador qué engaños reciben una u otra penalidad, en función de su adscripción al art. 468 ó 473, se encontraría en entredicho el principio de legalidad.

heterogéneo contenido del citado párrafo, recurriendo a una diversidad de clasificaciones de acuerdo a razones insuficientemente explicitadas; b) indicar, sin recurso a argumentaciones concluyentes, disposiciones en las cuales se encontraría el tipo básico de estafa, y c) Deslindar el campo de aplicación de los arts. 468 y 473 en base a una diversidad de criterios, entre los cuales se erige como predominante aquél en virtud del cual se sostiene que el art. 468 se aplicaría a los engaños que constituyan ardides o maquinaciones, mientras que el art. 473 se aplicaría a los restantes engaños siempre que éstos fueren algo más que una simple mentira.

2.2. Jurisprudencia

a) A continuación se extractan y comentan sentencias en que los tribunales encuadraron los supuestos de hecho objeto de los juicios en la hipótesis genérica del art. 468 del CP[75]:

[75] Por no ser materia de este capítulo ni de esta memoria, no se extractan sentencias relativas a las hipótesis específicas del art. 468, sin embargo, pueden consultarse las siguientes: TOP La Serena, causa RIT N° 18–2004 (uso de nombre fingido); TOP Chillán, causa RIT N° 24–2005 (apariencia de comisión, empresa o negociación imaginarios); TOP Calama, causa RIT N° 24–2007 (apariencia de negociación imaginaria); TOP Copiapó, causa RIT N° 25 – 2005 (uso de nombre fingido).

a.1) “Contra Campos Torres, Lautaro”[76]. La Corte Suprema, en sentencia de fecha 19 de Junio de 2006, conociendo de un recurso de casación en el fondo, sostuvo que:

“La defraudación o ardid utilizado consistió en la presentación de un gran número de solicitudes de reembolsos y bonos de atención, con sus correspondientes boletas de honorarios médicos, extendidas por el médico cirujano encausado junto a los demás procesados, por un gran e inusual número de prestaciones traumatológicas correspondientes a patologías que estos mismos reconocen que no padecían […]. Que atento lo señalado […] se dan todos los presupuestos fácticos del delito de estafa o fraude por engaños, contenido en el artículo 468 del Código Penal”.

a.2) “Contra Tapia Campillay, Isaachar Gerardo”[77]. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de apelación, en sentencia de fecha 18 de Diciembre de 2006, consideró como constitutivo del delito del art. 468 del CP una hipótesis de usurpación de nombre. En efecto, la Corte sostuvo que:

“[L]os hechos establecidos en el fallo que se revisa revelan con claridad que tanto la referida falsificación, como la usurpación de nombre cometida en

[76] ROL: 4860-03, MJJ8427.
[77] Causa Rol N° 15.599–2006. Boletín de Jurisprudencia N° 4 del año 2007 de la Defensoría Penal Pública.

perjuicio de Ernesto Aliaga Flores, de que también se acusa a T.C., fueron un medio para cometer las diversas defraudaciones en perjuicio de los querellantes, por lo que […] deben penarse en concurso ideal con las estafas reiteradas de que es responsable. En efecto, tales conductas ilícitas integraron las maquinaciones o ardides que este último utilizó para la perpetración de las estafas, en términos que constituyeron un medio para defraudar el interés de los ofendidos que confiaron en obtener el pago de los cheques que T.C. se había procurado, aparentando ser el titular de una cuenta corriente que abrió en el Banco Bhif, a nombre del querellante E.A.F".

a.3) "Contra Fuentes Matamala, Juan"[78]. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 17 de Agosto de 2007, conoció un recurso de apelación sobre la base de los siguientes hechos: el acusado confeccionó deliberadamente documentación ideológicamente falsa, haciendo incurrir en error a las personas que, de acuerdo con la estructura administrativa de la empresa afectada, tenían facultades de disposición de bienes, procurando una disposición patrimonial de una suma de dinero superior a la necesaria para el cumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa, con el consiguiente enriquecimiento generado por el depósito de los excedentes en una cuenta de propiedad del acusado y el perjuicio patrimonial ocasionado para la empresa para la que prestaba servicios. Eso hechos, para la Corte, "configuran

[78] ROL: 14736–03, MJJ15557.

indiscutiblemente el delito de estafa, de aquella contenida en el artículo 468 del Código Penal".

a.4) "Contra Leiva Leiva, Fernando"[79]. La Corte de Apelaciones de La Serena conoció un recurso de apelación, en sentencia de fecha 7 de Abril de 1998, sobre la base de los siguientes supuestos de hecho: un sujeto hizo parecer como válido un cheque perteneciente a una sociedad de la cual era parte, suscribiéndolo únicamente con su firma, no obstante saber que la cuenta era bipersonal y, por lo tanto, no bastaba para la validez del cheque que se estampara únicamente su firma. Para la Corte, dicha conducta constituyó ardid, reuniéndose los requisitos del tipo del art. 468 del CP.

a.5) "Contra Barrera Triday, Gonzalo"[80]. El TOP de Quillota, en sentencia de fecha 22 de Junio de 2005, tuvo por probados los siguientes hechos: el acusado concurrió a un "servicentro" en dos días distintos, en donde cargó combustible tres veces por las sumas de $15.000, $30.000 y $25.000 respectivamente, las que canceló con tres cheques correspondientes a una cuenta corriente cuyo titular no era él, a pesar de lo cual extendió y firmó los dos primeros cheques con su nombre, mientras que en el tercero, sólo firmó con su nombre, de modo tal que presentados a cobro dichos documentos por

[79] Base de Datos Jurisprudenciales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte Suprema, Abril 1-4, 1998, causa Rol 3642–97.
[80] Causa RIT N° 19–2005.

el beneficiario, fueron protestados por el banco librado por la causal “firma no corresponde, orden de no pago por robo”, con el consiguiente perjuicio para el afectado. Frente a dichos supuestos de hecho, el Tribunal resolvió que:

“[L]os hechos descritos en el considerando anterior, pueden ser subsumidos en la figura de la estafa contenida en el artículo 468 del Código Penal, en grado consumado […] Que, en cuanto al primer elemento del tipo objetivo de la figura de la estafa contenido en el artículo 468 del Código Penal, esto es, la realización de una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, un ardid, maquinación o mise en scéne, este se encuentra acreditado con la declaración [del titular de la cuenta corriente] quien refirió que […] se percató que su camioneta estaba con el vidrio roto y le habían sustraído su bolsón con dos chequeras, […], llamó a Carabineros, puso la denuncia y dio orden de no pago a los cheques por teléfono la cual ratificó asistiendo al Banco. Posteriormente recibió un llamado [del dueño del “servicentro”] quien le informó que se había efectuado un pago con sus cheques, asistió a la Bomba y se enteró de lo ocurrido”.

En el caso en comento, el Tribunal estimó que la *mise en scène* se acreditó con la declaración del titular de la cuenta corriente quien refirió que se percató que sus chequeras le habían sido sustraídas, lo cual no deja de llamar la

atención pues, claramente ese no puede haber sido el hecho que indujo a error a la víctima mediante un despliegue externo de apariencias[81].

a.6) "Contra Alvarado Flores, Mauricio"[82]. El TOP de Valparaíso, en sentencia de fecha 11 de Febrero de 2006, resolvió que:

"[L]os hechos […] constituyen para estos sentenciadores el tipo penal establecido en el citado artículo 468 del Código Penal, toda vez que el acusado solicitó en reiteradas oportunidades dinero en efectivo a la cajera de la empresa, […], señalándole que luego él daría un cheque para cancelarlo, logrando de esta manera la entrega del dinero en efectivo por parte de la

[81] Otros sentencias en las que sancionó en base al art. 468 y que, por motivos de extensión y en razón de que en ellas el despliegue externo es más evidente que en las extractadas en el cuerpo de la memoria ofreciendo su análisis, por tanto, menor rendimiento que aquéllas, son las siguientes: 1) TOP de Concepción, causa RIT N° 310–2007, en la que el engaño consistió en dos oportunidades en cambiar las placas patentes de los vehículos vendidos por otras distintas, que correspondían a otros similares y de otras personas, haciéndoles creer que tenía poder otorgado por estas últimas, a quienes atribuía falsamente la calidad de propietarios de dichos móviles, para efectuar la venta, exhibiendo a los compradores mandatos falsos, forjados íntegramente por él, mientras que en un tercer caso sólo consistió en el uso de mandato falso, forjado, en que figuraba como mandante el propietario del vehículo objeto del contrato de compraventa y el acusado como mandatario, logrando de este modo llevar a cabo la venta; 2) TOP de Temuco, en causa RIT N° 6–2006, caso en que el engaño consistió en diversos actos llevados a cabo sin el conocimiento ni consentimiento de los ofendidos, orientados en al otorgamiento de un contrato en una Notaría de la que se encontraba ausente el Ministro de fe, llevándoles a estampar su firma en un documento que erróneamente creyeron se trataba de la rectificación de un testamento, y que a la postre resultó tratarse de una escritura por la cual hicieron transferencia a título gratuito a Luz Ojeda Campos de una parte importante de su patrimonio; 3) TOP Curicó RIT N° 43–2003, causa en que el engaño se configuró con el hecho de la compra de un auto chatarra con sus documentos y patente al día, la SE-4651, con un 70% de pérdida aproximada, con el objeto de extraer sus placas patentes, el sello verde catalítico y la revisión técnica; luego los acusados se hacen de alguna forma de un vehículo robado previamente y entregan para su venta a una Automotriz el auto robado días antes, pero con las placas patentes del auto chatarra adquirido con anterioridad, siendo, finalmente vendido dicho móvil vendido en la automotriz a la víctima.

[82] Causa RIT N° 197–2005.

mencionada cajera, persona que lo tenía a su cargo y sobre la cual pesaba la obligación de entregarlo al dueño para su depósito en un banco comercial, engañando a éste último al ordenarle a la cajera que en la cuadratura de la caja anotara que las facturas y/o boletas efectivamente pagadas por los deudores, se registraran como 'pendientes de pago', de manera que el dueño al revisar la planilla correspondiente asumiera, erradamente, que dichos documentos no habían sido cancelados y su pago se encontraba aún insoluto, hecho que constituye una maquinación falsa y astuta, dirigida a crear una falsa realidad frente a la víctima y, que la induce a error al aceptar que esos dineros son un crédito a su favor al registrarse en esa forma en la cuadratura de la caja, la cual revisaba todos los días, sin merecerle reparos, dada la dinámica del negocio en el que es común la compra a crédito".

En el caso en comento lo que hubo fue una simple mentira consistente en que el acusado señaló a la cajera que le daría un cheque para cancelar las sumas de dinero en efectivo que le pidió y una "maquinación falsa y astuta", en cuestionable concepto del Tribunal, consistente en la orden que el acusado le dio a la cajera que en la cuadratura de la caja anotara que las facturas y/o boletas efectivamente pagadas por los deudores, se registraran como pendientes de pago.

a.7) “Contra Hidalgo Vallejos, Juan Orlando”[83]. El TOP de La Serena, en sentencia de fecha 6 de Mayo de 2006, tuvo por probados los siguientes hechos: el acusado solicitó a la víctima distintas sumas de dinero en efectivo, por un total de $1.985.000, entregándole a cambio de las mismas cinco cheques respecto de los cuales éste no era titular, de modo tal que, presentados los referidos cheques a su cobro por la víctima, todos fueron protestados por haberse denunciado previamente por los titulares de las referidas cuentas corrientes como hurtados o robados, toda vez que las firmas estampadas en los mismos eran falsas y no correspondían a las de sus titulares. Frente a dichos hechos el Tribunal falló:

“[H]abiéndose probado que hubo una maquinación por parte del acusado al hacer aparecer como legalmente girados los [cheques], lo que indujo a error a la ofendida, obteniendo así el imputado que la ofendida se los cambiara por dinero, sin que ésta última haya podido cobrar los cheques en los respectivos bancos librados, produjo un perjuicio equivalente a la suma total de los documentos, dándose, de esta forma todos los elementos del tipo del delito de estafa, previsto en el artículo 468 del Código Penal, negando igualmente, de esta manera, la alegación de la defensa de recalificar estos hechos como constitutivos del delito residual de estafa del artículo 473 del cuerpo legal citado, toda vez que, hubo de parte del encausado una maquinación para

[83] Causa RIT N° 41–2006.

inducir a engaño a la víctima, lo que diferencia los tipos penales de las disposiciones citadas".

En el presente caso, el Tribunal estimó que la maquinación consistió en hacer aparecer como legalmente girados los cheques ajenos que, consecuentemente, no pudieron ser cobrador por la víctima.

a.8) "Contra Tralma Corvalán, Roxana y otro"[84]. El 3er TOP de Santiago, en sentencia de fecha 6 de Marzo de 2007, tuvo por probados los siguientes hechos: la acusada concurrió con su pareja comprando implementos deportivos, pagando para ello, con cheques que fueron llenados y firmados del puño y letra de la acusada, y presentados como documentos de pago con cargo a una cuenta corriente ajena y cerrada, aparentando ésta su titularidad y créditos asociados, al encontrarse falsamente estampado en dichos cheques su nombre. Antes dichos supuestos fácticos, el Tribunal sostuvo que:

"[A]parece incuestionable para el Tribunal […] que se configuran cada uno de los presupuestos legales exigidos por el legislador para dar por acreditado tres delitos de 'Estafa' […], previstos y sancionados en el artículo 467 N° 2 en relación con el artículo 468 del Código Penal […] existiendo de este modo las

[84] Causa RIT N° 348–2006.

falsificaciones que menciona el citado el artículo 468 al aparentar bienes y con ello la concurrencia de este tipo penal y no el otro."

En el caso en cuestión se estimó que el hecho de estampar una firma propia en un cheque correspondiente a una cuenta corriente ajena y entregarlo como medio de pago constituía un despliegue escénico propio del art. 468 al estarse, con ello, aparentando bienes.

a.9) "Contra González Zamorano, Alejandro"[85]. El 4° TOP de Santiago, en sentencia de fecha 6 de Marzo de 2007, resolvió que:

"[L]os hechos […] corresponde encuadrarlos dentro de la figura que describe el artículo 468 […]. El ardid, está compuesto tanto por las maniobras positivas desplegadas por el hechor como por el aprovechamiento de éste de las características del lugar donde se ubicó física y estratégicamente, esto es, en una calle conocidamente como en las que se establecen las Casas de Cambio en el centro de Santiago. En el hecho acreditado que afectó a don Jorge Henríquez, consta que el acusado se apostó a la salida de una Casa de Cambio, contigua a una galería comercial de un edificio antiguo, en cuyo interior hay muchas oficinas particulares y de empresas (hall de acceso en el tercer piso), con puertas similares y que cuenta con diversas vías de salida […]

[85] Causa RIT N° 14–2007.

ufanándose de manera inequívoca que trabajaba para una Casa de Cambios, captando el interés del afectado al ofrecerle un mejor tipo de cambio; conduciéndolo por el interior de dicho edificio para detenerse y entrar a la "supuesta oficina" que allí había, saliendo de ella con una calculadora y exhibirle con ella a la víctima, lo que recibiría con el cambio de divisa, resultando ser todo ello falso, pues dicho ingreso conectaba con los servicios de aseo, baños y salida interna del edificio hacia la calle, lo que permitió su huída con el dinero […] Igual cosa aconteció respecto de doña Elva Alarcón, pues ella creyó en la palabra del acusado cuando le dijo que él cambiaba dólares y la llevó hasta la entrada del […] 'Teletrak', lugar en el cual habían varios televisores que permiten aparentar, como le sucedió a la víctima en cuestión, que se trataba de una Casa de Cambios. Esta circunstancia fue aprovechada por el acusado, quien reconoció haberse acercado a ella para hacerle creer falsamente una realidad que no era tal".

Respecto de esta sentencia puede comentarse que el Tribunal sostuvo que "el ardid está compuesto tanto por las maniobras positivas desplegadas por el hechor como por el aprovechamiento de éste de las características del lugar donde se ubicó física y estratégicamente". Pues bien, como se vio, según la teoría de la *mise en scène*, tal como la expone Etcheberry[86], para subsumir una conducta en el tipo del art. 468 CP se requiere que el engaño consista en

[86] *Vid*. *supra* sección 2.1. del presente capítulo.

un despliegue externo de apariencias falsas que presten verosimilitud a una afirmación mendaz[87], mientras que cuando la actividad del sujeto se ha limitado a una mentira, pero ella ha provocado una falsa representación de la realidad en la víctima, debido a la existencia de apariencias externas que presentan verosimilitud a lo afirmado por el mentiroso, se debe sancionar a título del art. 473 CP.

Ahora bien, en el caso en comento más que el despliegue externo de apariencias, se aprecia el aprovechamiento de apariencias externas no desplegadas por el acusado y aún así se sancionó en base al art. 468 CP. En efecto, en el caso de la primera víctima el engaño consistió en: 1) el ofrecimiento de un mejor tipo de cambio, lo cual es una simple mentira; 2) la conducción de la víctima por el interior de un edificio para detenerse y entrar a la supuesta oficina que allí había, lo cual es aprovechamiento de una apariencia externa, y 3) la exhibición a la víctima de una calculadora indicándole la suma que recibiría con el cambio de divisa, única conducta que podría considerarse como un despliegue externo de apariencias, aunque, claro está, bastante rudimentario. En el caso de la segunda víctima, en tanto, el engaño consistió en: 1) la afirmación del acusado consistente en que él cambiaba dólares, lo cual es una simple mentira, y 2) llevar a la víctima hasta la entrada del "Teletrak", lugar en el cual habían varios televisores que

[87] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), pp. 406 y 407.

permiten aparentar que se trataba de una Casa de Cambios, lo cual es el aprovechamiento de una apariencia externa no desplegada por el acusado, en efecto, el Tribunal sostuvo que "[e]sta circunstancia fue aprovechada por el acusado" y aún así subsumió la conducta en el art. 468.

b) A continuación se reseñan casos en los que se sancionó en base al artículo 473 del CP:

b.1) "Contra Cristián Enrique Mena Niebdalski"[88]. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, en sentencia de fecha 11 de Noviembre de 1998, teniendo como antecedente fáctico que el querellante entregó al querellado la suma de $8.987.000 y este último, por su parte, le entregó un cheque por igual cantidad, el que fue protestado por mal extendido (por faltarle la mención manuscrita "mil"), toda vez que no poseía fondos en su cuenta corriente que cubrieran el valor del documento, resolvió que:

"[L]a conducta descrita […] constituye una maquinación engañosa tendiente a defraudar al querellante […]. Este artificio causó un perjuicio económico al recurrente, todo lo cual configura el delito a que se refiere el artículo 473 del Código Penal".

[88] FM N° 480, 1998, pp. 2347 y ss., causa Rol N° 3.002–98.

b.2) “Contra Leiva Agurto, José y otro”[89]. La Corte de Apelaciones de La Serena, conoció de una apelación, en sentencia de fecha 6 de Enero de 1998, sobre la base fáctica consistente en que una persona giraba cheques como mandatario de una sociedad, aun cuando el mandato le había sido revocado. Ante ello, la Corte estimó que había estafa conforme a lo tipificado en el art. 473 del CP.

b.3) “Contra Tricallotis Figueroa, Raúl”[90]. La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió una apelación de un auto de procesamiento, en sentencia de fecha 17 de Marzo de 1998, consistiendo los hechos en que los encausados ofrecieron planes de financiamiento al publico prometiendo la entrega de determinados bienes en ciertos plazos, sabiendo o no pudiendo menos que saber, que no podrían cumplirse dada la escasa capacidad económica que tenían para respaldar dichas operaciones, de modo tal que, cuando se les solicitaba el cumplimiento de lo prometido, variaban las condiciones haciéndolas mas difícil de cumplir para los interesados. En concreto, los afectados entregaban determinadas cifras que luego no les eran devueltas o les eran ofrecidas devuelta con un importante descuento. En cuanto al derecho, la Corte resolvió que “los hechos antes descritos son constitutivos del delito de estafa reiteradas, previstos y sancionados en el articulo 473 del Código Penal”.

---

[89] Base de Datos Jurisprudenciales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte Suprema, Enero1-4, 1998.
[90] GJ N° 213, Marzo 1998, pp. 162–165, causa Rol 4600–98.

b.4) “Contra Carrasco González, Luis y otro” [91]. La Corte de Apelaciones de Valdivia falló un recurso, en sentencia de 21 de Julio de 1998, sobre la base de los siguientes hechos: Una persona con conocimientos de contabilidad adulteraba documentación de terceros, para que estos pudieran obtener créditos de tres financieras, cobrando emolumentos por dicha actividad. En una de las financieras, un empleado de la misma, enviaba clientes con dicha persona y cursaba créditos con la documentación falsa. Esta actividad causo perjuicios económicos a diversas entidades financieras. En cuanto al Derecho, la Corte estimó que había engaño en la conducta de los sujetos activos, que, mediante el uso de antecedentes falsos para aparentar que los solicitantes tenían suficiente respaldo patrimonial para pagar préstamos. Para la Corte, el art. 473 del CP estable el tipo básico de estafa y no la figura residual. Siendo las disposiciones de los arts. 467 y 468 del mismo cuerpo legal, agravaciones del mismo delito. No encontrándose contemplado el engaño cometido por las partes dentro de las formas agravadas de los arts. 467 y 468, debe aplicarse la norma del 473.

b.5) “Contra Ibarra González, Eduardo”[92]. El TOP de Ovalle, en sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2004, sostuvo que:

---

[91] Base de Datos Jurisprudencial. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte Suprema, Julio 3-4,1998. causa Rol 2234–98.
[92] Causa RIT N° 72–2004.

"[L]as proposiciones fácticas […] constituyen un delito de estafa residual o genérica, contemplado en el artículo 473 del Código Penal, […] toda vez que […] se acreditó que el acusado entregó en supuesto pago de la convención celebrada dos cheques de un tercero –sabiendo que pertenecían a un tercero y simulando que eran propios– provocando con ello un error en la víctima –Norma Cecilia Hernández Videla–, a consecuencia del cual ésta entregó las especies objeto del contrato a cambio de una suma de $678.000, sufriendo así el tenedor de los cheques un perjuicio, equivalente al importe de los cheques mencionados".

b.6) "Contra Greco Arancibia, Cristián"[93]. El TOP Viña del Mar, en sentencia de fecha 5 de Julio de 2005, tuvo por acreditado que el acusado, en compañía de una persona de sexo masculino, concurrió a una automotora donde decidió comprar un automóvil y luego de acordar el acusado con el vendedor, el monto y la forma de pago, y sólo al momento de confeccionar éste último la documentación respectiva, le manifestó que el vehículo lo iba a cancelar con cheques de la cuenta corriente de su acompañante. Tales documentos fueron girados y firmados por el titular de la cuenta corriente que acompañaba al acusado. Ninguno de dichos cheques, pudo ser efectivamente cobrado por el

[93] Causa RIT N° 62–2005.

beneficiario por ser protestado por cuenta cerrada. En cuanto al derecho, el Tribunal estimó que:

"[L]os hechos materia de la acusación […], son constitutivos del delito previsto y sancionado en el art. 473 del Código Punitivo".

b.7) "Contra Vera Roga, Willanis"[94]. El TOP de Chillán, en sentencia de fecha 12 de Septiembre de 2005, tuvo por acreditados los siguientes hechos: El acusado solicitó a tres compañeros de trabajo que le hicieran traspaso de sus cupos por atención dental del servicio de bienestar de la empresa en que trabajaban, para lo cual éstos llenaron una solicitud, recibiendo por concepto de reembolsos por tratamientos dentales, uno de los compañeros de trabajo, la suma de $185.000 y los otros dos la cantidad de $187.665 cada uno, dinero que entregaron al acusado. Para lograr estos pagos el acusado obtuvo boletas de honorarios extendidas por un dentista, las que daban cuenta de tratamientos dentales supuestamente hechos a sus compañeros de trabajo, los que realmente no se realizaron. En resumen, el servicio de bienestar del mencionado instituto resultó perjudicado al pagar esos reembolsos por prestaciones inexistentes. Frente a dichos hechos, el Tribunal estimó que:

[94] Causa RIT N° 55–2005.

“[L]os tres hechos materia de este juicio, constituyen cada uno de ellos, el delito de estafa residual o genérica, en perjuicio del Servicio de bienestar del INIA QUILAMAPU,[…] ilícitos […] contemplados en el artículo 473 del Código Penal ya que no se logró acreditar ninguna de las situaciones establecidas en el artículo 468 del Código Punitivo”.

En este caso, cabe señalar que el actuar del acusado se valió de despliegues externos, como obtener boletas de honorarios extendidas por un dentista, y que, aún así, se sancionó en base al art. 473 CP y no en base al art. 468.

b.8) “Contra Andrade Jaure, Enrique”[95]. El TOP de La Serena, en sentencia de fecha 18 de Noviembre de 2005, tuvo por probados los siguientes hechos: El acusado, en circunstancias que conducía por la ruta 5 Norte se estacionó frente a un local comercial ubicado en las inmediaciones de la Tenencia de carreteras de Elqui o Juan Soldado, ingresando a dicho local comercial y, ejecutando un diálogo con un presupuesto falso, como el señalar que le habían pasado una infracción de tránsito momentos antes y fingiendo poseer capacidad económica o de pago, procedió a solicitar a su dependiente, doña Ingrid Contreras Gallardo, le vendiera productos elaborados con frutas típicas de la zona, las que guardó en una caja y trasladó al camión que conducía, para

[95] Causa RIT N° 127–2005.

posteriormente solicitarle a esta misma le cambiara un billete de $20.000, -el que no poseía el acusado-, en dos billetes de $10.000, indicándole que lo tenía en la cabina del vehículo, volviendo el encausado a guardar en una bolsa mercadería consistente en papayas elaboradas en diferentes formas, las que entregó la víctima junto con dos billetes de $10.000, manifestando el encausado que iba al camión a buscar el billete de $20.000, y con estas especies en su poder se dirigió al vehículo de carga, en el cual huyó del lugar, siendo detenido por carabineros unos kilómetros más al sur. Frente a los supuestos fácticos narrados, el Tribunal sostuvo que:

"[E]stos hechos son constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 473 del Código Penal, que la jurisprudencia y la doctrina denomina estafa residual, […]. En efecto, en la especie ha quedado demostrado que el acusado provocó una falsa representación de la realidad en la víctima, para lo cual junto con provocar un clima de confianza con aquella, ejecutó además acciones que significaron aparentar solvencia económica que en realidad no poseía, las que dieron verosimilitud a su pretensión logrando de esta manera la disposición patrimonial por parte de la perjudicada".

Llama la atención que en este caso el Tribunal sostuviera que el acusado "ejecutó […] acciones que significaron aparentar solvencia económica que en realidad no poseía, las que dieron verosimilitud a su pretensión logrando de

esta manera la disposición patrimonial por parte de la perjudicada", engaño que es una de las hipótesis específicas del art. 468 CP y que, aún así, subsumiera la conducta en el tipo del art. 473 CP.

b.9) "Contra Canales Figueroa, Oxciel"[96]. El TOP de Viña del Mar, en sentencia de fecha 26 de Abril de 2006, resolvió que:

"[L]a acción desplegada por el acusado […] consistió en una forma de engaño distinta […] de las conductas exigidas por el artículo 468 […], toda vez que no se creó una apariencia o puesta en escena, ni siquiera un ardid, que diera sustento a la actuación del acusado". Continúa el fallo señalando que "los hechos materia de la acusación […] constituyen reiteración de la figura residual de estafa, prevista y sancionada en el artículo 473 del Código Punitivo, toda vez que se demostró que el acusado, mediante engaño consistente en suscribir con su propia firma cheques de la cuenta corriente de Carlos Eduardo Gómez Vicencio, que carecían del nombre de su titular, y poner a su reverso el número de su cédula de identidad, adquirió bienes en diversos locales comerciales, ocasionando con ello un perjuicio a terceros, en la medida que estos no lograron resarcirse de la pérdida patrimonial".

[96] Causa RIT N° 181–2005.

b.10) “Contra Rojel Giliberto, Ricardo”[97]. El TOP de La Serena, en sentencia de fecha 5 de Abril de 2007, señaló que:

“[E]l despliegue escénico, realizado por el hechor […] que […] publicaba los servicios de una empresa Constructora, a bajos precios, en el caso de la primera víctima […] consistió en que incluso ofreció iniciar las obras con sus recursos económicos, pese a registrar diversas morosidades en el sistema financiero. Impresionaba a las víctimas como una persona confiable, en los tres ilícitos. En el primer y [en el] último caso dio inicio a las tareas, en un principio, con celeridad para generar confianza, logrando que las víctimas, basadas en esta falsa apreciación de la realidad, dispusieran de sus recursos, incluso en repetidas oportunidades, sufriendo en definitiva un perjuicio económico. […] Fue la simulación del acusado la que determinó el error de sus víctimas, con quienes suscribía contratos notariales u otros documentos, para dotar a sus negocios de una apariencia de seriedad, pero luego comenzaba a otorgar excusas, como estafas, pagos a trabajadores y proveedores, para determinar a sus víctimas a entregar más y más dinero, sin avanzar en las obras o sin siquiera iniciarlas. […] Además de una lesión patrimonial para las víctimas, existió el incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas, mediante engaño, conducta que constituye una estafa contractual, materializada en este caso merced a una forma de embaucamiento que

[97] Causa RIT N° 3–2007.

contempla el artículo 473 del ordenamiento recién citado [CP]. En efecto, el actuar desplegado por el acusado, en los tres casos enunciados, constituye evidentemente, en concepto del tribunal, una maquinación engañosa, tendiente a defraudar a las víctimas y que es residual al artículo 468 del Código Penal".

En este caso llama la atención que, a pesar de que el Tribunal calificó al engaño como "un despliegue escénico" y una "maquinación engañosa" sancionara a título del art. 473 CP y no a título del art. 468 CP.

De la revisión de las sentencias extractadas se colige que se impone como criterio delimitador de los arts. 468 y 473 el de la *mise en scène*, ya que lo que subyace a la decisión de aplicar el art. 468 o el art. 473 es la ponderación de la entidad del engaño atendiendo a si se concretó o no en un despliegue externo de apariencias. Consecuentemente con ello la mayoría de las veces en que recibió aplicación el art. 468 en su hipótesis genérica se habló de ardid (a.1, a.2, a.3, a.5 y a.9), maquinación (a.2, a.5 a.6 y a.7) o *mise en scène* (a.5), términos que son utilizados por los autores que defienden la teoría de la *mise en scène* para referirse a los engaños que satisfacen las exigencias de sofisticación requeridas por ella. Sin embargo, este criterio no siempre se aplica consistentemente, pues hay casos de simples mentiras que se sancionan en base al art. 468 (a.6 y a.9). Así como, por otro lado, hay casos en que, aun habiendo despliegue externo de apariencias, se sanciona en base al

art. 473 (claramente, b.7). Por lo demás, según lo expuesto por los defensores de la teoría de la *mise en scène* el ámbito de aplicación del art. 473 sería muy limitado, aplicándose solo en dos casos muy calificados[98], sin embargo, los casos analizados en la jurisprudencia en que se aplica el art. 473 no se enmarcan dentro de esos supuestos.

Por lo demás, se puede observar que la dificultad en la delimitación de los arts. 468 y 473, de acuerdo a la teoría de la *mise en scène,* queda de manifiesto en casos que presentan el mismo supuesto de hecho y que, sin embargo, son subsumidos en tipos distintos. Eso ocurre en casos en los que el acusado recibió de la víctima bienes o dinero en efectivo, entregando a cambio cheques respecto de los cuales no era titular y que, sin embargo, firmó como propios, de modo tal que, presentados a su cobro, fueron protestados, casos en los que unas veces se falló en base al art. 468 (a.5, a.7 y a.8) y otras en base al art. 473 (b.5 y b.9). Otro tanto ocurre en casos de presentación de solicitudes de reembolsos y bonos de atención médica, con sus correspondientes boletas de honorarios médicos relativas a prestaciones inexistentes, casos en los que una vez se subsumió la conducta en el art. 468 (a.1) y otra vez en el art. 473 (b.7).

[98] *Vid. supra* Sección 2.1. del presente capítulo.

Además, en ocasiones, se falla en base al art. 473 y se dice que el engaño consistió en un “despliegue escénico” o “maquinación engañosa” (b.10), circunstancia que, según la teoría de la *mise en scène* hace aplicable la disposición del art. 468 CP., incluso hay un caso en el que se sostuvo que el engaño constituyó una de las hipótesis específicas del art. 468 y, aun así, se sancionó en base al art. 473 (b.8).

3. Esquema de elementos de la estafa

3.1. Exposición y estado de la cuestión

El tipo básico de estafa, sea que éste se encuentre en el art. 468 CP, en el art. 473 CP, o en ambos, es un tipo complejo, tanto por la cantidad de sus

elementos, como por el modo en que ellos deben relacionarse para tener por configurado el delito de estafa[99].

En relación a los elementos de la estafa, cabe recordar que el CP no formula una definición de estafa[100], por consiguiente, el concepto de estafa o su esquema de elementos ha sido aportado por la doctrina para luego ser compaginado intelectualmente con el texto legal. Esto ha dado lugar a la creación de un concepto extralegal[101], o tipo de interpretación[102], que ha servido de base a la aplicación de los arts. 468 y 473 del CP, y que se encuentra constituido por cuatro elementos objetivos que hoy son aceptados de modo casi unánime, a saber: a) engaño; b) error; c) disposición patrimonial, y d) perjuicio.

El esquema de elementos reseñado es fruto de la dogmática europea de comienzos del siglo XIX[103], y llegó a nuestro medio a través de la doctrina, principalmente a partir de la obra de Antón Oneca[104], quien fue uno de los

---

[99] Piña, *op. cit.*, p. 45.
[100] *Vid supra*, sección 2 del presente capítulo.
[101] Hernández Basualto, *op. cit.*, p. 151.
[102] Romero, *op. cit.,* pp. 107 y ss.
[103] Hernández Basualto, *op. cit.*, p. 154; Piña Rochefort, *op. cit.*, p. 46; *Vid.* Valle Muñiz, *op. cit.,* (nota 9) pp. 22 y ss. y 104 y ss.
[104] En efecto, Antón Oneca conceptualizó a la estafa como "la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que determina un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero". Antón Oneca, *op. cit.*, p. 70. Para apreciar la influencia de la pionera conceptualización de Antón Oneca en el Derecho español, *vid*. Núñez Castaño, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

primeros autores en el ámbito hispano parlante en definir a la estafa en base a los cuatro elementos objetivos enunciados.

En la doctrina nacional dicha concepción goza de amplia aceptación. Así, para Etcheberry[105], "los elementos típicos del fraude por engaño son: la simulación, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio". Por su parte, para Garrido Montt[106], "los elementos del fraude están constituidos por un *engaño*, que provoca un *error en una persona*, a consecuencia de la [sic] cual ésta efectúa una *disposición patrimonial* que provoca un *perjuicio* en el *engañado o un tercero*". Para Yubero[107], en tanto, "la estafa puede ser definida como la conducta engañosa (o en engaño), que, determinando un error en una o varias personas, las induce a realizar una acto de disposición que se traduce en una consecuencia lucrativa para el agente", agregando que "[a]unque esta definición no alude al perjuicio de la víctima, es obvio que este elemento quede tácitamente subentendido; el acto de disposición provocado con engaño y el lucro del agente ponen de manifiesto que el perjuicio de la víctima es secuela lógica del delito consumado". En el mismo sentido, Politoff/Matus/Ramírez[108] señalan que los elementos específicos de la estafa son: "i) El *engaño* (acción de engañar); ii) El *error* que ese engaño produce en la víctima (efecto de engañar); iii) La *disposición patrimonial* (acto que genera el perjuicio) que

[105] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), p. 392.
[106] Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 321.
[107] Yubero, *op. cit.*, pp. 27 y 28.
[108] Politoff *et al, op cit.,* p. 418.

provoca el autor del delito mediante su engaño, y iv) El *perjuicio* patrimonial (pérdida propiamente tal) que sufre una persona.". Asimismo, Hernández Basualto señala que "según opinión unánime en la actualidad, la estafa consiste en un engaño que produce un error, el que a su vez motiva una disposición patrimonial que resulta perjudicial"[109]. Finalmente, Piña Rochefort señala que "tradicionalmente –y con una amplia aceptación doctrinaria– se ha entendido que los elementos de la estafa son cuatro: a) la existencia de un engaño suficiente, b) que haga incurrir a la víctima en un error, c) por el cual ésta hace una disposición patrimonial que d) le produce un perjuicio"[110].

Ahora bien, la construcción de la estafa en torno a los cuatro elementos objetivos respecto de los cuales concuerda la doctrina nacional, tal como lo resalta Hernández Basualto[111], apenas logra encontrarse reflejada en el derecho vigente, lo cual, no significa que la definición sea incompatible con nuestra ley, dado que, con excepción del requisito de la disposición patrimonial, todos los demás requisitos pueden detectarse en la ley chilena. Así, profundiza el autor, el engaño puede detectarse en el propio epígrafe del párrafo 8 del Título IX del Libro II del CP, como también en los arts. 468 y 473, y en otras disposiciones particulares. Con ello se puede deducir también el elemento error, como contrapartida de la conducta del agente, envuelto en la

[109] Hernández Basualto, *op. cit.,* p. 150.
[110] Piña Rochefort, *op. cit.*, p. 46.
[111] Hernández Basualto, *op. cit.*, p. 151.

equivocidad de la palabra engaño en nuestro idioma. En cuanto al perjuicio, tanto la ubicación sistemática entre los delitos contra la propiedad, la determinación de la pena conforme al monto del perjuicio en el art. 467, o la referencia expresa en el art. 473, permiten sentar sin grandes dificultades también dicha exigencia.

En relación a este esquema tradicional, cabe señalar que se puede cuestionar la autonomía del error y la disposición patrimonial como elementos de significación análoga al engaño y al perjuicio, entendiendo, empero, que el error está en función del engaño y la disposición patrimonial está en función del perjuicio. En ese sentido, Etcheberry señala que "suele decirse que los elementos típicos del engaño son dos: 1) El engaño, y 2) El perjuicio"[112], afirmación que, según el autor, "es correcta, siempre que se tenga en consideración que el concepto de "engaño" es complejo, y comprende tanto una actividad del sujeto (simulación) como un efecto en la psiquis de la víctima (error), y que, por otra parte, el perjuicio, en cualquiera de sus formas, resulta siempre de una prestación o disposición patrimonial del sujeto pasivo"[113].

Aunque en términos prácticos el planteamiento antes esbozado no difiera en demasía del modelo tradicional, en cuanto no excluye ninguno de los elementos señalados por éste, sino que a lo más subsume algunos de ellos en

[112] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), p. 392.
[113] *Ibid*.

otros, tiene el mérito de poner de relieve que los elementos fundamentales de la estafa son el engaño y el perjuicio, siendo el error y la disposición escalones que servirán para imputar, mediatamente, el engaño al perjuicio.

Como se señaló con anterioridad, la complejidad del tipo de estafa no viene dada sólo por la multiplicidad de sus elementos, sino también por el especial modo en que éstos deben vincularse, vinculación que, justamente por la cantidad de elementos típicos de la estafa, presenta particularidades respecto de los clásicos delitos de resultado, de los cuales es paradigma el homicidio. En ese contexto, Antón Oneca señala que los elementos de la estafa "han de estar unidos entre sí por enlaces de causalidad: la conducta engañosa con el error, éste con el acto de disposición, y el acto de disposición con el perjuicio"[114]. Por su parte, y ya en el ámbito nacional, Etcheberry señala que "estos elementos objetivos se encuentran entre sí ligados por una relación de causalidad"[115]. Finalmente, e indagando en la naturaleza de la relación en análisis, Contreras Torres sostiene que "existirá nexo causal material cuando la defraudación causada a la víctima corresponda a un determinado comportamiento fraudulento del agente. Y más aún cuando la defraudación sea la consecuencia necesaria de los medios fraudulentos empleados por el

[114] Antón Oneca, *op. cit.*, p. 80.
[115] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), p. 392.

sujeto activo del delito, de tal manera que exista la debida relación de causa a efecto" [116].

Sin embargo, hay autores que sostienen que la vinculación entre los distintos elementos de la estafa no debe analizarse a la luz de la causalidad entendida en términos naturalísticos, sino que a la luz de criterios normativos proporcionados por la teoría de la imputación objetiva. De este modo, para esos autores, la relación que se debe dar entre los elementos de la estafa para tener por configurado el delito no es causal sino normativa. En ese sentido, Politoff/Matus/Ramírez señalan que "entre el engaño y el resultado del delito (el perjuicio patrimonial) debe existir una *relación causal*; esto es, debe poder *imputarse objetivamente* al autor del engaño el resultado que se trata de evitar (el perjuicio)[117]. En el mismo sentido, aunque más elocuentemente, Piña señala que es preciso normativizar la relación entre los elementos de la estafa[118], dado que es posible identificar algunos casos en los que no puede apreciarse la linealidad causal entre los elementos de la estafa que afirma el modelo clásico[119]. Según Piña, esto ocurre en la estafa procesal[120]. En efecto,

---

[116] Contreras Torres, Raúl, *El delito de estafa*, actualización de la primera edición de 1966, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1992, p. 6.
[117] Politoff *et al, op. cit.,* p. 418.
[118] Piña Rochefort, *op. cit.,* p. 49.
[119] Según el "modelo clásico" el engaño "causa" el error, éste a su vez "causa" la disposición patrimonial, la que, a su vez, "causa" el efecto perjuicio.
[120] Según Grisolía "la estafa procesal es la perpetrada en un proceso en que el destinatario del ardid es el juez de ese proceso, a quien se busca engañar, a fin de obtener una sentencia, fundada en la falsedad del ardid, que favorezca a una parte en detrimento injusto del patrimonio de la otra. O sea, la estafa llevada a cabo en un juicio con la inocente intervención

según dicho autor, en ese caso, no puede apreciarse rigurosamente un error en la víctima, que se ve obligada a disponer patrimonialmente y perjudicarse por parte del órgano que ejerce jurisdicción, imputándose la disposición patrimonial al engaño sin detenerse causalmente en el error, dado que la víctima nunca ha incurrido en él y dispone patrimonialmente porque se lo ordena el Tribunal (que es el que yerra). A mayor abundamiento, Piña sostiene que también es posible imaginar que, en un caso de estafa procesal, el condenado fraudulentamente a hacer la disposición se niegue a ello, debiendo realizarse el correspondiente retiro de especies con fuerza pública, procediéndose luego a su remate, caso en el cual faltan tanto el error como la disposición patrimonial voluntaria, pero el perjuicio se imputará al engaño consumándose la estafa[121].

Un punto discutido en la doctrina nacional en torno al esquema de elementos de la estafa radica en la exigencia o prescindencia de un elemento subjetivo adicional al dolo: el ánimo de lucro. Una parte de la doctrina se pronuncia en contra de la inclusión de este elemento. De este modo, Etcheberry señala que "[n]i en la definición de fraude por engaño, ni en el texto legal que sanciona estos delitos entre nosotros, se menciona como un elemento típico de ellos el beneficio o enriquecimiento del sujeto activo. Por lo

---

de un juez inducido por el engaño eficaz desplegado en el proceso". Grisolía, Francisco, "La estafa procesal en el derecho penal chileno", en *RChd,* vol. 24 N°3, 1997, p. 417.

[121] Piña Rochefort, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

tanto, el dolo propio de este delito no necesita incluir el propósito de enriquecimiento”[122]. Mientras que Garrido Montt sostiene que “[e]n el Código nacional, ninguno de los artículos que tratan de las estafas hace [sic] referencia a este ánimo, a diferencia de lo que hizo el art. 432, al definir el hurto y el robo, en los cuales sí lo establece como elemento subjetivo”[123]. También Piña Rochefort se manifiesta en contrario de la inclusión del ánimo de lucro como elemento del tipo de estafa, en base a una interpretación gramatical, señalando que la R.A.E. define el lucro como “ganancia o provecho que se saca de algo”, sin precisar si sólo se trata de una ganancia o provecho propio o bien puede ser ajeno, pudiendo, en consecuencia, un concepto amplio de lucro, incorporar ambos tipos de ganancias. Ahora bien, según Piña, en el hurto, delito en que expresamente se ha consagrado el ánimo de lucro como elemento del tipo, el lucro debe referirse a la propia persona que hurta. Desde dicha perspectiva no sería hurto aquella sustracción de cosa mueble sin la voluntad del dueño para dársela a otro que no ha participado en tal acción. Pues bien, según Piña, esas mismas consecuencias pueden producirse si se exige ánimo de lucro en la estafa[124]. En el mismo sentido de los autores anteriores, aunque no con la misma elocuencia, se pronuncian Polititoff/Matus/Ramírez[125] y Labatut.[126]

---

[122] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), p. 402.
[123] Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 333.
[124] Piña Rochefort, *op.cit.,* p. 107 y 108.
[125] Politoff *et al, op.cit.,* pp. 419 y 440.
[126] Labatut, *op. cit.,* pp. 224 y 226.

Por el contrario, Contreras Torres señala que se debe considerar al fin de lucro como elemento integrante del delito de estafa "puesto que esta finalidad […] es el nexo necesario que une la participación del agente con la defraudación causada y el correlativo beneficio que supone el delito de estafa" [127]. También Yubero se pronuncia a favor de la inclusión del ánimo de lucro como elemento de la estafa, al postular que "parece válido sostener que está ínsito en el verbo "defraudar" que el legislador emplea en la enunciación de las diversas figuras tipificativas de la estafa"[128]. Asimismo, Grisolía[129] sostiene que "[e]l ánimo de lucro es un elemento subjetivo del injusto que contiene la descripción típica", señalando que "[v]iene definido por el artículo 432 C.P., cabeza de serie de todo el articulado relativo a los delitos contra la propiedad". Finalmente, Hernández Basualto, indica que "parece más conforme con lo que fenomenológicamente se entiende por estafa exigir dicho ánimo", sosteniendo que "tanto los orígenes históricos del tipo penal como el contexto ineludible del derecho comparado […] y la imagen arraigada del injusto en que incurre el estafador indican que la estafa no es simplemente un delito de daño del patrimonio ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de dicho patrimonio"[130], agregando, como argumento adicional, que "[a] la misma conclusión debieran llegar consecuentemente aquellos autores que, entre nosotros, clasifican la

[127] Contreras Torres, *op. cit.,* p. 74.
[128] Yubero, *op. cit.,* p. 70.
[129] Grisolía, *op. cit.,* p. 421.
[130] Hernández Basualto, *op. cit.,* pp. 188 y 189.

estafa entre los delitos de apropiación (por medios inmateriales) contra la propiedad, como hace Etcheberry, o bien entre los delitos de enriquecimiento por defraudación, como hacen Matus/Ramírez, en vez de tratarlos entre los delitos de destrucción o daño"[131].

El objeto de esta memoria motiva que sólo nos aboquemos a la conceptualización del primer elemento del delito de estafa: el engaño. Según Antón Oneca el engaño consiste "en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas"[132], citamos la definición del autor español por la influencia que ha tenido en la doctrina nacional. Así, Yubero[133] reproduce textual la definición antes transcrita. Etcheberry, en tanto, sostiene que el engaño (que él denomina simulación) es "toda acción u omisión capaz de crear en otra persona una falsa representación de la realidad"[134], esto es, generar un error. Por su parte, Politoff/Matus/Ramírez sostienen que el engaño consiste en una "simulación, alteración u ocultación de un hecho verdadero"[135]. Mientras que para Garrido Montt el engaño es "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"[136]. Para Labatut, en tanto, el engaño consiste en la "mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error

---

[131] *Id.,* p. 189.
[132] Antón Oneca, *op. cit.,* p. 80.
[133] Yubero, *op. cit.,* p. 100.
[134] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), p. 393.
[135] Politoff *et al, op. cit.,* p. 418.
[136]Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 321.

ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa”[137]. En la doctrina alemana Cramer[138] sostiene que el engaño es “cualquier conducta que, influyendo en la representación intelectual de otro, le conduzca a una falsa idea de la realidad o lo mantenga en ella”.

Sirva esta reseña para demostrar que los esfuerzos conceptualizadores del engaño son tan abundantes como infructuosos, dado que resulta evidente que la descripción y delimitación de la conducta típica en la estafa no se puede realizar únicamente en base al concepto de engaño[139], siendo, en consecuencia, la vía idónea para dicha determinación y delimitación no la mera definición del engaño sino, principalmente, el análisis de los tópicos que se abordan en los siguientes dos capítulos de esta memoria.

En suma, la doctrina nacional está de acuerdo en torno a cuáles son los elementos objetivos del tipo básico de estafa, a saber: el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio (aunque se puede cuestionar, sin mayor relevancia práctica, la autonomía conceptual del error y la disposición patrimonial) elementos que no se extraen de una definición legal de estafa, dado que ésta no existe en el CP, y que apenas logra encontrarse reflejada en dicho cuerpo legal, sin embargo, dicha construcción es compatible con nuestra

---

[137] Labatut, *op. cit.,* p. 225.
[138] Cramer, Peter. *Schönke/Schröder: Kommentar Zum Strafgesetzbuch*, 23ª ed., München.,1988 **§** 263, nm. 6.
[139] Valle Muñiz, *op. cit.,* (nota 9) pp. 142 y 143.

ley. Por otro lado, la vinculación que se debe dar entre los elementos típicos de la estafa, en razón de su multiplicidad, presenta particularidades respecto de los clásicos delitos de resultado, entendiendo una parte de la doctrina que dicha vinculación debe traducirse en una conexión causal y lineal entre los distintos elementos, mientras que otro sector sostiene que dicha vinculación debe darse y constatarse en términos normativos. Por lo demás, no existe consenso en la doctrina nacional en torno a la exigencia del ánimo de lucro como requisito subjetivo adicional al dolo. Finalmente, y en relación al engaño, cabe señalar que la sola definición de éste es incapaz de describir y delimitar la conducta típica en el delito de estafa.

3.2. Jurisprudencia

a) "Contra Ovalle Rodríguez, Alfredo y otros"[140]. La Corte Suprema, en sentencia de casación de fecha 13 de Mayo de 1998, señaló que:

"[L]os delitos de defraudación contemplados en el Código Penal suponen la existencia de ciertos elementos comunes unidos todos sucesiva y causalmente, a saber: la simulación o engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial."

[140] RDJ1005 (MJJ), causa rol N° 70.966.

b) “Contra Hurtado Lambert, Fernando y otro”[141]. La Corte Suprema, conociendo un recurso de casación en el fondo, en sentencia de fecha 17 de Junio de 1999, sostuvo que:

“Tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen unánimemente que para la configuración de la estafa descrita por el artículo 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. Más discutible es, en cambio, a la luz de la ley en vigor, la exigencia de ánimo de lucro en el autor o la obtención por él de un lucro efectivo”.

c) “Contra Rojas Lillo, Ariel Enrique”[142]. La Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de apelación de fecha 24 de Marzo de 1999, sostuvo:

“[E]n todo caso siempre es exigible el engaño, el despliegue externo de apariencias falsas, una desfiguración dolosa de la realidad, que actúe como causa determinante de un error, éste a su vez, del acto de disposición patrimonial y este último, del perjuicio, todos estos elementos unidos por un nexo de causalidad directo e inequívoco.”

[141] RDJ, sección cuarta, N° XCVI, 1999, t. 1, pp. 159 y ss.
[142] GJ Nº 225, Marzo de 1999, pp. 137 a 139, causa rol N° 346–99.

d) “Contra Reyes Soto, Luis Daniel”[143]. El TOP de Temuco, en sentencia de fecha 15 de Junio de 2004, señaló que:

“Aunque el artículo 468 del Código Penal ha recurrido a una enumeración casuística, para que exista el delito de estafa se requiere de la existencia de varios elementos, cual es que exista un engaño, que éste induzca a error a la víctima, que producto de dicho error ésta haga una disposición patrimonial y que esta disposición patrimonial le provoque un perjuicio”.

e) “Contra Ibarra González, Eduardo”[144]. El TOP de Ovalle, en sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2004, señaló que:

“[L]os elementos del fraude (por engaño) están constituidos por un engaño, que provoca un error en una persona, a consecuencia del cual ésta efectúa una disposición patrimonial que provoca un perjuicio en el engañado o un tercero”.

f) “Contra Greco Arancibia, Cristián”[145]. El TOP de Viña del Mar, en sentencia de fecha 5 de Julio de 2005, sostuvo que:

---

[143] Causa RIT N° 42–2004.
[144] Causa RIT N° 72–2004.
[145] Causa RIT N° 62–2005.

“Los elementos del fraude están constituidos por un engaño, que provoca un error en una persona, a consecuencia de la cual, ésta efectúa una disposición patrimonial que provoca un perjuicio en el engañado o un tercero, debiendo necesariamente existir una relación causal entre todos ellos”.

g) “Contra Vera Roga, Willanis”[146]. El TOP de Chillán, en sentencia de fecha 12 de Septiembre de 2005, resolvió:

“Que la prueba testimonial y documental aportada por el persecutor […] ha permitido establecer cada uno de los requisitos de los delitos de estafa del artículo 473 del Código Punitivo, como asimismo que éstos se encuentran encadenados unos con otros, de manera que se puede concluir que el engaño, produjo el error, el error provocó la disposición patrimonial y esta última ocasionó el perjuicio”.

h) “Contra Peralta Ramírez, María Andrea”[147]. El TOP de Rancagua, en sentencia de fecha 9 de Noviembre de 2005, manifestó:

“Que, en términos generales, para configurar el delito de estafa, se requiere que una persona, simulando poder o bienes, engañe por sí o por interpósita

[146] Causa RIT N° 55–2005.
[147] Causa RIT N° 120–2005.

persona a otro, de tal manera, que ese engaño produzca un error en la víctima, y que como concecuencia de él, ésta realice una disposición parimonial a favor del estafador, lo que le provoca un perjuicio".

i) "Contra Moya Castillo, José Arnaldo"[148]. El TOP de Linares, en sentencia de fecha 28 de Febrero de 2006, resolvió:

"Los hechos descritos […] no configuran el delito de estafa, previsto en el artículo 468 del Código Penal, porque a juicio de estos magistrados no se reúnen los requisitos que lo tipifican, que son: a) engaño, b) error, c) disposición patrimonial, d) perjuicio, y e) relación causal establecida a través de una imputación objetiva entre todos los elementos típicos recién descritos".

j) "Contra Valdés Huamani, Luis Osvaldo"[149]. 7° TOP Santiago, en sentencia de fecha 5 de Abril de 2006, sostuvo:

"Que el delito de estafa, previsto en el artículo 468 del Código Penal […] requiere para su configuración los siguientes elementos: a) la realización de una acción engañosa o simulación, que se sustente en la creación de una apariencia externa que tienda a ello, b) que esa acción produzca un error en la víctima, en términos que ésta se represente como realidad algo que no lo es,

[148] Causa RIT N° 2–2006.
[149] Causa RIT N° 25–2006.

c) que el error lleve al ofendido a realizar una disposición patrimonial, y d) que a consecuencia de ello, se produzca un perjuicio o disminución efectiva del patrimonio de la víctima. Conforme a lo anterior, se exige entonces una relación causal entre todos los elementos señalados, que permita concluir que el engaño fue determinante para causar el perjuicio".

j) "Contra Bordón Jerez, Adán"[150]. El TOP de Copiapó, en sentencia de fecha 16 de Agosto de 2006, resolvió:

"[U]n sujeto mediante engaño […] indujo a un error en dependientes de las instituciones bancarias afectadas, en cuanto a la real identidad del titular de las tarjetas de crédito, a consecuencia de lo cual le fueron entregadas las mismas, que posteriormente fueron utilizadas por aquél, provocando una disposición patrimonial en su favor por las sumas mencionadas precedentemente, lo que en definitiva le causó a los Bancos antes mencionados un perjuicio de carácter patrimonial".

k) "Contra Rivas Bórquez, Carlos"[151]. El TOP de Punta Arenas, en sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2006, sostuvo que:

[150] Causa RIT N° 25–2005.
[151] Causa RIT N° 77–2006.

"[L]os elementos tradicionales de las estafas son el engaño, el error, el perjuicio, el acto de disposición, el ánimo de lucro y […] la relación de causalidad que es común a todos los injustos".

l) "Contra Huenulef Salesky, René"[152]. El 4° TOP de Santiago, en sentencia de fecha 20 de Enero de 2007, resolvió que:

"[C]abe considerar que en la especie se han reunidos todos y cada uno de los elementos del tipo penal respectivo, a saber, simulación, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación o nexo causal".

m) "Contra Tralma Corvalán, Roxana y otro"[153]. El 3er TOP de Santiago, en sentencia de fecha 6 de Marzo de 2007, señaló:

"[R]euniéndose además de este modo los presupuestos fácticos exigidos por el legislador, a saber, simulación, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación o nexo causal".

n) "Contra Rojel Giliberto, Ricardo"[154]. El TOP de La Serena, en sentencia de fecha 5 de Abril de 2007, falló:

---

[152] Causa RIT N° 96–2006.
[153] Causa RIT N° 348–2006.
[154] Causa RIT N° 3–2007.

“Esta simulación, en definitiva, en cuanto a su seriedad, medios y también en cuanto a un despliegue o montaje inicial, fue la que determinó el error de las víctimas, éste provocó la disposición patrimonial y ésta ocasionó el perjuicio”.

ñ) “Contra Panes Castro, Daniel y otros”[155]. El TOP de Antofagasta, en sentencia de fecha 9 de Abril de 2007, falló:

“Se ha podido concluir que el engaño produjo el error, el error provocó la disposición patrimonial y esta última ocasionó el perjuicio efectivo en un caso y potencial en el otro”.

De la revisión de las sentencias incluidas en los párrafos anteriores, puede colegirse que la jurisprudencia ha adherido mayoritariamente al concepto doctrinal de estafa. De este modo, a nivel jurisprudencial, se ha adoptado un esquema de elementos que, en una primera aproximación, permite orientar el análisis de los casos prácticos. Ello, atendidas las deficiencias del texto legal, representa por sí mismo un avance importante, puesto que contar con un esquema de elementos suficientemente asentado en la práctica judicial simplifica el examen de la tipicidad a título de estafa, al indicar dicho esquema

[155] Causa RIT N° 32–2007.

un orden mínimo en la interpretación del tipo, lo que “permite focalizar la mirada y no perderse en la maraña”[156].

[156] Hernández Basualto *op. cit.,* p. 153.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL ENGAÑO TÍPICAMENTE RELEVANTE EN LA ESTAFA EN ATENCIÓN A SU SUFICIENCIA

1. Modelo tradicional: la teoría de la *mise en scène*

1.1. Exposición de la teoría

Característicamente, la teoría de la *mise en scène* exige una determinada gravedad objetiva de la conducta como requisito previo para confirmar el tipo de injusto del delito de estafa. De acuerdo a esta teoría, el engaño típicamente relevante a título de estafa se determina recurriendo a criterios objetivamente cuantitativos, de modo tal que sólo es engaño típico aquél que se manifiesta a través de un aparato exterior. Consecuentemente, se excluyen las meras afirmaciones falsas como integrantes del engaño típicamente relevante.

Según Gladys Romero[157] la teoría de la *mise en scène* tiene su origen en el CPF, que al tipificar la estafa utiliza –entre otras– las expresiones maniobras

[157] Romero, *op. cit.,* p. 167.

fraudulentas[158], a partir de lo cual se entiende la expresión “maniobras” como la “obra de las manos”, lo que referiría a algo constructivo y a un hacer positivo, de ahí que sólo se sancionen los fraudes confirmados por una puesta en escena que torne más verosímil lo falaz.

Al respecto, debe agregarse, como explica Hernández Basualto en base a lo expuesto por Tonio[159], que la *mise en scène* no es sino una de las muchas formas de engaño típico que conoce el Derecho francés. En efecto, el art. 313-1 del CPF conoce cuatro tipos de engaño típico: a) el uso de nombre falso; b) el uso de una cualidad falsa c) el uso de una cualidad verdadera (tipo creado jurisprudencialmente y luego recogido en el código), y, finalmente, d) las llamadas maniobras fraudulentas (*manoeuvres frauduleses*). Las tres primeras hipótesis de engaño, según nos informa Hernández Basualto, no conocen exigencias adicionales para los efectos de su tipicidad, bastando a su respecto la mera aseveración mendaz. Sólo respecto de la última hipótesis, las maniobras fraudulentas, que no son más que una categoría residual, se exige algo más que la simple mentira. Pero aquí las exigencias tampoco parecen excesivas. En efecto, la jurisprudencia ha desarrollado grupos de casos,

---

[158] Inc. 1° del art. 313-1 del CPF: “Es estafa el hecho de engañar a una persona ficticia o jurídica, bien mediante el uso de un nombre falso o de una falsa cualidad, bien mediante el abuso de una calidad verdadera, o bien mediante el empleo de maniobras fraudulentas, determinándola así, en perjuicio propio o de tercero, a entregar fondos, valores o cualquier bien, a prestar un servicio o a consentir un acto que le imponga una obligación a aceptar una descarga”.

[159] Tonio, Walter: Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, C.F. Müller, Heidelberg 1999, pp. 80 y ss, citado por Hernández Basualto, *op. cit.,* p. 164.

entendiendo que es una maniobra fraudulenta, por ejemplo, el uso de instrumentos falsos, también sin mayores exigencias adicionales, así como el apoyo de terceras personas, entre otras. Recién en este contexto, como caso adicional, aparecería la *mise en scène*[160].

Como sea, en base a lo prescrito en el CPF, Carrara[161] sostiene que para que exista estafa se requiere "algo material, una especie de aparato escénico, de *mise en scène*, un hecho externo […] que dé crédito a las palabras", dado que el sólo discurso no es artificio. Para Carrara, hay que distinguir entre mentira y artificio. "La mentira no es delito, porque ninguno debe creer fácilmente las palabras ajenas, y si las cree, cúlpese a sí mismo, y si es el caso, espere de los tribunales civiles la reparación de los prejuicios sufridos. Pero el artificio, cuando no tiende a una burla inocente sino a un injusto despojo, presenta las condiciones objetivas del delito", luego, si fuera de las palabras mentirosas no se lleva a cabo algo que compruebe las afirmaciones falsas, no habrá artificio (que bajo este supuesto constituiría el engaño típicamente relevante a título de estafa). En el mismo sentido, Antón Oneca[162] sostiene que lo que la ley proscribe es una maquinación, una *mise en scène*, que tiene por fin dar crédito a la mentira. Entre los autores más

---

[160] *Ibid*.
[161] Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial,* vol. IV, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1966. § 2344, pp. 426 y 427.
[162] Antón Oneca, *op. cit.,* p. 81.

contemporáneos, Bajo Fernández[163] afirma la necesidad de que la simple mentira vaya acompañada de una maquinación o maniobra fraudulenta, lo cual vendría dado por la exigencia del art. 528 del antiguo CPE, consistente en que el engaño sea bastante[164], con lo cual, según Bajo, se está exigiendo en la ley algo parecido a lo que se exige en la doctrina y en la legislación francesas cuando se requiere una puesta en escena. También Bustos Ramírez sostiene que el engaño "supone un ardid, una determinada maquinación o simulación por parte del sujeto, el que tiene que tener la aptitud suficiente para inducir a error al otro […]. Es lo que se llama una puesta en escena (*mise en scène*) que implica que se requiera algo más que una simple mentira"[165].

Creemos no equivocarnos al sostener que la fuente doctrinaria que sirvió de base al desarrollo de la teoría de la *mise en scène* en Chile, especialmente por su influencia en el trabajo de Etcheberry, es la obra de Sebastián Soler, es por ello que resulta pertinente revisarla en este contexto. Soler sostiene que del

---

[163] Bajo Fernández, *op. cit.* (nota 25), pp. 168 y 169.

[164] Exigencia que también se encuentra presente en el art. 248 del CPE: "1.Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.
2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.
3. La misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo."

[165]Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Parte Especial.* 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 190.

examen complexivo del art. 172 CPA[166] [equivalente al art. 468 CP] se deduce que para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante, necesidad que se expresa tradicionalmente en la doctrina francesa con la exigencia de una cierta *mise en scène*, doctrina que ha sido mal interpretada cuando se la entiende en el sentido de requerir gran aparatosidad, no siendo ese el alcance de la doctrina, dado que el problema consiste en resolver si la simple mentira puede ser considerada como ardid. La simple mentira no es delictiva porque a nadie más que a sí mismo debe imputar la víctima el daño sufrido por propia credulidad. La *mise en scène*, entonces, exige un hecho externo siendo importante "distinguir la situación del que simplemente *creyó* de la del que fue engañado: sólo de credulidad puede quejarse el que cedió a simples palabras"[167].

En la doctrina nacional el máximo exponente de la teoría en desarrollo es Etcheberry, quien se manifiesta a favor de ella en el contexto de dos problemas: a) aquél referido a la delimitación entre el ámbito típico de los arts. 468 y 473 del CP, y b) el referido a la determinación de la suficiencia de una simple mentira para constituir simulación (engaño). En relación al primer

[166]Art. 172 del CPA: "será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño".
[167] Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Ed. La Ley baires, 1946, pp. 333 y 334

problema nos remitimos a lo señalado con anterioridad en esta memoria[168], mientras que en relación al segundo, Etcheberry[169] sostiene que la simple mentira no es bastante para constituir simulación, en tanto, de una parte, no existiría en materia penal una obligación genérica de decir la verdad y, por otra, porque aceptar la posibilidad de sancionar como fraude penal cualquier mentira en que otro haya creído, equivaldría a extender desmesuradamente el campo del fraude penal en desmedro del ámbito del fraude civil. Esto último incentivaría a la negligencia de los contratantes, quienes no necesitarían preocuparse de verificar las condiciones de sus negocios, toda vez que gozarían de la máxima protección legal, la pena, en el caso eventual de recibir información falsa de su contraparte. Según Etcheberry ello estaría en pugna con las disposiciones de la ley civil y comercial, que para prestar su protección a un contratante le exigen un cierto grado de diligencia y cuidado para no dejarse inducir a error.

Pedro Davis sostiene, por su parte, que "se comprende que las simples mentiras, aún cuando estén acompañadas del ánimo de lucro, no son suficientes para constituir la estafa" arguyendo como razón que "bastante es ya con que el legislador resguarde la credulidad humana, sin que tenga también que entrar a proteger su ínclita estulticia. Cualquiera puede precaverse por sí

[168] *Vid. supra* Capítulo Primero, sección 2.
[169] Etcheberry, *op. cit.* (nota 10), p. 393 y ss.

solo contra la simple mentira, y si no lo hace, es porque no merece protección social”[170].

1.2. Análisis crítico

La teoría de la *mise en scène* es susceptible de críticas metodológico–conceptuales, intra–sistemáticas, exegéticas y “político criminales”, las que se desarrollan a continuación:

a) Crítica metodológico-conceptual.

A la teoría de la *mise en scène* subyace, como fundamento de la exclusión de las simples mentiras del ámbito típico de la estafa, la idea de una diferencia esencial entre fraude civil y penal, diferencia que, además de oscurecer el tratamiento de la materia por su esterilidad, es metodológica y conceptualmente errada. En efecto, la diferencia entre un ilícito civil y uno penal viene dada fundamentalmente por la operatividad de la categoría que

[170] Davis, Pedro, *El delito de estafa,* Imprenta Dirección General de Prisiones, Santiago, 1942, p. 52. Aunque señala que “sin embargo, es lo cierto que a veces –excepcionales veces– una mentira por sí sola tiene fuerza suficiente como para producir el delito, sea que se baste a sí misma, sea que esté ayudada por determinadas maniobras o ardides implicados en ella” Así pone como ejemplo el caso de un sujeto, pobremente vestido, que afirma ser millonario con el objeto de obtener un mutuo, caso en el cual dicha mentira no adquiere la envergadura suficiente como para inducir a error a nadie. Pero si el mismo sujeto elegantemente vestido e instalado e un lujoso automóvil ajeno, dice ser dueño de cuantiosos bienes, entonces la mentira se ha revestido de suficiente verosimilitud, y quien quiera que, basado en estas circunstancias le entrega una suma de dinero, podría perfectamente decir que ha sido engañado. (pp. 52 y 53).

caracteriza más propiamente al Derecho Penal: la tipicidad, categoría en virtud de la cual esta rama del Derecho, habida cuenta de su carácter fragmentario, selecciona y circunscribe los comportamientos humanos que serán objeto de su atención. De este modo, lo que deslinda un "ilícito puramente civil" de un "ilícito penal" (y subsecuentemente a un fraude civil de uno penal) es que sólo el segundo se encuentra tipificado en la ley como delito, esto es, sólo el ilícito penal es un "ilícito típico". Luego, no es correcto sostener que las diferencias entre un ilícito civil y uno penal son de naturaleza excluyente. En efecto, como lo sostiene enfáticamente Hernández Basualto, no es cierto que un supuesto de hecho sólo pueda ser calificado como ilícito civil o penal, pues, en realidad, un mismo comportamiento puede satisfacer las exigencias de una y otra calificación, dado que el derecho privado y el derecho penal son órdenes paralelos, construidos a partir de sus propios principios y necesidades, que pueden aplicarse simultáneamente a una misma situación[171].

En el mismo sentido, se pronuncia Garrido Montt al sostener que "[p]ara que pueda hablarse de que existe un fraude penal, éste debe estar previamente *tipificado por una ley penal*. Los comportamientos fraudulentos expresamente descritos por el legislador como constitutivos de delito son los únicos fraudes penales, no así los restantes, de modo que no hay diferencia entre un fraude

[171] Hernández Basualto, *op cit.,* pp. 9 y 10.

de naturaleza penal y uno civil (salvo en cuanto a que el primero está sujeto a pena)”[172].

A la misma conclusión llega Mera Figueroa, que sostiene que todo engaño reúne los caracteres del respectivo requisito de la estafa, no existiendo, por tanto, engaños puramente civiles, de modo tal que la simple mentira puede ser engaño típico de la estafa porque nada en la ley lo excluye, al menos no en la estafa genérica del art. 473 del CP[173]. Mera sólo concede a la opinión dominante que el ardid se encuentra exigido en el tipo legal del art. 468, pero sostiene, a diferencia de ésta, que el ardid no es exigido por el art. 473[174]. De este modo, para Mera, el umbral mínimo del art. 473 no se constituye a partir de la exclusión de las simples mentiras del ámbito típico sino que conforme a la noción de “dolo bueno”, umbral por debajo del cual, por adecuación social, no hay tipicidad del engaño[175]. Punto de partida de Mera sería, además de consideraciones de texto legal, la necesidad de adecuar la protección penal a las necesidades concretas de la víctima[176].

---

[172] Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), pp. 317 y 318.
[173] Mera Figueroa, *op. cit.,* pp. 129 y 130.
[174] *Id*., p. 36, *vid*., *supra*, nota 67.
[175] *Id.,* pp. 39 y ss.
[176] En efecto, Mera Figueroa señala que “Lo determinante debe ser la aptitud real en el caso concreto para inducir a error”, *Id.*, p. 35. pp. 105 y ss. Además, Mera argumenta en base al principio de la buena fe, *Id*, p. 116.

De este modo, la extensión “desmesurada” del tipo de estafa, que teme Etcheberry de aceptarse como engaño típico a la simple mentira, no generaría el efecto de acotar excesivamente el ámbito de los fraudes civiles, dado que fraude civil y penal no se relacionan entre sí de forma dicotómica, puesto que, para que se pueda hablar propiamente de una dicotomía debemos encontrarnos frente a una distinción de la que es posible demostrar la idoneidad para dividir un universo en dos esferas recíprocamente exclusivas, en el sentido de que un ente comprendido en la primera no puede ser al mismo tiempo comprendido en la segunda[177].

b) Crítica intra–sistemática

Desde otro punto de vista, se argumenta que a la teoría de la *mise en scène* subyace una contradicción interna. En efecto, según Mera Figueroa[178], la teoría en comento descansa sobre la base de que el despojo a una persona negligente no debe sancionarse penalmente, tratándose, por lo tanto y en el fondo, de un problema de negligencia de la víctima y su influencia en la existencia del delito. Pero, sin embargo, en el seno de esta teoría, la aptitud del engaño no se mide de acuerdo con la diligencia de la víctima y, por tanto, no considera sus condiciones personales, sino que en atención a características

[177] Bobbio, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. Sexta reimpresión de la primera edición en español de 1989, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, pp. 11 y 12.
[178] Mera Figueroa, *op. cit.,* p. 117.

propias de la maniobra, a los procedimientos exteriores empleados, presumiéndose que el artificio es apto para engañar a una persona poco crédula, a un hombre medianamente prudente y no así la simple mentira. La presunción anterior, empero, es sólo accidentalmente cierta, puesto que puede ser infinitamente más difícil sustraerse a la acción envolvente de una maniobra engañosa constitutiva de puras palabras mentirosas, que a un artificio burdo.

c) Crítica exegética

Desde un punto de vista estrictamente formal, existen argumentos de texto que dificultan la aplicación de la teoría de la *mise en scène* en el Derecho penal chileno dado que no hay fundamento de texto para excluir la simple mentira de la tipicidad, más bien lo contrario.

c.1) De acuerdo a Mera Figueroa[179], la ley ha dispuesto la concurrencia del engaño a secas, sin calificarlo o exigir que tenga cualidades especiales, sin aislar de todos los engaños posibles, a un número determinado o indeterminado de ellos, lo cual es particularmente claro a la luz de lo dispuesto en el art. 473 CP, disposición que cierra el párrafo de las "Estafas y otros engaños" y que castiga cualquier engaño no mencionado en los artículos precedentes que cause a otro un perjuicio.

[179] *Id.*, pp. 129 y 130.

c.2) Por otra parte, Hernández Basualto[180] señala que hay disposiciones del CP, fuera del ámbito de la estafa, que le atribuyen efectos de la mayor gravedad a hipótesis de simple mentira, como es el caso del art. 439, señalado por Mera[181], donde la mentira no sólo tiene relevancia penal, sino que llega a constituir violencia en las personas, dando lugar a penas que pueden alcanzar los 20 años de privación de libertad.

c.3) Además, Hernández Basualto señala los arts. 171, 179 y 184 CP, en el ámbito de las falsedades (que no son más que una forma de engaño), que disponen algo incompatible con los postulados de la teoría de la *mise en scène*, en el sentido que si la falsificación fuera "tan ostensible", "tan grosera y ostensible" o "tan mal ejecutada" que cualquiera pueda notarla a simple vista, es decir, si la falsificación fuera burda y ostensible, la conducta no se castigará a título de falsedad sino que a título de estafa. Algunas décadas antes, en el mismo sentido, Contreras Torres sostuvo, en el contexto del análisis de la idoneidad del engaño y el criterio del CP para apreciar la fuerza del engaño, que en los arts. 171 y 179 se contiene un criterio de valoración del engaño, que, a pesar de reglamentarse en el Capítulo IV del Libro II, puede ser considerado como criterio de carácter general aplicable en toda su extensión al delito de estafa sancionado en el párrafo 8 del Título IX del Libro II. Ahora bien,

[180] Hernández Basualto, *op. cit.,* pp. 161 y 162.
[181] Mera Figueroa, *op. cit.,* pp. 15 y ss.

según Contreras Torres, de acuerdo con ese criterio resulta que el problema de la idoneidad del engaño se reduce y simplifica porque aun el engaño burdo u ostensible puede ser suficiente para defraudar a la víctima[182].

c.4) Finalmente, no es cierto, como sostiene Etcheberry, que las normas de derecho privado general, para prestar su protección a un contratante, le exijan un cierto grado de diligencia y cuidado para no dejarse inducir a error. En efecto, las normas pertinentes del Código Civil, que rigen supletoriamente en materia comercial, esto es, las normas que regulan al dolo como vicio del consentimiento, no establecen el requisito de una cierta diligencia del contratante víctima del dolo para brindarle protección a través del ejercicio de la acción de nulidad. En efecto, el inciso primero del art.1458 del CC establece que "[e]l dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado", de este modo, los únicos requisitos que establece el artículo transcrito respecto del dolo como vicio del consentimiento son: i) que sea determinante, y ii) que sea obra de una de las partes. En ese sentido se

[182] Contreras Torres, *op. cit.,* pp. 40 y 41. Este excelente argumento de Contreras, sin embargo, entra en contradicción con lo que él mismo señala al analizar las condiciones del engaño como elemento de la estafa, al exigir que el engaño debe ser serio y capaz, sosteniendo que "[e]ste requisito dice relación con la fuerza suficiente que debe reunir [el engaño] para defraudar a la víctima. No debe tratarse de cualquier engaño, sino de un engaño determinante e inductivo y suficiente para defraudar. Este aspecto del engaño dice relación con la idoneidad del mismo", *Íd.*, pp. 62 y 63.

pronuncia Vial[183], mientras que Ducci[184] sólo agrega como requisito adicional que el dolo tenga por objeto un determinado acto o contrato y que recaiga en él, sin exigir el requisito de una cierta diligencia de la víctima. En el mismo sentido, Mera Figueroa señala que "no creemos […] que existan disposiciones civiles que nieguen acción civil al contratante crédulo o negligente cuando la contraparte ha procedido engañosamente, de mala fe"[185].

d) Crítica político criminal.

d.1) La teoría de la *mise en scène* no puede fundarse, como se sostiene con frecuencia, en base al principio de la *ultima ratio*, puesto que dicho principio juega al momento de la decisión de tipificar o no como delito los engaños que dan lugar a disposiciones perjudiciales y no al momento de la interpretación. Se trata, entonces, de un principio dirigido al legislador y no al intérprete. Al respecto, señala Hernández Basualto[186] que, una vez tipificado un engaño, lo que corresponde es aplicar igualitariamente el tipo penal, señalando, como ejemplo, que en Alemania, la simple mentira basta y no se pregunta por su

---

[183] Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*. 5ª ed. actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 120. También. Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado.* De las Obligaciones II, t.11, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pp. 225 y ss., Alessandri, Arturo *et al, Tratado de Derecho Civil partes preliminar y general,* t. 2. 6ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp 236 y ss.
[184] Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil Parte General.* 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 257.
[185] Mera Figueroa, *op. cit*., p. 126, n. marg. 108.
[186] Hernández Basualto, *op. cit.,* p. 163.

idoneidad, dado que si la víctima creyó queda probada la idoneidad del engaño, encontrándose los filtros en sede de perjuicio.

d.2) Finalmente, Hernández Basualto señala que a la teoría de la *mise en scène* subyace una "nítida decisión político criminal" en orden a limitar la protección frente al engaño, asignándole a la víctima la carga de dicha protección, fundándose ello en la máxima "la ley no protege a los tontos", lo cual, según el autor, tiene como nefasta consecuencia práctica una tendencial desprotección de los sectores más desprovistos de la población, dado que, a pesar de la adecuación al caso concreto, hay un umbral bajo el cual simplemente no habría protección, lo cual, según Hernández Basualto, sería conflictivo con el principio de igualdad ante la ley[187].

Frente a este argumento solo cabe observar que la decisión de "no proteger a los tontos", en este contexto, más que una decisión político criminal, es una decisión política sin más, dado que la pregunta relativa a la protección por parte del Estado de los sujetos más desprovistos de la sociedad es una cuestión esencialmente política. De este modo, bien podría decirse que lo que subyace a la teoría de la *mise en scène* es una decisión política, puesto que se pondera de un determinado modo la libertad (y su correlato, la autorresponsabilidad) en desmedro de la igualdad.

[187] Hernández Basualto, *op. cit.,* pp. 162 y 163.

En suma, la teoría de la *mise en scène*: a) se cimenta en un presupuesto metodológica y conceptualmente errado, a saber, la idea de exclusión entre fraude civil y penal; b) presenta una contradicción interna; c) se enfrenta a argumentos exegéticos que dificultan su aplicación en el Derecho nacional, y d) se funda incorrectamente desde el punto de vista político criminal, así como puede ser cuestionable desde el punto de vista de sus motivaciones políticas, en el marco de un Estado Social de Derecho, sobre todo, si éstas no se explicitan.

1.3. Jurisprudencia

a) "Contra Ovalle Rodríguez, Alfredo y otros"[188]. La Corte Suprema, en sentencia de casación de fecha 13 de Mayo de 1998, señaló que:

"[E]l engaño, puesta en escena o ardid es un requisito central e ineludible para poder calificar una determinada conducta como estafa. Este engaño, que es el que provoca el error en la víctima o sujeto pasivo –y posteriormente la disposición patrimonial y el perjuicio económico– corresponde a una

[188] RDJ1005 (MJJ), causa Rol N° 70.966.

elaboración estratégica del agente para presentar una imagen de la realidad que es falsa".

b) "Contra Fernando Hurtado Lambert y otro"[189]. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, en sentencia de fecha 17 de Junio de 1999, sostuvo que:

"[H]ay también acuerdo en que el 'engaño' requiere algo más que una simple afirmación mendaz. Se precisa, en efecto, que el autor altere la situación objetiva, con el propósito de conferir a su mentira una apariencia de verosimilitud; que sirva de lo que Carrara […] designa como artificio […], esto es, de un hecho externo […] al cual el maestro de Pisa […] compara con una *mise en scène*. Sólo así se justifica que en estos casos la ley recurra a la sanción penal, pues únicamente el engaño entendido de esta forma es capaz de inducir a error a la gran mayoría de los participantes en el tráfico jurídico (y no sólo a los incrédulos e imprudentes), creando de este modo un peligro generalizado para el patrimonio de las personas. […] Que confirma lo expuesto […] la enumeración de los engaños que, por vía ejemplar, efectúa el tipo de la estafa contenido en el artículo 468 del Código Penal".

[189] RDJ, sección cuarta, N° XCVI, t.1, año 1999, pp. 159 y ss., causa Rol N° 462–99.

c) “Contra Navarro Vargas, Pedro”[190]. La Corte Suprema, resolviendo un recurso de casación en el fondo, en sentencia de fecha 17 de Julio de 2001, resolvió:

“El delito de entregas fraudulentas […], aunque distinto y estructuralmente diferente al de estafa a que se refiere el artículo 468 […], comparte con éste la exigencia de un engaño […]. [E]l engaño no se configura mediante una pura mentira sobre la calidad, cantidad y sustancia de las cosas entregadas; implica, además, un ‘ardid’, esto es, que se rodee a la afirmación mendaz de circunstancias que la hagan verosímil, de tal suerte que también el contratante diligente y atento a sus intereses esté dispuesto a aceptar como buena la entrega que se le hace por el defraudador […]. En estas circunstancias, un contratante diligente debió haber rechazado la entrega; si no lo hizo el derecho penal no lo protege pues, como se ha dicho el tipo del artículo 467 del Código Penal no está destinado a cautelar el patrimonio del imprudente, que acepta lo que se le dice sin detenerse a verificarlo, sino el del cuidadoso al que se lo perjudica mediante un ardid engañoso que le hace imposible informarse correctamente sobre la realidad aunque lo intenta”.

[190] RDJ, sección cuarta, N° XCVIII, t.2, año 2001, pp. 96 y ss., causa Rol N° 4.535–00.

d) “Contra Ralda Vásquez, Manuel”[191]. La Corte Suprema, en sentencia de fecha 26 de Junio de 2002, fallando un recurso de casación en el fondo, sostuvo que:

“[E]s jurisprudencia constante en esta Corte y, en general, de nuestros tribunales que el engaño a que se refiere el tipo mencionado no implica únicamente la existencia de una mendacidad, sino que exige, además, la concurrencia de un ‘ardid’, esto es, de una maquinación destinada a revestir de verosimilitud a las falsedades que se afirman, de suerte que la víctima caiga en el error precisamente porque se le ha deformado la realidad y no, simplemente, por falta de acuciosidad y diligencia en la verificación relativa a la veracidad de lo que se le afirma. Este criterio, por lo demás, corresponde al de la posición absolutamente dominante en la doctrina tanto nacional como comparada.”

e) “Contra Rojas Lillo, Ariel Enrique”[192]. La Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de apelación de fecha 24 de Marzo de 1999, sostuvo que:

“[E]l delito de estafa pertenece a los fraudes por engaño, siendo elemento esencial del tipo la existencia de una maquinación engañosa, de una simulación dirigida a provocar el error del sujeto pasivo e inducirlo a efectuar una prestación económica en su perjuicio. En algunas hipótesis es exigible un

[191] RDJ7535 (MJ).
[192] GJ Nº 225, marzo de 1999, pp. 137 a 139, causa Rol N° 346–99.

‘ardid’ o ‘mise en scène’ (un montaje especialmente complicado de maniobras engañosas), en otras, una simulación de menores proporciones (artículos 468 y 473 respectivamente, del Código Penal) pero, en todo caso siempre es exigible el engaño, el despliegue externo de apariencias falsas, de una desfiguración dolosa de la realidad […]. La calificación de la conducta como un delito de estafa en cualquiera de sus modalidades implicaría violentar los límites que separan el fraude civil del fraude penal, llevando a la órbita del derecho punitivo un conflicto perteneciente con toda claridad al ámbito privatista[…] El Derecho Penal es caracterizado como ordenamiento de ‘ultima ratio’, en el sentido que el recurso penal debe ser el último control social estatal y utilizarse únicamente cuando los demás medios jurídicos se revelan como ineficientes frente a determinadas agresiones a los bienes jurídicos protegidos”.

f) “Contra Reyes Soto, Luis Daniel”[193]. El TOP de Temuco, en sentencia de fecha 15 de Junio de 2004, resolvió:

“[N]o cualquier tipo de engaño, puede ser elemento constitutivo de la estafa, ya que la misma disposición menciona después de los ejemplos, que debe tratarse de cualquier otro engaño semejante. La doctrina ha señalado que la estafa requiere de una maquinación o ardid, un despliegue externo de medios,

[193] Causa RIT N° 42–2004.

no basta la simple mentira, lo aseverado debe ser corroborado mediante falsas apariencias. Pues bien, en la especie no concurren todos los elementos de este delito, no se aprecia algún ardid o maniobra que sea imputable directamente al acusado, salvo que no sea la de haber dado una dirección falsa del causante y de haber mentido en cuanto a que no existían herederos interesados en sus bienes, sin embargo la doctrina es unánime en que para que exista estafa es necesario algo más que la simple mentira o falseamiento de los hechos, los otros elementos que acompañan a la petición de declarar yacente la herencia de Conrado Schauer Redel son los propios del ejercicio de la profesión de abogado de manera abusiva para perjudicar los intereses de sus mandantes o clientes".

g) "Contra Ibarra González, Eduardo"[194]. El TOP de Ovalle, en sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2004, sostuvo que:

"[E]xiste consenso en la doctrina en que el engaño exigido en el fraude debe consistir en un ardid que tenga la aptitud e idoneidad para inducir a la víctima a incurrir en una errónea o falsa representación de la realidad, atendidas las particularidades del caso concreto".

[194] Causa RIT N° 72–2004.

h) “Contra Barrera Triday, Gonzalo”[195]. El TOP de Quillota, en sentencia de fecha 22 de Junio de 2005, afirmó que:

“[P]ara que concurra el tipo objetivo del delito de la estafa previsto en el artículo 468 del Código Penal, es necesario que el sujeto activo del delito defraudare a otro es decir, debe: a) realizar una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, un ardid, maquinación o *mise en scène* (usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante)”.

i) “Contra Vera Roga, Willanis”[196]. El TOP de Chillán, en sentencia de fecha 12 de Septiembre de 2005, resolvió:

“El acusado fue un actor importante en el ardid, contribuyendo de manera trascendental en la sustentación de la maniobra engañosa, desde que se preocupó de averiguar qué compañeros de trabajo no habían hecho uso del cupo del beneficio dental, concurriendo, además, a solicitarle al dentista que extendiera boletas de servicio a nombre de éstos, a sabiendas que el contenido de esa documentación era mendaz”.

---

[195] Causa RIT N° 19–2005.
[196] Causa RIT N° 55–2005.

j) “Contra Moya Castillo, José Arnaldo”[197]. El TOP de Linares, en sentencia de fecha 28 de Febrero de 2006, sostuvo que:

“[N]o se probó en el juicio, hechos o situaciones que evidencien con seguridad y precisión el despliegue por parte del acusado de ardides, tretas o artimañas destinadas a engañar y perjudicar a quien con él contrató, quien expresó para ello una voluntad que se advierte como capaz, libre y no motivada por el error. […] En consecuencia, calificar los hechos por los cuales acusó el Ministerio Público como delito de estafa, en cualquiera de sus modalidades, implicaría violentar los límites que separan al fraude civil del fraude penal, llevando a la órbita del derecho punitivo un conflicto perteneciente con toda claridad al ámbito privatista, que encuentra en éste sus propias y específicas posibilidades jurídicas de solución. […] Que es conveniente recordar que el Derecho Penal es caracterizado como ordenamiento de ‘última ratio’, en el sentido que el recurso penal debe ser el último del control social estatal y utilizarse únicamente cuando los demás medios jurídicos se revelan como ineficientes frente a determinadas agresiones a los bienes jurídicos protegidos. Los medios penales han de reservarse para las perturbaciones gravemente intolerables de la vida comunitaria, que lesionen o afecten severamente bienes jurídicos de alta trascendencia social. No está para resolver disputas del orden meramente

[197] Causa RIT N° 2–2006.

privado, que no involucran atentados graves a las bases de la convivencia y que, por ello, no pertenecen al interés público, colectivo, común, y que, por ende, pueden solucionar con los remedios civiles".

k) "Contra Herrera Puebla, Egido"[198]. El TOP de Copiapó, en sentencia de fecha 19 de Junio de 2006, sostuvo que:

"[El] Delito de Estafa, […] requiere para su configuración que se cumpla con los siguientes requisitos: 1) Simulación: Es toda actividad, ya sea tanto acción u omisión, desplegada por el delincuente y que está destinada a producir una falsa representación de la realidad, y como consecuencia de ello, el error de parte de la víctima, siendo indispensable que vaya reforzada por elementos externos que le den una apariencia de realidad".

l) "Contra Rivas Bórquez, Carlos"[199]. El TOP de Punta Arenas, en sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2006, manifestó:

"El engaño es la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre, inducir a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras, razonamientos u obras aparentes o fingidas. Es el empleo del engaño lo que se denomina *mise en scène*".

[198] Causa RIT N° 32–2006.
[199] Causa RIT N° 77–2006.

A la luz de los argumentos contenidos en los fallos extractados, podemos señalar dos particularidades de la aplicación del tipo de estafa por los tribunales nacionales. En primer lugar, resulta llamativo que la jurisprudencia, mayoritariamente, reconozca sin reservas aparentes la teoría de la *mise en scène,* aun más, resulta peculiar que los argumentos contenidos en los fallos en favor de esta teoría sean notoriamente más enfáticos que aquellos entregados por la doctrina. En segundo lugar, se puede apreciar que la jurisprudencia es más explícita que la doctrina en relación a las motivaciones políticas o político criminales –si se quiere– que subyacen a la teoría de la *mise en scène*.

2. Sistema Subjetivo o Concreto

Desde otra perspectiva, la llamada teoría subjetiva de determinación de la suficiencia del engaño en la estafa sostiene que basta cualquier engaño si éste produjo error en la víctima, es decir, el engaño se mide en relación a su eficacia operativa individual con relación al caso concreto[200]. Lo falaz de la teoría objetiva, según los defensores del sistema subjetivo, radica en no advertir que el delito de estafa se configura a través de un engaño que *suscita*

[200] Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal,* t. II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 590.

un error en la víctima, sosteniendo que en la estafa no se castiga el engaño en sí, sino el injusto daño económico que ocasiona[201]. En ese sentido, González Roura considera que, al menos tratándose de la estafa consumada, el hecho mismo de haber caído la víctima en el engaño, demuestra, por sí solo, que éste fue idóneo en el caso concreto, que es el que está en tela de juicio, y no el hipotético o abstracto[202]. Agrega el autor argentino que "[s]i la mayor audacia para vencer obstáculos poderosos denota una mayor peligrosidad y ésta provoca una más enérgica represión, el abuso de la facilidad que proporcionan medios defensivos inferiores, acusa mayor perversión, igualmente digna de una más severa penalidad"[203].

El mismo autor cita una elocuente defensa del sistema subjetivo por parte de un juez de la Cámara de lo Criminal de Buenos Aires, que señaló: "Ya sea que el fraude se sirva de arterías o maniobras capaces de ofuscar la más fina y atenta sagacidad; ya consista en una mera superchería de que sólo puede ser víctima un cretino; quizás porque la ley, que debe protección a todas las personas, la debe más especialmente a los débiles de cuerpo de espíritu y porque la astucia no es tal si no se la pone en relación con los alcances intelectuales de la víctima"[204].

---

[201] Romero, *op. cit.,* p. 168.
[202] González Roura, Octavio, *Derecho Penal*, T. III, 2ª ed., Edit. Abeledo, B. Aires, 1925, p. 256.
[203] *Id.,* p. 257.
[204] *Id.*, pp. 256 y 257.

También Pedro Davis señala que "[s]i las maniobras del agente no hubieran tenido idoneidad bastante, está claro que el engaño no se habría producido; hay una sencilla relación de causa a efecto, entre la agudeza de la astucia y el error del ofendido"[205].

En este sentido, como se señaló con anterioridad, en Alemania la simple mentira basta y no se pregunta por su idoneidad, dado que si la víctima incurrió en error, queda probada la idoneidad del engaño, encontrándose los filtros en sede de perjuicio[206]. En efecto, se sostiene que es suficiente cualquier comportamiento que por medio de la influencia en la representación intelectual de otro pueda provocar una falsa representación sobre la realidad[207]. Por otra parte, Hefendehl comentando el §263 del StGB, al tratar el engaño, divide la materia del siguiente modo: modelo tradicional y modelos contrarios. En relación al modelo tradicional sostiene que cualquier conducta que se enmarque dentro de los tres verbos rectores que definen la acción, constituirá engaño, presentándose los problemas entre el engaño activo, concluyente y omisivo[208].

---

[205] Pedro Davis, *op. cit*., p. 61. Este razonamiento de Davis se contrapone con lo que él mismo señala en la misma obra, dado que en ella sostiene que "se comprende que las simples mentiras, aún cuando estén acompañadas del ánimo de lucro, no son suficientes para constituir la estafa" , *Id.*, p. 52, *vid*. nota 170.
[206] *Vid.* Hernández Basualto, *op. cit.,* pp. 163 y 164.
[207] *Vid* Cramer, Peter, *op. cit*., **§** 263, nm. 6.
[208] *Vid.* Hefendehl, Roland, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª Edición, München.

El punto más complicado que suscita esta postura radica en que, el atenerse a la idoneidad del engaño ante el caso concreto, "no resuelve los problemas en los supuestos de efectiva ineficacia"[209]. Es decir, en el sistema subjetivo no habría cabida a la punibilidad de los engaños que no generen en el caso concreto el error y consecuencialmente la disposición perjudicial, con lo cual se excluye la tentativa de estafa y la estafa frustrada, sin que exista una razón para hacer una excepción a la aplicación del art. 7° del CP[210]. Con ello, el sistema subjetivo se vería forzado a aceptar para esos casos un criterio objetivo de determinación de la entidad del engaño que fije un umbral de punibilidad para los engaños a título de estafa, de modo tal que determinados engaños que no causen el resultado típico de la estafa, pero que superen dicho umbral puedan ser sancionados a título de tentativa de estafa o de estafa frustrada. Ello tendría en consideración que la pena de la estafa no viene dada sólo por el disvalor de resultado (el acto de disposición patrimonial perjudicial), sino también por el disvalor de acción (el engaño).

---

[209] Quintano Ripollés, *op. cit.* (nota 200), p. 599.

[210] Art. 7° del CP: "Son punibles, no solo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone todo de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento."

Por lo demás, al no establecerse un umbral que determine *ex ante* la tipicidad del engaño, se podrían dar soluciones conflictivas desde el punto de vista político criminal, dado que, en la lógica de esta teoría, podrían llegar a sancionarse a título de estafa hipótesis de escasa dañosidad social, como la no devolución de un libro prestado por un amigo[211] o casos de mensajes publicitarios en los que se induce a error sobre las calidades y/o cualidades de un producto o servicio[212], que se pueden enmarcar dentro de la denominada publicidad engañosa[213]. Frente a esta crítica puede contra argumentarse, en primer lugar, que parte de la base de la errónea distinción entre fraude civil y fraude penal y, en segundo lugar, que si bien las conductas señaladas pueden no ser excluidas del ámbito típico de la estafa en base al elemento engaño, sí podrían serlo en base al elemento perjuicio. Para llevar a cabo dicha exclusión, sin embargo, se requiere una elaboración consistente y operativa

---

[211] Para Quintano Ripollés, "más que de engaños, las mentiras de este tenor no pasan de la categoría de obligaciones privadas incumplidas, o bien de conductas normalmente reprobables", Quintano Ripollés, *op. cit.* (nota 200), p. 601.

[212] Para Quintano Ripollés, estos engaños "pierden eficacia, por así decirlo, cuantitativa, en virtud de ser aceptados en el tráfico por la mera costumbre y en atención, quizás, a su mínima potencialidad". *Id.,* p. 600. Cabe señalar que la exclusión de estos engaños por su "mínima potencialidad" no es aceptable en el seno de la doctrina subjetivista, dado que lo que determinante en ella es la eficacia operativa del engaño en el caso concreto, por lo que si éste se produjo no cabe apelar a su potencialidad. Por otro lado, la referencia a la aceptación en el tráfico por la "mera costumbre" es un criterio que aparte de ser un tanto difuso opera *ex ante* para excluir engaños del tipo. Esto, analizado en el seno de la teoría en comento resulta inconsistente.

[213] *Vid.* art. 28 de la Ley 19.496, Ley que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Garrido Montt soluciona los casos de publicidad engañosa abogando por su impunidad a título de estafa por falta de engaño, al señalar que en nuestro sistema se considera que el engaño debe ir dirigido a personas determinadas, Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 325. Sin embargo, el autor sólo se limita a señalar el supuesto principio del engaño típico a título de estafa sin indicar sus fundamentos, lo que permite presumir que se trata de un aserto fundado sólo en posturas política criminales sin sustento dogmático alguno.

prácticamente del concepto de perjuicio patrimonial y del concepto jurídico penal de patrimonio, tarea que, sin embargo, excede el objeto de esta memoria.

3. Concepciones alternativas. Especial referencia al engaño.

Como explicamos en una sección anterior[214], el modelo dogmático tradicional de la estafa se estructura como una sucesión de elementos enlazados causalmente entre sí. Es por ello que, ya desde un principio, la estructura objetiva de la estafa resulta mucho más compleja que la estructura de aquellos delitos que, como el homicidio, importan la producción objetivamente imputable de un resultado[215].

Adicionalmente, a esta complejidad estructural del tipo de estafa, debe agregarse que la elaboración dogmática de sus elementos ha sido insuficiente, toda vez que no existe una mínima coincidencia aún en cuestiones tan fundamentales como el contenido de los diversos elementos del tipo objetivo, e incluso, en un plano más elemental, podría llegar a afirmarse que ni siquiera la independencia de algunos de los elementos que tradicionalmente se identifican como integrantes del tipo objetivo puede darse por sentada.

[214] Sección 3 del Capítulo Primero.
[215] En este sentido Hernández Basualto, *op. cit.* pp. 149 y ss.

Frente a esta situación, señala un autor, que nuestra práctica se enfrenta a la estafa “sin un instrumento conceptual que le permita, si bien no eliminar, al menos reducir a niveles aceptables la complejidad del análisis”[216].

Ante este panorama, es pertinente evaluar la corrección dogmática y la utilidad práctica de los modelos alternativos al tradicional que, en el contexto de la normativización de los conceptos del Derecho penal, se han desarrollado en España, Alemania y, recientemente, en la doctrina nacional[217]. Característicamente, se trata de interpretaciones dogmáticas que reordenan la relación entre los elementos del tipo objetivo asignándoles funciones y contenidos diversos al que tradicionalmente se les asignó.

Sin embargo, el grado de normativización, así como la determinación, función y relación de los elementos del tipo objetivo, difiere notablemente en cada una de éstas concepciones alternativas de la estafa. Así, en primer lugar, es posible distinguir aquellas interpretaciones que, con el fin de solucionar problemas prácticos en la aplicación del tipo penal, recurren a la imputación objetiva. Quienes sostienen esta posición afirman que las deficiencias de la causalidad en el homicidio se manifiestan del mismo modo en la estafa y, en consecuencia, es necesario reinterpretar el tipo objetivo conforme a la teoría

[216] Hernández Basualto, *Id., p. 150.*
[217] Piña Rochefort, *ob. cit*.

de la imputación objetiva[218]. Por otra parte, se encuentran aquellas teorías que, desde el funcionalismo radical, sostienen que la normativización de los elementos del tipo de estafa es necesaria para obtener "rendimientos consistentes con las exigencias de un sistema económico fuertemente diferenciado y de una complejidad creciente"[219].

Más allá de los aspectos estructurales, el desarrollo de estas teorías alternativas agrega un grado mayor de complejidad en la comprensión del primer elemento del tipo de estafa. Como se verá en los párrafos que siguen, la determinación del contenido del engaño en estas teorías adquiere un rol fundamental.

Antes de seguir, resulta útil hacer algunas prevenciones. En primer lugar, debe considerarse que aquellas teorías sobre la suficiencia del engaño como un problema de imputación objetiva fueron desarrolladas principalmente en España, donde, de acuerdo al art. 248 del CPE[220], el tipo exige un nivel mínimo de complejidad al engaño. Sin embargo, que el tipo chileno de estafa exija algún grado de complejidad no puede ser sostenido pacíficamente. En

---

[218] Pérez Manzano, Mercedes, "Acerca de la imputación objetiva en la estafa", en *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, pp. 285 a 309.
[219] Piña Rochefort, *op. cit*., p. 47.
[220] Art. 248.1. del CPE: "Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno."

segundo lugar, debe considerarse que las primeras teorías no han recibido mayor desarrollo en la doctrina chilena, más allá de lo escuetamente sostenido por Politoff/Matus/Ramírez[221]. En tercer lugar, debe consignarse que la normativización de los elementos de la estafa conforme al funcionalismo radical ha sido ampliamente tratada en el Derecho español y recientemente en el Derecho chileno por Piña Rochefort[222].

3.1. El engaño típicamente relevante como problema de imputación objetiva

3.1.1. El engaño típicamente relevante ¿problema de la teoría de la conducta típica o de la teoría de la imputación objetiva del resultado?

Aunque los autores que son analizados en este acápite tratan el tópico de la tipicidad del engaño en el contexto de la imputación objetiva del resultado, resulta claro que si el problema radica en la determinación del engaño típicamente relevante a título de estafa, la cuestión a dilucidar es la de los criterios que determinan la tipicidad del engaño (teoría de la conducta típica) y no la de qué resultados se deben imputar al engaño una vez que ya se ha

[221] Politoff *et al.*, *op. cit.,* pp.430 y 431.
[222] Piña Rochefort, *ob. cit.*

determinado que éste es típico a título de estafa (teoría de la imputación objetiva del resultado).

Este recurso a la teoría de la imputación objetiva en el ámbito del engaño en el delito de estafa como correctivo del criterio de causalidad, antes que como una teoría del tipo, se puede explicar porque los autores analizados aplican la teoría de la imputación objetiva con el fin de excluir del ámbito típico determinados engaños que causalmente provoquen el resultado[223] (disposición perjudicial o error que genere esa disposición, según la postura que se adopte), sin embargo, no se debe perder de vista que, al mismo tiempo, es necesario resolver el problema de la inclusión en el tipo de determinados engaños que no han generado resultado típico alguno, para no excluir *a priori* la tentativa de estafa y la estafa frustrada, dado que, si bien es cierto, la estafa es un delito de resultado no hay razón alguna para excluir del tipo las conductas a través de las cuales se realiza el disvalor de acción, mas no el de resultado y para no aplicar, en definitiva, lo dispuesto en el art. 7° del CP[224].

---

[223] Un ejemplo de ello lo encontramos en Choclán Montalvo quien señala que "en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que *causalmente* produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto en el art. 248 CP (español) que ello tenga lugar mediante un engaño *bastante.* Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado". Choclán Montalvo, *op. cit.,* p. 120.
[224] *Vid*., *supra*, nota 210.

A pesar de lo señalado anteriormente, el error referido se presenta sólo en el planteamiento del problema, dado que, a pesar de dicho planteamiento, los autores analizados recurren a la teoría de la imputación objetiva con el afán de delimitar el ámbito del engaño típicamente relevante en el delito de estafa (y no sólo a través de la negación del nexo de imputación al resultado), interpretando el requisito típico del art. 248 del CPE consistente en que el engaño sea "bastante" con lo que utilizan a la teoría de la imputación objetiva como algo más que una mera teoría surtidora de criterios que permitan atribuir resultados al engaño: la teoría de la imputación objetiva, en efecto, es utilizada como una teoría del tipo, de modo tal que proporciona criterios para determinar la tipicidad de un engaño a título de estafa aun cuando el resultado no se ha producido.

A este respecto, y a riesgo de ser reiterativo, el punto crucial radica en que una teoría que intente resolver objetivamente el problema del engaño típicamente relevante a título de estafa de modo satisfactorio debe dar solución a dos problemas: a) cómo *excluir* del tipo determinados engaños que causalmente generan el resultado típico de la estafa, y b) cómo *incluir* en el tipo determinados engaños aunque no logren provocar el resultado típico. Mientras la teoría de la imputación objetiva del resultado sólo da respuesta al primer problema, la teoría de la conducta típica da respuesta a ambos problemas.

El problema de planteamiento recién comentado se enmarca dentro de una discusión más amplia que se ha suscitado en el seno de la teoría de la imputación objetiva. En el marco de esta discusión, Frisch ha sostenido que la teoría del tipo no se puede construir exclusivamente sobre la base de criterios de imputación de resultados, razón por la cual adopta una perspectiva distinta a la sostenida por los defensores de la teoría "clásica" de la imputación objetiva, centrada en la conducta en sí. De este modo, en su imponente obra "Comportamiento típico e imputación del resultado"[225], Frisch propone la distinción entre el juicio objetivo y normativo de desaprobación de la conducta (teoría de la conducta típica) y el juicio de imputación del resultado a la conducta desaprobada (teoría de la imputación objetiva).

La teoría de la conducta típica valora la conducta a partir de los principios que determinan los límites de la libertad de acción, siendo fundamental, en ese contexto, la idea de llevar la libertad del uno con la libertad del otro, según una ley general, a una relación recíprocamente aceptable por todos los actores. De esa idea forman parte criterios que se practican en el marco de la llamada ponderación de intereses: a) idoneidad y necesidad de determinadas restricciones de la libertad para la conservación de los bienes y libertades; b) la valoración positiva de determinados bienes y libertades; c) el que puedan

[225] Frisch, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado.* (trad. a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo).Marcial Pons, Madrid, 2004.

esperarse determinadas medidas de autoprotección por parte de los propios titulares de derechos responsables; etc[226]. De este modo, el juicio de tipicidad de la conducta se vincula con la idea de constitución social, esto es, el modo en que una determinada sociedad resuelve el conflicto entre sujetos activos creadores de riesgo y sujetos pasivos de dicho riesgo[227]. En otras palabras, el juicio de tipicidad de la conducta es una expresión de una estandarización de los espacios de libertad que se lleva a cabo después de ponderar la libertad de actuación y la protección de bienes jurídicos[228].

En virtud de este planteamiento, la teoría de la imputación objetiva se vería muy limitada, ya que sus criterios fundamentales le serían arrebatados por la teoría de la conducta típica. En efecto, según Frisch, el requisito de la creación desaprobada del riesgo unido a la acción no es un mero presupuesto para la atribución de un resultado, ya que si no hay creación desaprobada de un peligro unido a la conducta, entonces lo que en realidad falta es una conducta prohibida. La vinculación de la conducta con un peligro desaprobado es, en este sentido, el elemento nuclear de la conducta típica de los delitos de resultado[229]. De este modo, la conducta típica es la peligrosidad típicamente relevante, un peligro objetivamente desaprobado intrínseco a la conducta

---

[226]Frisch, Wolfgang, "La Imputación objetiva: estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Civitas, Madrid, 2000, pp. 64 y 65.
[227] Silva Sánchez, Jesús María, *Desvalorar e imputar,* ed. B de F, Buenos Aires, 2006, p. XV.
[228] *Id.,* p. XVI.
[229] Frisch, Wolfgang, "La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático, en *Desvalorar e imputar,* ed. B de F, Buenos Aires, 2006, p. 49.

típica. Por otro lado, la cuestión de hasta dónde llega el alcance del tipo (fin de protección de la norma) también sería una cuestión de la conducta típica y no de la imputación objetiva de resultados. De este modo, la imputación objetiva del resultado se limitaría a responder la pregunta que surge una vez que se ha determinado la acción imputable y su desaprobación (a consecuencia de la importancia del riesgo) y que se refiere a si el resultado producido es la consecuencia específica de ese actuar desaprobado e imputable a la persona[230], esto es, al análisis de la realización del peligro en el concreto resultado[231].

Para Roxin[232], "en la separación de Frisch no se tiene en cuenta que en la conclusión se trata siempre de la imputación o no imputación del resultado", añadiendo que, por lo demás, para las soluciones concretas de problemas la separación carece de importancia esencial. A la primera cuestión, Frisch responde que "para el ciudadano es importante saber si ha obrado de forma jurídicamente irreprochable o bien si ello no es así y simplemente no se le carga como obra suya el resultado acaecido, a pesar de su conducta errónea".[233] A la segunda cuestión, aunque no directamente, Frisch responde que la separación propuesta por él "comporta determinadas ventajas

---

[230] *Id*., p. 60.
[231] La ausencia de consideraciones sobre este criterio –realización del riesgo en el concreto resultado– en los textos analizados demuestra que en ellos no se está hablando (al menos primordialmente) de imputación de resultados, sino de la conducta típica.
[232] Roxin, *op. cit.,* p. 365.
[233] Frisch Wolfgang, *op. cit.* (nota 229), p. 53.

dogmáticas, por ejemplo, en forma de una contundente negación del castigo de la tentativa en caso de pretender resultados sólo mediante riesgos tolerados”[234]. En sentido similar, Robles Planas plantea que “salta a la vista que la distinción entre conducta típica e imputación del resultado tiene importantes ventajas explicativas en la dogmática de la tentativa, en la medida en que la conducta está prohibida pese a que no se ha producido resultado alguno”[235]. Esto último presenta relevancia para la determinación del engaño típico en la estafa, dado que, como se dijo anteriormente, una teoría objetiva de determinación de la suficiencia o aptitud del engaño debe determinar no sólo qué engaños se excluyen del tipo pese a generar el resultado típico, sino también qué engaños se incluyen en él a pesar de no haber generado dicho resultado.

3.1.2 Desarrollo de la tesis

En cuanto recurren a la teoría de la imputación objetiva para delimitar el engaño típico, los autores que adhieren a esta tesis utilizan los criterios propios de la imputación objetiva para resolver el problema, a saber: a) creación o incremento de un riesgo desaprobado jurídicamente; b) realización del riesgo

[234] *Id*., p.54.
[235] Robles Planas, Ricardo, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, en *Desvalorar e imputar,* ed. B de F, Buenos Aires, 2006, p. 80.

en el concreto resultado y, c) fin de protección de la norma. Ahora bien, la forma en que operan dichos criterios en el caso de la estafa presenta matices en las obras de los autores en análisis.

Gómez Benítez es elocuente al justificar el recurso a la teoría en análisis. Dicha justificación viene dada por el juego de dos consideraciones. La primera de ellas es la relevancia de la política criminal en la interpretación de los tipos penales en general y del tipo de estafa en particular. La segunda es la consideración de que una de las principales peculiaridades de la estafa es el debilitado principio de legalidad que le es inmanente, dado el inevitable nivel de indeterminación del engaño, indeterminación que sólo es soportable desde el principio de legalidad si al engaño se le suman otros elementos capaces de dotar de un nivel suficiente de concreción típica al disvalor de acción. Para conciliar ambas consideraciones es necesario exigir la idoneidad del engaño o, en palabras de Gómez Benítez, "para conciliar las valoraciones político – criminales y el principio de legalidad se hace imprescindible añadir el requisito de su idoneidad [del engaño] para la consecución de un fin defraudatorio"[236]. De este modo, el recurso a la idea de riesgo– idoneidad o adecuación, es la idea que permite efectuar una ponderación convincente político criminalmente y respetuosa del principio de legalidad.

[236] Gómez Benítez, José Manuel, "Función y contenido del error en el tipo de estafa", en Gómez Benítez, José Manuel, *"Estudios penales",* Madrid, 1986., p. 133.

De acuerdo con lo anterior, “sólo son engaños típicos las conductas tendentes a generar error en alguien, e idóneas para conseguirlo, porque sólo esas conductas crean o incrementan el riesgo de que se produzca el resultado típico, o en su caso, y subsidiariamente, se corresponden con el fin de protección de la norma”[237]. De este modo, el criterio fundamental para determinar la tipicidad del engaño es el de la creación o incremento del riesgo, esto es, su adecuación[238], reservándose el criterio de fin de protección de la norma “para la solución de aquellos casos en los que no sea suficiente el de riesgo–adecuación, es decir, para resolver situaciones en las que, como propone Roxin, el resultado se produce como consecuencia de una creación a riesgo no permitida en parte alguna, y, sin embargo, no es imputado porque el legislador no quiere hacer responsable de ello a la persona que actúa”[239]. Por lo tanto, el criterio a utilizar será el de riesgo–adecuación y sólo de forma subsidiaria y para algunos casos, se utilizaría el criterio de fin de protección de la norma.

---

[237] *Id.*, p. 136.

[238] Para Roxin, el principio de imputación de la creación o aumento del riesgo coincide en lo sustancial con la teoría de la adecuación, ya que una conducta con la que se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, sólo podrá acarrear por casualidad el resultado, por ello, en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo posterior en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir: todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. Roxin, *op. cit.,* p. 367.

[239] Gómez Benítez, *op. cit.,* p. 137.

Por su parte, Pérez Manzano sostiene que las restricciones al engaño pueden ser reubicadas en el juicio de previsibilidad objetiva de la imputación objetiva: juicio de probabilidad de que la acción engañosa, *ex ante* considerada, generará un acto de disposición por error. Así, "si una mentira es objetivamente idónea, *ex ante*, para inducir a error, dependerá fundamentalmente de que en un alto número de ocasiones induciría a error al hombre medianamente prudente"[240]. Este juicio de riesgo–adecuación del engaño constituiría el primer escalón de la imputación objetiva en la estafa.

Sin embargo, según el planteamiento de la autora española, una vez afirmada la adecuación, no se habrá afirmado que el engaño ha creado un riesgo típicamente relevante si el riesgo creado es permitido, por realizarse acorde a reglas o usos sociales usuales en el desarrollo de la respectiva actividad[241]. Por tanto, el segundo escalón de imputación consiste en observar si el riesgo creado es o no riesgo permitido. Sólo si el riesgo creado no está permitido por los usos sociales respectivos, habrá imputación objetiva.

Pero aún hay más. Tal como lo pone de relieve Roxin, debe tenerse en cuenta que las normas de mandato o prohibición se dirigen siempre y solamente a impedir unos cursos causales muy determinados. Por lo tanto, en los casos de creación de un riesgo jurídicamente relevante, tan sólo será

[240] Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 294.
[241] *Id.*, pp. 298 y 299.

imputable la producción de aquellos cursos causales que la norma persigue impedir y no, en cambio, aquellos otros que caen más allá del ámbito de protección de la norma. Consecuente con lo anterior, el tercer escalón de imputación, en el sistema de Pérez Manzano, lo constituye el alcance o ámbito de protección de la norma que tipifica el delito de estafa, al que se acude excepcionalmente, una vez que se ha afirmado la relación de riesgo, tratándose de casos en los que la víctima del engaño ha tenido algún tipo de contribución a la producción del resultado[242], de modo tal que, a pesar que existir una creación de un riesgo (primer escalón de imputación), y que ese riesgo no sea riesgo permitido (segundo escalón de imputación), no hay imputación objetiva, por tratarse de cursos causales que están fuera del ámbito de protección de la norma que tipifica la estafa (tercer escalón de imputación).

En concordancia con lo anterior, Pérez Manzano se aboca a: a) determinar cuál es el fin de protección de la norma que tipifica la estafa y, posteriormente, b) analizar qué casos encajan bajo la cobertura de la protección de dicha norma.

En relación al primer punto, la autora española señala que la protección patrimonial de la estafa no es tan amplia como la de la vida, dado que sólo se protegen ciertas modalidades de ataque. Consecuentemente, es necesario

[242] *Id.,* p. 302.

determinar concretamente el bien jurídico y el tipo de ataque. A este respecto, Pérez Manzano señala que en el ámbito de los delitos patrimoniales rige la regla consistente en que corresponde al titular del bien jurídico su autoprotección, correspondiendo, por tanto, sólo en casos excepcionales al Estado dicha protección, porque el titular tiene medios especiales para su tutela y en razón que la autorresponsabilidad es parte de la autonomía, motivo por el cual las medidas de protección del Estado estorban su ejercicio[243].

Para Pérez Manzano no requiere mayor fundamentación decir que el bien jurídico protegido en la estafa es el patrimonio, pero es preciso considerar que el patrimonio se configura en el marco de los derechos de libertad (de manera que no puede haber lesión patrimonial si media el consentimiento del titular), de modo tal que es el vicio del consentimiento (error) el que reafirma el atentado contra la libertad. De esta forma, concluye Pérez Manzano, si bien es cierto la estafa no es un delito contra la libertad de disposición patrimonial (pues requiere el perjuicio económico), sin embargo, no puede existir atentado patrimonial si no ha existido un ejercicio viciado por error de la libertad patrimonial[244].

En virtud de lo anterior y respondiendo la pregunta del fin de protección de la norma, Pérez Manzano dice que “fin de protección de la norma que tipifica la

[243] *Id.*, p. 303.
[244] *Ibid.*

estafa es entonces la protección patrimonial frente a un determinado tipo de engaños que consiguen, o pueden conseguir, un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño"[245]. No está de más señalar que ese "puedan conseguir" se debe juzgar a la luz del juicio de adecuación.

Respecto a los casos que se encuadran dentro del ámbito de protección de la norma, Pérez Manzano señala que éstos son: i) casos de intervención dolosa de la víctima; ii) casos en los cuales la víctima tiene posibilidades de autoprotección, y iii) casos de dudas de la víctima.

Gallego Soler, por su parte, justifica el recurso a la teoría de la imputación objetiva a partir de la naturaleza estructural de la estafa. En ese sentido plantea que la estafa es un delito comunicativo o relacional, por lo que requiere la contribución fáctica de la víctima, lo cual obliga a tomar en consideración la participación de ésta en sede de imputación objetiva, a efecto de considerar la operatividad del principio de autorresponsabilidad como concreción del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. Esta particularidad de la estafa hace que se la pueda contemplar como delito de "autoperjuicio patrimonial

[245] *Id.,* pp. 303 y 304.

inconsciente", por lo cual no basta con acreditar la mera relación causal entre el engaño y el acto de disposición[246].

El autor español, al igual que Gómez Benítez y Pérez Manzano, plantea que el primer nexo de imputación objetiva es el de la relación de riesgo. En esta perspectiva, para Gallego Soler "sólo se castigan en la estafa conductas que presentan una idoneidad intersubjetiva para originar un error"[247].

De este modo, para Gallego Soler, la cuestión de los deberes de autoprotección de la víctima debe decidirse en el ámbito normativo de la imputación objetiva en relación con el fin de protección de la norma. Subsecuentemente, el problema se ubica en el nivel de la creación del riesgo típicamente relevante, pero para determinar cuál es el riesgo típicamente relevante hay que delimitar, a su vez, el ámbito de la tipicidad con base a la determinación del bien jurídico protegido. En este punto Gallego Soler, de modo similar a Pérez Manzano, acepta que "el bien jurídico–penalmente protegido mediante la estafa es el patrimonio", sin embargo, sostiene que "no puede perderse de vista que la libertad de disposición es un elemento que posee relevancia a la hora de delimitar el propio concepto de patrimonio […] hasta el punto de dotar de contenido al fin de protección de la norma de los

[246] Gallego Soler, José Ignacio. "Fundamento y límite de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa", en *ADPC*, t. LVIII, fascículo II, Mayo–Agosto de 2005, pp. 543 y 544.
[247] *Id.*, p. 546.

delitos patrimoniales, de tal modo que no se puede afirmar la existencia de una lesión patrimonial sin la existencia asimismo de lesión de la libertad de disposición patrimonial"[248]. Lo anterior implica que la estafa sólo protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección. Así, si el error es evitable con una mínima diligencia no puede ser imputado a la conducta engañosa previa, quebrándose la correspondiente relación de riesgo, (aunque más propiamente aquí ni siquiera debiera hablarse de falta de imputación por un quiebre en la relación de riesgo, sino porque el resultado estaría fuera del ámbito de protección de la norma que tipifica la estafa). En este punto y de forma aguda, el autor nos dice que el núcleo de la cuestión, por lo tanto, es la configuración de criterios de exigibilidad de los mecanismos de autoprotección y la definición de sus límites.

Es aquí donde el razonamiento de Gallego Soler no da una respuesta del todo satisfactoria, dado que se queda en el plano de los principios, al decir que no debemos olvidar que se trata de un ámbito en el que el principio de la *ultima ratio* debe entenderse en el marco de las ideas de subsidiariedad y fragmentariedad, debiendo todo ello conjugarse con el principio de unidad del ordenamiento jurídico. Resulta evidente que es difícil usar esos principios generales como criterio general de exigibilidad de mecanismos de autoprotección y casi imposible determinar los límites recurriendo sólo a ellos,

[248] *Id.*, pp. 550 y 551.

por ello, Gallego Soler señala que “el grado de diligencia exigible estará indefectiblemente en función de la posición ocupada en el tráfico jurídico”[249].

En la doctrina nacional, Politoff/Matus/Ramírez, solucionan el problema de la aptitud o idoneidad del engaño vía imputación objetiva. Estos autores, en el contexto de la discusión consistente en si una simple mentira puede llegar a constituir estafa en el CP, rechazan el criterio puramente objetivo de la teoría de la *mise en scène*, sosteniendo “que la materialidad de la acción engañosa puede consistir en una simple mentira, si según las características personales del engañado y las circunstancias del caso, se puede afirmar *ex ante*, que la acción engañosa generaba el riesgo del error que padece la víctima del engaño”. En definitiva, prosiguen los autores, “lo relevante a la hora de enjuiciar si una conducta determinada es o no un engaño bastante, idóneo para estafar, es si esa conducta, *ex ante* considerada, genera o no el riesgo de inducir o mantener en otro una falsa representación de la realidad que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por la persona a que se dirige el mensaje de la acción engañosa, más las circunstancias conocidas o reconocidas por el autor del engaño*”*[250].

3.1.3. Evaluación crítica

[249] *Id.*, p. 554.
[250] Politoff *et al., op. cit.,* pp. 430 y 431.

Como se previno al principio de esta sección, estas teorías fueron elaboradas en el contexto del derecho español, cuyo actual texto positivo incluye dentro de los elementos del tipo objetivo una entidad mínima por medio de la fórmula “engaño suficiente” contenida el en art. 248 inc. 1 del CPE[251]. En consecuencia, y más allá de la consistencia interna de las teorías antes explicadas, es relevante determinar si se trata de interpretaciones plausibles del texto positivo chileno.

Como hemos expuesto en secciones anteriores, el problema que representa la interpretación de las disposiciones de los arts. 473 y 468 del CP en atención a determinar el nivel de suficiencia del engaño, no ha sido resuelto consistentemente en relación a la existencia de una exigencia de un umbral mínimo. En efecto, la única argumentación que se ha hecho cargo de la interpretación de dichos artículos con algún nivel de desarrollo ha fundamentado en la exigencia de un engaño semejante la exigencia de una puesta en escena. Sin embargo, como hemos visto, dicha fundamentación descansa en una serie de supuestos altamente controvertibles.

[251] Esta prevención es válida en general para la mayoría de los autores, aun cuando, la primera versión de esta teoría fue elaborada por Gómez Benítez durante la vigencia del CPE de 1944, que no incluía dentro de los elementos del tipo objetivo una entidad mínima para el engaño.

En definitiva, si se quiere fundamentar una interpretación en que el engaño deba alcanzar un umbral mínimo de suficiencia o idoneidad, de acuerdo a criterios de creación o aumento de riesgo de inducir o mantener en otro una falsa representación de la realidad, que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, para ser relevante jurídico – penalmente deberá argumentarse de qué manera el tipo objetivo de la estafa se encuentra exigiendo un umbral mínimo de suficiencia.

3.2. El engaño típicamente relevante como infracción de deberes de veracidad.

Entre las propuestas dogmáticas alternativas a la comprensión tradicional del contenido del engaño típico en la estafa, encontramos la concepción del engaño como una infracción de deberes de veracidad. Se trata de un modelo de determinación en abstracto de la suficiencia del engaño que, en concordancia con la normativización de la teoría del delito, abandona la aproximación ontológico–causal de la estructura típica clásica orientándose al desarrollo de criterios de imputación del comportamiento puramente normativos, altamente formalizados y completamente ajenos a consideraciones

empíricas, teniendo como horizonte de referencia el funcionalismo radical de Günther Jakobs[252/253].

3.2.1. Fundamentos

Los defensores de la tesis en desarrollo sostienen que en una sociedad compleja se torna riesgoso e inseguro fiarse de la veracidad de las informaciones entregadas por aquéllos con quienes se interactúa, sin embargo, se hace evidente que "confiar es absolutamente connatural a la experiencia humana […] de modo que todos orientamos nuestras conductas a partir de las expectativas que interactúan en el ámbito de operación"[254]. En atención a lo dicho, en la celebración de actos patrimoniales es función del tipo de estafa confirmar la confianza en las informaciones entregadas por otros. Ello, siempre y cuando las partes estén autorizadas a basarse en dichas informaciones de

---

[252] *Vid.* Jakobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General* (trad. por Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 7 y 56 y ss.; Pastor Muñoz, *op. cit*.; Pérez del Valle, Carlos. "El engaño omisivo en la estafa" en *CPC* Nº 58, Universidad Complutense, Madrid, 1996, pp. 373 y ss., y Piña Rochefort, *ob. cit*. En Alemania, quien más ha desarrollado esta teoría es Michael Pawlik, quien elaboró un sistema de posiciones de garante que sentó las bases para trabajos posteriores. Por otra parte, el trabajo de Kindhäuser –Kindhäuser, Urs, *Estafa como autoría mediata tipificada*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2002– es fundamental, a pesar de sus discutidas características estructurales, al comprender los casos de engaño como competencia por un error a causa de la lesión de un derecho a interpretar información verdadera.

[253] En este sentido, Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 218 y ss.; Piña Rochefort, *op. cit*., pp. 47 y ss; y Pérez del Valle, *op. cit*., pp. 384 y ss.

[254] Piña Rochefort, *op cit.*, pp. 65 y ss. Sobre el principio de confianza *vid.* Roxin, Claus, *op. cit.,* pp. 1004 y ss.

acuerdo a criterios normativos de distribución de competencias establecidos sobre la base del rol que cada uno ocupe en la concreta interacción patrimonial de que se trate. Específicamente, entre los elementos típicos del delito de estafa corresponde al engaño distribuir los riesgos de orientación entre el autor de un comportamiento potencialmente engañoso y su destinatario, lo que deberá hacerse de acuerdo a criterios puramente normativos[255]. De este modo, el perjuicio patrimonial que se provoque sólo podrá atribuirse a quien entrega la información en aquellos casos en que el engaño es objetivamente imputable al autor, lo que dependerá de la existencia de un deber de veracidad para con la víctima[256].

Este reparto de competencias en la obtención de información relevante para la adecuada organización patrimonial de la víctima, entre el autor y el receptor de una comunicación potencialmente engañosa, en consideración al rol ocupado en la relación patrimonial que los vincula, se construye sobre la base de un modelo de decisión determinado *ex ante* a partir de las informaciones relevantes para la decisión de la víctima, sin que ello dependa de las peculiaridades psíquicas de ésta. Este modelo de decisión será aquél generalmente vigente en el mercado, pues el delito de estafa protege el

[255] Sobre Pawlik, Hefendehl, *op. cit.*, **§** 263 N° 48/50.
[256] En este sentido *vid.* Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 119 y ss. ; Piña Rochefort, *op. cit.,* p. 53.

patrimonio como poder jurídicamente reconocido para la interacción en el mercado[257].

De acuerdo a estas consideraciones, el engaño se presenta normativizado como la infracción de un deber de veracidad por parte del autor de una declaración potencialmente engañosa, correlativa a un derecho a la verdad de la víctima, afirmándose la relevancia normativa del engaño –despojada de consideraciones de causación ontológicas– en la competencia objetivamente imputable por la desorientación de la víctima[258]. Se parte de la base que la teoría de la imputación objetiva no es únicamente una teoría para la atribución de resultados lesivos, sino que además actúa como teoría del tipo, es decir, como una teoría del comportamiento objetivamente no permitido[259], en que lo objetivo es la imputación de las desviaciones de las expectativas que se tienen respecto del portador de un rol. A diferencia del modelo causal tradicional, el comportamiento típico en la estafa ya no dependerá de un hecho posterior al engaño –que éste efectivamente cause error– sino que se construirá a partir de aquello que *ex ante* y objetivamente, se espera del autor en su interacción con

---

[257] Pastor Muñoz, *op. cit.* pp. 186 y ss.
[258] En este sentido acerca de Pawlik, Hefendehl, Roland, *op. cit.* **§** 263 nm. 48/50.
[259] Pastor Muñoz, *op. cit.,* p. 153; Jakobs, acerca de la imputación objetiva, sostiene: "se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación rol a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables". Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 21. *Vid.* Piña Rochefort, *op. cit.,* pp. 58 y ss.

la víctima[260]. Visto de esta forma, no es relevante la efectiva constatación de la producción causal del error, sino su relevancia normativa. Así, aun cuando un error puede ser relevante fácticamente puede no serlo normativamente[261], lo que "significa que la constatación de una inveracidad causal no es suficiente, es más, ni siquiera [es] necesaria para imputar el perjuicio al autor"[262], en tanto la determinación del comportamiento no permitido –ya se dijo en el párrafo anterior– dependerá de las expectativas dirigidas a quien emite la comunicación potencialmente engañosa como portador de un rol en un intercambio patrimonial determinado, y "[e]sa asignación de un rol supone un reconocimiento de un tramo de libertad cuyo sinalagma es la responsabilidad por organización"[263].

3.2.2. Sistema de posiciones de garante

---

[260] Pastor Muñoz, *op. cit.*, p. 154 ".[E]n el delito de estafa, se trata de averiguar qué le incumbe al autor, es decir, qué comportamiento se espera de este último en su interacción con el titular del patrimonio. Esto debe poder determinarse de modo objetivo, mediante la definición de estándares de conductas desinidividualizados". En el mismo sentido se expresaría Pawlik. Al respecto, Hefendehl sostiene que Pawlik interpreta, coincidentemente con Kindhäuser, el concepto del engaño en la estafa normativizado mediante la teoría de la imputación objetiva. La producción del error en la víctima debe poder ser imputada objetivamente al autor. *Vid.* Hefendehl, *op. cit.*§ 263 nm. 48.

[261] En este sentido Piña Rochefort, *op. cit.,* pp. 54 y ss.

[262] Pastor Muñoz, *op. cit.*, p. 155.

[263] *Id*., p 154. Más adelante en la misma obra, y a mayor abundamiento, sostiene Pastor, "El Derecho reconoce y garantiza a la persona unos determinados medios de organización, esto es, le adscribe un ámbito de soberanía. La protección jurídica de tales medios de organización es, en realidad, protección (garantía normativa) de determinados ámbitos de libertad". Pastor Muñoz, *op. cit.* pp. 169 y 170.

Si es que quiere hacerse plausible un sistema de posiciones de garante, el esfuerzo dogmático deberá orientarse a hacer operativos desde el punto de vista práctico los presupuestos ya descritos o, lo que es lo mismo, deberán concretarse criterios específicos de distribución de competencias en la entrega de información para la orientación de las personas intervinientes en actos de disposición patrimonial. Ello, pues el comportamiento no permitido en la estafa se encontraría en la insatisfacción de una expectativa de veracidad sobre la información que se recibe de una contraparte, pues quien interactúa tiene un derecho a no ser desorientado[264], derecho que es la contracara de un deber de veracidad. El engaño será objetivamente imputable cada vez que el autor infrinja los deberes de veracidad consecuentes al rol que ocupa en la relación económica[265]. La imputación sólo puede explicarse como responsabilidad consecuente de la infracción de un deber de veracidad.

Al encontrarse el comportamiento no permitido en la estafa en la insatisfacción de una expectativa de veracidad de la información que se recibe,

---

[264] Esto se denomina como "derecho a la verdad". Debe aclararse que como "derecho a la verdad" no se designa un derecho subjetivo que constituya el objeto de protección del tipo, sino al problema normativo de la delimitación del comportamiento típico. En otras palabras, "derecho a la verdad" es el criterio de imputación objetiva que, en el contexto de una determinada interacción económica, determina cuáles averiguaciones corresponden a la víctima y cuáles al autor. Sobre el particular *vid.* Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 160 y ss.

[265] Desde este punto de vista, la cuestión del engaño típicamente relevante en materia de estafa no es un problema naturalístico. Esto, en buenas cuentas, importa que el problema de la determinación del engaño típico en la estafa no estriba en la constación de la producción de un error, sino que se trata de un problema normativo. Así, mientras no se identifique la existencia de un deber de veracidad diferenciado socialmente, aun cuando el engaño haya sido idóneo para inducir a error a la víctima, ese comportamiento puede no ser típicamente relevante. *Vid*. Pastor Muñoz, *op. cit.* p. 154. En el mismo sentido Piña Rochefort, *op. cit.* pp. 54 y ss;

es necesario determinar el origen y fundamentación de dichas posiciones de garante. Con la normativización de la estafa desarrollada primero por Pawlik[266], y luego por Pastor, se construyó un sistema de determinación del comportamiento no permitido teniendo como presupuesto metodológico la normativización y funcionalización de los conceptos jurídico penales elaborada por Jakobs, donde la contraposición entre delitos de comisión y delitos de omisión pierde su nitidez dado que la imputabilidad de ambos comportamientos proviene de la competencia por organización, o bien de la competencia institucional. Consecuentemente, acción y omisión no son sino modos correlativos de infracción de un deber[267/268].

Como ya vimos, hay posición de garante como consecuencia de la libertad de organización, o bien como derivación de competencia por deberes institucionales. Un deber de no lesionar a alguien –deber negativo– es un

---

[266] *Vid.* Hefendehl, *op. cit*., **§** 263 nm. 48 y ss., y Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 133 y ss.,

[267] "Los mandatos se infringen no ejecutando las acciones mandadas […] en cada caso, un delito de omisión y las prohibiciones llevando a cabo precisamente las acciones que no deben ser […] –en cada caso, un delito de comisión–." Jakobs, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal,* Civitas, Madrid, 2003, pp. 103 y 104.

[268] La distinción entre las formas comisiva y omisiva de la acción (así como los problemas derivados) sería meramente técnica y lo verdaderamente relevante es la distinción entre deberes negativos –deberes de no lesionar– y deberes positivos –deberes de prestar auxilio solidario–, lo que no significa que los deberes negativos sólo puedan ser infringidos exclusivamente en forma activa, ni que los deberes positivos puedan ser infringidos exclusivamente por omisión, lo que hay es un comportamiento cuya imputación por el no reconocimiento de la vigencia de una norma comienza a nivel de acción. El fundamento, y por lo mismo, la sistemática de dichas posiciones de garante son la discusión central en la plausibilidad de este modelo de delimitación del engaño típico en la estafa. *Vid*. Jakobs, *Id.*, pp. 101 y ss., especialmente p. 108.; En este sentido, específicamente en relación a la estafa, Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 218 y ss.; Pérez del Valle, *op. cit.,* pp. 384 y ss., y Piña Rochefort, *op. cit.,* pp. 83 y ss. .

deber correlativo y consecuente de la libertad de organización jurídicamente garantizada de una persona, "que es mucho más que el mero alcance de la actividad corporal, sino que, por el contrario se extiende a todo aquel campo en que puede excluir a otras personas"[269]. Mientras no se exceda ese ámbito, se puede excluir a los otros de la administración de esa esfera, quedando también fuera de ella la potencial víctima. Correlato de esta situación, es que "la responsabilidad por las consecuencias es condición de la libertad de comportamiento"[270]. Los deberes consecuentes por la libertad de organización son los deberes de aseguramiento en el tráfico, asunción e injerencia[271]. Los deberes positivos, en cambio, se configuran como aportaciones positivas de solidaridad, teniendo como fuentes al Estado y las relaciones paterno–filiales[272]. Como resulta evidente, son especialmente relevantes los deberes negativos. Pawlik, respetando la sistemática de Jakobs, toma como caso básico el deber de aseguramiento en el tráfico, reconociendo también como fuentes de deberes de veracidad la asunción y la injerencia. Especial desarrollo recibe la asunción, que renombra promesa[273], en este caso, quien

---

[269] Jakobs, Günther, *op. cit.,* (nota 267), p. 106.
[270] *Id.,* p. 108.
[271] *Vid*. Jakobs, Günther, *Id.,* pp. 101 y ss., y Pastor Muñoz, *op. cit*., pp. 136 y ss.
[272] Jakobs sostiene que los deberes negativos son la base del edificio social, pero precisamente sólo la base. Existen determinados deberes, que en atención a su relevancia social (determinado por el desarrollo de una determinada sociedad), que en todo caso deberá superar la importancia asignada a la relación entre libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias. Entre estos principios Jakobs reconoce: (i) la paternidad; (ii) el Estado en alguna de sus relaciones con los ciudadanos, y (iii) otros supuestos de confianza especial. *Vid.* Jakobs, Günther, *Acción y omisión en Derecho penal,* Universidad Externado de Colombia*,* Bogotá, 2000, pp. 7 y ss.
[273] En este sentido Pastor Muñoz, *op. cit.,* p. 139.

actúa se hace competente por la rebaja en el nivel de protección que genera la interacción, a través de una reactualización del deber de aseguramiento en el tráfico. Por el contrario, Pastor Muñoz sostiene que el caso básico sería la asunción ya que "podría afirmarse que en el deber de tráfico existe también un elemento de asunción en el sentido de que la actualización de los deberes de veracidad se produce porque el autor decide ocupar una posición en un contacto económico concreto"[274/275].

Sea cual fuere el punto de partida, el desarrollo de la asunción o promesa es fundamental. Para que exista promesa, es necesario que se proporcione a la víctima información objetivamente relevante para la administración autorresponsable de su patrimonio y que la conducta exprese inequívocamente que con ella el autor se compromete a responder de la corrección de las informaciones proporcionadas. No habría relación de promesa si hay una prestación antijurídica, como tampoco si la víctima ha lesionado la relación de

---

[274] *Id*., p. 139. A renglón seguido la autora señala que: "el nacimiento del deber de tráfico para el autor está en un acto de asunción consistente en ocupar la posición del sujeto que interacciona con la víctima". Dicha modificación no es trivial, pues significa necesariamente una revisión de de la teoría de la posición de garante. Tanto Jakobs, Günther, *ob. cit.* (nota 272), como Pawlik sostienen que el deber de tráfico es el caso básico.

[275] La injerencia y el deber de tráfico, son posiciones de garante consistentes en la afectación de una posición jurídica ya existente. Habrá injerencia cuando se infringen deberes de comunicación, encontrándose el autor, a causa de su intervención, en posición de garante frente a la víctima. Hay lesión en un deber de tráfico al no respetar el derecho de la víctima sobre los objetos de su patrimonio. El autor no debe introducir información falsa en el haber de informaciones de la víctima, ni debe dejar de corregir informaciones falsas introducidas por terceros respecto a cuya conducta es competente frente a la víctima. Al respecto *vid*. Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 136 y ss.

reconocimiento en una interacción anterior, lo que Pastor pone en duda[276]. La promesa cobra relevancia porque si bien existe un ámbito de informaciones que en principio le compete a la víctima averiguar, este deber puede ser traspasado al autor a través de un acto de asunción. Se destaca que el límite de conocimientos especiales es congruente con la exigencia de configuración anónima del mercado[277], lo que además significa definir al participante en el mercado de acuerdo al estándar de racionalidad. En buenas cuentas, la promesa es una ampliación de la posición jurídica de la víctima por medio de la conducta del autor.

Al no existir necesariamente coincidencia entre los desniveles de información fácticos y los normativos, Piña señala que la inaccesibilidad fáctica sólo es normativa de acuerdo a la posición que se ocupa en la interacción económica[278]. Esta posición carga al sujeto con una serie de obligaciones frente a cuyo comportamiento debe responder. Así, podemos identificar deberes que emanan de la posición que se ocupa en la relación económica y deberes que surgen de la redefinición de deberes. La existencia de deberes de veracidad no exime a la víctima de salir de su ignorancia. Es por ello que se habla de accesibilidad normativa. Lo importante es definir si existía un deber

[276] *Ibid.*
[277] *Vid.* Piña Rochefort, *op. cit.,* pp. 70 y ss.
[278] *Id*., pp. 58 y ss.

de hacerle salir de su ignorancia[279]. La determinación de los deberes de veracidad se hace de acuerdo a si la información es normativamente accesible, esto es, si de acuerdo al rol que se ocupa en la posición económica corresponde acceder a la información.

Los criterios de determinación de la accesibilidad de la información no necesariamente coincidirán con los criterios fácticos de accesibilidad, por ejemplo, el criterio de coste de acceso de la información[280]. Los deberes de veracidad no surgen de la existencia de desniveles fácticos de información, sino de la posición que el interviniente ocupa en la relación económica con la víctima. La inaccesibilidad fáctica sólo es normativa cuando la víctima ha asumido su posición en la interacción económica. La concreción del criterio de accesibilidad es más sencilla cuando existe una regulación que define los parámetros de diligencia propios del respectivo sector del tráfico económico. De este modo, la información se encontrará accesible conforme a las incumbencias que se tengan en una relación jurídica estándar, o bien, si le es inaccesible normativamente al disponente (potencial víctima) deberá hacérsela accesible por quien actúa.

---

[279] *Vid.* Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 224 y ss. , en el mismo sentido, Piña Rochefort, *op. cit.,* pp. 54 y ss.

[280] Cuando se dé una falta de accesibilidad fáctica en caso de accesibilidad normativa, debe plantearse cómo debe tratarse ese déficit cognitivo del sujeto; en unas ocasiones, este último debe explicarse como consecuencia del comportamiento descuidado de la víctima, mientras que, en otras, como fruto de un comportamiento no permitido de otro que impide acceder a la información que estaba normativamente accesible. Sobre el particular *Vid.* Pastor Muñoz, *Ibid*.

Se señala en este contexto la cuestión sobre si las normas civiles que imponen deberes de información deben ser tomadas en consideración en la construcción de los deberes jurídico penales en el ámbito de la estafa. Pawlik sostiene que el Derecho civil operaría como límite negativo, pero no positivo, a la definición de deberes de veracidad penales[281]. De modo que la existencia de deberes de veracidad extra penales no significa su correspondencia en sede penal, pero su ausencia siempre importa la exclusión de un deber extra penal[282]. La determinación de un deber de veracidad que tiene vigencia en un determinado ámbito puede no tenerlo en otro. Así, las incumbencias de quien actúa se determinan "con relación al ámbito de autoprotección de la víctima, no dado de un modo normativo general, sino normativo sectorial"[283]. Se ha discutido la fundamentación basada en deberes negativos, dada la posibilidad que ciertos deberes de buena fe del orden extra penal sustenten los deberes de veracidad penales[284], al ser la buena fe una cláusula de orden general de

[281] En este sentido Pastor Muñoz, que señala: "La opción de afirmar la identidad de deberes de veracidad civiles y penales no es demasiado satisfactoria, en la medida en que convierte al Derecho penal en un mero esfuerzo sancionatorio de las previsiones civiles", Pastor Muñoz. *op. cit*., p. 229. Por su parte, Piña sostiene que "La opción de afirmación de una identidad entre los deberes de veracidad civiles y los deberes de veracidad penales no parece otorgar rendimientos satisfactorios. La clausura del sistema jurídico–penal dificulta, en principio, que normativa extrapenal *per se* forme parte de su operación". Piña Rochefort *op. cit.,* p. 73.
[282] *Vid.* Piña Rochefort, *Id.,* pp. 72 y ss. especialmente, pp. 74 y 75, y Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 229 y ss.
[283] Piña Rochefort, *Id.,* p. 71.
[284] Sobre el particular *vid* Pérez del Valle, *op. cit*., pp. 385 y 386, y Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 243 y ss.

gran ductilidad, que no puede servir de fundamento para deberes de veracidad en sede penal sin entrar en pugna con el principio de legalidad.

Las relaciones económicas tienen un carácter dinámico, de modo que en su desarrollo pueden existir actos del autor y de la víctima que redefinan los límites de los deberes de veracidad. La concreción de dichas redefiniciones se hace de acuerdo a diversos criterios. En primer lugar, se redefinen los límites iniciales si hay asunción por parte de la víctima de un mayor riesgo de error. Ello se materializa por medio de un comportamiento que expresa una renuncia a la información que inicialmente le correspondía (a la que tenía derecho), desnormativizando sus expectativas. Para que ello ocurra es necesario que la víctima exprese intersubjetivamente que prescinde de la información en su proceso de decisión, expresando inequívocamente su renuncia. De otra parte, hay asunción de mayores deberes de veracidad por el autor cuando por su iniciativa, o bien de la victima, asume de modo inequívoco frente a ella un deber de información adicional en la relación económica, para lo que se requiere que el autor se presente intersubjetivamente como una persona capacitada profesionalmente para llevar a cabo la prestación de información. El autor debe asumir el deber de veracidad frente a la víctima de modo claro y preciso, adquiriendo su comportamiento objetiva e inequívocamente ese significado en el contexto de comunicación, por lo que no basta que la víctima solicite más información que aquélla a la que inicialmente tenía derecho, ni que

el autor decida o incluso manifieste su decisión de proporcionar a la víctima más información. Lo fundamental es el sentido de autovinculación. Por último, se infringe un deber de veracidad con la intervención del autor en la esfera de la víctima, tal como impedirle con su inveracidad el acceso a informaciones que, en principio, incumbía a la víctima averiguar. Se trata de un acto de bloqueo, cuya intensidad debe ser suficiente para que el esfuerzo exigible a la víctima no baste para adquirir la información normativamente accesible.

3.2.3. La víctima más débil

Asumiendo que un modelo de deberes de veracidad se concreta en virtud de las informaciones que en abstracto corresponda obtener a una persona de acuerdo al rol que ocupa en una relación patrimonialmente orientada, existirán determinados déficits fácticos en la distribución de la información que serán tolerables, y por lo mismo no imputables[285]. Ello implica necesariamente adoptar un modelo de decisión según el cual se atribuye un importante ámbito de responsabilidad a la víctima. No obstante, no todas las personas que participan en el tráfico jurídico tienen capacidades cognitivas equivalentes, y

[285] Sobre el particular Piña Rochefort señala*:* "[…] mientras no se identifique la existencia de un deber de veracidad diferenciado socialmente, no puede haber un engaño que supere el umbral de lo permitido aun cuando haya sido idóneo para producir un error en la víctima. […] En la medida que dichas inexactitudes o inveracidades se mantengan bajo la observancia de los usos de la actividad económica respectiva constituirán conductas atípicas […]*"*. Piña Rochefort, *op. cit.*, p. 64.

por lo mismo no puede exigírseles las mismas competencias en la obtención de la información relevante. Una víctima más débil será aquella que no se encuentra en condiciones de tomar las medidas de autoprotección que en principio le incumbirían exclusivamente según su posición en la relación económica[286]. Si la definición normativa de los roles se hace en consideración a lo que pueda esperarse de los intervinientes, es evidente que los deberes que surgen de la interacción con víctimas más débiles no podrán ser los mismos que aquéllos que nacen de la interacción con personas normales. Desde otro punto de vista, el tratamiento de la víctima más débil también es importante, pues contra lo que sostiene la doctrina dominante en Chile –a saber, que el derecho no protege a los crédulos–, las víctimas más débiles, precisamente en vista del déficit cognitivo estructural, requieren mayor orientación[287].

En este contexto, lo importante es determinar, en primer lugar, si la interacción con la víctima más débil redefine los deberes de veracidad iniciales en una interacción patrimonial determinada, y, en segundo lugar –si es que tuviera lugar dicha redefinición–, de qué manera puede fundamentarse. Entre

---

[286] Quedan excluidas las víctimas que se guían por criterios afectivos y por criterios supersticiosos. Sobre el concepto de "la víctima estructuralmente más débil". *Vid.* Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 246 y ss.

[287] Para Pastor Muñoz, la "víctima estructuralmente más débil –esto es, un enfermo mental, un niño, un sujeto con capacidad intelectual disminuida o alguien que ha sufrido un proceso de socialización anormal– no está en condiciones (fácticas) de tomar medidas de autoprotección que, en principio, le incumben según su posición en la relación económica" Pastor Muñoz, *Id.,* p. 246. Sobre el tratamiento de la postura de la doctrina nacional en relación a la víctima más débil, *vid.* Hernández Basualto, *op. cit.* pp. 162 y ss.

quienes sostienen la concepción en comento, pareciera ser unánime la respuesta afirmativa a la primera cuestión[288]. La segunda interrogante, por el contrario, genera divergencias, pues se critica que la mera interacción con la víctima, por sí misma, redefina los roles de la relación económica. En principio, en el caso de los niños, por medio de la asunción, quien interactúa debe asumir mayores deberes que los normales al tratarse de un caso de responsabilidad consecuente por la libertad de organización. "Para garantizarle a la víctima más débil el mismo tramo de libertad que a una víctima normal, debe proporcionársele más información […]. [E]l patrimonio como poder real justificaría la solución consistente en entender que quien decide conducir a una víctima débil a un acto de disposición tiene mayores deberes de veracidad y, en concreto, tiene el deber de suplir el déficit cognitivo de la víctima"[289]. Con todo, estos déficits sólo podrían redefinir los deberes de veracidad siempre y cuando hayan sido conocidos por el autor, al ser injusto gravar con mayores deberes al que interactúa con la víctima más débil sin saberlo.

Sin embargo, la fisonomía del mercado supone la irrelevancia normativa de la debilidad de la víctima como consecuencia de las exigencias de

---

[288] En Chile, Piña Rochefort ha omitido referirse expresamente al tema, podría desprenderse que sí cree necesaria una redefinición de los deberes iniciales de acuerdo a lo expresado, pues ha sostenido que: "Para esto no ha de analizarse si el ejecutivo o el niño cayeron efectivamente en un error, sino simplemente **si** tal error es razonablemente vencible para alguien que desempeña un rol como ese". Piña Rochefort, *op. cit*., p. 53, no obstante, no ha dicho nada más.

[289] Pastor Muñoz, *op. cit.,* p. 255.

estandarización y anonimato que le son propias, no bastando la mera interacción como criterio de redefinición de los deberes de cuidado[290]. De este modo, resulta especialmente complejo hablar de una asunción en los casos que el autor se limita a comportarse de acuerdo con las incumbencias propias de su posición en la relación económica. A pesar de lo anteriormente dicho, para Pastor Muñoz resulta insatisfactorio concluir que el autor no tiene mayores deberes de veracidad frente a la víctima más débil[291]. Por ello, en la solución del problema de la determinación de la relevancia del déficit cognitivo de la víctima, Pastor Muñoz, apartándose de la rigurosa normatividad de su argumentación, sostiene que debe recurrirse a los supuestos de capacidad de culpabilidad[292] /[293].

3.2.4. La infracción de un deber de veracidad como suficiencia del engaño. Consideraciones dogmáticas.

---

[290] Al efecto, se puede agregar que en los contactos patrimoniales, los sujetos interactúan como portadores de roles, no como individuos con sus peculiaridades. Luego, "si el autor proporciona a la víctima la información que debería proporcionar a cualquier comprador, ¿por qué va a ser de su incumbencia que este último comprenda correctamente la información?", Pastor Muñoz, *Id.,* p. 256.

[291] *Vid*. Pastor Muñoz, *Id.,* pp. 256 y ss.

[292] Al efecto señala que el recurso a criterios de capacidad de culpabilidad resultaría más convincente, "pues la constatación de que la víctima no es una persona responsable desde la perspectiva del Derecho penal implica que la situación sea normativamente distinta; en efecto en el caso de la víctima débil inimputable, el autor interacciona con alguien que no es responsable de sus decisiones económicas y, por tanto, con un instrumento". Pastor Muñoz, *Id.,* p. 257.

[293] Un problema adicional a determinar según Pastor será si los mayores deberes de veracidad del autor corresponden al tipo de estafa, ya que de haber inimputabilidad podría más bien tratarse de una sustracción, pues no se puede pretender que una víctima inimputable sea capaz de llevar a cabo un acto de disposición idóneo para dar lugar a una nueva situación jurídica. *Vid.* Pastor Muñoz, *Id.,* pp. 257 y 258.

La delimitación del comportamiento no permitido en el delito de estafa como infracción de un deber de veracidad intenta normativizar la comprensión del comportamiento típico, de modo que las informaciones que deban entregarse sean aquéllas que los intervinientes, en una interacción patrimonial, se encuentren normativamente obligados a entregar. Es evidente que una teoría como ésta excluye en abstracto determinadas conductas del tipo. Esta exclusión *ex ante* se justifica, como ya vimos, en consideraciones de la parte general. No obstante, dichas consideraciones no son suficientes, por sí mismas, para resolver el problema planteado por la interpretación de las disposiciones contenidas en los arts. 468 y 473 del CP. A mayor abundamiento, si aceptamos que no existe una exigencia explícita en el tipo del 473 del CP sobre un umbral mínimo de sofisticación o suficiencia que deba superar el engaño,[294] no es admisible *prima facie* la exclusión de determinadas comunicaciones potencialmente engañosas. A diferencia de lo que ocurre en el CPE en el art. 248[295] –que exige engaño bastante–, el tipo del art. 473 del CP no hace alusión alguna a la exigencia de una suficiencia mínima del comportamiento engañoso.

---

[294] Cuestión explícitamente aceptada en el derecho chileno por Piña Rochefort, *op. cit.,* p. 52.
[295] Art. 248: "1.- "Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2.- También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier perjuicio patrimonial en perjuicio de tercero."

La solución intentada por Piña Rochefort[296] parte de la base que el legislador no ha hecho "distinción entre engaño hecho mediante simple mentiras o mediante simples maquinaciones"[297]. La argumentación puede abreviarse así: debe rechazarse la teoría de la *mise en scène*, pues desenfoca el problema al centrarlo en la sofisticación del engaño. Una mentira sencilla puede ser suficiente para considerarla como un comportamiento imputable, sin embargo el Derecho penal debe centrarse en la protección de expectativas generales de comportamiento ligadas a un rol. La suficiencia del engaño debe ser matizada debiendo guardar especial referencia a los roles ocupados. Sostiene que existe una evidente distribución de cargas entre el autor y la víctima –basada en el rol que éstos ocupan en una interacción económica determinada– debiendo atribuirse a uno de ellos las consecuencias del engaño[298].

---

[296] *Vid*. Piña Rochefort, *op. cit.*, pp. 51 y ss.
[297] *Id*., p.53.
[298] Una cuestión problemática anexa es el tratamiento de la víctima más débil. Si la definición normativa de los roles se hace en consideración a lo que pueda esperarse de los intervinientes, es evidente que la interacción con víctimas más débiles (como ya se expuso en el punto 3.2.3.), deberá recibir un tratamiento particularizado. Esto tiene directa relación con la suficiencia del engaño, pues necesariamente para que un engaño sea apto se requerirá mucho menos que frente a una víctima "normal" (en el entendido que esta exista). Como se ve, es también un problema en la distribución de competencias por la obtención de información. Por lo mismo, si quiere sostenerse una teoría como ésta deberá idearse una forma consistente de tratamiento diferenciado para los casos de víctimas más débiles, pues de no hacerlo la determinación no estaría orientada al rol que ocupan las partes en una interacción determinada. En la obra de Piña, no obstante no se encuentra dicho tratamiento particularizado.

Sin embargo, aun cuando la propuesta de Piña Rochefort se presenta como una explicación coherentemente normativizada del tipo estafa, no es posible afirmar que su aplicación al Derecho chileno pueda realizarse sin problemas, pues las dificultades dogmáticas que generaría una conciliación de los arts. 468 y 473 del CP exige un mayor desarrollo. Ello, en tanto de una parte las argumentaciones sobre la exigencia de un umbral mínimo de suficiencia para el engaño difícilmente pueden encontrarse en la alusión a "otro engaño semejante" del art. 468, pues los ejemplos contenidos en dicha disposición se refieren a hipótesis bastante rudimentarias. Por otra parte, aun cuando se asuma que el art. 468 exige un engaño que sea bastante, será de cargo de quienes intenten la delimitación del engaño típico como infracción a un deber de veracidad conciliar con dicha disposición una formulación como la contenida en el art. 473 del CP, pues resulta imposible extraer de dicha disposición alguna limitación típica a la suficiencia del engaño como comportamiento apto para la imputación[299]. Luego, en atención a lo dispuesto por el CP, la argumentación a favor de la exclusión *ex ante* de determinados comportamientos potencialmente engañosos no puede apoyarse pacíficamente en la consideración conjunta de los artículos referidos, sin que antes se desarrolle consistentemente una interpretación de ambas disposiciones. Este no es un problema menor, pues la pura consideración a una teoría sobre la

[299] Art. 473 del CP: "El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales."

parte general no es fundamento suficiente para desvincularse del texto. Es necesario recordar que la labor del dogmático se encuentra necesariamente ligada al texto positivo objeto de estudio.

CAPÍTULO TERCERO: OBJETO Y FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL ENGAÑO

1. Objeto sobre el que recae el engaño

1.1. Aspectos generales

El tópico a analizar tiene como contenido la delimitación de las afirmaciones que pueden ser constitutivas de engaño en base al objeto al cual hacen referencia. De este modo, el tema del objeto del engaño también sirve para delimitar el engaño típico a título de estafa.

El § 263 del StGB describe la conducta típica de la estafa como la simulación de hechos falsos o la deformación de hechos verdaderos, es por ello que en Alemania se ha propiciado la discusión sobre el alcance del concepto de hecho. Sin embargo, esta discusión también se ha suscitado en el seno de ordenamientos jurídico–penales en los cuales no se describe explícitamente la conducta típica de la estafa a partir del concepto de hecho, como ocurre en el ámbito español y en el chileno. Aunque no han faltado quienes sostienen que en esos ámbitos, por no contemplarse en el tipo el término "hecho", la discusión no es procedente[300], la cuestión debe ser igualmente abordada, ya porque es necesario analizar el contenido implícito de aquellos textos que nada dicen explícitamente sobre el tema[301], ya porque en la interpretación del precepto de estafa debe delimitarse el ámbito de las

[300] Antón Oneca, *op. cit.*, p. 88; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 131.
[301] Romero, *op. cit.*, p. 131.

informaciones que son relevantes para la decisión de disposición de la víctima[302].

Los problemas que se suscitan en torno al concepto de hecho en el contexto del engaño en la estafa se reducen fundamentalmente a su contraposición con los llamados "juicios de valor" y a la pregunta por la posibilidad de engaño sobre hechos internos y sobre hechos futuros.

1.2. Hechos y juicios de valor

La noción de "hecho" fuerza a excluir de su ámbito conceptual a los juicios de valor. En efecto, según una concepción generalizada la dicotomía "enunciados de hecho o enunciados de valor" es absoluta[303]. Por lo tanto, si el engaño versa sobre hechos urge determinar qué son los juicios de valor y cómo distinguirlos de los hechos, dado que, respecto de ellos no podrá haber engaño.

---

[302] Pastor Muñoz, *op. cit.*, p. 193.

[303] Hilary Putnam da testimonio de lo generalizada de esa concepción, al decir que la solución al problema de los hechos y los valores a través del postulado de su pertenencia a esferas totalmente distintas se ha arrogado el *status* de institución cultural, lo cual – a renglón seguido- cuestiona. Putnam, Hilary, *Razón, verdad e historia,* Ed. Tecnos, 1988, Madrid, pp. 132 y ss.

Gladys Romero[304] sostiene que en el Derecho penal español el engaño sólo puede recaer sobre hechos y no sobre juicios de valor, en base a que el CPE antes de la reforma de 1983, cuando seguía el modelo casuístico, no describía ningún engaño que se estructurara sobre la base de juicios de valor, lo cual, habiéndose eliminado el modelo casuístico después de la reforma señalada, sumado al silencio del texto *post* reforma, le permite inferir que el legislador español se refiere sólo a hechos como objeto del engaño, corroborando dicha afirmación en base a los supuestos de estafa agravada del art. 529 CPE. Enseguida sugiere que el criterio para distinguir entre un hecho y un juicio de valor consiste en constatar si se trata, o no, de circunstancias que estén en el tiempo y en el espacio y que, por lo tanto, puedan ser verificables o perceptibles por los sentidos. En consecuencia, los hechos, para Pastor, serían circunstancias que por encontrarse en el espacio y en el tiempo pueden ser percibidas por los sentidos.

Pastor Muñoz[305], siguiendo a Hilgendorf, también distingue entre hechos y juicios de valor, sosteniendo que las afirmaciones de hecho tienen una función informativa, esto es, transmiten información sobre el mundo, siendo contrastables y, en consecuencia, pueden ser verdaderas o falsas. En cambio, para Pastor, los juicios de valor tienen una función expresiva y directiva, esto

[304] Romero, *op. cit.*, pp. 133 y ss.
[305] *Id.*, p. 196.

es, son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos ni falsos.

Bustos Ramírez, en tanto, señala que "[e]l engaño […] recae sobre un hecho y su valoración, pero no puede consistir en un simple y exclusivo juicio valorativo"[306].

Por su parte, Choclán Montalvo[307] nos informa que la jurisprudencia española señala que el objeto del engaño se reduce a los hechos, es decir, a situaciones o sucesos presentes o pasados, no pudiendo ser constitutivos de engaño los juicios de valor en la medida en que de ellos no quepa deducir la indirecta afirmación falsa de un hecho. Con ello, según el autor español, se trata de excluir del concepto de engaño a las meras opiniones personales o consejos que sólo pertenecen a las valoraciones de quien las formula y frente a las cuales no puede afirmarse el binomio verdadero/falso, pues las opiniones deben ser tomadas por sus receptores como tales. De este modo, Choclán Montalvo justifica la exclusión de los juicios de valor como objeto del engaño en base a un criterio estructural, constitutivo o de la propia naturaleza de los juicios de valor (imposibilidad de predicar la verdad o falsedad respecto de ellos) y a un criterio normativo (los juicios de valor u opiniones *deben* ser tomadas por sus receptores como tales).

[306] Bustos Ramírez, *op. cit.,* p. 190.
[307] Choclán Montalvo, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

Finalmente, Bajo Fernández[308], sostiene que "[l]os juicios de valor entendidos como simples opiniones carecen de entidad suficiente como para constituir el engaño previsto en la Ley como elemento del delito de estafa. Salvo que convirtamos el delito de estafa en una especie de garantía del derecho a la verdad, tenemos que excluir las opiniones como engaños idóneos. Si un sujeto, contradiciendo sus propios sentimientos, dijera "este cuadro es muy hermoso" o "es el más hermoso de este autor", induciendo a otro a adquirirlo por un alto precio, éste nunca podrá invocar haber sido engañado. El juicio de valor u opinión sólo puede alcanzar la categoría de engaño idóneo, *cuando está presuponiendo falsamente la existencia de unos hechos".*

En la doctrina nacional, Garrido Montt[309] sostiene, de la mano de Cuello Calón, que la simple opinión, aunque mendaz, no parece ser constitutiva del engaño requerido por el fraude y, a mayor abundamiento, señala que quien se limita a emitir juicios apreciativos no engaña, porque no ha alterado la realidad. Por su parte, Politoff/Matus/Ramírez, sostienen, siguiendo a Cramer/Schönke/Shröeder, que el engaño puede referirse a todos los sucesos u objetos presentes o pasados del mundo exterior y también a los del mundo

[308] Bajo Fernández, *op. cit.* (nota 25), pp. 171.
[309] Garrido Montt, *op. cit.*(nota 10) *,* pp. 322 y 323.

interior de los hombres, susceptibles de un juicio de verdad o falsedad[310], siendo el caso que los juicios de valor o meras opiniones no son susceptibles de dicho juicio[311], por ello, el engaño típico de la estafa no puede referirse a ese tipo de juicios. En un sentido diverso, se pronuncia Yubero[312], quien señala que en las legislaciones que no restringen la figura de la estafa a las manifestaciones de hecho (como ocurre en la legislación alemana), la interpretación jurídica no encuentra obstáculos de consistencia para extender la figura de la estafa a los llamados "juicios de valor". De acuerdo a lo anterior, según Yubero, no sería posible desconocer que un juicio falso de valor puede tener en ocasiones tanta eficacia como una afirmación de hechos falsos. La particularidad del planteamiento de Yubero radica en que admite la posibilidad de predicar la falsedad respecto un juicio de valor –aunque no señala en qué sentido se podría efectuar esa predicación– posibilidad que la doctrina mayoritaria reserva a los enunciados de hecho.

Creemos que una aproximación más adecuada al problema consiste en referirse a afirmaciones falsas y no a hechos falsos como lo hace el § 263 del StGB. En efecto, en este contexto la veracidad o falsedad no se predica respecto de los hechos sino que respecto de las afirmaciones que sobre ellos

[310] Politoff *et al*, *op. cit.,* p. 426.
[311] *Id*, pp. 427 y 428.
[312] Yubero, *op. cit.*, p. 120.

versan[313]. En este punto, lo que subyace al planteamiento de la doctrina es que lo propio de los hechos es su susceptibilidad de un juicio de verdad o falsedad, dada su posibilidad de contrastación con la realidad[314], operación que no se podría realizar respecto de los juicios de valor por lo cual respecto de ellos no se podría predicar su verdad o falsedad. Sin embargo, a ese planteamiento se podría objetar que la imposibilidad de contrastación de los juicios de valor sólo es correcta en un sentido. En efecto, si bien es cierto que el enunciado valorativo no se puede constrastar indagando en el objeto valorado, sí se puede contrastar indagando en la subjetividad del sujeto que emite la valoración, siendo el juicio de valor falso en cuanto no se corresponda con la posición subjetiva que el sujeto emisor tenga al momento de proferir el juicio[315]. De este modo, la contrastación de la cual podría ser objeto un juicio de valor no sería distinta a la contrastación que la doctrina mayoritaria acepta

---

[313] El término "verdad" se usa primariamente en dos sentidos: para referirse a una proposición y para referirse a una realidad. En relación a una proposición el binomio de predicados aplicables es verdadero/falso, mientras que en relación a una realidad el binomio de predicados aplicables es verdadero/irreal, ilusorio, inexistente. Mientras la verdad en el primer sentido es una propiedad de ciertos enunciados, de los cuales se dice que son verdaderos, en el segundo sentido es una propiedad de lo real. *Vid*. Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía,* t. II*,* 5ª ed, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1965, pp. 884 y ss.

[314] Al hacer referencia a la contrastación como método para revelar la verdad o falsedad de un enunciado queda claro que la teoría de la verdad que subyace a las posturas analizadas es la teoría de la verdad como correspondencia, que concibe a la verdad como una relación del enunciado con la cosa enunciada: la verdad es verdad del enunciado en cuanto corresponde con algo que se adecua al enunciado y conviene con él. La manifestación más reconocida de esta teoría se encuentra en Aristóteles, que señala: "Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es lo falso; decir de lo que es que es, y de lo que no es que no es, es lo verdadero" (Met, T, 7, 1011 b 26-8). Ferrater Mora, *Ibid.*

[315] De ese modo, si un sujeto logra vender un cuadro a un muy buen precio arguyendo que se trata de la mejor pintura del siglo XX, tratándose de una pintura mediocre, habría engaño no en cuanto la pintura en realidad sea mediocre, sino en cuanto el vendedor creyera que era mediocre y a pesar de ello la calificó como la mejor del siglo XX.

respecto de los hechos internos, contrastación en virtud de la cual se sostiene que éstos pueden ser objeto de engaño, como se verá a continuación. Según la perspectiva recién esbozada, no sería descabellado sostener que los juicios de valor debiesen recibir el mismo tratamiento dogmático que los hechos internos, el que se desarrolla a continuación.

1.3. Engaño sobre hechos internos y sobre "hechos" futuros

El hecho interno consiste en una voluntad o en una representación que se suscita en la mente de una persona, esto es, en un querer o en un conocer. Por su parte el "hecho futuro" consiste en un suceso o acontecimiento que se manifiesta que se verificará en un momento posterior al de dicha manifestación. Los hechos futuros se pueden dividir en pronósticos y en promesas.

La doctrina mayoritaria acepta la posibilidad de engaño sobres hechos internos, a lo cual subyace su posibilidad de contrastación, de modo tal que habrá engaño cuando la manifestación no se corresponda con la representación o la volición. Pero, por otro lado, excluye al hecho futuro de la noción de "hecho" a efectos del engaño típico en la estafa, porque se dice que

el hecho es, por definición, presente o pasado[316], de modo tal que hablar de hechos futuros sería una contradicción en los términos. Sin embargo, el futuro no resulta excluido absolutamente del objeto del engaño, dado que, con la aceptación del engaño sobre hechos internos, el futuro, a través de las promesas y los pronósticos puede ser incorporado, de algún modo, dentro del ámbito del engaño típico de la estafa. Así, por ejemplo, quien promete pintar una casa y recibe una suma por ello y, llegado el momento, no la pinta porque nunca tuvo la intención de pintarla, realiza un engaño típico a título de estafa pero no por el mero hecho de la no realización del hecho futuro prometido, sino porque al momento de recibir el dinero y prometer pintar sabía que no iba a pintar. También quien pronostica que algo ocurrirá, sabiendo que ese algo nunca ocurrirá, realiza un engaño típico a título de estafa, pero no por el mero no acaecimiento del hecho futuro pronosticado, sino porque, al momento de pronosticar, sabía que lo pronosticado no acaecería.

En el sentido señalado se pronuncia Antón Oneca[317], quien señala que el error de quien realiza un acto de disposición en vistas de una promesa de un hecho futuro no se produce a causa del hecho futuro pronosticado, sino en virtud de la convicción de existir una correspondencia entre lo que dice y lo que piensa el engañador cuando se refiere al hecho futuro.

---

[316] Mezger, *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte especial,* p. 240, citado por Romero, *op. cit.,* p. 135.
[317] Antón Oneca, *op. cit.,* p. 89.

También Gladys Romero, quien dice no son hechos todo lo que pertenece al futuro, como, por ejemplo, la promesa de pagar próximamente[318], sin embargo después reconoce que la declaración sobre algo futuro puede ser al mismo tiempo la afirmación de algo actual, de modo tal que, por ejemplo, quien manifiesta obligarse a transmitir la propiedad en determinadas condiciones, sabiendo en el momento en que se compromete que no ha de cumplir dicha obligación convenida, afirma un hecho, aunque se refiera a una acción futura, en tanto su declaración de voluntad se refiere a su disposición actual de cumplir la obligación asumida[319].

La misma forma de ver el asunto se encuentra en Pastor Muñoz[320] quien, en el contexto de su afán de normativización de la determinación de la tipicidad del engaño en la estafa, sostiene que quien afirma que en el futuro será solvente expresa su voluntad de cumplimiento o hace un pronóstico, realiza una afirmación expresa y una tácita. Expresamente afirma un hecho futuro, a saber, el de que pagará o realizará la prestación y, además, transmite implícitamente el mensaje de que en la realidad presente se dan las condiciones objetivas que permitirían realizar esa afirmación a un hombre racional en la posición del autor.

---

[318] Romero, *op. cit.,* p. 135.
[319] *Id.*, p. 136.
[320] Pastor Muñoz, *op. cit.,* p. 204.

Por su parte, en la doctrina nacional, Politoff/Matus/Ramírez[321], sostienen, como ya se señaló al pasar con anterioridad, que el engaño puede referirse a los sucesos u objetos presentes o pasados del mundo interior de los hombres. De modo tal que los sucesos internos, mentales, como la intención o la voluntad de realizar un hecho o el conocimiento de ciertas cosas, son susceptibles de juicios de verdad o falsedad, encuadrándose dentro de este grupo de casos: i) las promesas, las cuales son engañosas cuando su fundamento o la intención que se expresa no existen; ii) afirmaciones que se basan en el falso conocimiento de un hecho que sucederá y; en último lugar, iii) las opiniones, los juicios de valor, y aun los pronósticos acerca de hechos futuros que se fundan en un supuesto conocimiento del que los emite.

En suma, el tópico "objeto del engaño" tiene como contenido la delimitación de las afirmaciones que pueden ser constitutivas de engaño en base al objeto al cual hacen referencia. En ese contexto, la discusión se centra en la posibilidad de engaño sobre afirmaciones relativas a juicios de valor, hechos internos y hechos futuros. En relación a los juicios de valor la doctrina mayoritaria los excluye como objeto del engaño, dada su imposibilidad de contrastación y su consecuente imposibilidad de ser objeto de un juicio de verdad o falsedad, lo que los diferenciaría de los hechos. Sin embargo, cabe

[321] Politoff *et al, op. cit.,* pp. 426 y 427.

señalar que esa imposibilidad de contrastación no es absoluta, ya que si bien no es posible contrastar indagando en el objeto valorado, sí es posible contrastar indagando en la subjetividad del sujeto que emite la valoración. Dicha contrastación, en efecto, es aceptada por la doctrina mayoritaria respecto de los hechos internos, lo cual, precisamente, les da la categoría de hechos, categoría que se niega a los "hechos" futuros, los cuales, sin embargo, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, no resultan excluidos absolutamente del objeto del engaño dado que con la aceptación del engaño sobre hechos internos, el futuro puede ser incorporado dentro del ámbito del engaño típico de la estafa a través de las promesas y los pronósticos.

1.4. Jurisprudencia

a) "Contra Hurtado Lambert, Fernando y otro"[322]. La Corte Suprema, resolviendo un recurso de casación en el fondo, en sentencia de fecha 17 de Junio de 1999, sostuvo que:

"El engaño no puede referirse lógicamente sino a hechos presentes o pretéritos, únicos sobre cuya realidad existe certeza y pueden

[322] RDJ, sección cuarta, N° XCVI, t. 1, año 1999, p. 159 y ss., causa rol N° 462–99.

consiguientemente ser distorsionados o deformados. Los acontecimientos futuros, en cambio –como lo es el pago efectivo de un cheque por el banco librado– constituyen siempre contingencias más o menos inseguras, sometidas a todas las limitaciones que caracterizan a las previsiones humanas, motivo por el cual no pueden, en rigor, ser materia de engaño".

b) "Contra Herrera Puebla, Egido"[323]. El TOP de Copiapó, en sentencia de fecha 19 de Junio de 2006, manifestó que:

"[El] Delito de Estafa, […] requiere para su configuración que se cumpla con los siguientes requisitos: 1) Simulación: Es toda actividad, ya sea tanto acción u omisión, desplegada por el delincuente y que está destinada a producir una falsa representación de la realidad […], debiendo recaer única y exclusivamente en hechos presentes o pasados, ya que las promesas o afirmaciones sobre hechos futuros no constituyen simulación".

c) "Contra Guillén Órdenes, Elina"[324]. El TOP de Rancagua, en sentencia de fecha 21 de Junio de 2006, falló:

"[El] caso que se presentó en este juicio no consistió en el incumplimiento de una cuestión civil, del incumplimiento de contrato, como lo pretende la

[323] Causa RIT N° 32–2006.
[324] Causa RIT N° 77–2006.

defensa, puesto que, con todos los antecedentes allegados al juicio, el Tribunal pudo concluir que la acusada realizó un engaño doloso coetáneo a la fecha de la compraventa y de que hizo víctima a su comprador".

d) Contra Rivas Bórquez, Carlos"[325]. El TOP de Punta Arenas, en sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2006, resolvió:

"[P]ueden existir engaños en la celebración o concertación de un contrato que den lugar a la comisión del delito de estafa. Tal situación se presentará en los casos en que existe por parte de uno de los contratantes –sujeto activo del delito– el propósito inicial, existente al momento de concertarse la negociación o celebrarse el contrato, de no cumplir con la respectiva obligación, de manera que se utiliza la realización del acto jurídico a modo de pantalla con la finalidad de obtener de la contraparte la correspondiente prestación, pero sin abrigar el agente la intención de cumplir con su obligación […] no resulta admisible el planteamiento de la defensa en cuanto afirma que estamos frente a un incumplimiento de contrato regulado por la Ley civil, ya que el acusado nunca tuvo la intención de cumplir, todo lo realizado por él era una pantalla para lograr la correspondiente prestación".

[325] Causa RIT N° 77–2006.

e) “Contra Huenulef Salesky, René”[326]. El 4° TOP de Santiago, en sentencia de fecha 20 de Enero de 2007, escuetamente señaló que:

“La simulación y error constituyen acciones u omisiones susceptibles de causar una falsa representación de la realidad referida a hechos presentes o pasados”[327].

f) “Contra Rojel Giliberto, Ricardo”[328]. El TOP de La Serena, en sentencia de fecha 5 de Abril de 2007, resolvió:

“Además de una lesión patrimonial para las víctimas, existió el incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas, mediante engaño, conducta que constituye una estafa contractual, materializada en este caso merced a una forma de embaucamiento que contempla el artículo 473 del ordenamiento recién citado [CP]. En efecto, el actuar desplegado por el acusado, en los tres casos enunciados, constituye evidentemente, en concepto del tribunal, una maquinación engañosa, tendiente a defraudar a las víctimas y que es residual al artículo 468 del Código Penal y no constituye un simple

[326] Causa RIT N° 96–2006.
[327] El misma enunciado se encuentra en sentencia de fecha 6 de Marzo de 2007 dictada en causa caratulada “Contra Tralma Corvalán, Roxana y otro”, 3er TOP de Santiago, RIT N° 348–2006.
[328] Causa RIT N° 3–2007.

incumplimiento de contrato que, en concepto del tribunal, nunca estuvo en la voluntad o en las posibilidades del acusado cumplir".

En relación a la jurisprudencia sobre el tópico tratado en esta parte de la memoria, lo primero que se debe señalar es que no se encontraron sentencias que se refirieran a la diferenciación de los hechos y los juicios de valor, lo que demuestra que, a pesar de la profundidad teórica del problema, su relevancia práctica es casi nula. Por otro lado, puede señalarse que de la revisión de las sentencias extractadas se constata que la jurisprudencia excluye tajantemente a los hechos futuros del objeto del engaño, pero que, sin embargo, incluye de algún modo al futuro como objeto del engaño, al aceptar el engaño sobre hechos internos en el contexto de la celebración de contratos cuando, al momento de la celebración, no existía la voluntad o la posibilidad de cumplir las obligaciones respectivas.

2. Formas de manifestación del engaño

2.1. Aspectos generales

En el Derecho comparado –claramente en Alemania y España– el tratamiento tradicional del comportamiento no permitido en materia de estafa se apoya en la distinción de las diversas formas de aparición del engaño para efectos de la delimitación de su contenido. En principio, más allá de diferencias en los criterios de adscripción de un comportamiento determinado a alguna de las modalidades de aparición del comportamiento engañoso, se sostiene que éste se manifiesta activa u omisivamente[329]. Entre los primeros, se distinguen los que *expressis verbis* disimulan, tergiversan u ocultan la realidad, de aquellos que se exteriorizan por medio de conductas concluyentes. El fundamento, y la posibilidad siquiera, de un engaño omisivo es, empero, y como expondremos en su momento, una cuestión ampliamente debatida.

[329] *Vid.* Cramer, *op. cit*, § 263, nm.11 y 12; Hefendehl, op. cit., § 263 nm. 73; Pastor Muñoz, op. cit., pp. 218 y ss..

En atención a esto último, modelos dogmáticos alternativos al convencional[330] han prescindido del tratamiento antedicho, sosteniendo que debe abandonarse la preocupación por el *cómo del engaño* para la determinación de la responsabilidad de quien actúa, pues la solución que presentaría mejores rendimientos en la delimitación del comportamiento típico, para todas las formas de su manifestación, es aquélla que postula que el engaño típico en la estafa es siempre la infracción de un deber de veracidad[331]. En Chile, aun cuando se reconocen las diferencias entre las diversas maneras de aparición del engaño, sería excesivo afirmar que esta distinción estructura su tratamiento. Los siguientes puntos a desarrollar en este acápite tienen por objeto exponer cada una de las formas de aparición del engaño, desarrollando los argumentos de las discusiones que han suscitado a su respecto.

2.2. Engaño expreso

[330] *Vid.* sección 3.2 del Capítulo Segundo de esta memoria.

[331] Esto sustentado en que la distinción entre las formas comisiva y omisiva de la acción (así como los problemas derivados) sería meramente técnica, siendo lo verdaderamente relevante, la distinción entre deberes negativos –deberes de no lesionar– y deberes positivos –deberes de prestar auxilio solidario–, lo que no significa que los deberes negativos sólo puedan ser infringidos exclusivamente en forma activa, ni que los deberes positivos puedan ser infringidos exclusivamente por omisión, lo que hay es un comportamiento cuya imputación por el no reconocimiento de la vigencia de una norma comienza a nivel de acción. El fundamento, y por lo mismo, la sistemática de dichas posiciones de garante son la discusión central en la plausibilidad de este modelo de delimitación del engaño típico en la estafa. *Vid*. Jakobs, Günther, *op. cit.* (nota 267), pp. 101 y ss.

En principio, diremos –siguiendo a Romero– que engaña de manera expresa quien "mediante una declaración de voluntad verbal o escrita realiza explícitamente una aserción con las características de engaño"[332]. Habrá un engaño expreso cada vez que, por escrito o verbalmente, se afirme una inveracidad frente a determinados hechos, como por ejemplo en una compraventa en que se afirme que el objeto de la prestación es nuevo, cuando en realidad es de segunda mano. Ello, asumiendo que cualquier engaño baste para ser relevante a título de estafa[333]. Como ya se explicó en otra sección, la doctrina ampliamente dominante en Chile exige a la manifestación del engaño una determinada forma de exteriorización, siendo apto sólo aquel engaño que supere el umbral de sofisticación requerido. La exigencia de un nivel de complejidad material al engaño agregaría una exigencia adicional a su manifestación, pues sólo sería engaño expreso penalmente relevante aquél que supere el grado de complejidad material exigido.

La distinción de los engaños expresos de aquellos casos que deban considerarse como concluyentes es difusa, si se plantean hipótesis ligeramente más complejas que la expuesta en el párrafo anterior. Para distinguirlos debe atenderse a la completitud y la equivocidad de las expresiones utilizadas. De este modo, una declaración falsa, completa e

[332] Romero, *op. cit.,* p. 138; Crämer, op. cit., nm 14 y ss.. En Chile Politoff, Matus, Ramirez, simulación expresa es aquella que aparenta un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz, *expresis verbis*.
[333] *Vid.* Capitulo 2.

inequívoca acerca del objeto al que está referida, constituirá un engaño expreso. Por contraposición, si la declaración es menos completa y más equívoca, deberá ser considerada como un engaño concluyente[334].

2.3. Engaño por medio de un comportamiento concluyente

Entre las formas activas de engaño, junto a aquél que se manifiesta expresamente, se cuenta el engaño exteriorizado por medio de conductas concluyentes. Se trata de un engaño que, no obstante manifestarse por medio de silencio, puede ser delimitado de aquél cometido por omisión, pues posee "en determinadas circunstancias un indudable contenido de significado; [y] de ahí que pueda verse en él un engaño capaz de generar error en otra persona"[335]. Luego, toda vez que se callen hechos mediante una conducta que, en un determinado contexto de comunicación, adquiere un significado relevante, nos encontramos ante un comportamiento concluyente[336]. Del mismo modo, son comportamientos concluyentes aquellos que, si bien se

---

[334] *Vid.* Hefendehl, op. cit., § 263 nm. 78.

[335] Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 358 y ss.

[336] En este sentido, Bockelmann, Paul, El engaño mediante silencio, *Cuaderno de los Institutos,* Nº 88, trad. Conrado Finzi, Universidad de Córdoba, Instituto de Derecho Penal de Córdoba, Córdoba, 1966, p. 129.; Cramer, op. cit., §263 nm. 12 y ss.; Choclán Montalvo, *op cit.*, p. 136; Pérez del Valle, *op. cit.*, p. 374 y ss.; Romero, *op. cit.*, p. 144; Valle Muñiz, José Manuel. "Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa, *ADPCP*, t. 39 Madrid,1986, pp. 865 y ss.; Etcheberry. *op. cit*. (nota 10), pp. 396 y 398; Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 322; Politoff *et al, op. cit.,* p. 427.

emiten expresamente por medio de declaraciones que tienen la apariencia de una comunicación exhaustiva sobre su objeto, callan datos relevantes e inducen a conclusiones erradas. “En este caso la conducta es incompleta y, por consiguiente, falsa. Se trata de una conducta activa”[337].

La atribución de significado comunicativo a aquellos comportamientos engañosos no expresos que pueden reputarse como activos, se hará conforme al contexto en que se desarrollan. Esto resulta extremadamente relevante, pues como consecuencia de esta atribución de significado es que se adscribe la conducta silenciosa a una forma de manifestación activa. Desde el punto de vista práctico, la reconducción de un silencio a un comportamiento concluyente importa un serie de ventajas, por tanto lo exime de los problemas de admisibilidad de la tipicidad del simple y puro silencio, que nada comunica y que deberá juzgarse con arreglo a los principios jurídicos que son generalmente decisivos para la comisión por omisión. En efecto, no son pocos quienes agotan los casos de silencio típico en los engaños concluyentes[338].

La determinación contextual del significado comunicativo del silencio encuentra un claro ejemplo en la estafa de consumo, el criollo “perro

---

[337] Bockelmann., *Íd*, p. 129.
[338] Bockelmann, *op. cit*., pp. 127 y ss.; Valle Muñiz, *op. cit.,* (nota 336) pp. 174 y ss., y Choclán Montalvo, *op cit.,* pp.136 y ss. En la doctrina nacional *vid.*, Etcheberry, *op. cit.* (nota 10) *,* p. 398; Garrido Montt, op. cit. (nota 10), p. 322, y Hernández Basualto, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

muerto”[339]. El trato social sobrentiende que el comensal que se ha sentado a la mesa en un restaurante y ha ordenado los platos de su preferencia en la carta, consiente en el precio y es capaz de pagarlo, sin que para ello se requiera de una declaración expresa de su parte. Este razonamiento puede ser trasladado a otros ámbitos más complejos. Sólo bastará que el comportamiento sea expresivo de acuerdo a las reglas generales del sector en el que opera, no siendo necesaria una declaración expresa siempre que el comportamiento entrañe un significado inteligible para el interlocutor. Como criterios coadyuvantes en la valoración de la conducta se han propuesto los siguientes: “a) Si existe o no entre las partes anteriores y continuadas relaciones de negocios; b) los usos generales del tráfico, y c) los usos individuales de los contratantes”[340].

2.4. Engaño por omisión

2.4.1. Aspectos generales

[339] *Vid.* Hérnández Basualto. *op. cit.*, p. 165.
[340] Valle Muñiz, *op. cit.,* (nota 336), p. 866; en el mismo sentido Choclán Montalvo, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

La posibilidad siquiera de un engaño por omisión es un tema sumamente discutido. En efecto, el desarrollo de tratamientos alternativos a la problemática del engaño típico se justifica, en parte, por la necesidad de encontrar soluciones que presenten mejores rendimientos en el tratamiento de este punto[341]. Como ya explicamos en los párrafos precedentes, no se trata en este caso de engaños por silencio que en un determinado contexto social o comunicacional puedan interpretarse con relativa seguridad como una declaración portadora de sentido, o bien de los supuestos de declaraciones incompletas. Si esas son la hipótesis, nos encontramos ante conductas activas. El engaño por omisión es sustancialmente distinto, se trata del supuesto en que el silencio del sujeto no se encuentra rodeado de circunstancia alguna de la que pueda desprenderse un significado lo suficientemente desarrollado para adjudicarle un sentido claro. Se trata, en palabras de Silva Sánchez[342], de aquellos casos en que "un sujeto no saca a otro de un error en que se encuentra –y que va a producir perjuicio patrimonial– cuando puede hacerlo, resultando, además, que ocupa una determinada posición de responsabilidad cualificada en relación con el bien jurídico en peligro"[343].

---

[341] Así Pastor, *op. cit.*, p. 223; en el mismo sentido, Pérez del Valle, *op. cit.*, pp. 384 y ss. Entre nosotros, escuetamente, Piña Rochefort, *op. cit.*, pp. 83 y ss.
[342] Silva Sánchez, *op. cit.* (nota 335), pp. 358 y ss.
[343] *Id.*, p. 359.

La admisibilidad del engaño por omisión ha sido fustigada por diversos motivos, que se fundan, desde un punto de vista más general, en la incompatibilidad dogmática del mandato de determinación de la ley penal con la aceptación de la omisión impropia en el Derecho chileno, y específicamente, en las dificultades propias del tipo de engaño y la fundamentación de la posición de garante. Los párrafos siguientes intentan explicar las objeciones señaladas haciendo referencia a la discusión comparada y nacional[344].

2.4.2. Excurso: Cuestiones generales de los delitos de omisión impropia

Sobra apuntar que los problemas de la comisión por omisión exceden largamente el objetivo de esta memoria. Sin lugar a dudas, se trata de un punto de gran complejidad en la estructura de la teoría del delito, donde las soluciones distan de ser unívocas, tanto en nuestro medio[345], como en el derecho comparado[346]. Por lo mismo, nuestra intención es bosquejar

---

[344] En la doctrina nacional, la enumeración los problemas relevantes en el tratamiento del engaño omisivo puede encontrarse Hernández Basualto, *op. cit.*, pp. 164 y ss. ; En el derecho español, con una perspectiva militante, puede encontrarse similar identificación de los problemas del engaño por omisión en Pastor Muñoz, *op. cit.*, pp. 218 y ss.; así también en Pérez del Valle, *op. cit.*, pp. 373 y ss.; En argentina, Romero, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

[345] Sobre el particular, especialmente claro, Carnevali Rodríguez, Raúl, "El Delito de Omisión. En particular, la Comisión por Omisión", en *Revista de Derecho,* Nº 9, Universidad Católica del Norte, Campus Guayacán, 2002, pp. 69-80.

[346] *Vid.* Schünemann, Bernd, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión Alemania”, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*. Jornadas Hispano – Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como

sucintamente, sin pretensión de exhaustividad, los problemas de la omisión impropia en tanto resultan atingentes a la determinación del comportamiento no permitido en la estafa[347], toda vez que la estafa, tal como la mayoría de los delitos, se estructura como un tipo comisivo, es decir, sobre la base de la descripción de una conducta activa, que en este caso será engañar a otro.

Los delitos de omisión pueden ser propios o impropios. Los delitos propios de omisión son aquellos que se hallan tipificados y responden a un mandato de acción, bastando para su tipicidad la omisión de una acción mandada. Los delitos de omisión impropios, a diferencia de los delitos de omisión propia, requieren la evitación de la producción del resultado para la realización del tipo[348]. Estos delitos no siempre se encuentran expresamente tipificados, en efecto, se argumenta que los delitos de omisión impropia se encuentran contenidos en la misma norma de la parte especial junto con los delitos de comisión. Ahora bien, el problema radica esencialmente en que la incriminación de la inejecución de una acción no puede sino significar analogía

---

Doctor "Honoris causa" por la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, España, 1994.

[347] Sobre el particular *vid.*, Huerta Tocildo, Susana. *Problemas Fundamentales de los delitos de omisión*, Centro de Publicaciones Madrid, Madrid, 1987 y Silva Sánchez, *ob. cit.* nota 335.

[348] Silva Sánchez sostiene que no necesariamente debe identificarse a la comisión con una norma prohibitiva y a la omisión con un mandato, pues lo relevante es el comportamiento frente al objeto de protección. Así en los casos de los delitos de comisión la relación de no afectación, mientras que en los de omisión existe una pretensión de comportamiento activo frente al objeto de protección. Sin embargo, dicha pretensión material no hace necesaria una formulación como una norma prohibitiva o de mandato dado el caso. *Vid.* Silva Sánchez, *ob. cit*. nota 335. Por su parte, Jakobs, como ya vimos en el la sección 3.2 del Capítulo Segundo, sostiene que la distinción entre acción y omisión se trata de una formulación meramente técnica.

in malam partem[349]. Sin embargo, aceptar sin más la imposibilidad de imputar una omisión no parece una solución adecuada, cuestión que ha sido puesta en evidencia desde temprano por la dogmática del homicidio a través de conocido ejemplo de la madre que deja morir de hambre a su hijo.

En Chile, para fundamentar la imputación de los resultados lesivos a la omisión impropia, se argumenta que habría una infracción de un deber de evitación de resultado encontrándose los delitos de omisión contenidos en la misma norma de la parte especial que los delitos comisivos[350]. Esta solución pretende resolver los conflictos con el principio de legalidad, puesto que de otro modo habría que afirmar la existencia de delitos de comisión por omisión no previstos totalmente por la ley penal[351], entrando en abierta contradicción con el mandato de determinación de la ley penal, constituyendo analogía *in malam partem*. Sin embargo, se ha sostenido que no puede entenderse que el tipo de omisión impropia se encuentra contenido lógicamente en el enunciado

---

[349] Ello sin perjuicio de los problemas de causalidad que se presenten toda vez que la omisión en un sentido científico natural no causa nada. Entre la omisión y el resultado no puede existir una relación de causalidad porque la omisión se caracteriza por un no movimiento. Sin embargo, la causalidad puede entenderse como una como una categoría del pensamiento, sobre el particular *vid.* Gimbernat Ordeig, Enrique. "Causalidad, omisión e imprudencia", en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 161 y ss. especialmente pp. 167 y ss.

[350] En Chile, Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*, t. I, 3ª ed. Santiago, 1998, p. 203; Garrido Montt, *Derecho Penal Parte General*, t. II, Santiago, 1997, pp. 186 y 187; Cury, Derecho Penal, T. II p. 301.

[351] Huerta Tocildo, *op cit.,* p. 19.

de un delito comisivo, ya que ello requiere de un *plus* para admitir la imputación que es la posición de garante[352].

Frente a las enormes dificultades que presenta la cuestión de la comisión por omisión, especialmente en los fundamentos de la posición de garante, en Alemania y España se incluyeron cláusulas en la parte general autorizando la comisión por omisión en la parte especial[353]. De acuerdo a lo dispuesto en las cláusulas generales de conversión incluidas en los códigos penales de dichos ordenamientos, para que sea admisible la punición de los delitos omisivos deberá poder equipararse la conducta omisiva con la conducta activa en la producción del resultado y deberá determinarse la existencia de una posición de garante. En el Derecho chileno, en cambio, la cuestión es más precaria, pues el CP no incluye una disposición similar a las citadas. Sin embargo, aun cuando la inclusión de una cláusula de convertibilidad indica el camino por el cual puede salvarse la incompatibilidad de postular la existencia de delitos de omisión impropia con el principio de legalidad, no resuelve por completo el problema. En efecto, es preciso determinar la forma en que la no evitación del

---

[352] Sobre la refutación de argumentos de Nagler por Armin Kaufmann *vid. Id*., p. 62 y ss.

[353] § 13 del StGB: "Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sólo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca, y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa." ; Art. 11 del CPE de 1995: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente."

resultado se hace equiparable a su comisión activa, dado que los tipos de la parte especial no contienen precisamente la fuente del deber de garantía. De este modo, un problema adicional al de la cláusula de convertibilidad radica en la dificultad que se genera en la determinación de la posición de garante del bien jurídico protegido o, dicho de otra forma, en el modo concreto de fundamentar los especiales deberes de aseguramiento del bien jurídico que obligan a la evitación de dicha lesión haciéndolo equivalente a la comisión activa. La identidad en el tratamiento de los delitos activos con los delitos de omisión impropia únicamente puede encontrar fundamento en la posición de garante y en que el resultado pueda serle imputado objetivamente al autor[354].

Por otra parte, algunos autores han argumentado que la inclusión de cláusulas generales de convertibilidad no representa una solución aceptable al problema, toda vez que persiste el conflicto con el principio de legalidad[355], pues se ha partido de la base errónea –de acuerdo a su argumentación– de interpretar los tipos en términos naturalísticos[356]. De este modo, tal como

---

[354] En este mismo sentido Huerta Tocildo, op. cit., p. 72.
[355] *Vid.* Gimbernat, ob. cit.
[356]Así Silva Sánchez afirma que la "fórmula clásica refleja una concepción que sitúa acción y omisón en un mismo plano sistemático (sea éste el del ser –conducta comportamiento– o el de las realidades normativas – tipicidad–) Sin embargo, […] los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos." De este modo, para Silva Sánchez, las acciones humas pueden "interpretarse como comisiones o bien como omisiones (realizaciones típicas comisivas u omisivas). Comisiones y omisiones se distinguen normativamente. […] Esta distinción tampoco coincide con la que puede tener lugar entre una realización activa y una realización omisiva del tipo. […] Así las cosas, la distinción entre comisión y omisión se plantea en dos niveles. Por un lado, es una distinción ente 'omisión impura' y comisión por omisión. Por otro lado, es una distinción entre 'comisión activa' y

señala Carnevalli, “que todavía se sostenga que los tipos penales deben ser interpretados como construcciones descriptivas de un hacer activo es fruto de la influencia que aún se manifiesta de la escuela clásica casualista”[357]. Para estos autores, los verbos empleados por la ley deben ser interpretados en un sentido atributivo y no descriptivo, de modo que aquello a lo que los verbos refirieren al momento de describirse una determinada conducta –en nuestro caso engañar a alguien– es que el proceso pueda serle adscrito al autor. Por lo mismo, y dado que acción y omisión son diferentes en el plano naturalístico, la comisión por omisión deberá abordarse desde un punto de vista normativo. En este sentido, acción y omisión serían modos de creación o aumento de riesgo típico sobre un determinado bien jurídico[358].

Para la doctrina nacional, en tanto, resulta evidente que determinadas no evitaciones de resultados típicos deben ser imputadas[359]. De hecho, creemos que dicha constatación se encuentra presente en la aproximación al problema de la doctrina nacional dominante, que, sin embargo, pareciera limitarse a reconocer la existencia de la infracción de un deber de resultado en el mismo tipo de la parte especial, constatando la existencia de problemas desde el

---

‘comisión activa’. Obsérvese que, en realidad, contemplada así, la problemática reseñada tiene un sentido claro. Se trata de delimitar la institución de la comisión por omisión de las dos figuras que le son próximas y con las que, pese a la claridad de la distinción conceptual, puede confundirse en casos concretos.” Silva Sánchez, Jesús María. “La Comisión por omisión”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 13, 14 y 15.

[357] Carnevalli Rodríguez, op. cit., p. 75 y ss.

[358] *Ibid.*

[359] Así, Hernández Basualto, *op cit.,* p. 165, n. marg. 42.

punto de vista del respeto al principio de legalidad. Ahora bien, aún cuando se reconocen las objeciones ya explicadas, se termina admitiendo, igualmente, en términos generales, a los delitos de omisión impropia[360].

Específicamente referido a las cuestiones de comisión por omisión en la estafa, una posición inquietante y sólidamente contraria a la predominante es sostenida por Hernández Basualto, pues "si se asume como –más bien improbable– fundamento de la tipicidad de los delitos de omisión impropia en nuestro derecho el argumento a partir del art. 492 CP, en cuanto alude a omisiones que de mediar dolo o malicia constituiría un crimen o simple delito contra las personas, en circunstancias que el Título VIII del Libro II del Código no contiene ningún delito de omisión propia, de suerte que ha de estar referido a los de omisión impropia, puede argumentarse que la omisión impropia no tiene cabida más allá de tales límites sistemáticos, no abarcando en consecuencia a la estafa"[361]. De ser la cuestión tal como la expresa Hernández Basualto, se haría imposible aceptar la legalidad de la omisión impropia que exceda el ámbito de los delitos contra la vida, pues es insostenible admitir la equivalencia de la omisión sin que ello implique que admitamos un contenido no escrito en su totalidad.

---

[360] Etcheberry, *op. cit.* (nota 350), p. 203.
[361] Hernández Basualto, *op. cit.*, p. 163.

Dejando de lado estos problemas, en el supuesto que puedan sortearse con éxito las complicaciones de la comisión por omisión en el Derecho penal chileno, la equivalencia entre la acción tipificada y la omisión de impedir el resultado exige una doble verificación. Por una parte, que el omitente aparezca como garante de la evitación del resultado, esto es, que exista entre el autor y el bien jurídico una especial relación en la protección. Y por otra, la equivalencia entre la omisión y la acción, cuya determinación deberá dejarse para cada modalidad de comportamiento de la parte especial. En el caso específico de la estafa ello agrega un problema, en tanto se exige una determinada modalidad de acción, lo que dificultaría la equivalencia. Luego, es necesario determinar si la omisión, dada la modalidad precisa exigida para la acción en la estafa para la manifestación del comportamiento activo, puede realizar el tipo penal de comisión.

Más allá de las objeciones esbozadas, en principio puede sostenerse que en la estafa el problema del engaño omisivo, como en todos los casos de delitos de omisión impropia, consiste en la determinación de la existencia, fuente y extensión del deber de actuar. Allí donde exista una posición de garante, que justifique una especial posición de cuidado frente al bien jurídico y haga imputable el resultado lesivo a la omisión, habrá comisión por omisión[362].

[362] En este sentido Romero, *op. cit.*, p. 142.

2.4.3. La comisión por omisión en la estafa

Como ya se expuso, no obstante las objeciones formuladas a la admisibilidad de los tipos de omisión impropia en ordenamientos que no contienen cláusulas generales, o especiales, de equivalencia entre acción y omisión, en el Derecho chileno la aceptación de la comisión por omisión es –no sin vacilaciones– ampliamente aceptada[363]. Ahora bien, la objeción de Hernández Basualto a la imposibilidad de fundar la omisión impropia en la estafa en el art. 492 del CP representa una complicación adicional que, sin embargo, debe solucionarse conjuntamente con los problemas generales de la comisión por omisión.

Dejando de lado las dificultades expuestas, para la plausibilidad del supuesto que acepta la legalidad de los tipos de omisión impropia en el Derecho penal chileno, se exige una doble verificación. Por una parte, que el omitente aparezca como garante de la evitación del resultado, es decir, que exista aquella especial relación de protección entre el autor y el bien jurídico y,

[363] En efecto Etcheberry pareciera no mostrarse totalmente convencido de la plausibilidad de la omisión impropia en el derecho chileno de acuerdo a lo expuesto en Etcheberry, *op cit.* (nota 350), p. 200. Sobre la aceptación fáctica de compatibilidad de la comisión por omisión, Hernández Basualto, op. cit., p. 163; En el mismo sentido, y citando a Hernández Basualto, Piña Rochefort, op cit., p. 83 n. marg.143.

por otra, se exige la equivalencia de la omisión con el comportamiento descrito en el tipo.

En el Derecho penal español antes de 1995, a pesar de las objeciones surgidas a causa de la inexistencia de una cláusula como la contenida en el § 13 del StGB (luego incorporada en el CPE de 1995), la posición de quienes aceptaban el engaño por omisión se sostenía –según explica Romero[364]– en que la formulación del tipo de estafa en los arts. 528, 529 y 553 del CPE de 1944– que utilizaba la expresión "usando de cualquier engaño"[365]– se expresaba en términos suficientemente amplios que, a juicio de quienes sustentaban esta teoría, hacía posible la imputación del engaño por omisión. De este modo, el no despejar un error podía ser suficiente para configurar la estafa si existía una posición de garante, por cuanto la cuestión de la legalidad se encontraba resuelta por la amplitud de la formulación del tipo[366]. A mayor abundamiento, Rodríguez Devesa sostuvo que "[e]l engaño puede residir tanto en la afirmación de hechos falsos como en juicios de valor, realizarse con palabras o con actos concluyentes, por un hacer activo o por omisión (no sacar

---

[364] Romero, *op cit*., p. 144; Una explicación similar a la postura tradicional española se encuentra en Pastor Muñoz*, op cit*., p. 220 y Valle Muñiz, *op cit*. (nota 9) pp. 143 y ss.
[365] *Vid.* Romero, *Ibid.*
[366] "[H]ay ocasiones en que la acción y omisión son equivalentes en la valoración social de la conducta. Ejemplo: el cajero que, ante la confusión del parroquiano, recibe un precio mayor al debido." Antón Oneca, *op. cit.*, p. 90. Sobre el particular Quintano Ripollés sostuvo que el aprovechamiento de errores ajenos no provocados, como el quedarse con vuelto dado de más, constituyen en el derecho español hurto propio del n° 1° del art 514, al menos conforme a una práctica judicial firmemente asentada hasta ese momento (1962). *Vid.* Quintano Ripollés, *ob. cit.* (nota 6).

de un error existiendo obligación de hacerlo)"[367]. Para Romero, debía aceptarse la comisión por omisión, sobre esta base sostuvo que "la responsabilidad penal […] sólo puede fundarse en que no se haya despejado el error, si existía el deber de hacerlo (posición de garante)"[368]. Evidentemente se trata de una argumentación controvertible. Sin embargo, las eventuales zozobras de un planteamiento como el expuesto hoy pueden salvarse recurriendo al art. 11 del CPE. Según sostiene Pérez del Valle, hoy las objeciones formuladas desde la perspectiva de la compatibilidad con el principio de legalidad se encuentran superadas[369].

En Alemania, aun cuando la posibilidad de la comisión por omisión en la estafa fue una cuestión bastante discutida[370], la existencia del §13 del StGB deja poco espacio a la duda sobre su admisibilidad. De este modo, se comete estafa por omisión cuando no se despeja un error ya existente, infringiéndose un deber de garante. Pero ello, por sí solo, no es suficiente. Además se requiere que la omisión corresponda respecto de la evitación del resultado con la realización activa del tipo penal[371]. En virtud de lo anterior no sólo se acepta la omisión más allá de los casos consistentes en la no evitación de la interrupción de un curso lesivo, o bien, la no evitación de la consolidación de

---

[367] Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *op.cit.,* p. 502.
[368] Romero, *op. cit.*, p. 147.
[369] Pérez del Valle, Carlos. *op. cit.*, pp. 375 y ss.
[370] Bockelmann, *op. cit.*, pp. 127 y ss.; Crämer, *op. cit.,* § 263 nm. 18; Hefendehl, *op. cit.*, § 263 nm. 135 y ss.
[371] *Vid.*, *supra*, nota 353.

un error que tambalea[372], sino que también pueden aceptarse, sin temor a vulnerar el principio de legalidad, aquellas omisiones consistentes en no despejar el error que hubiera evitado el resultado lesivo cuando se tenía el deber jurídico de hacerlo.

La aceptación de la punición de la omisión impropia en la estafa ha sido aceptada por un amplio sector de la doctrina en Chile. En efecto, la gran mayoría de quienes han tratado las cuestiones derivadas de la omisión impropia la aceptan sin mayores reparos[373]. En general, más allá de algunas vacilaciones, la doctrina nacional ha considerado la admisibilidad del engaño por omisión sin reparos, siempre y cuando exista una posición de garante[374], no obstante no se han elaborado criterios detallados para la determinación de la posición de garante, haciendo referencia a las reglas de la comisión por omisión[375].

---

[372] Bockelmann, *op cit.,* pp. 133 y ss.

[373] Yubero rechaza el engaño por omisión, pues no admite que existencia de tipos de omisión impropia en delitos cuya comisión no es plana, sino que consta de la existencia de resultados intermedios. Yubero, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

[374] Etcheberry si bien pareciera limitar los casos de silencio a silencios concluyentes al sostener que el "mero silencio no es suficiente, pero, acompañado de apariencia externas o ciertas circunstancias jurídicas excepcionales, puede bastar para constituir simulación". Etcheberry, *op cit.* (nota 10), p. 396. A continuación, refiriéndose al error, señala que "no puede verse fraude en la actitud del sujeto que se limita a aprovecharse (sic) de un error ya existente con anterioridad en la víctima, […] [s]ólo podrá verse fraude penal en tales casos si el sujeto hubiera estado en la obligación jurídica de disipar ese error", *Id.,* p. 397. otro autor sostiene que "[r]especto a sila conducta del sujeto que guarda *silencio* y no saca de su error al tercero, tiene la posibilidad de constituir engaño, en principio debe rechazarse. Esto sin perjuicio de que puedan hacerse extensivos al silencio los principios aplicables a la omisión". Garrido Montt. *op. cit.,* nota 10), p. 322; Politoff *et al, op. cit*., pp. 425 y 432, estos autores sostienen que sólo la comete quien está obligado a decir la verdad.

[375] Garrido Montt, *Ibid.*

2.4.4. Críticas

No existiendo una cláusula de equivalencia general como las incorporadas en el StGB y el CPE de 1995, la aceptación de la comisión por omisión en la estafa –aun cuando se presentó acríticamente en el acápite anterior–, es altamente controvertible. Es preciso señalar que en España, aun después de la dictación del CPE, que incluye en su art. 11 una cláusula general de equivalencia de la omisión, se ha problematizado la aceptación de la omisión en la estafa[376]. En nuestro medio, la necesidad de afirmar la posibilidad de comisión por omisión se hace aun mayor, en tanto en cuanto las disposiciones a las que se atribuye contener el tipo básico de estafa (arts. 468 ó 473 del CP), comparten indiscutiblemente la particularidad de no prever expresamente la posibilidad de un engaño omisivo. Luego, si son éstos los términos de la discusión, deben tenerse en cuenta las prevenciones desarrolladas en el derecho comparado para la admisibilidad de la comisión por omisión en el delito de estafa. Con mayor razón si tenemos en consideración la naturaleza compleja del delito de estafa, figura penal en que no se trata de una conducta plana que importe únicamente la producción objetivamente imputable de un

[376] Así Choclán Montalvo que entiende que la negación de la omisión en la estafa es la lógica consecuencia de la inducción por la omisión, ya que es posible influir en la psique del receptor por la simple inacción del autor. Choclán Montalvo, *op. cit.*, p. 145.

resultado[377]. Destinamos los párrafos siguientes a presentar las principales críticas formuladas en la materia.

En el Derecho chileno el primer problema concurre de aceptarse la conceptualización del engaño por la doctrina dominante como una puesta en escena, antes que enfocar el tema en la aptitud causal de éste, lo que conlleva un problema adicional para la admisibilidad del engaño por omisión. De acuerdo a la doctrina dominante, un engaño relevante en materia penal es aquél que va acompañado de una maquinación o maniobra fraudulenta que produzca error y, mediatamente, un acto de disposición perjudicial. De seguir estrictamente esta concepción sobre el engaño, se debería, tal como hace Bajo Fernández[378], rechazar la posibilidad de un engaño por omisión, en primer lugar, porque como vimos esta concepción descansaría en la distinción entre fraude civil y fraude penal, luego, al tener el engaño omisivo –según Bajo Fernández– un menor disvalor de acción debería ser considerado como un fraude civil; y en segundo lugar, y de modo más contundente, porque "es difícil que una omisión cumpla la exigencia típica de maquinación engañosa (escenificación) idónea y bastante para inducir a error"[379]. Sobre esto último se encuentra un argumento similar en Etcheberry, que sostiene que "[e]n cuanto al silencio o reticencia como forma de simulación, debe ser resuelto con el

[377] Hernández Basualto, *op. cit.*, p. 165.
[378] Bajo Fernández, "El delito de estafa" en Comentarios a la legislación penal, V, Cobo del Rosal, (dir), 1985, pp. 1.157 y ss.
[379] *Id.,* p. 1.168.

mismo criterio enunciado respecto de la mentira: el mero silencio no es suficiente, pero acompañado de apariencias externas o ciertas circunstancias excepcionales puede bastar para constituir simulación"[380]. Lo sostenido por Etcheberry es lo mismo que no admitir más que los casos de actos concluyentes, pues, como bien señala Bockelmann[381], los casos de silencio constitutivos de omisión son aquellos en que nada se expresa.

No obstante lo dicho, la aceptación del engaño por omisión no ha sido objetada ni siquiera en este nivel[382]. Al efecto es conveniente citar a Garrido Montt quien, sosteniendo que el engaño debe constituir una puesta en escena, señala, no obstante, que el silencio valdrá como engaño, toda vez que "puedan hacerse extensivos al silencio los principios aplicables a la omisión"[383]. Esto implica necesariamente un reconocimiento de la importancia político-criminal de admitir el engaño por omisión, empero, como solución dogmática es deficiente. Para salvar dicha inconsistencia quedan dos opciones: (1) renunciar a admitir un engaño por omisión, limitando los casos de silencio típico a los engaños concluyentes, o (2) renunciar a comprender el engaño como una maquinación fraudulenta, interpretando la relación entre el los arts. 468 y 473

[380] Etcheberry, *op cit*. (nota 10), p. 396.
[381] Bockelmann, *op. cit.*, p. 127.
[382] *Vid.* Hernández Basualto, *op. cit*., p. 165; Etcheberry, *op. cit.* nota 10, p. 398, y Garrido Montt, *op. cit.*, (nota 10), p. 322.
[383] Garrido Montt, *op. cit.* (nota 10), p. 322.

del CP, no desde la perspectiva de la distinción entre fraude civil y fraude penal[384].

Superada la teoría de la *misce en scéne* no acaban los problemas. El rechazo a la posibilidad misma de la existencia de un engaño por omisión se ha fundamentado de diversas formas. En primer término, se ha sostenido que es imposible admitir el engaño por omisión debido a la exigencia que el engaño cause error, para lo que debe necesariamente antecederlo. Luego, si éste preexiste al engaño, no puede haber estafa, a esto se ha llamado óbice cronológico[385]. Sin embargo, una argumentación como ésta resulta inaceptable, pues significaría la exclusión del tipo de todo engaño, activo u omisivo, cada vez que preexista un error[386]. A mayor abundamiento, todos los casos de comisión por omisión refieren a un curso causal inexistente, luego, y teniendo en cuenta que la negación de la causalidad de la omisión es generalmente aceptada desde hace tiempo, la crítica resulta absurda. Por

[384] Se encuentra una crítica similar a la expuesta en Valle Muñiz, quien rechaza los argumentos de Bajo Fernández al rechazar el engaño omisivo. Valle Muñiz. *op. cit.* (nota 336), pp. 875 y ss.
[385] Rodríguez Ramos piensa que se requiere un engaño preexistente al error y al perjuicio (aspecto cronológico), y que la conducta del beneficiario sea la causa del error y del perjuicio del sujeto pasivo (aspecto etiológico). Rodriguez Ramos, Luis. "Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error", en *CPC*, Nº 18, Edersa, Madrid, 1982, pp. 519 y 520.
[386] Pérez de Valle, *op. cit.*, p. 381.

consiguiente, se hace evidente que el engaño omisivo no se relaciona con el nacimiento del error, sino con su eliminación[387].

En 1961, antes del la incorporación de la cláusula de equivalencia del § 13 en el StGB, Paul Bockelmann publica "Estafa por medio de silencio"[388], artículo en que limitaba los casos de silencio omisivo típico de acuerdo a los criterios de la comisión por omisión. Dando por sentado que sólo podía hacerse responsable a quien omite entregar determinada información existiendo posición de garante, al negarse la causalidad de la omisión, la comisión por omisión se agotará en la evitación de la producción del resultado. En este contexto, será función de la posición de garante proveer de los criterios de acuerdo a los que se impone la equiparación de la no interrupción del curso causal con la no evitación del resultado.

Consecuentemente, el ámbito de los silencios que pueden considerarse típicos es bastante acotado, conteniendo únicamente aquellos en que el autor no se opone a que se forme una idea falsa en la persona que yerra, sea porque descuida interrumpir el proceso causal que guía los actos del reconocimiento del otro, o bien, porque omite intervenir de forma impeditiva en un curso causal que lleva a fortalecer un curso causal, o se refuerza un error

[387] También se ha sostenido que el engaño, debe ser anterior a la disposición, y no al error, de modo que la omisión consistiría en no despejar el error que hubiera evitado el resultado dañoso. *Vid.* Romero, *op. cit.,* pp. 160 y 161.
[388] *Vid., supra,* nota 336.

que no se encontraba muy arraigado[389]. Bockelmann argumentaba que engañar significa producir un error, en otras palabras, causar el error de otro. Por ello, el concepto de engaño decisivo para el §263 del StGB se concretaba solamente en conductas orientadas en influir en la formación de ideas. Luego, aquellos casos de error provenientes de consideraciones falsas surgidas espontáneamente, o bien devenidas falsas posteriormente, excedían el ámbito típico[390].

Para Bockelmann las omisiones que no se pudieran reconducir a la evitación de la producción de un error, o su fortalecimiento, no debían quedar comprendidas dentro de las conductas típicas al no cumplir con las reglas de la comisión por omisión ya expuestas[391]. En consecuencia, "[l]a no supresión de un error existente no se convierte en la no evitación de la producción del error por la circunstancia de que el que ha quedado inactivo tenía la obligación jurídica de informar"[392]. Según argumenta, resulta evidente que los casos de mero aprovechamiento de un error ajeno no cumplen con los requisitos exigidos y, por lo mismo, su inclusión constituiría una interpretación extensiva del tipo penal prohibida por el principio de legalidad. Aun más, según Bockelmann, de aceptarse la opinión contraria a la que sostiene que habría

[389] El concepto de engaño decisivo para el § 263 se concreta solamente con conductas consistentes en influir en la formación de ideas. Lo otro es *error facti* impune. *Id.,* p.129.
[390] *Id.,* pp. 129 y 130.
[391] *Id.*, p. 135.
[392] *Id.*, p. 139.

una equiparación entre la evitación del error y la evitación del resultado. Sin embargo, esta crítica no tiene en cuenta la complejidad del delito de estafa que requiere de un resultado intermedio, el error, que aun cuando se haya verificado debe ser seguido de una disposición patrimonial[393].

Una segunda limitación aplicable a los casos ya expuestos se encuentra en la equivalencia exigida con los supuestos de engaño activo. Según la argumentación de este autor, ante la evidencia que la omisión no es causal, el juicio de quien omite presupone la existencia de toda una serie de factores positivos[394] cuya concurrencia fundamenta la existencia jurídica de la omisión. Suprimir la omisión significa suprimir la concurrencia de dichos factores. De este modo, el castigo de la comisión por omisión significa que los tipos de causación también se aplicarán a las conductas que no consisten en la producción causal de resultados. Frente a estas consideraciones se haría aún más evidente que "la subsunción de conductas consistentes en la no evitación de resultados bajo tipos que castigan la producción de resultados se presenta como una interpretación extensiva"[395]. Lo dicho se sostiene, en tanto Bockelmann parte de la base que los tipos de omisión impropia no se

---

[393] "El engaño no se materializa en un resultado de lesión, sino en una situación de peligro concreto que, es una realidad diferente del daño patrimonial. Esta situación de peligro es el error de la víctima…". Pérez del Valle, *op. cit.,* pp. 377 y 390 y 391.
[394] "[E]l resultado debe haberse producido, el autor debe haber tenido la posibilidad y la capacidad de evitarlo y frente al suceso causal en que no ha intervenido debe haberse encontrado en una situación que hizo esperar su intervención para impedir el resultado." Bockelmann, *op. cit.,* p. 144.
[395] *Id.* op. cit., p. 145.

encuentran contenidos en ninguna parte, y que se tenga una posición de garante resulta por lo mismo una interpretación analógica inaceptable del tipo[396].

Tal como la segunda de las limitaciones señaladas por Bockelmann, las críticas contra la admisibilidad del engaño por omisión que revisaremos a continuación se fundamentan en las constricciones que se derivan de la exigencia de equivalencia. Semejante postura es sostenida por Valle Muñiz[397], que no admite de la comisión por omisión, pues se exige una modalidad determinada de acción cuya realización determina al tipo. Si el tipo efectivamente se encontrara ligado a una determinada forma comisiva, no podría engañarse por omisión sin recurrir a una "construcción analógica de tipos penales, cuyos contornos escapan a cualquier predeterminación. Es evidente que ello no se compadece con el correcto entendimiento del principio de legalidad"[398]. Sin embargo, en el caso de la estafa[399], Valle Muñiz condiciona la validez de su interpretación del engaño a la existencia de una

---

[396] *Id.* p. 145 y ss. Resulta especialmente elocuente al decir, "que él tenga `posición de garante´, no lo dice ni siquiera el uso jurídico del idioma". Id, n. marg. 43.
[397] El pensamiento de Valle Muñiz puede resumirse así: los mayores problemas se encuentran en la equivalencia de la conducta, esto sólo puede hacerse de acuerdo a las modalidades típicas de la parte especial. No todos los delitos admiten la omisión impropia, el engaño sería una forma de comportamiento sujeto a una modalidad de acción. Valle Muñiz, *op. cit*. (nota 336), pp. 871 y ss., en especial pp. 874 y 876.
[398] *Id.*, p. 875.
[399] Pérez del Valle, *op. cit.*, p. 379; Un argumento similar se encuentra en Bockelmann: "Otra apreciación sería posible sólo si el § 263 contuviera un indicio de que equipara a la suscitación o no evitación del error una omisión contraria al deber de peligrosidad equivalente a esta conducta". Bockelmann, *op cit.,* p. 150

cláusula de equivalencia como la que se incorporó en el CPE de 1995. Otro tanto puede decirse de Choclán Montalvo[400] que ya durante la vigencia del CPE de 1995 ha sostenido que al negarse la causalidad de la mera omisión no es posible sostener que ella pueda influir en la psique del receptor. Luego, no es posible la equivalencia exigida en el art. 11 del CPE de 1995 para la comisión por omisión. Afirma el autor que "[s]i el engaño es el medio que utiliza el sujeto para inducir a la disposición patrimonial, el comportamiento requerido en el tipo de estafa debe tener el suficiente contenido comunicativo para influir en la psique del inducido"[401], por lo que la omisión que nada informa no puede causar la decisión de la víctima[402].

Sin embargo, siguiendo a Pérez del Valle[403], las limitaciones descriptivas del comportamiento son criticables, pues no resulta lógico exigir a la omisión una forma determinada de manifestación si se admite que el engaño expreso puede manifestarse a través de actos concluyentes, lo que significa que, en materia de engaño, la equivalencia no resulta un criterio relevante para restringir los engaños.

---

[400] Choclán Montalvo, *op. cit.*, pp. 138 y ss.
[401] Id. p. 145.
[402] Este razonamiento es similar al de Herzberg que sostiene que la estafa requiere de una realización determinada, de modo tal que para construir la estafa por omisión debe partirse de lo que es propio de la conducta comisiva de este delito. Concurre estafa por omisión en casos de silencio que, en realidad, precisamente por tener el silencio un valor de declaración, son supuestos de estafa mediante actos concluyentes. Este argumento, al igual que el de Choclán Montalvo, se concentra en la equivalencia. Herzberg citado por Citado por Pastor Muñoz, *op cit.*, p. 221.
[403] Pérez del Valle, *op. cit.*, pp. 378 y ss., en especial p. 380.

2.4.5. Establecimiento y alcance de la posición de garante

Considerando las críticas enunciadas anteriormente, el principal problema se encuentra en el establecimiento y alcance de la posición de garante[404], esto es, el preciso deber de evitación que fundamenta que determinados riesgos que pueden recaer sobre algún bien jurídico sean imputables. Tradicionalmente la doctrina nacional se ha inclinado por una concepción formalista en la fundamentación de la posición de garante, en que las fuentes de deber emanan de la ley, el contrato y la injerencia. Sin embargo, y aunque "en general parecen prevalecer en esta materia las fuentes tradicionales de la ley –o reglamentaciones en general– y el contrato, más difícil parece construir una hipótesis de injerencia, por ejemplo, basada en la participación en el mercado, lo que conduciría a equiparar sin más la calidad de comerciante con la de garante"[405].

---

[404] Hernández Basualto, *op. cit*., p. 166.

[405] Hernández Basualto, *op. cit.,* p. 166; Piña Rochefort también sostiene claramente al respecto a la Ley y el contrato, *vid.* Piña Rochefort*. op. cit., pp.* 83 y ss. Cfr. Izquierdo Sánchez, Juan Cristóbal. "Comisión por Omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la Posición de Garante", en: *RChD,* vol. 33, Nº 2, 2006, pp. 329 a 343. Pérez del Valle afirma que la buena fe contractual es fuente de un deber de información, Pérez del Valle, *op. cit.,* p. 388.

Para un sector de la doctrina nacional, sin embargo, la determinación de dichos deberes especiales de cuidado también se ha fundamentado en la relación de orden material que se manifiesta entre el bien jurídico y el sujeto[406]. Ello en el contexto del abandono de estructuras ontológico causales en la comprensión de la teoría del delito. Así, Carnevalli sostiene que las posturas formalistas, por su rigidez, no pueden otorgar una solución adecuada al problema y, en consecuencia, debe preferirse la teoría de las funciones. "Conforme a estas propuestas materiales dos son los caminos para precisar que a la omisión de un sujeto se le puede atribuir un resultado típico, a saber, los que dicen relación a la función especial de protección de un bien jurídico –así, vínculo familiar estrecho, comunidad de peligro y asunción voluntaria– y aquellos que guardan relación con una función especial de control de fuentes de peligro –así, injerencia, control de riesgos que se encuentran en el propio ámbito de dominio y deberes de control respecto de conductas de terceros–"[407].

Teniendo como presupuesto lo sostenido en el párrafo anterior, una perspectiva adicional respecto al engaño por omisión es aquella de quienes que, más allá de aceptar la omisión, la convierten en el fundamento de la responsabilidad de los demás casos de comisión activa. Para quienes sostienen esta interpretación, "[l]o esencial no es si el autor causó un error,

[406] *Vid.* Carnevalli Rodríguez, op. cit. pp. 72 y ss.
[407] *Id.* p. 78.

sino si tenía un deber de veracidad frente a la víctima y lo infringió sea mediante engaño expreso, actos concluyentes u omisión”[408].

Este cambio se dirige tanto a satisfacer orientaciones político criminales[409] restrictivas de los engaños jurídico–penalmente relevantes, especialmente en relación al rol de la víctima, que ha sido una preocupación constante en la dogmática de la estafa[410], como a satisfacer pretensiones de normativización en la delimitación del comportamiento no permitido en la estafa. Subsecuentemente, se afirma el fundamento de la imputación del engaño en la infracción de un deber de veracidad del autor frente a quien se encuentra en error. Esto supone reconocer que la solución del problema no depende de si el autor engaña de un modo u otro, sino de si existen razones normativas para hacerle responsable del déficit de conocimientos de la víctima, lo que, desde luego, importa una superación de la problemática del engaño por omisión. Ello pues la imputación no se construye sobre la base de la producción de un error, sino sobre de la imputación normativa de un déficit cognitivo de la víctima que tiene como consecuencia una disposición patrimonial perjudicial[411].

---

[408] Pastor Muñoz, *op. cit.*, p. 222.
[409] “Es evidente que la mera no evitación de que otro incurra en error o la no eliminación del error preexistente no es fundamento alguno para hablar de engaño típico. […] [L]o correcto es buscar el fundamento de la imputación de un comportamiento típico en la infracción de un deber de veracidad del autor frente a quien se encuentra en un error.” *Id*., p. 222.
[410] *Vid.* Pastor Muñoz, *op. cit.,* pp. 103 a 117 Piña Rochefort, *op. cit.*, pp. 58 y ss.
[411] *Vid.* Pastor Muñoz, *op. cit.*, p. 223; Piña Rochefort, *op. cit.*, pp. 54 y 55, y, Pérez del Valle, *op. cit.*, pp. 384 y ss.

"En definitiva, si la mentira no constituye la infracción de un deber de veracidad, ha de considerarse irrelevante a efectos de estafa, aunque sea eficaz y conduzca a la víctima a un error"[412]. En cambio, si la omisión se produce existiendo el deber de veracidad, habrá engaño típicamente relevante. La concreta representación de la víctima se torna irrelevante en la valoración del comportamiento, aunque sí pueda tenerlo respecto de la imputación del resultado[413]. En buenas cuentas, el deber de veracidad establece un vínculo normativo entre autor y víctima y constituye el criterio a partir del cual deben interpretarse las acciones u omisiones del autor.

2.5. Conclusiones.

Como ya se expresó anteriormente en esta memoria, el recurso a la distinción entre las diversas formas de manifestación del engaño podría arrojar mayor claridad a la hora de distinguir los comportamientos que debieran considerarse como engañosos. De este modo, creemos que el desarrollo de las distinciones antedichas no constituye un ejercicio dogmático carente de relevancia práctica, sino, por el contrario, estimamos que se trata de una poderosa herramienta en el tratamiento dogmático del engaño, con mayor razón si tiene en cuenta –como creemos haber constatado– la falta de

[412] *Id*., p. 223.
[413] *Ibid*.

uniformidad y coherencia en la determinación de lo que constituya una *mise en scène*. Sin embargo, como ya se argumentó en este capítulo, a pesar de que la doctrina reconoce que el engaño puede verificarse expresa, concluyente y omisivamente, en la práctica dicho reconocimiento pereciera no constituir un criterio relevante al momento de determinar la existencia de un engaño. Es así, como ninguna de las sentencias del período escogido que fueron revisadas para la redacción de esta memoria se han referido al tema, limitándose únicamente a declarar sin mayores argumentaciones la existencia de una puesta en escena[414/415].

Como consecuencia de esta práctica judicial no ha sido posible incluir fallo alguno que haga referencia a las formas de manifestación del engaño. Ello sin duda dificulta el análisis jurisprudencial a tal punto que justificaría por sí mismo un trabajo independiente orientado a la agrupación de casos que pudieran ser interpretados considerando estos criterios.

---

[414] En Contra Marta Del Rosario Brunet Parra en voto de minoría pronunciado por el señor juez Carlos Lorenzo Jorquera Peñaloza recaído en la causa caratulada "Contra Brunet Parra, Marta", RIT: 14-2005 del TOP de Copiapó, aunque incurriendo en serias imprecisiones dogmáticas en su argumentación global, hace referencia a los engaños concluyentes.

[415] Sin embrago, el recurso a la teoría de la *mise en scène* no significa de modo alguno la existencia de un criterio uniforme en la adjudicación de casos similares. Muy por el contrario, como se desprende del análisis de los fallos incluidos en esta memoria que en casos muy semejantes se ha resuelto de maneras diversas argumentando la existencia o inexistencia de mise en scène, sin atender a las formas de manifestación del engaño como criterio orientador. Frente a esto, sin lugar a dudas, la consideración de las formas de manifestación del engaño en la adjudicación, resulta absolutamente necesaria a fin de alcanzar mayor racionalidad en la decisión de casos complejos.

No obstante lo anterior, del tratamiento dogmático de las formas de manifestación puede concluirse lo siguiente:

Tal como se indicó en 2.2. de este capítulo, es engaño expreso aquél que se manifiesta mediante una declaración de voluntad verbal o escrita realizada explícitamente. Sin embargo, la doctrina ampliamente dominante en Chile exige a la manifestación del engaño una determinada forma de exteriorización, según la cual sólo reúne la aptitud necesaria aquel engaño que se constituya como una puesta en escena. Empero, como se colige de las sentencias citadas al referirnos a la delimitación de los arts. 468 y 473, este criterio ha sido concretado con una laxitud que le resta predecibilidad a la hora de la adjudicación.

En relación a los engaños concluyentes, resulta claro sin que en principio sobre ello existan mayores complicaciones, que se trata de casos en que paradigmáticamente se deja de hacer algo que contextualmente adquiere significado. En ellos será suficiente que el comportamiento sea expresivo de acuerdo a las reglas generales del sector en el que opera, no siendo necesaria una declaración expresa siempre que el comportamiento entrañe un significado inteligible para el interlocutor.

Por último, resulta del todo evidente que el caso más complejo de abordar se encuentra en los engaños por omisión, donde las objeciones aparecen desde distintos puntos de vista. Así, un primer problema se presenta en relación a la admisibilidad en términos generales de los delitos de omisión impropia, cuestión que, como vimos, no encuentra una solución que sea pacífica y plenamente consistente dogmáticamente. Aún así, sobre el supuesto que sean admisibles los delitos de omisión impropia en el Derecho chileno, la pregunta subyacente, sin duda, será la relativa a la fundamentación de la posición de garante. En todo caso, debe ser descartado como argumento en contra de la admisibilidad de la estafa por omisión, el argumento de la objeción cronológica, conforme a que, como ya se explicó, se trata precisamente de una imputación por la no evitación de un curso causal por definición preexistente.

CONCLUSIONES

I

1. Respecto al tópico del Bien Jurídico, podemos sostener, en primer lugar, que la doctrina dominante asume un tratamiento indiferenciado del bien jurídico protegido en el Titulo IX del Libro II del CP; en segundo lugar, que la asunción de una concepción dualista del bien jurídico resulta fundamental para el adecuado tratamiento de la estafa; en tercer lugar, que de aquellos conceptos de patrimonio presentados debe adoptarse el mixto, dado su aceptable rendimiento para la solución de casos complejos; y por último y en cuarto lugar, que la jurisprudencia, de hecho y sin una sistematicidad aparente, habría

aceptado un concepto jurídico–económico de patrimonio, con énfasis en las restricciones jurídicas.

2. Es posible constatar que el contenido del párrafo 8 del Título IX del Libro II del CP, que regula la estafa, suscita serios problemas interpretativos, a saber: a) la dificultosa sistematización de su contenido; b) la deficiente técnica legislativa en el tratamiento del delito de estafa, consistente en el recurso a enumeraciones de hipótesis de engaños y a fórmulas amplias y vagas, eludiendo la definición del delito, lo que ha generado dificultades en la determinación de cuál sea el tipo básico de estafa, y c) dificultades en la delimitación del ámbito de aplicación de los arts. 468 y 473 del CP. Frente a todo lo anterior, la doctrina nacional ha intentado, respectivamente: a) sistematizar el heterogéneo contenido del citado párrafo, recurriendo a una diversidad de clasificaciones de acuerdo a razones insuficientemente explicitadas; b) indicar, sin recurso a argumentaciones concluyentes, disposiciones en las cuales se encontraría el tipo básico de estafa, y c) deslindar el campo de aplicación de los arts. 468 y 473 del CP en base a una diversidad de criterios, entre los cuales se erige como predominante aquél en virtud del cual se sostiene que el art. 468 se aplicaría a los engaños que constituyan ardides o maquinaciones, mientras que el art. 473 se aplicaría a los restantes engaños siempre que éstos fueren algo más que una simple mentira.

Por otro lado, de la revisión de la jurisprudencia se colige que se impone como criterio delimitador de los arts. 468 y 473 del CP el de la *mise en scène*, ya que lo que subyace a la decisión de aplicar el art. 468 o el art. 473 es la ponderación de la entidad del engaño atendiendo a si se concretó o no en un despliegue externo de apariencias, consecuentemente con ello, la mayoría de las veces en que recibió aplicación el art. 468 en su hipótesis genérica se habló de ardid, maquinación o *mise en scène*, términos que son utilizados por los autores que defienden la teoría de la *mise en scène* para referirse a los engaños que satisfacen las exigencias de sofisticación requeridas por dicha teoría. Sin embargo, este criterio no siempre se aplica consistentemente, pues hay casos de simples mentiras que se sancionan en base al art. 468. Así como, por otro lado, hay casos en que aun habiendo despliegue externo de apariencias, se sanciona en base al art. 473. Por lo demás, según lo expuesto por los defensores de la teoría de la *mise en scène* el ámbito de aplicación del art. 473 sería muy limitado, aplicándose solo en dos casos muy calificados, sin embargo, los casos analizados en la jurisprudencia en que se aplica el art. 473 no se enmarcan dentro de esos supuestos.

Asimismo, se puede observar que la dificultad en la delimitación de los arts. 468 y 473 del CP, de acuerdo a la teoría de la *mise en scène,* queda de

manifiesto en casos que presentan el mismo supuesto de hecho y que, sin embargo, son subsumidos en tipos distintos.

Además, en ocasiones, se falla en base al art. 473 y se dice que el engaño consistió en un “despliegue escénico” o “maquinación engañosa”, circunstancia que, según la teoría de la *mise en scène* hace aplicable la disposición del art. 468 CP, incluso se ha fallado que el engaño constituyó una de las hipótesis específicas del art. 468 y, aun así, se sancionó en base al art. 473.

3. La doctrina nacional está de acuerdo en torno a cuáles son los elementos objetivos del tipo básico de estafa, a saber: el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio (aunque se puede cuestionar, sin mayor relevancia práctica, la autonomía conceptual del error y la disposición patrimonial) elementos que no se extraen de una definición legal de estafa, dado que ésta no existe en el CP, y que apenas logra encontrarse reflejada en dicho cuerpo legal, sin embargo, dicha construcción es compatible con nuestra ley. Por otro lado, la vinculación que se debe dar entre los elementos típicos de la estafa, en razón de su multiplicidad, presenta particularidades respecto de los clásicos delitos de resultado, entendiendo una parte de la doctrina que dicha vinculación debe traducirse en una conexión causal y lineal entre los distintos elementos, mientras que otro sector sostiene que dicha vinculación debe darse y constatarse en términos normativos. Por lo demás, no existe consenso en la

doctrina nacional en torno a la exigencia del ánimo de lucro como requisito subjetivo adicional al dolo. Finalmente, y en relación al engaño, cabe señalar que la sola definición de éste es incapaz de describir y delimitar la conducta típica en el delito de estafa.

Por otra parte, la revisión de las sentencias incluidas en esta memoria permite colegir que la jurisprudencia ha adherido mayoritariamente al concepto doctrinal de estafa. De este modo, a nivel jurisprudencial, se ha adoptado un esquema de elementos que, en una primera aproximación, permite orientar el análisis de los casos prácticos. Ello, atendidas las deficiencias del texto legal, representa por sí mismo un avance importante, puesto que contar con un esquema de elementos suficientemente asentado en la práctica judicial simplifica el examen de la tipicidad a título de estafa, al indicar dicho esquema un orden mínimo en la interpretación del tipo.

II

1. De acuerdo a la teoría de la *mise en scène*, el engaño típicamente relevante a título de estafa se determina a través de criterios objetivamente cuantitativos, de modo tal que sólo es engaño típico aquél que se manifiesta a través de un aparato exterior. Dicha teoría es criticable por: a) cimentarse en un

presupuesto metodológica y conceptualmente errado, a saber, la idea de exclusión entre fraude civil y penal; b) presentar una contradicción interna; c) enfrentarse a argumentos exegéticos que dificultan su aplicación en el Derecho nacional, y d) fundarse incorrectamente desde el punto de vista político criminal, y por ser cuestionable desde el punto de vista de sus motivaciones políticas, en el marco de un Estado Social de Derecho, sobre todo, si éstas no se explicitan.

La jurisprudencia en esta materia presenta dos particularidades : a) reconoce, mayoritariamente y sin reservas aparentes la teoría de la *mise en scène,* resultando llamativo que los argumentos en favor de esta teoría contenidos en los fallos sean notoriamente más enfáticos que aquellos entregados por la doctrina, y b) es más explícita que la doctrina en relación a las motivaciones políticas o político criminales – si se quiere– que subyacen a la teoría de la *mise en scène*.

2. La teoría subjetiva de la determinación de la suficiencia del engaño en la estafa sostiene que es suficiente cualquier engaño si produjo el error en la víctima, es decir, el engaño se mide en relación a su eficacia operativa individual con relación al caso concreto.

3. Frente a la teoría de la *mise en scène* y a la teoría subjetiva que, más allá de sus diferencias, tienen como elemento común la estructuración de la estafa

como una sucesión de elementos enlazados causalmente entre sí, se formulan concepciones alternativas que, en el contexto de la normativización de los conceptos del Derecho penal reordenan la relación entre los elementos del tipo objetivo de estafa asignándoles funciones y contenidos diversos al que tradicionalmente se les asignó.

3.1. A la luz de la teoría de la imputación objetiva, la delimitación del engaño típico en la estafa se realiza conforme a los siguientes criterios: a) creación o incremento de un riesgo desaprobado jurídicamente; b) realización del riesgo en el concreto resultado y; c) fin de protección de la norma. El desarrollo de esta teoría en España parte de la base de la exigencia típica consistente en que el engaño sea bastante, exigencia ausente en el CP, por lo que el problema que representa la interpretación de las disposiciones de los arts. 468 y 473 del CP, en atención a determinar el nivel de suficiencia del engaño, difícilmente pueda ser resuelto a la luz de la teoría de la imputación objetiva sin que se realice un esfuerzo orientado a fundamentar de qué manera el tipo objetivo de la estafa en el CP se encontraría exigiendo un umbral mínimo de suficiencia.

3.2. Desde la perspectiva del funcionalismo radical el engaño será objetivamente imputable cada vez que el autor infrinja los deberes de veracidad consecuentes al rol que ocupa en la relación económica, de modo

tal que la imputación sólo puede explicarse como responsabilidad consecuente de la infracción de un deber de veracidad.

Es evidente que una teoría acerca del engaño como ésta excluye en abstracto determinadas conductas del tipo. Esta exclusión *ex ante* se justifica en consideraciones sobre la parte general. No obstante, dichas consideraciones no son suficientes, por sí mismas, para resolver el problema planteado por la interpretación de las disposiciones contenidas en los arts. 468 y 473 del CP. A mayor abundamiento, si aceptamos que no existe una exigencia explícita en el tipo del 473 del CP sobre un umbral mínimo de sofisticación o suficiencia que deba superar el engaño, no es admisible, *prima facie,* la exclusión de determinadas comunicaciones potencialmente engañosas. En definitiva, la pura argumentación en base a una teoría sobre la parte general no es fundamento suficiente para desvincularse del texto legal.

III

1. El tópico “objeto del engaño” tiene como contenido la delimitación de las afirmaciones que pueden ser constitutivas de engaño en base al objeto al cual hacen referencia. En ese contexto, la discusión se centra en la posibilidad de engaño sobre afirmaciones relativas a juicios de valor, hechos internos y hechos futuros. En relación a los juicios de valor la doctrina mayoritaria los

excluye como objeto del engaño, dada su imposibilidad de contrastación y su consecuente imposibilidad de ser objeto de un juicio de verdad o falsedad, lo que los diferenciaría de los hechos. Sin embargo, cabe señalar, que esa imposibilidad de contrastación no es absoluta, ya que si bien no es posible contrastar indagando en el objeto valorado, sí es posible contrastar indagando en la subjetividad del sujeto que emite la valoración. Dicha contrastación, en efecto, es aceptada por la doctrina mayoritaria respecto de los hechos internos, lo cual, precisamente, les da la categoría de hechos, categoría que se niega a los "hechos" futuros, los cuales, sin embargo, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, no resultan excluidos absolutamente del objeto del engaño, dado que, con la aceptación del engaño sobre hechos internos, el futuro, a través de las promesas y los pronósticos, puede ser incorporado al ámbito del engaño típico a título de estafa.

La jurisprudencia excluye tajantemente a los hechos futuros del objeto del engaño, pero incluye, de algún modo, al futuro como objeto del engaño al aceptar el engaño sobre hechos internos en el contexto de la celebración de contratos, cuando, al momento de la celebración de éstos no existía la voluntad o la posibilidad de cumplir las obligaciones respectivas.

2. El recurso a la distinción entre las diversas formas de manifestación del engaño puede proporcionar mayor claridad a la hora de distinguir los

comportamientos que debieran considerarse como engañosos. De este modo, creemos que el desarrollo de la antedicha distinción no constituye un ejercicio dogmático carente de relevancia práctica, sino, por el contrario, estimamos que se trata de una poderosa herramienta en el tratamiento dogmático del engaño, con mayor razón si tiene en cuenta –como creemos haber constatado– la falta de uniformidad y coherencia en la determinación de lo que constituya una *mise en scène*. Sin embargo, a pesar de que la doctrina reconoce que el engaño puede verificarse expresa, concluyente y omisivamente, en la práctica dicho reconocimiento pareciera no constituir un criterio relevante al momento de determinar la existencia de un engaño. Es así, como ninguna de las sentencias revisadas para la redacción de esta memoria se ha referido al tema, limitándose únicamente a declarar, con notorias diferencias de criterios, la existencia de una puesta en escena.

No obstante lo anterior, del tratamiento dogmático de las formas de manifestación puede concluirse lo siguiente: a) es engaño expreso aquél que se manifiesta mediante una declaración de voluntad verbal o escrita realizada explícitamente. Sin embargo, la doctrina ampliamente dominante en Chile exige a la manifestación del engaño que se concrete en un despliegue de apariencias externas. Empero este criterio ha sido concretado con una laxitud que le resta predecibilidad a la hora de la adjudicación; b) en relación a los engaños concluyentes resulta claro, sin que en principio sobre ello existan

mayores complicaciones, que se trata de casos en que paradigmáticamente se deja de hacer algo que contextualmente adquiere significado. En ellos será suficiente que el comportamiento sea expresivo de acuerdo a las reglas generales del sector en el que opera, no siendo necesaria una declaración expresa siempre que el comportamiento entrañe un significado inteligible para el interlocutor, y c) los engaños por omisión constituyen los casos más complejos de abordar, siendo el primer problema que dichos engaños deben enfrentar el relativo a la admisibilidad, en términos generales, de los delitos de omisión impropia, cuestión que no encuentra una solución que sea pacífica y consistente dogmáticamente. Aún así, sobre el supuesto que sean admisibles los delitos de omisión impropia en el Derecho chileno, la pregunta subyacente, sin duda, será la relativa a la fundamentación de la posición de garante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo *et al. Tratado de Derecho Civil partes preliminar y general,* t 2, 6ª ed*.,* Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

ANTÓN ONECA, José. *Obras, t. III,* Rubinzal–Culzoni editores, Buenos Aires, 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "El delito de estafa" en *Comentarios a la legislación penal*, V, Cobo del Rosal (director), 1985.

---------- *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, Ed. Ceura, 1987.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/PÉREZ MANZANO, Mercedes. *"Manual de Derecho Penal – Parte Especial",* t. II*,* 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad, por una teoría general de la política*. Sexta reimpresión de 1998 de la primera ed. en español de 1989. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1989.

BOCKELMANN, Paul. "El engaño mediante silencio", en *Cuadernos de los Institutos* Nº 88 (trad. Conrado Finzi), Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Penal de Córdoba, Córdoba, 1966.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Parte Especial,* 2ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, ed. Ariel, Barcelona, 1991.

CARNEVALLI RODRÍGUEZ, Raúl. "Delitos de Omisión. En particular, la comisión por omisión", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N°9, Campus Guayacán, Coquimbo, 2002, pp. 69–80.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal. Parte especial,* vol. IV, 2ª ed., ed. Temis, Bogotá, 1966.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa,* Bosch, Barcelona, 2000.

CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las Obligaciones II*, t.11, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

CONTRERAS TORRES. Raúl. *El delito de estafa*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, actualización de la primera ed. de 1966, impresa en 1992.

CRAMER, Peter. *Schönke/Schröder: Kommentar Zum Strafgesetzbuch*, 23ª ed., München, 1988 **§** 263, nm. 6.

CROXATTO DUQUE, Marcelo. *Relaciones del derecho penal con el derecho civil*, Ed. Universitaria, Santiago, 1962.

CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1985.

DAVIS, Pedro. *"El delito de estafa"*, Imprenta Dirección General de Prisiones, Santiago, 1942.

DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General,* t. I, 3ª ed. revisada y actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

---------- *Derecho Penal Parte Especial,* t. III, 3ª ed. revisada y actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía,* t. II, 5ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1965.

FRISCH, Wolfgang. "La imputación objetiva, estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)* (trad. Robles Planas, Ricardo), Civitas, Madrid, 2000, pp. 21 y ss.

---------- *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 2004.

---------- "La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático" (trad. por Robles Planas, Ricardo) en *Desvalorar e imputar*, (coord. Jesús María Silva Sánchez), 2° ed., Buenos Aires, 2006.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

---------- “Fundamento y límite de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa”, en *ADPCP*, t. LVIII, fascículo II, Mayo–Agosto de 2005, Madrid, 2005.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

---------- *Derecho Penal Parte Especial*, t. IV. 2ª ed, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Causalidad, omisión e imprudencia” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ ROURA, Octavio. *Derecho Penal,* t. III, 2ª ed., ed. Abeledo, B. Aires, 1925.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. “Función y contenido del error en el tipo de estafa” en GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Estudios penales,* Madrid, 1986.

GRISOLÍA, Francisco. “La estafa procesal en el derecho penal chileno”, en *RChd* Vol. 24 N°, pp. 417-422 (1997).

HEFENDEHL, Roland. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., München.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Aproximación a la problemática de la estafa” en *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad de Temuco, 2002.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Problemas Fundamentales de los delitos de omisión*, Centro de Publicaciones de Madrid, Madrid, 1987.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Juan Cristóbal. “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante” en *RChD,* vol. 33 N° 2, pp. 329 a 343, 2006.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General* (trad. por Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1995.

---------- *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

---------- *Acción y omisión en Derecho penal* (trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Bogotá, 2000.

---------- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal,* Civitas, Madrid, 2003.

KINDHAÜSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2002.

---------- "Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa", en *AP*, Abril, 2002, 415 y ss.

LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal Parte Especial,* t. III*,* 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *La autotutela del crédito. El delito de realización arbitraria del propio derecho.* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2003.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

MERA FIGUEROA, Jorge. *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta,* 2ª ed., Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1986.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *La Estafa de Crédito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 69 y ss.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código penal. Concordado y comentado.* Edisofer, Madrid, 2000.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "El engaño omisivo en la estafa" en *CPC* Nº 58, Universidad Complutense, Madrid, 1996.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. "Acerca de la imputación objetiva en la estafa", en *"Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann",* Madrid, 1995, p. 285 ss.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Fraude de seguros*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *El delito de apropiación indebida*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1992.

POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMIREZ, Claudia. *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, 2ª ed., Universidad de Talca, Talca, 2002.

PUTNAM, Hilary. *Razón, verdad e historia,* Ed. Tecnos, 1988, Madrid.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

---------- *La influencia del Derecho español en las legislaciones hispanoamericanas*. Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pp. 86 y ss.

---------- *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal,* t. II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

ROBLES PLANAS, Ricardo, "Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo" en *Desvalorar e imputar*, (coord. Jesús María Silva Sánchez), 2° ed., Buenos Aires, 2006.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español, Parte Especial,* 18ª ed, Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "Aspectos penales de los apoderamientos de dinero indebido y abonado por error", en *CPC*, Nº 18, Edersa, Madrid, 1982, pp. 519 y 520.

ROMERO N., Gladys. *Delito de Estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, t. I., Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (trad. por Luzón Peña, Diego-Manuel Díaz y García Conlledo, Miguel y De Vicente Remesal, Javier), Civitas, Madrid, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión Alemania, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*.

Jornadas Hispano–Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor “Honoris causa” por la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, España, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

---------- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* J.M. Bosch, Barcelona, 1992.

---------- “La Comisión por omisión”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

---------- Prólogo de *Desvalorar e imputar,* ed. B de F, Buenos Aires, 2006, p. XV.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1946.

SOTO PIÑEIRO, Miguel. *La apropiación indebida*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1994.

SUTHERLAND, Donald/CRESSEY, Edwin. *Principles of Criminology*, 7ª ed, Lippincott, Philadelphia/New York, 1966.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa. Delimitación jurídico- penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona, 2002.

---------- “Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa” *ADPCP*, t. 39, Madrid, 1986., pp. 863–876.

VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*, Ed. Jurídica de Chile, 5ª ed. actualizada, Santiago, 2003.

YUBERO CÁNEPA, Julio. *El engaño en el delito de estafa*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1993.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, t. I, Akal, Madrid, 1988.

SENTENCIAS CITADAS

a) Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia.

“Contra Campos Torres, Lautaro” (2006): Corte Suprema (recurso de casación en la forma y en el fondo), Rol 4860-03, sentencia de fecha 19 de Junio de 2006 (MJJ8427).

“Contra Carrasco González, Luis y otro” (1998): Corte de Apelaciones de Valdivia, Nº Rol 2234–98, sentencia de fecha 21 de Julio de 1998 (Base de Datos Jurisprudencial. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte Suprema, Julio 3-4,1998).

“Contra Fuentes Matamala, Juan” (2007): Corte de Apelaciones de Santiago (recurso de apelación), Rol N° 14736–03, sentencia de fecha 17 de Agosto de 2007 (MJJ15557).

“Contra Hurtado Lambert, Fernando y otro” (1999): Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), Rol N° 462–99, sentencia de fecha 17 junio 1999, (FM N° 487, p. 1031 y ss.).

“Contra I.G.C.T” (2007): Corte de Apelaciones de Santiago (recurso de apelación), Rol N° 15.599–2006, 9 de Marzo de 2007 (Boletín de Jurisprudencia N° 4 del año 2007 de la Defensoría Penal Pública, pp. 61 y ss.).

“Contra Leiva Agurto, José y otro” (1998): Corte de Apelaciones de La Serena (recurso de apelación), sentencia de fecha 6 de Enero de 1998 (Base de Datos Jurisprudenciales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte Suprema, Abril 1-4, 1998).

“Contra Leiva Leiva, Fernando” (1998): Corte de Apelaciones de La Serena, Rol: 3642–97, sentencia de fecha 6 de Enero de 1998 (Base de Datos Jurisprudenciales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte Suprema, Enero1-4, 1998).

“Contra Mena Niebdalski, Cristián” (1998): Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), Rol N° 3.002–98, sentencia de fecha 11 de Noviembre de 1998 (FM N° 480, 1998, pp. 2347 y ss.)

“Contra Navarro Vargas, Pedro” (2001): Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), Rol N° 4535–00, sentencia de fecha 17 julio 2001 (RDJ, Sección Cuarta, N° XCVIII, t.2, año 2001, pp. 96 y ss.).

“Contra Ovalle Rodríguez, Alfredo y otros” (1998): Corte Suprema (recurso de casación en la forma y en el fondo), Rol N° 70.966, sentencia de casación de fecha 13 de Mayo de 1998 **(**RDJ1005, en MJJ).

“Contra Ralda Vásquez, Manuel” (2002): Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), sentencia de fecha 26 de Junio de 2002 (RDJ7535, MJJ7535).

“Contra Rojas Lillo, Ariel Enrique” (1999): Corte de Apelaciones de San Miguel (recurso de apelación), Rol Nº 346–99, sentencia de fecha 24 de Marzo de 1999; (GJ Nº 225, Marzo de 1999, pp. 137 a 139).

“Contra Tapia Campillay, Isaachar Gerardo” (2006): Corte de Apelaciones de Santiago (recurso de apelación), Rol N° 15.599–2006, sentencia de fecha 18 de Diciembre de 2006 (Base de Datos Jurisprudenciales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte Suprema, Abril 1-4, 1998).

“Contra Tricallotis Figueroa, Raúl” (1998): Corte de Apelaciones de Santiago (apelación de auto de procesamiento), Rol N° 4600-98, sentencia de fecha 17 de Marzo de 1998 (GJ N° 213, Marzo de 1998, pp. 162 y ss.).

b) Sentencias de Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

“Contra Alvarado Flores, Mauricio” (2006): TOP de Valparaíso, causa RIT N° 197–2005, sentencia de fecha 11 de Febrero de 2006.

“Contra Andrade Jaure, Enrique” (2005): TOP de La Serena, causa RIT N° 127–2005, sentencia de fecha 18 de Noviembre de 2005.

“Contra Barrera Triday, Gonzalo” (2005): TOP de Quillota, causa RIT N° 19–2005, sentencia de fecha 22 de Junio de 2005.

“Contra Bordón Jerez, Adán” (2006): TOP de Copiapó, causa RIT N° 25–2005, sentencia de fecha 16 de Agosto de 2006.

“Contra Bravo Cuevas, Cristián” (2005): TOP de Chillán, causa RIT N° 24–2005, sentencia de fecha 1° de Junio de 2005.

“Contra Brunet Parra, Marta” (2005): TOP de Copiapó, causa RIT N° 14– 2005, sentencia de fecha de Mayo de 2005.

“Contra Canales Figueroa, Oxciel” (2006): TOP de Viña del Mar, causa RIT N° 181–2005, sentencia de fecha 26 de Abril de 2006.

“Contra González Zamorano, Alejandro” (2007): 4° TOP de Santiago, causa RIT N° 14–2007, sentencia de fecha 6 de Marzo de 2007.

“Contra Greco Arancibia, Cristián” (2005): TOP de Viña del Mar, causa RIT N° 62–2005, sentencia de fecha 5 de Julio de 2005.

“Contra Guillén Órdenes, Elina” (2006): TOP de Rancagua, causa RIT N° 77–2006, sentencia de fecha 21 de Junio de 2006.

“Contra Herrera Puebla, Egido” (2006): TOP de Copiapó, causa RIT N° 32–2006, sentencia de fecha 19 de Junio de 2006.

“Contra Hidalgo Vallejos, Juan Orlando” (2006): TOP de La Serena, causa RIT N° 41–2006, sentencia de fecha 6 de Mayo de 2006.

“Contra Huenulef Salesky, René” (2007): 4° TOP de Santiago RIT N° 96-2006, sentencia de fecha 20 de Enero de 2007.

“Contra Ibarra González, Eduardo” (2004): TOP de Ovalle, causa RIT N° 72–2004, sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2004.

“Contra Ithurriotz Silva, Luis Roberto” (2006): TOP de Concepción, causa RIT N° 310–2007, sentencia de fecha 21 de Febrero de 2006.

“Contra López Araya, Jennifer” (2007): TOP de Calama, causa RIT N° 24–2007, sentencia de fecha 15 de Mayo de 2007.

“Contra Moya Castillo, José Arnaldo” (2006): TOP de Linares, causa RIT Nº 02–2006, sentencia de fecha 28 de Febrero de 2006.

“Contra Ojeda Campos, Luz” (2006): TOP de Temuco, causa RIT N° 6–2006, sentencia de fecha 13 de Abril de 2006.

“Contra Panes Castro, Daniel y otros” (2007): TOP de Antofagasta, causa RIT N° 32–2007, sentencia de fecha 9 de Abril de 2007.

“Contra Parra Venegas, Juan Guillermo” (2006): TOP de Rancagua, causa RIT N° 107–2006, sentencia de fecha 2 de Agosto de 2006.

“Contra Peralta Ramírez, María Andrea” (2005): TOP de Rancagua, causa RIT N° 120–2005, sentencia de fecha 9 de Noviembre de 2005.

“Contra Reyes Soto, Luis Daniel” (2004): TOP de Temuco, causa RIT N° 042–2004, sentencia de fecha 15 de Junio de 2004.

“Contra Rivas Bórquez, Carlos” (2006): TOP Punta Arenas, causa RIT N° 77–2006, sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2006.

“Contra Rivera Varas, Carlos” (2005): TOP de La Serena, causa RIT N° 18–2004, sentencia de fecha 1° de Abril de 2005.

“Contra Rojel Giliberto, Ricardo” (2007): TOP de La Serena, causa RIT N° 3–2007, sentencia de fecha 5 de Abril de 2007.

“Contra Toledo Aravena, Nayide y otro” (2004): TOP de Curicó, causa RIT N° 43–2003, 12 de Enero de 2004.

“Contra Tralma Corvalán, Roxana y otro” (2007): 3er TOP de Santiago, causa RIT N° 348–2006, sentencia de fecha 6 de Marzo de 2007.

“Contra Valdés Huamani, Luis Osvaldo” (2006): 7° TOP Santiago, causa RIT N° 25–2006, sentencia de fecha 5 de Abril de 2006.

“Contra Vera Roga, Willanis” (2005): TOP de Chillán, causa RIT N° 55–2005, sentencia de fecha 12 de Septiembre de 2005.